



Burgerlijk huwelijk vs. kerkelijk huwelijk.

Absolute polen of Yin en Yang?

Burgerlijk huwelijk vs. kerkelijk huwelijk.
Absolute polen of Yin en Yang?

Naam:	C. G. Heijstek
Datum en plaats:	16 januari 2013 Beers
Administratienummer:	432842
Opleiding:	Master Rechtsgeleerdheid
Accent:	Privaatrecht
Afstudeerdatum:	16 januari 2013
Scriptiebegeleider:	Prof. mr. P. Vlaardingebroek
Examencommissie:	Prof. mr. P. Vlaardingebroek Mr. R. Heerkens

Voorwoord

Deze scriptie is geschreven als afronding van de master Rechtsgeleerdheid aan de Universiteit van Tilburg. Het onderwerp van de scriptie heeft betrekking op het huwelijksrecht. Het juridische verschil tussen het burgerlijk en kerkelijk huwelijk en het daarmee samenhangende verbod van artikel 1:68 BW staat in het onderzoek centraal. Het idee voor het onderwerp van deze scriptie is ontstaan tijdens één van de colleges van het vak personen- en familierecht II, dat door prof. mr. P. Vlaardingerbroek werd gegeven.

Ik ben dank verschuldigd aan mijn begeleider de heer prof. mr. P. Vlaardingerbroek, die mij gedurende het onderzoek waardevolle feedback heeft gegeven over de opzet, inhoud, uitwerking en de totstandkoming van mijn scriptie. Daarnaast ben ik dank verschuldigd aan mijn tweede lezer, mevrouw mr. R. Heerkens, voor haar tijd en inzet.

Met deze scriptie zal een einde komen aan een leuke en leerzame studie periode aan de Universiteit van Tilburg. Als laatste wil ik dan ook de Universiteit van Tilburg bedanken voor de goede begeleiding en mogelijkheden die zij geboden heeft.

Chrissy Heijstek, 16 januari 2013.

Inhoudsopgave

Inleiding	6
Hoofdstuk 1 De rechtsgeschiedenis van het huwelijk	8
1.1 Inleiding	8
1.2 Het huwelijk in de Romeinse tijd	8
1.3 Het huwelijk bij de Germanen	11
1.4 Het huwelijk tijdens de Renaissance	12
1.5 Het huwelijk in de Nieuwe Tijd	15
1.6 Conclusie	17
Hoofdstuk 2 Het huwelijk	19
2.1 Inleiding	19
2.2 Het burgerlijke huwelijk	19
2.2.1 Ontwikkeling in het burgerlijk huwelijk	19
2.2.2 Het huidige burgerlijk huwelijk	22
2.3 Het religieuze huwelijk	25
2.3.1 Het christendom	25
2.3.2 Het jodendom	26
2.3.3 De islam	27
2.4 Het huwelijk in het internationaal privaatrecht	28
2.5 Conclusie	31
Hoofdstuk 3 Het verbod van artikel 1:68 BW	32
3.1 Inleiding	32
3.2 Het verbod in Nederland	32
3.3 Het verbod in verhouding met het buitenland	34
3.4 Het verbod in verhouding met grondrechten	36
3.4.1 Artikel 12 EVRM	37
3.4.2 Artikel 8 EVRM	38
3.4.3 Artikel 9 EVRM	39
3.4.4 Artikel 6 GW	41
3.5 Conclusie	42

Hoofdstuk 4 Burgerlijk huwelijk vs kerkelijk huwelijkssluiting	43
4.1 Inleiding	43
4.2 De huwelijkssluiting	43
4.2.1 De burgerlijke huwelijkssluiting	43
4.2.2 De kerkelijke huwelijkssluiting	44
4.2.3 De huwelijkssluiting door een notaris	45
4.3 De juridische status van een kerkelijke huwelijkssluiting	46
4.3.1 Kerkelijk huwelijk met burgerrechtelijke rechtsgevolgen	46
4.3.2 Loskoppeling burgerlijk en kerkelijk huwelijk	46
4.3.3 Geestelijke die is tevens een buitengewoon ambtenaar van de burgerlijke stand is	47
4.3.4 Verklaring van huwelijksbevoegdheid	47
4.4 Consequenties voor de Nederlandse wetgeving	48
4.4.1 Kerkgenootschap	48
4.4.2 Artikel 1:68 BW	49
4.5 Conclusie	50
Hoofdstuk 5 Burgerlijk huwelijk vs. kerkelijk huwelijk. Absolute polen of Yin en Yang?	52
5.1 Inleiding	52
5.2 Antwoord op de hoofdvraag	52
5.3 Aanbeveling	54
5.4 Tot slot	56
Literatuurlijst	57

Inleiding

Het huwelijk is een eeuwenoude samenlevingsvorm. In Nederland wordt slechts het burgerlijk huwelijk erkend. Dit betekent dat een kerkelijk huwelijk, naar Nederlands recht, geen rechtsgeldig huwelijk is. Deze rechtsregel is neergelegd in artikel 1:30 BW. Daarnaast bepaalt artikel 1:68 BW dat geen godsdienstige plechtigheid vooraf gaat aan het huwelijk dat door een ambtenaar van de burgerlijke stand is voltrokken. In 2001 is de verhouding tussen het burgerlijk en kerkelijk huwelijk aan de orde gesteld. Burgers zouden vrij moeten zijn een kerkelijk huwelijk te sluiten zonder de verplichting daaraan voorafgaand een burgerlijk huwelijk te sluiten. Gesteld werd dat de bepaling van artikel 1:68 BW in strijd is met de vrijheid van godsdienst als bedoeld in artikel 9 Europees Verdrag tot bescherming van de Rechten van de Mens en de Fundamentele Vrijheden (verder: EVRM) en indruist tegen de persoonlijke levenssfeer als bedoeld in artikel 8 EVRM.¹

In deze scriptie wordt het juridische onderscheid tussen het kerkelijk en burgerlijk huwelijk aan de hand van fundamentele rechten en vrijheden beoordeeld. Middels juridische criteria zal beoordeeld worden of het verbod in strijd is met deze rechten en vrijheden. De hoofdvraag van deze scriptie is dan ook als volgt geformuleerd: In welke mate is het juridische onderscheid tussen een burgerlijk huwelijk en een kerkelijk huwelijk en het daarmee samenhangende verbod van een kerkelijke plechtigheid voorafgaand aan een burgerlijk huwelijk zoals bedoeld in artikel 1:68 BW, in strijd met grondrechten zoals het recht op bescherming van de persoonlijke levenssfeer als bedoeld in art. 8 EVRM en de vrijheid van godsdienst als bedoeld in art. 9 EVRM?

Aan de hand van verschillende deelhoofdstukken zal uiteindelijk een antwoord op de hoofdvraag worden gegeven. De deelhoofdstukken zijn als volgt opgesteld. Als eerste zal ingegaan worden op de rechtsgeschiedenis van het huwelijk. De rechtsgeschiedenis kan de huidige wetgeving helpen verklaren. Daarbij zal op verschillende aspecten worden gelet. De scheiding van staat en kerk kan van invloed zijn geweest op de vorm van het huwelijk. Daarnaast kan een verandering in een beschaving of rechtssysteem tevens invloed hebben gehad op de rechtspositie van het huwelijk. Als tweede zal het huwelijk in de huidige tijd worden besproken. In hoofdstuk drie zal het verbod van artikel 1:68 BW aan de orde komen. Daarbij wordt gekeken naar het verbod in verhouding tot Nederland en het buitenland en naar het verbod in verhouding met grondrechten. Hoofdstuk vier gaat in op de mogelijke ontwikkelingen van het huwelijksrecht. Verschillende mogelijkheden en grenzen zullen

¹ *Kamerstukken II 2001/02, 28 078, nr 1.*

worden onderzocht. Na deze vier hoofdstukken zal antwoord worden gegeven op de hoofdvraag. Als eerste zal een korte samenvatting worden gegeven, waarna een aanbeveling zal worden gedaan.

Is het burgerlijk huwelijk een tegenstelling van het kerkelijk huwelijk of zijn het complementaire waarden? Staan de huwelijkvormen tegen over elkaar als absolute polen of zijn zij elkaars aanvulling als yin en yang en dus evenwaardig aan elkaar?

Hoofdstuk 1 De rechtsgeschiedenis van het huwelijk

1.1 Inleiding

Het recht vloeit niet altijd voort uit logica. Een regel kan soms slechts worden verklaard aan de hand van zijn historische achtergrond.² Het huwelijk is een eeuwenoude samenlevingsvorm. De rechtsgeschiedenis van het huwelijk kan daardoor van belang zijn bij het verklaren van de huidige regels. In de volgende paragrafen worden vier verschillende periodes nader bekeken. Als eerste wordt het huwelijk in de Romeinse tijd behandeld. Deze bestrijkt de periode van 753 voor Christus tot en met 565 na Christus. Als tweede wordt de rechtsgeschiedenis van het huwelijk bij de Germanen behandeld en als derde de renaissance. De renaissance wordt als overgangperiode tussen de middeleeuwen en de nieuwe tijd gezien, van 1517 tot ongeveer 1669 na Christus. Als laatste zal de periode van de nieuwe tijd worden behandeld, vanaf 1700 na Christus tot het heden.

1.2 Het huwelijk in de Romeinse tijd

Onder het Romeinse recht wordt verstaan het recht dat vanaf de stichting van de stad Rome in 753 voor Christus tot en met 565 na Christus heeft gegolden.³ Van oudsher bestond de Romeinse samenleving uit gezinnen. Deze gezinnen bestonden niet alleen uit de vrouw en haar kinderen, maar daartoe behoorden ook de vrouw en kinderen van een volwassen zoon, evenals slaven en andere afhankelijke personen. Aan het hoofd van een gezin stond de pater familias. Dit betekent letterlijk 'vader des huizes'. De pater familia voerde gezag uit over de andere leden van het gezin. Hij genoot 'sui iuris'. Dit betekent dat hij van niemand afhankelijk was, in tegenstelling tot de andere leden, want zij waren 'alieni iuris', wat letterlijk 'van andermans recht' betekent. Zij waren afhankelijk van de pater familias. De pater familias oefende over zijn kinderen en kleinkinderen patria potestas, vaderlijke macht, uit. Daarnaast had de pater familias Manus over zijn vrouw. Dit betekent dat de man maritale macht had over de vrouw.⁴ Echter, niet elk huwelijk kende deze rechtsverhouding. Het Romeinse huwelijksrecht bestond uit twee elementen. Het ging daarbij om het matrimonium en de manus. Het matrimonium duidt op het eigenlijke huwelijk. De manus heeft betrekking op de macht van de pater familias over zijn echtgenote. Het matrimonium werd voornamelijk beheerst door zeden en traditie, de mores. Op het handelen in strijd met de mores stonden sancties. In het begin van de Romeinse tijd waren deze sancties vooral sacraal rechterlijk van aard. In een latere periode bestonden de sancties voornamelijk uit maatregelen

² Dirk Heirbaut, *Privaatrechtsgeschiedenis van de Romeinen tot heden*, Gent: Academie press 2005 p. 33.

³ R. Feenstra, *Romeinsrechtelijke grondslagen van het Nederlands privaatrecht*, Leiden: Universitaire pers Leiden 1994 p. 1.

⁴ R. Feenstra, *Romeinsrechtelijke grondslagen van het Nederlands privaatrecht*, Leiden: Universitaire pers Leiden 1994 p. 16.

opgelegd door een censor die belast was met het toezicht op de mores. Tijdens de klassieke periode van de Romeinse tijd hebben de sancties hun betekenis verloren.⁵

Het *matrimonium* en de *manus* liepen van oorsprong samen. De vrouw verliet haar eigen familie en ging over naar de familie van haar man. De *manus* werd echter niet van rechtswege gevestigd. Het huwelijk was slechts een grondslag voor het vestigen van de *manus* over de vrouw. De *manus* werd gevestigd door een plechtige rechtshandeling die zowel tijdens de huwelijksluiting als apart van de huwelijksluiting kon plaatsvinden.⁶ Deze rechtshandeling was te onderscheiden in drie vormen. De eerste vorm was een rituele ceremonie met de term *conferratio*. Onder leiding van een priester werd een granenkoek geofferd aan de god Jupiter.⁷ Als tweede kon de *manus* worden gevestigd via *coemptio*. De vrouw werd dan door haar *pater familia* aan de man verkocht. Als laatste ontstond *manus* door verjaring, 'usus'. Vereist was dat de vrouw en de man één jaar feitelijk samen hadden geleefd. Deze periode werd onderbroken wanneer de vrouw gedurende drie opeenvolgende nachten buiten de echtelijke woning verbleef. Het gevolg van de onderbreking was dat de *manus* niet werd gevestigd. Er bestond tevens de mogelijkheid om een huwelijk aan te gaan zonder de *maritale* macht. De vrouw was juridisch onafhankelijk en wenste dit tijdens het huwelijk te blijven. Een andere situatie was dat de vrouw onder gezag van haar eigen vader stond en hij die situatie wenste te handhaven.⁸

In het klassieke Romeinse recht geschiedde de huwelijksluiting geheel buiten de bemoeienis van de overheid om. De huwelijksluiting werd met name beheerst door het gewoonterecht, de 'ius non scriptum'. Er bestond geen verplichte vorm van de huwelijksluiting. Wel werd een aantal regels gesteld om vast te stellen of er sprake was van een huwelijk.⁹ Zo kon een geldig huwelijk slechts worden aangegaan door partijen die beiden bevoegd waren om een huwelijk te sluiten, 'ius conubii', en mocht men niet al *gehuwd* zijn.¹⁰ De Romeinen stonden polygamie niet toe.¹¹ Daarnaast was het sluiten van een huwelijk tussen bloedverwanten verboden. Dit verbod gold voor bloedverwantschap tot de zesde graad. Daarbij was aanverwantschap tevens een huwelijkbeletsel. Een derde vereiste was de huwbare leeftijdsgrens van de persoon. In eerste instantie werd dit criterium gezocht in

⁵ R. Feenstra, *Romeinsrechtelijke grondslagen van het Nederlands privaatrecht*, Leiden: Universitaire pers Leiden 1994 p. 31.

⁶ R. Feenstra, *Romeinsrechtelijke grondslagen van het Nederlands privaatrecht*, Leiden: Universitaire pers Leiden 1994 p. 32.

⁷ J.E. Spruit, *Cunabula iuris: elementen van het Romeinse privaatrecht*, Kluwer: Deventer 2003 p.128.

⁸ J.J. de Wit, *Matrimonium Et Divortium; Huwelijk en Echtscheiding Ten Tijde van de Romeinse Republiek*, Den Haag: Boom juridische uitgevers 2007 p. 109.

⁹ R. Feenstra, *Romeinsrechtelijke grondslagen van het Nederlands privaatrecht*, Leiden: Universitaire pers Leiden 1994 p. 31.

¹⁰ J.J. de Wit, *Matrimonium Et Divortium; Huwelijk en Echtscheiding Ten Tijde van de Romeinse Republiek*, Den Haag: Boom juridische uitgevers 2007 p. 55.

¹¹ C. de Koninck, *Glossarium van Latijnse en Romeinse rechtstermen*, Apeldoorn: MAKLU uitgevers 1997 p. 281.

fysieke kenmerken van de persoon. De jongen en het meisje moesten uiterlijk waarneembare verschijnselen van volwassenheid bezitten. In 529 na Christus is hier verandering in gekomen. Keizer Justinianus stelde een leeftijdsgrens vast. De mannen konden vanaf het voltooide veertiende leeftijdsjaar trouwen en de vrouwen konden vanaf de leeftijd van twaalf jaar in het huwelijk treden. Wanneer één der partijen nog onder patria potestas stond diende zij de medewerking van de pater familias te krijgen.¹²

Volgens de Romeinse opvatting was het huwelijk een 'consortium omnis Vitae'. Hiermee werd bedoeld dat het huwelijk een op duurzaamheid gerichte samenleving tussen een man en vrouw moest zijn. Vereist werd dat sprake was van 'affectio maritalis'. Beide partijen moesten de wil hebben om een huwelijk te sluiten. Het ging daarbij om een blijvende psychische toestand, een duurzame wilsovereenstemming.¹³

In de Romeinse tijd vond de huwelijkssluiting plaats zonder enige inmenging of controle van de staat. Het huwelijk was een individuele verbinding tussen een man en vrouw. Het voortduren van deze verbinding was afhankelijk van de wil van beide partijen, individueel of van beide patres familias. Keizer Augustus maakte als eerste een einde aan deze volledige vrije wil der partijen. Onder hem kwam de eerste bemoeienis in het huwelijksrecht tot stand. Keizer Augustus wilden huwelijken bevorderen. Hij bewerkstelligde dit door een stelsel van geboden, verboden, premies en sancties. Het huwelijk als instituut diende de geboorte van nakomelingen te bevorderen, de bevolkingstoename te stimuleren en de senatorenstand te behoeden van huwelijkssluitingen beneden hun stand.¹⁴ De wetgeving gebod dat mannen tussen de leeftijd van vijftig en zestig jaar en vrouwen tussen de leeftijd van twintig en vijftig jaar zich in een gehuwde staat dienden te bevinden. Op schending van deze plicht werden sancties gesteld. Wanneer een huwelijk was ontbonden, hetzij door de dood, vrijheidsverlies of door een echtscheiding, ontstond voor ieder van hen een hertrouwplicht. Tussen leden van de senaat en libertijnen (vrijgelatenen) was het verboden een huwelijk te sluiten. Evenals een huwelijk tussen 'ingenui' (vrijgeborenen) en personen van "minachtige" stand, zoals overspelige vrouwen, koppelaars, veroordeelden, toneelspelers en tussen Romeinse burgers en slaven. Daarnaast verbood de wetgeving een huwelijk met een overspelige, kon een soldaat geen huwelijk aangaan en werd het provinciegouverneurs

¹² J.J. de Wit, *Matrimonium Et Divortium; Huwelijk en Echtscheiding Ten Tijde van de Romeinse Republiek*, Boom juridische uitgevers: Den Haag 2007 p. 57.

¹³ J.E. Spruit, *Cunabula iuris: elementen van het Romeinse privaatrecht*, Deventer: Kluwer 2003 p. 122.

¹⁴ J.E. Spruit, *Cunabula iuris: elementen van het Romeinse privaatrecht*, Deventer: Kluwer 2003 p. 125.

verboden onder hun stand te huwen.¹⁵ Gehuwde mannen kregen premissen en promotiemogelijkheden en een echtscheiding werd bemoeilijkt.

Wanneer een huwelijk in strijd was met de wettelijke voorschriften werd het huwelijk nietig verklaard. “Si adversus ea, quae diximus, aliqui coierint, nec vir, nec uxor, nec nuptiae, nec matrimonium, nec dos intelligitur”. Letterlijk betekent het; “Als een man en een vrouw zich hebben verenigd in strijd met wat wij verklaard hebben, is er geen sprake van echtgenoot en echtgenote, noch van huwelijkssluiting, huwelijk en bruidsschat”.¹⁶

Kortom, het huwelijk werd in het klassiek Romeinse recht voornamelijk beheerst door het gewoonterecht. Het gewoonterecht werd beheerst door het geloof. Door kennisname met andere volken, godsdiensten en culturen kwam het gewoonterecht onder druk te staan. Leiders en politici gingen over tot aanpassing van de huwelijksidealen aan moderne opvattingen.¹⁷ De staat kreeg steeds meer invloed in huwelijkszaken.

1.3 Het huwelijk bij de Germanen

Nederland is lange tijd bewoond geweest door de Germanen. Dit bestrijkt de periode vanaf het jaar 0 tot en met 500 na Christus. De Germanen hadden een andere kijk op zaken dan de Romeinen destijds. De Germanen onderscheidden zich in kuise en reine zeden. De vrouw werd bij de Germanen hoog gewaardeerd en geëerbiedigd. Zij was de gezellin, een deelgenoot in lief en leed van de man. Zij stond niet gelijk aan een slavin, maar was de raadgeefster van haar man.¹⁸

Een huwelijk tussen zeer jongen mensen was bij de Germaanse bevolking niet gebruikelijk. Het werd hun verboden te huwen, tot het moment dat zij de volle rijpheid van het leven hadden bereikt en nadat de man zijn kracht en moed op het krijgsveld had getoond.¹⁹ Gemeenschap buiten het huwelijk leidde tot eerloosheid van de vrouw.²⁰

Een vrouw stond onder mund (voogdij) van haar vader of echtgenoot. Partners konden pas in het huwelijk treden nadat toestemming was gekregen van de voogd. Dit was vaak de vader des huizes. De kinderen waren, net als de vrouw, het eigendom van de vader des

¹⁵ C. de Koninck, *Glossarium van Latijnse en Romeinse rechtstermen*, Apeldoorn: MAKLU uitgevers 1997 p. 282.

¹⁶ C. Asser, *Personen en familierecht*, Deventer: Kluwer 2010 nr.162.

¹⁷ J.J. de Wit, *Matrimonium Et Divortium; Huwelijk en Echtscheiding Ten Tijde van de Romeinse Republiek*, Den Haag: Boom juridische uitgevers 2007 p. 190.

¹⁸ D. Lubach, *De bewoners van Nederland: grondtrekken eener vaderlandsche ethnologie*, Haarlem: A.C. Kruseman 1863 p.209.

¹⁹ D.W.J.F Nuyens, *Algemeene geschiedenis des Nederlandschen volks*, Amsterdam: O.L. Langenhuyse 1871 p. 150.

²⁰ D. Lubach, *De bewoners van Nederland: grondtrekken eener vaderlandsche ethnologie*, Haarlem: A.C. Kruseman 1863 p.208.

huizen. De macht van hem was groot. Hij mocht bijvoorbeeld een overspelige vrouw doden of genade schenken. Hij kon kinderen aannemen, verstoten, doden of ter vondeling leggen. Daarnaast besliste hij ook over het huwelijk van zijn kinderen.

In het Germaanse rijk werd de bruid gekocht. De Germanen maakten geen onderscheid tussen de verloving en het huwelijk. Het huwelijk bestond slechts uit de belofte elkaar tot echtgenoten te nemen. Bijslaap vormde deze belofte tot een huwelijk.²¹ Daarnaast moest de bruidegom een bepaalde prijs aan de ouders afstaan. Het verkopen van een dochter en kopen van een bruid werd door het geloof gerechtvaardigd. De man kocht zijn bruid en de vader verkocht zijn dochter. De vrouw ging vervolgens in eigendom over. Zij kwam onder de macht van haar man te staan. Het huwelijk werd gesloten door middel van het aanbieden van deze huwelijksgift door de bruidegom aan de bruid. De gift bestond over het algemeen uit vee, een opgetuigd paard, wapentuig en een schild. De bruid bood vervolgens een wapentuig aan de bruidegom aan. Het uitwisselen van de huwelijksgift werd als een grote plechtigheid gezien. Na deze plechtigheid en de bijslaap werd het huwelijk als gesloten verklaard.²²

Polygamie werd door de wetten van de staat en de godsdienst niet verboden. Hij die een vrouw kocht, kon ook meerdere vrouwen kopen. Dit kwam echter alleen in de hoge standen voor. Daarnaast verboden sommige stammen de vrouw te hertrouwen na de dood van haar man.²³

1.4 Het huwelijk tijdens de renaissance

De katholieke kerk beheerste in Nederland grotendeels het huwelijksrecht. Vanaf de twaalfde eeuw had het huwelijk de officiële status van sacrament. Het huwelijk werd gezien als een band tussen God en de mens. Dit betekende automatisch dat er een band was tussen het huwelijk en de kerk, waardoor een wettig huwelijk werd gekoppeld aan de aanwezigheid en medewerking van de kerk.²⁴ Het huwelijk was onverbrekelijk en monogaam. Het huwelijk kon slechts worden ontbonden door het intreden in een klooster of door dispensatie van de paus. De wederzijdse toestemming van partijen vormde de basis van het huwelijk. Het hebben van geslachtsgemeenschap, het vermijden van onkuisheid en onderlinge ondersteuning werd als doel beschouwd. De geldigheid van het huwelijk was dan ook afhankelijk van de bijslaap.

²¹ C. Asser, *Personen en familierecht*, Deventer: Kluwer 2010 nr.114.

²² D.W.J.F Nuyens, *Algemeene geschiedenis des Nederlandschen volks*, Amsterdam: O.L. Langenhuyse 1871 p. 159.

²³ D. Lubach, *De bewoners van Nederland: grontrekken eener vaderlandsche ethnologie*, Haarlem: A.C. Kruseman 1863 p.222.

²⁴ M.P.C. van der Heijden, *Huwelijk in Holland: stedelijke rechtspraak en kerkelijke tucht, 1550-1700*, Amsterdam: Uitgeverij Bert Bakker 1998 p.31.

Een verloving ging door geslachtsgemeenschap over in het huwelijk. Het vooraf aankondigen van het huwelijk was echter geen vereiste voor de geldigheid van het huwelijk.

Het huwelijk was een samenleving tussen een man en een vrouw. De kerk had zich tegen een gemengd huwelijk gekeerd. Daarnaast was een huwelijk tussen bloedverwanten tot de vierde graad en aanverwanten ook verboden, maar hoefde men geen toestemming meer te verkrijgen van een ouder of voogd.²⁵ De praktijk leerde anders. De overheid had een kleine rol in het huwelijk en trad slechts op wanneer de openbare orde in het geding was. Een andere fundamentele verandering werd ingevoerd in 1563. Het Concilie van Trente bepaalde dat vanaf dat moment een huwelijksluiting slechts kon plaatsvinden ten overstaan van een priester en twee getuigen. Acht dagen na de laatste aankondiging kon men trouwen.²⁶ Voortaan was het huwelijk een openbare aangelegenheid.

In 1572 vond de opkomst van de Reformatie plaats. Ten aanzien van het huwelijk bracht dit ook een aantal veranderingen met zich mee. Er ontstond een nieuwe taakverdeling tussen kerk en overheid. Het huwelijk werd steeds minder een kerkelijke zaak.²⁷ Het huwelijk was dan wel een door God ingestelde verbintenis, maar het diende vooral om het bestaan mogelijk te maken. Om deze reden was het huwelijk qua uiterlijk een wereldlijke aangelegenheid. Één van de fundamentele veranderingen was dan ook die van de sacramentsleer. Waar het christendom in de jaren daarvoor het huwelijk als sacrament zag, waardeerde de gereformeerde religie het huwelijk niet als sacrament.²⁸ Het huwelijk werd een openbare aangelegenheid. In mei 1573 heeft de gereformeerde kerk een huwelijksadministratie opgezet die in maart 1576 werd vervangen door een stedelijk huwelijksregister voor ondertrouw. Men trad in ondertrouw door drie maal het huwelijk in de kerk af te kondigen of door het huwelijk af te kondigen op het stadhuis. Een commissaris voerde de ondertrouw uit. Hij moest ervan overtuigd zijn dat er geen bezwaren voor het huwelijk bestonden. Het huwelijk moest vrijwillig worden aangegaan en er mochten geen andere verbintenissen bestaan. De partners mochten geen bloed- of aanverwantschap zijn en minderjarige partners dienden toestemming te krijgen van de ouders.²⁹

²⁵ M.P.C. van der Heijden, *Huwelijk in Holland: stedelijke rechtspraak en kerkelijke tucht, 1550-1700*, Amsterdam: Uitgeverij Bert Bakker 1998 p.32.

²⁶ C. Asser, *Personen en familierecht*, Deventer: Kluwer 2010 nr.133

²⁷ M.P.C. van der Heijden, *Huwelijk in Holland: stedelijke rechtspraak en kerkelijke tucht, 1550-1700*, Amsterdam: Uitgeverij Bert Bakker 1998 p.11.

²⁸ Ibid, p.36.

²⁹ Ibid, p.38.

Huwelijkse zaken behoorden grotendeels thuis bij de wereldlijke overheid. De belangrijkste verandering heeft dan ook onder invloed van de Reformatie plaats gevonden. Het huwelijk werd niet langer beheerst door het kerkelijk recht, maar ging over naar het wereldlijke recht.

De reformatie bracht ook een aantal inhoudelijke veranderingen met zich mee. De ouderlijke toestemming kreeg een fundamentele plaats bij de huwelijksluiting. Volledige ouderlijke toestemming bij het sluiten van het huwelijk was essentieel. De ouderlijke toestemming gold in principe voor alle jongeren. De mannen konden vanaf hun veertiende jaar trouwen en de vrouwen dienden de leeftijd van twaalf jaar te hebben bereikt. Meerderjarigen konden beroep instellen bij de rechtbank of kerkenraad wanneer de ouders toestemming weigerden. Ouders konden binnen veertien dagen op het beroep reageren. Bleef een reactie uit dan werd dit als instemming opgevat. Het huwelijk kon vervolgens plaatsvinden.³⁰ Ouders hadden daarnaast de bevoegdheid om beroep in te stellen. Jongeren hadden geen bevoegdheid tot appel. Jongens werden meerderjarig wanneer zij de leeftijd van 25 jaar hadden bereikt en de meisjes werden meerderjarig bij het bereiken van de leeftijd van 20 jaar.

Een andere verandering is gelegen in het doel van het huwelijk. Voortplanting werd niet langer als de voornaamste functie van het huwelijk beschouwd. Liefde en kameraadschap kregen een belangrijke plaats in het huwelijk. Als laatste werden regels betreffende een scheiding gewijzigd. Niet langer was het huwelijk onverbreekbaar. Het huwelijk kon, naast de mogelijkheid van scheiding van tafel en bed, worden verbroken door middel van een echtscheiding. Een echtscheiding kon uitgesproken worden op grond van bewezen overspel of kwaadwillige verlating door een partner. Daarbij was van belang welke partij schuld had aan de echtscheiding. De schuldige partij mocht niet hertrouwen. Dit recht kwam alleen aan de onschuldige partij toe.³¹

Ook onder het nieuwe huwelijksrecht was het trouwen met bloed- en aanverwanten tot de vierde graad verboden. Niet alleen leidde het tot ongeldigheid van het huwelijk, maar het werd tevens strafbaar gesteld. Eerbaarheid en de wetten van God waren de beweegredenen tot het verbod.³² Daarnaast werd een huwelijk tussen verschillende godsdiensten wel toegestaan. Wenselijk was het echter niet. "Twee geloven op een kussen, daar slaapt de duivel tussen".

³⁰ M.P.C. van der Heijden, *Huwelijk in Holland: stedelijke rechtspraak en kerkelijke tucht, 1550-1700*, Amsterdam: Uitgeverij Bert Bakker 1998 p.46.

³¹ Ibid, p.41.

³² Ibid, p.50.

Begin zeventiende eeuw onderging het huwelijk wederom veranderingen. In de geschiedenis is deze periode bekend als de Nadere Reformatie. De belangrijkste bestaansredenen van het huwelijk werd de onderlinge hulp en kameraadschap tussen partners. Het huwelijk was de oplossing voor onkuisheid en stond in dienst van de voorplanting. Een scherper vervolgingsbeleid werd gevoerd ten aanzien van onwettigheid. Echte samenwoning was in het huwelijk dan ook van essentieel belang. Het was de enige manier om de onderlinge hulp werkelijk te verwezenlijken. Tijdelijke afwezigheid van een echtgenoot werd dan ook niet goedgekeurd. Overspel bleef een ernstige zonde.³³

Kortom, de overheid kreeg steeds meer zeggenschap in het huwelijksrecht. Het huwelijk lag niet langer in handen van de kerk, maar werd een wereldlijke zaak. De kerk was echter nog wel aanwezig. De taakverdeling tussen de magistraat en de kerkenraad was duidelijk. De kerkenraad hield zich bezig met kerkelijke tucht en het magistraat hield zich bezig met de huwelijksrechtspraak. Interpretatie van rechtsregels behoorde dan ook tot de taak van de magistraat.³⁴

1.5 Het huwelijk in de nieuwe tijd

In de zeventiende eeuw maakten de Franse machthebbers een einde aan het eeuwenoude jurisdictie-monopolie van de kerk ten aanzien van het huwelijk. Zij voerden het burgerlijk huwelijksrecht in. De burgerlijke stand werd in Frankrijk als overheidsadministratie ingevoerd. Met de Wet van 20 september 1792 werd de registratie van het huwelijk van de kerk overgenomen.³⁵ In augustus 1796 werd de scheiding tussen kerk en staat een feit. De staat werd boven de verschillende godsdiensten gesteld en men was vrij te kiezen voor een godsdienst. Het huwelijk werd voortaan volledig geregeld door de staat. Het kerkelijk huwelijk verloor zijn status.³⁶ Het Hof van Holland erkende in 1795 dat het huwelijk een burgerlijk contract was. Verschil van religie kon daarom geen reden tot een huwelijksverbod of belemmering geven. In het Wetboek Napoleon voor Holland werd geen kerkelijke huwelijksbevestiging meer opgenomen. Het huwelijk werd vanaf dat moment slechts in zijn burgerlijke betrekkingen beschouwd.³⁷

³³ M.P.C. van der Heijden, *Huwelijk in Holland: stedelijke rechtspraak en kerkelijke tucht, 1550-1700*, Amsterdam: Uitgeverij Bert Bakker 1998 p.44.

³⁴ M.P.C. van der Heijden, *Huwelijk in Holland: stedelijke rechtspraak en kerkelijke tucht, 1550-1700*, Uitgeverij Bert Bakker: Amsterdam 1998 p.258.

³⁵ J.E. Geuzinge, Tweehonderd jaar 'Verzekering van den burgerlijken staat der personen, door akten van den burgerlijke stand'?, FJR 2011/88.

³⁶ M. Braun, *De prijs van de liefde. De eerste feministische golf het huwelijksrecht en de vaderlandse geschiedenis*, Amsterdam: Het spinhuis 1992 p.25.

³⁷ C. Asser, *Personen en familierecht*, Deventer: Kluwer 2010 nr.134.

In de achttiende eeuw ontstond de behoefte om traditioneel christelijke waarden ten aanzien van het huwelijk te codificeren. Het huwelijk werd beschouwd als een gemeenschap tussen een man en vrouw. Wederzijdse hulpverlening en het opvoeden van kinderen werd als doel gezien. Het gecodificeerde huwelijksrecht had een dwingend karakter. Niet de contractanten, maar de wetgever bepaalde de inhoud van het huwelijk. Verschillende onderwerpen werden vastgelegd in een nationaal wetboek. Hierbij moet gedacht worden aan het gezag van de man en de gehoorzaamheidsplicht van de vrouw. Tevens werd de macht van de ouders in de vorm van de toestemmingsplicht en werd de handelingsonbekwaamheid van een gehuwde vrouw in de codificatie bevestigd.

Het Hof van Holland had in 1795 al erkend dat het huwelijk een burgerlijk contract was. Verschil van religie kon daarom geen reden tot huwelijksverbod of belemmering geven. Dit resulteerde in de codificatie van artikel 85 van het Burgerlijk Wetboek (oud). "Tot het wezen van het huwelijk wordt de vrije wilsovereenstemming der aanstaande echtgenooten vereischt."³⁸ De vrije toestemming van partners om een huwelijk aan te gaan werd een vereiste. De vrouw bleef echter een achtergestelde positie houden. Dit werd neergelegd in artikel 160. "De man is hoofd der echtvereniging". De vrouw was en bleef handelingsonbekwaam. Hier werd een aantal uitzonderingen op gemaakt. Te denken valt aan dagelijkse handelingen die voor het huishouden nodig waren. Daarnaast diende de vrouw haar man te gehoorzamen. De man moest de vrouw beschermen. Daarbij werd inwoning van de vrouw bij de man bij wet verplicht gesteld. Tijdens het huwelijk werd het domicilie van de vrouw door de man bepaald, aldus artikel 78 BW (oud). Scheiding van tafel en bed was hierop een uitzondering.³⁹

Onder de Franse wetgeving was de huwbare leeftijd voor mannen gesteld op de leeftijd van 18 jaar. Vrouwen konden vanaf 15 jaar in het huwelijk treden. Bij de totstandkoming van het Burgerlijk Wetboek in 1838 werd de huwbare leeftijd van de vrouwen verhoogd tot de leeftijd van 16 jaar.

De trouwbelofte had in de zestiende en zeventiende eeuw een grote betekenis. De geliefden beloofden met elkaar te zullen trouwen. Wie zijn trouwbelofte niet nakwam beging een zonde. De belofte was slechts ontbindbaar met wederzijds goedvinden of op grond van

³⁸ M. Braun, *De prijs van de liefde. De eerste feministische golf het huwelijksrecht en de vaderlandse geschiedenis*, Amsterdam: Het spinhuis 1992 p.25.

³⁹ A.R. de Bruijn e.a., *Het Nederlandse Huwelijksvermogensrecht*, Deventer: Kluwer 2010 p.9.

gewichtige redenen. Hierbij valt te denken aan onkuisheid.⁴⁰ De trouwbelofte verloor in de achttiende eeuw zijn waarde. Rechterlijke dwang tot het sluiten van een huwelijk na een trouwbelofte kon niet meer worden uitgevoerd.⁴¹

Ten aanzien van de echtscheiding concludeerde het hof dat, gezien het algemeen maatschappelijk belang, regels omtrent de echtscheiding gehandhaafd dienden te worden. Het huwelijk kon ontbonden worden door de dood, overspel of kwaadwillige verlating. In het Burgerlijk Wetboek van 1838 werd daaraan toegevoegd dat een veroordeling tot een onterende straf en zware verwondingen of mishandelingen door de ene echtgenoot jegens de andere, waarbij het leven van de ander in gevaar was gebracht, tevens een grond voor echtscheiding was. Een echtscheiding met wederzijds goedvinden werd in het Burgerlijk Wetboek uitdrukkelijk uitgesloten.⁴²

1.6 Conclusie

Het huwelijk is een eeuwenoude vorm van samenleven en heeft dan ook een rijke geschiedenis. De Romeinen gaven het huwelijk geen juridische status. In het Romeinse recht schiep het huwelijk slechts een maatschappelijke band tussen de partners. De huwelijksluiting vond geheel plaats buiten de bemoeienis van de overheid om. Er bestonden slechts vereisten ten aanzien van de geldigheid van het huwelijk. In de Romeinse tijd zijn de eerste beperkingen gelegd op de volledige vrijheid van partijen ten aanzien van het aangaan van een huwelijk. Dit is het begin van de bemoeienis van de staat in het huwelijk. De bemoeienis die wij kennen gaat dus al terug tot de Romeinse tijd. Echter, het gewoonterecht en de godsdienst hadden in de Romeinse tijd de overhand. De Germanen hadden een andere kijk op het huwelijk. Het huwelijk kwam tot stand door bijslaap. De vrouw werd hoog gewaardeerd. Zij was gezellin en deelgenoot in lief en leed van de man. Ten aanzien van de huwelijksluiting was zij echter niet meer dan een ruilmiddel. De staat had nog geen grote rol in het huwelijk. Het huwelijk werd met name door de godsdienst beheerst. Tijdens de renaissance werd het huwelijk door het katholieke geloof beheerst. In 1563 is de basis gelegd van hedendaags vereiste van openbaarheid. Het Concilie van Trente bepaalde dat vanaf dat moment het huwelijk slechts kon plaatsvinden ten overstaan van een priester en twee getuigen. Vanaf 1572 ontstond een nieuwe taakverdeling. Het was niet langer een kerkelijke, maar een wereldlijke zaak. De staat kreeg steeds meer zeggenschap. Het is het

⁴⁰ B. Hekman, *De Affaire de Lalande-Lestevenon: Feit en fictie over een spraakmakend schandaal in het zeventiende-eeuwse Amsterdam*, Leiden: Leiden University Press 2010 p.141.

⁴¹ A.H. Huussen JR, *De codificatie van het Nederlandse huwelijksrecht 1795 -1838*, Amsterdam: Holland Universiteits Pers 1975 p.265.

⁴² A.H. Huussen JR, *De codificatie van het Nederlandse huwelijksrecht 1795 -1838*, Amsterdam: Holland Universiteits Pers 1975 p.113.

begin geweest van het huwelijksrecht zoals wij dat nu kennen. Echter, pas in de nieuwe tijd werd compleet afgerekend met de jurisdictie-monopolie van de kerk. De Franse machthebbers voerden een burgerlijk huwelijksrecht in. In 1796 werd de scheiding van staat en kerk een feit. Hiermee werd een einde gemaakt aan de status van het kerkelijk huwelijk. Terugkijkend op de geschiedenis van het huwelijk zijn in verschillende tijden vereisten terug te vinden die wij hedendaags nog steeds hanteren. Vanaf 1500 zijn fundamentele veranderingen aan het huwelijksrecht toegebracht. Het huwelijk werd een openbare aangelegenheid, het begin van een ommekeer. De kerk verloor zijn macht en de staat kreeg een sterkere positie in het huwelijk. Echter, de Franse machthebbers maakten definitief een einde aan het huwelijk zoals zij het kenden. Niet langer was het huwelijk een kerkelijke zaak, maar een burgerlijke aangelegenheid.

Hoofdstuk 2 Het huwelijk

2.1 Inleiding

Het huwelijk is een eeuwenoude samenlevingsvorm. In het vorige hoofdstuk is de geschiedenis uiteen gezet. Duidelijk werd dat het huwelijk door de eeuwen heen verschillende betekenissen, doelen en vormen heeft gehad. Het huwelijk heeft dan ook een grote ontwikkeling doorgemaakt. Ook hedendaags wordt het huwelijk aan ontwikkelingen blootgesteld. Een bekend voorbeeld hiervan is het openstellen van het huwelijk voor personen van het zelfde geslacht. In dit hoofdstuk zullen verschillende aspecten van het huwelijk worden behandeld. Als eerste wordt gekeken naar het burgerlijk huwelijk. Hierbij zal worden ingegaan op de ontwikkelingen in het huwelijksrecht en de vereisten die het Burgerlijk Wetboek aan het huwelijk stelt. Vervolgens komt het religieuze huwelijk aan bod. Daarbij wordt met name gelet op de vereisten die een godsdienst aan het huwelijk stelt. Als laatste zal het huwelijk in het internationale privaatrecht uiteen worden gezet. Ook het personen- en familierecht wordt aan internationalisering blootgesteld. Om een volledig beeld te krijgen van het huwelijksrecht zal dan ook het internationale aspect besproken worden.

2.2 Het burgerlijk huwelijk

2.2.1. Ontwikkelingen in het burgerlijk huwelijk

Het oud Burgerlijke Wetboek is grotendeels gebaseerd op de Code Civil, ook wel de Code Napoleon. De kern van het huwelijksrecht was gebaseerd op christelijke normen en waarden. De man was hoofd van het gezin, de vrouw diende te gehoorzamen en stond daarbij onder maritale macht. De getrouwde vrouw was handelingsonbekwaam. De man had daarbij een beschermingsplicht ten aanzien van de vrouw.⁴³ Een van de grootste ontwikkelingen in de negentiende eeuw betrof de echtscheiding. Deze ontwikkeling is in de rechtspraak ontstaan. Voorheen was een echtscheiding praktisch ondenkbaar. Slecht in uitzonderlijke gevallen mocht men van elkaar scheiden. In de negentiende eeuw kreeg het huwelijk als maatschappelijk instituut juridische bescherming door middel van een beperkt aantal gronden voor echtscheiding en artikel 263 BW (oud). In artikel 263 BW (oud) stond dat een echtscheiding nimmer door onderlinge toestemming kon plaatsvinden.

Pas aan het einde van de negentiende eeuw werd de rechtspositie van de gehuwde vrouw aan de orde gesteld. De gehuwde vrouw werd immers als handelingsonbekwaam

⁴³ C. Asser, *Personen en familierecht*, Deventer: Kluwer 2010 nr.3.

beschouwd. Julius Christiaan van Oven, later Minister van Justitie, gaf in 1927 een preadvies aan de Nederlandse Juristen Vereniging. Hij was voorstander voor het afschaffen van de handelingsonbekwaamheid van gehuwde vrouwen. Dit advies heeft zich in 1956 tot een wettekst gevormd. Vanaf dat moment is de regel van handelingsonbekwaamheid van gehuwde vrouwen afgeschaft.⁴⁴

Een recente en bekende ontwikkeling in het huwelijksrecht is de openstelling van het huwelijk voor personen van hetzelfde geslacht. Het huwelijk kon alleen gesloten worden tussen personen van het verschillende geslacht. Volgens de jurisprudentie van het Europese Hof van de Rechten van de Mens, verder EHRM, heeft het recht om te huwen als bedoeld in artikel 12 EVRM slechts betrekking op het traditionele huwelijk tussen personen van verschillend geslacht. Ondanks deze jurisprudentie stelde de staatssecretaris van Justitie op 25 juni 1996 een niet-ambtelijke Commissie inzake openstelling van het burgerlijk huwelijk voor personen van hetzelfde geslacht in. Deze commissie kreeg de naam Commissie-Kortmann II. De commissie diende de voor- en nadelen te inventariseren. De commissie gaf in oktober 1997 te kennen dat het ongewenst was teveel verschillende rechtsvormen van tweerelaties te hebben. Met name wanneer deze onderling weinig verschilden. De meerderheid van de Commissie was voor het openstellen van het huwelijk. Op 8 juni 1999 is onder verantwoordelijkheid van staatssecretaris van Justitie een wetsvoorstel tot wijziging van Boek 1 Burgerlijk Wetboek in verband met de openstelling van het huwelijk voor personen van hetzelfde geslacht ingediend. Het voorstel resulteerde in de Wet openstelling huwelijk van 21 december 2000 welke op 1 april 2001 in werking is getreden.⁴⁵ In het huidige Burgerlijk Wetboek heeft dit geresulteerd in de bepaling van artikel 30 lid 1 BW. Een huwelijk kan worden aangegaan door twee personen van verschillend of van gelijk geslacht, aldus artikel 30 lid 1 BW.

In 2010 is een wetsvoorstel ingediend voor het wijzigen van Boek 1 en Boek 10 Burgerlijk Wetboek. De wijziging betreft de huwelijksleeftijd, de huwelijksbeletselen, de vernietigingverklaring van een huwelijk en de erkenning van een in het buitenland gesloten huwelijk. Het gaat daarbij om de Wet tegengaan huwelijksdwang. In het wetsvoorstel wordt onder andere uitvoering gegeven aan de neef/nicht huwelijken en polygame huwelijken. Het doel van de maatregel is het vergroten van de huwelijksvrijheid. Huwelijksdwang dient te worden tegengegaan en de erkenning van in het buitenland gesloten huwelijk dient te worden beperkt tot hetgeen in overeenstemming is met het in Nederland algemeen ervaren

⁴⁴ C. Asser, *Personen en familierecht*, Deventer: Kluwer 2010 nr.8.

⁴⁵ P. Vlaardingebroek, *Het hedendaagse personen- en familierecht*, Deventer: Kluwer 2011 p.108.

karakter van het huwelijk. Daarnaast betreffen de maatregelen het verbod van het aangaan van een huwelijk met personen die de leeftijd van achttien jaar nog niet hebben bereikt en het verbod van het sluiten van een huwelijk met bloedverwanten tot de derde en vierde graad in de zijlinie, de neef/nicht huwelijken.⁴⁶

In het Nederlandse huwelijksrecht is het een fundament recht dat personen zelf mogen bepalen of en met wie zij willen huwen. Artikel 86 BW (oud) bepaalde dat aanstaande echtgenoten hun vrije toestemming tot het huwelijk dienden te geven. In het nieuwe Burgerlijk Wetboek dat op 1 januari 1970 in werking is getreden is deze bepaling niet opgenomen. Hiervoor bestond een aantal argumenten. Een expliciet vereiste van huwelijkstoestemming zou ertoe leiden dat men sneller om nietigverklaring van het huwelijk zou verzoeken. Dit zou tot afname van de betekenis van het burgerlijk huwelijk kunnen leiden. Daarnaast zou het de indruk wekken dat ten aanzien van het huwelijk als rechtshandeling andere regels zouden gelden dan voor andere rechtshandelingen. Hoewel de bepaling niet in het nieuwe Burgerlijk Wetboek is opgenomen is de vrije huwelijkstoestemming wel degelijk een vereiste voor het aangaan van een huwelijk gebleven. Het huidige Burgerlijk Wetboek geeft in het geval van huwelijksdwang een echtgenoot de bevoegdheid om nietigverklaring van het huwelijk te verzoeken. Artikel 71 lid 1 BW bepaalt dat het moet gaan om een huwelijk dat onder invloed van een onrechtmatige ernstige bedreiging is gesloten. Hieraan worden hoge eisen gesteld. Echter, het gedwongen huwelijk is zodanig in strijd met de Nederlandse rechtsorde, dat de mate van dwang of de mate waarin de gedwongen echtgenoot weerstand had kunnen bieden niet bepalend mag zijn ten aanzien van de vraag of een nietigverklaring van het huwelijk toegewezen moet worden.⁴⁷ Voorgesteld wordt om deze bepaling te verruimen. Elk huwelijk dat onder druk is gesloten dient nietig te worden verklaard ongeacht of er sprake is van onrechtmatige ernstige bedreiging. Daarbij kreeg het Openbaar Ministerie tevens de bevoegdheid tot het indienen van een verzoek tot vernietiging wegens huwelijksdwang.

Ten aanzien van huwelijksbeletselen worden de volgende veranderingen wenselijk geacht. In het huidige Burgerlijk Wetboek geeft artikel 31 BW aan dat de personen de leeftijd van achttien jaar dienen te hebben bereikt alvorens zij een huwelijk mogen aangaan. Leden 2 en 3 geven hierop uitzonderingen. Zo mogen personen die de leeftijd van zestien jaar hebben bereikt een huwelijk aangaan indien de vrouw een verklaring van een arts overlegt dat zij zwanger is, dan wel haar kind reeds ter wereld heeft gebracht. Daarnaast kan de Minister

⁴⁶ *Kamerstukken II 2010/11, 32 175, nr. 17 (MvT).*

⁴⁷ *Kamerstukken II 2010/11, 32 175, nr. 17.*

van Justitie wegens gewichtige redenen ontheffing verlenen. Een belangrijk gevolg van de uitzonderingen als genoemd in lid 2 en 3 van artikel 31 BW is dat het huwelijk handelingsbekwaamheid met zich meebrengt. Gezien de kwetsbare positie van de jongeren in de samenleving wordt voorgesteld de uitzonderingen te laten vervallen. Slechts zestien- en zeventienjarige meisjes die door een rechter meerderjarig worden verklaard dienen de mogelijkheid te hebben om op jongere leeftijd een huwelijk aan te gaan.⁴⁸

In het huidige Burgerlijk Wetboek is een huwelijksverbod opgenomen voor bloedverwanten in opgaande en nederdalende lijn of als broeders, zusters of broeder en zuster. Het gaat daarbij om personen die, hetzij van nature hetzij in familierechtelijke betrekking, tot elkander staan. Een huwelijk tussen neef en nicht vormt dus geen huwelijksbeletsel. Dit dient echter voortaan ook als huwelijksbeletsel te worden gezien. Hierop dient een uitzondering te worden gemaakt. Wanneer beide echtgenoten ten overstaan van de ambtenaar van de burgerlijke stand onder ede verklaren dat zij vrijelijk hun toestemming geven voor het aangaan van het huwelijk geldt het huwelijksbeletsel niet.⁴⁹

De ontwikkelingen ten aanzien van erkenning van een in het buitenland gesloten huwelijk zullen in paragraaf vier van dit hoofdstuk worden besproken.

2.2.2 Het huidige burgerlijk huwelijk

In Nederland heeft het huwelijk twee verschillende juridische betekenissen. Beide betekenissen worden door de wet geregeld. Als eerste is het huwelijk een rechtshandeling. Deze betekenis ligt in de sluiting van het huwelijk. De tweede betekenis is het huwelijk als zijnde een rechtsinstelling. Het is een juridische ordening van een samenleving van twee personen, welke aan individuele willekeur is onttrokken. Wie voor het huwelijk kiest kan niet door innerlijke voorbehouden of door middel van bijzondere afspraken een of meer rechtsgevolgen van het huwelijk uitsluiten, aldus de Hoge Raad in zijn uitspraak van 3 december 1952.⁵⁰ Het huwelijk bestaat uit een onderling samenhangend geheel van rechtsgevolgen, die intreden door een huwelijksluiting.

Het huwelijksrecht wordt voornamelijk in Boek 1 titel 5 en 6 van het Burgerlijk Wetboek geregeld. De wet bevat geen definitie van het huwelijk. Artikel 30 lid 2 juncto artikel 1:68 BW bepaalt slechts dat de wet het huwelijk alleen in zijn burgerlijke betrekkingen beschouwd. 'Geen godsdienstige plechtigheid mag plaatsvinden, voordat de partijen aan de dienaar van

⁴⁸ *Kamerstukken II* 2010/11, 32 175, nr. 17 (MvT) p.8.

⁴⁹ *Kamerstukken II* 2010/11, 32 175, nr. 17 (MvT) p.5.

⁵⁰ C. Asser, *Personen en familierecht*, Deventer: Kluwer 2010 nr.106, HR 3 december 1952, NJ 1953,784.

de eredienst doen blijken, dat het huwelijk ten overstaan van de ambtenaar van de burgerlijke stand is voltrokken'. Een kerkelijk huwelijk heeft in Nederland dan ook geen juridische status.⁵¹

Afdeling 1 titel 5 bevat de vereisten voor het aangaan van het huwelijk. Daarbij wordt onderscheid gemaakt tussen inwendige- en uitwendige vereisten. De inwendige vereisten zijn persoonlijk van aard. Zij zijn te onderscheiden in absolute en relatieve vereisten. De absolute vereisten gelden ten aanzien van een ieder die een huwelijk wil aangaan. De relatieve vereisten hebben betrekking op een huwelijk tussen bepaalde personen.⁵² De uitwendige vereisten hebben betrekking op de formaliteiten waaraan voldaan moet worden alvorens een huwelijk gesloten kan worden.

Bij een inwendig vereiste valt te denken aan de huwbare leeftijdsgrens. De hoofdregel in Nederland is dat personen de leeftijd van achttien jaar dienen te hebben bereikt alvorens zij mogen trouwen. Een uitzondering is gemaakt voor personen die de leeftijd van zestien hebben bereikt. Zij mogen trouwen indien de vrouw zwanger of wanneer de Minister van Veiligheid en Justitie ontheffing wegens gewichtige redenen heeft verleend. In 2010 is een wetsvoorstel ingediend om deze uitzonderingen af te schaffen. Zie hierover paragraaf 2.2.1. Andere inwendige absolute vereisten zijn gelegen in huwelijksverboden. Een huwelijk mag niet worden aangegaan wanneer de geestesvermogens van een partij zodanig zijn gestoord dat deze niet in staat is haar wil te bepalen of de betekenis van haar verklaring te begrijpen.⁵³ Daarnaast kan een persoon slechts met één andere persoon door het huwelijk verbonden worden en mag men niet tegelijkertijd een geregistreerd partnerschap aangaan.⁵⁴ Juridische ouders hebben van oudsher het recht gehad om huwelijkstoestemming te geven en te weigeren. Minderjarigen hebben hedendaags nog steeds de toestemming van hun juridische ouders of voogd nodig alvorens zij een huwelijk aan kunnen gaan. Wanneer een ouder of voogd toestemming weigert kan de minderjarige om vervangende toestemming verzoeken bij de rechtbank. Deze bevoegdheid vindt zijn oorsprong in de Renaissance.⁵⁵ De wet kent maar één relatief vereiste. "Een huwelijk mag niet worden gesloten tussen hen die elkander, hetzij in van nature hetzij familierechtelijk, bestaan in de opgaande en in de nederdalende lijn of als broeders, zusters of broeder en zuster", aldus artikel 1:41 BW. Dit verbod geldt voor biologische en juridische bloedverwanten. Om gewichtige redenen kan de Minister van

⁵¹ P. Vlaardingerbroek, *Het hedendaagse personen- en familierecht*, Deventer: Kluwer 2011 p.104.

⁵² *Ibid*, p.114.

⁵³ *Ibid*, p.115.

⁵⁴ *Ibid*, p.115.

⁵⁵ M.P.C. van der Heijden, *Huwelijk in Holland: stedelijke rechtspraak en kerkelijke tucht, 1550-1700*, Amsterdam: Uitgeverij Bert Bakker 1998 p.46.

Veiligheid en Justitie ontheffing van het huwelijksverbod verlenen aan hen die broeders, zusters of broeder en zuster zijn door adoptie.⁵⁶ Het huwelijksverbod geldt nu alleen nog voor de familieleden in de opgaande en nederdalende lijn. In het wetsvoorstel, als genoemd in paragraaf 2.2.1, is gepleit voor uitbreiding van het huwelijksverbod tot een verbod van het sluiten van een huwelijk met bloedverwanten tot de derde- en vierde graad in de zijlinie.

De uitwendige vereisten zijn om verschillende redenen gesteld. Als eerste wordt het beginsel van openbaarheid door de vereisten gewaarborgd. Men wordt in de gelegenheid gesteld een huwelijk dat in strijd is met de wet te voorkomen of vernietigen. Een ieder moet kunnen zien dat een huwelijk wordt gesloten. Daarnaast fungeren de formaliteiten als waarborg dat een ambtenaar van de burgerlijke stand niet snel een geheim of strijdig huwelijk kan sluiten. Tevens beschermt het echtgenoten tegen overijling en is het een bescherming tegen geheime en verboden huwelijken. Als laatste geven de formaliteiten een zekerheid omtrent het bestaan van het huwelijk.⁵⁷ Personen die een huwelijk willen aangaan moeten hiervan aangifte doen bij de ambtenaar van de burgerlijke stand. De ambtenaar van de burgerlijke stand maakt van de aangifte een akte op.⁵⁸ Het huwelijk dient binnen een jaar, te rekenen vanaf de datum van de akte van huwelijksaangifte, voltrokken te worden. Een trouwbelofte geeft geen rechtsvordering tot het aangaan van een huwelijk noch tot een vordering tot schadevergoeding wegens het niet nakomen van de beloften. Daarbij wordt gesteld dat enig afwijkend beding nietig is. Wanneer een Nederlander buiten Nederland een huwelijk wenst aan te gaan wordt op zijn verzoek aan hem een verklaring van huwelijksbevoegdheid, overeenkomstig de bijlage van de Overeenkomst van München van 5 september 1980, afgegeven (artikel 1:49a BW). Deze verklaring is na afgifte gedurende zes maanden geldig, aldus lid 4 van artikel 1:49a BW.

In afdeling 4 van Titel 5 van Boek 1 BW is een standaardprocedure opgenomen ten aanzien van de voltrekking van het huwelijk. In vele opzichten kan van deze procedure worden afgeweken.⁵⁹ De standaardprocedure is als volgt vormgegeven. Een huwelijk kan niet worden voltrokken vóór de veertiende dag na de datum van de akte van huwelijksaangifte. Het huwelijk wordt ten overstaan van de ambtenaar van de burgerlijke stand in tegenwoordigheid van twee en ten hoogste vier meerderjarige getuigen in het openbaar in het gemeentehuis, althans in een 'huis der gemeente'- voltrokken (artikel 1:63 BW). Echtgenoten moeten bij de huwelijksvoltrekking in persoon voor de ambtenaar van de

⁵⁶ P. Vlaardingerbroek, *Het hedendaagse personen- en familierecht*, Deventer: Kluwer 2011 p.117.

⁵⁷ C. Asser, *Personen en familierecht*, Deventer: Kluwer 2010 nr.135.

⁵⁸ P. Vlaardingerbroek, *Het hedendaagse personen- en familierecht*, Deventer: Kluwer 2011 p.119.

⁵⁹ P. Vlaardingerbroek, *Het hedendaagse personen- en familierecht*, Deventer: Kluwer 2011 p.127.

burgerlijke stand te verschijnen en dienen te verklaren dat zij elkander aannemen tot echtgenoten en dat zij getrouw alle plichten zullen vervullen die door de wet aan de huwelijkse staat worden verbonden (artikel 1:67 BW). Het jawoord is in het burgerlijk huwelijk bindend. De huwelijksakte dient slecht als bewijs.⁶⁰ De akten van de burgerlijke stand zijn openbaar.

2.3 Het religieuze huwelijk

In Nederland worden verschillende religie uitgeoefend. In deze paragraaf wordt ingegaan op het huwelijk binnen de drie grootste religies van Nederland. Als eerste komt het christendom aan de orde. Vervolgens het jodendom en de islam.

2.3.1 Het christendom

De man/vrouw verhouding staat centraal in het christelijke huwelijk. De vrouw is geroepen om het liefhebbende leiderschap van de man binnen het huwelijk te volgen en te waarderen. De man dient het advies en gezelschap van zijn vrouw te waarderen. Het vervagen van de man/vrouw verhoudingen is tegen de wil en het plan van God en daarmee strijdig met de Bijbelse boodschap. Volgens de Bijbel ziet Jezus het huwelijk als een heilige band tussen een man en een vrouw die door God is ingesteld en voor zijn aangezicht moet worden aangegaan. Het huwelijk is een norm van het leven. Alleen blijven was een gave die slechts een enkeling bezat.⁶¹ Daarnaast bestaat de leer van Paulus. Volgens hem is de man aangesteld als hoofd van zijn vrouw. Dit werd gedaan door 'de Vader, die de vader is van elke gemeenschap in de hemelsferen en op aarde'. Beide partijen dienen gelovigen te zijn. Ze dienen beiden met de Geest vervuld te zijn om hun huwelijkse rollen en verplichtingen goed na te kunnen komen.⁶² Daarnaast wordt in het christendom het huwelijk tussen personen van het zelfde geslacht en polygame huwelijken uitdrukkelijk verboden en kan een christelijk huwelijk slecht worden gesloten tussen twee gelovige Christenen.

Het Bijbelse huwelijk wordt gezien als een verbond dan wel een scheppingsinstelling met kenmerken van een verbond. Het huwelijk is een heilig verbond tussen een man en vrouw, door God ingesteld, en dient publiekelijk ten overstaan van God aan te worden gegaan. Het is niet slechts een contract tussen beide partijen maar een heilige verbintenis tussen man en vrouw en tussen het echtpaar en God.⁶³ Een contract is tijdelijk van aard en bevat de voorwaarde dat partijen zich aan de afspraken houden. Het huwelijk is daarentegen een

⁶⁰ P. Vlaardingerbroek, Het hedendaagse personen- en familierecht, Deventer: Kluwer 2011 p.130.

⁶¹ A.J. Köstenberger, D.W. Jones, God, huwelijk en gezin. Het Bijbelse fundament, Kampen: Uitgeverij Voorhoeve 2008 p.73.

⁶² Ibid, p.74.

⁶³ Ibid, p.79.

heilige verbintenis. Deze wordt gekenmerkt door zijn duurzaamheid, intimiteit, heiligheid, wederkerigheid en exclusiviteit. Het huwelijk als verbond is gebaseerd op normen van de goddelijke wetten ofwel de Bijbel.⁶⁴ Een vijftal regels wordt als leidraad gebruikt. Als eerste is het huwelijk een blijvende situatie. De reden hierachter is dat God het huwelijk heeft ingesteld. Het huwelijk is immers een plechtige belofte of eed aan de huwelijkspartner en God. Het is een verbond tussen een man en een vrouw voor het leven. Slechts de dood kan hen scheiden. Als tweede dient het huwelijk niet slechts als burgerlijke verbintenis te worden gezien. Het is een verbintenis welke is aangegaan voor en ten overstaan van God. Daarnaast wordt het huwelijk als meest intieme verbintenis gezien. Het ouderlijk huis dient te worden verlaten om een nieuw gezin te vestigen. De man en vrouw zijn voortaan als één lichaam aan elkaar verbonden.⁶⁵ Als vierde heeft het huwelijk een wederkerig karakter. Men dient zorg te dragen voor elkaars welzijn. Het gaat daarbij om in liefde en trouw toegewijd aan elkaar te zijn. Daarbij is geen sprake van gelijkwaardige posities. De vrouw moet zich aan de man onderwerpen. De man draagt daardoor de eindverantwoordelijkheid van het huwelijk voor God. Als laatste dient het huwelijk exclusief te zijn. Geen enkele menselijke verhouding mag het huwelijk in de weg staan.⁶⁶

Als laatste verdient nog zijn opmerking dat een huwelijkssluiting door de wet bekrachtigd dient te worden. God erkent de overheid en zijn wetten zolang deze niet tegen Gods geboden ingaan. Men dient zich te onderwerpen aan overheden die boven hen staan. Gesteld wordt dat geen andere overheid bestaat dan God, en bestaan deze wel zijn zij door God ingesteld.⁶⁷

2.3.2 Het jodendom

In het jodendom is het vanzelfsprekend dat men een huwelijk aangaat. Het is een door God aangegeven weg die bewandeld dient te worden. Het huwelijk wordt dan ook gezien als de bestemming van de vrouw. In het huwelijk vormen de man en de vrouw een eenheid. Het is een symbool van het verbond tussen God en de mens. Het verwekken van kinderen en daarmee het dienen van de opbouw van de gemeenschap wordt als doel van het huwelijk gezien. Een rabbijn zal het huwelijk voltrekken. Hij doet dit slechts wanneer beide partijen joods zijn. Een joods huwelijk kan dus slechts tussen twee joden worden aangegaan. Bij de voorbereiding is aanbevolen een rabbijn te raadplegen. Een rabbijn zal onder andere het

⁶⁴ A.J. Köstenberger, D.W. Jones, God, huwelijk en gezin. Het Bijbelse fundament, Kampen: Uitgeverij Voorhoeve 2008 p.80.

⁶⁵ Ibid, p.84.

⁶⁶ Ibid, p.85.

⁶⁷ <http://www.christelijk-huwelijk.nl/wettig.htm>, Rom.7:2 en Rom.13.1, 2 (Bijbel).

bruidspaar onderwijzen in de geestelijke betekenis van het huwelijk.⁶⁸ Ten aanzien van de huwelijksdatum is een aantal beperkingen gemaakt. Zo mag men niet trouwen op de sabbat, de rustdag in het jodendom. De zaterdag wordt als rustdag beschouwd. Daarnaast mag niet gehuwd worden op feestdagen of in een periode van rouw. In het orthodox joodse geloof gaat een verloving aan het huwelijk vooraf. Dit wordt eroesien genoemd. Voorafgaand aan het huwelijk worden afspraken gemaakt. Deze afspraken kunnen betrekking hebben op het afmaken van een studie, het bepalen van een bruidschat en dergelijke. Tijdens de verloving worden deze afspraken overeengekomen en vastgelegd. Partners kunnen in principe niet meer onder de verloving uit. Na de verloving zijn zij voor elkaar bestemd. De verloving hoeft niet altijd aan het huwelijk vooraf te gaan, maar kan ook samenvallen met de huwelijksluiting. Het joodse huwelijk bevat drie elementen. De huwelijksvoltrekking bestaat uit het overhandigen van de ring, het samenkomen van de bruid en bruidegom in een aparte ruimte en als laatste het voorlezen van de huwelijksakte die door minstens twee getuigen ondertekend wordt.⁶⁹

2.3.3 De islam

Het klassieke islamitische recht maakt geen onderscheid tussen het burgerlijke en een religieus huwelijk. Juridisch gezien is het huwelijk een wederkerige overeenkomst. Deze komt tot stand door middel van aanbod en acceptatie door partijen of hun vertegenwoordigers. Het is niet noodzakelijk dat de imam het huwelijk sluit.⁷⁰ Het huwelijk wordt in de islam positief benaderd. Het huwelijk en het gezin zijn immers door God gegeven. De Koran bevat een aantal voorschriften ten aanzien van het huwelijk en het gezin. Tegen incest bestaan bijvoorbeeld strenge regels en polyandrie is door de Koran verboden. Polyandrie is een huwelijk van één vrouw met meerdere mannen. Polygamie wordt daarentegen niet verboden. Een man mag met twee, drie of vier vrouwen tegelijkertijd getrouwd zijn.⁷¹ Over de huwelijksleeftijd wordt niet gesproken. De huwbare leeftijd is afhankelijk van het moment dat een persoon volwassen wordt. In de islam heeft het huwelijk drie hoofddoelen. Als eerste is het huwelijk bedoeld om zo veel mogelijk nakomelingen voort te brengen. Het is de wil van God, die schepper is van alle voortgebrachte kinderen.⁷² Daarnaast is het huwelijk bedoeld als levensgemeenschap. Niet alleen tussen man en vrouw, maar ook tussen ouders en kind. De levensgemeenschap tussen man en vrouw is een teken van God en zijn schepping. Op iedere volwassen moslim rust dan ook de plicht te

⁶⁸ M.W. Vrijhof, *Onder de Choepa. Over het Joodse huwelijk*, Vrede over Israel 2009, 53-3 p.6.

⁶⁹ M.W. Vrijhof, *Onder de Choepa. Over het Joodse huwelijk*, Vrede over Israel 2009, 53-3 p.8.

⁷⁰ *Rapport Informele islamitische huwelijken. Het verschijnsel en de (veiligheids)risico's* (Nationaal Coördinator Terrorismebestrijding), 2006 p.12.

⁷¹ H. Küng, *De islam: de toekomst van een wereldreligie*, Kampen: Uitgeverij Ten Have 2006 p.207.

⁷² H. Küng, *De islam: de toekomst van een wereldreligie*, Kampen: Uitgeverij Ten Have 2006 p.207.

trouwen. Als laatste is het huwelijk een middel om geslachtsgemeenschap te reguleren en institutionaliseren. Geslachtsgemeenschap buiten het huwelijk is dan ook ten strengste verboden.⁷³ Daarnaast dient de huwelijksluiting aan vier vereisten te voldoen. Om een huwelijk te sluiten dient wilsovereenstemming aanwezig te zijn. Deze wilsovereenstemming blijkt uit het aanbod en de aanvaarding die mondeling in dezelfde zitting wordt uitgesproken. Als tweede dient de huwelijksvoogd van de bruid bij de huwelijksluiting aanwezig te zijn. In de meeste gevallen zal dit de vader van de bruid zijn. De bruid hoeft daarentegen niet aanwezig te zijn bij de huwelijksluiting. De huwelijksvoogd dient dan echter wel de toestemming van de bruid te hebben. Een derde vereiste is dat de mondelinge wilsovereenstemming dient te gebeuren in het bijzijn van twee getuigen. Een huwelijk dat zonder getuigen wordt gesloten is nietig. Als laatste moet de huwelijksvereenkomst een bindende afspraak ten aanzien van de bruidsprijs te bevatten. Deze bruidsprijs dient aan de bruid te worden gegeven.⁷⁴

2.4 Het huwelijk in het internationaal privaatrecht

Het internationaal privaatrecht heeft twee bestaansredenen. Als eerste verschilt het (privaat) recht van land tot land. Een tweede reden is dat rechtshandelingen en feiten zich niet meer aan landsgrenzen storen. Zo ook het huwelijk als zijnde een rechtshandeling. Het doel van het internationale privaatrecht is het regelen van problemen welke ontstaan uit samenloop van verschillende nationale rechtsstelsels en is opgesplitst in drie hoofdonderdelen.⁷⁵ Het bevat regels met betrekking tot de bevoegdheidsvraag, het conflictenrecht en de erkenning en tenuitvoerlegging van rechterlijke beslissingen.

Ten aanzien van het huwelijk bevat het Nederlands internationaal privaatrecht twee bronnen. Het Verdrag inzake de voltrekking en de erkenning van de geldigheid van het huwelijk van 1978, verder het Haags Huwelijksverdrag 1978, en Boek 10 van het Burgerlijk Wetboek. Regels zijn gesteld ten aanzien van de huwelijksbevoegdheid, de vorm van het huwelijk en de erkenning van huwelijken die in het buitenland zijn gesloten. Voor de inwerkingtreding van het verdrag uit 1978 werd de huwelijksbevoegdheid bepaald door de nationale wet van ieder der echtgenoten. Hedendaags wordt de huwelijksbevoegdheid bepaald door de materiële vereisten gesteld in het interne recht van de Staat waar het huwelijk wordt voltrokken indien één van de echtgenoten de nationaliteit van de Staat bezit of zijn gewone verblijfplaats in die Staat heeft. Wanneer elk der aanstaande echtgenoten voldoet aan de materiële vereisten

⁷³ H. Küng, *De islam: de toekomst van een wereldreligie*, Kampen: Uitgeverij Ten Have 2006 p.208.

⁷⁴ *Rapport Informele islamitische huwelijken. Het verschijnsel en de (veiligheids)risico's* (Nationaal Coördinator Terrorisbestrijding), 2006 p.12.

⁷⁵ L. Strikwerda, *Inleiding tot het Nederlandse Internationaal Privaatrecht*, Deventer: Kluwer 2012 p.1.

gesteld in het interne recht dat toepasselijk is ingevolge de verwijzingsregels van de Staat waar het huwelijk wordt voltrokken, staat de huwelijksbevoegdheid tevens vast. Deze regel is neergelegd in artikel 3 Haags Huwelijksverdrag 1978. Artikel 10:28 BW geeft uitvoering aan deze hoofdregel. Een huwelijk wordt in Nederland voltrokken indien ieder der echtgenoten aan de vereisten tot het aangaan van een huwelijk voldoet die in het Nederlands recht zijn gesteld. Daarbij moet een van hen uitsluitend of mede de Nederlandse nationaliteit bezitten of zijn gewone verblijfplaats in Nederland hebben. Een andere mogelijkheid is dat ieder der aanstaande echtgenoten aan de vereisten voldoet die de Staat van hun nationaliteit aan de huwelijksbevoegdheid heeft gesteld. Artikel 10:29 BW bevat een aantal uitzonderingen op de regel van artikel 10:28 BW. In Nederland wordt een huwelijk tussen twee buitenlanders niet voltrokken indien: één partij de leeftijd van vijftien jaar niet heeft bereikt; de partners elkaar van nature of door adoptie bestaan in een rechte lijn of, van nature broeder en zuster zijn; vrije toestemming van een partij ontbreekt of de geestvermogens van één van hen zodanig is gestoord, dat hij niet in staat is zijn wil te bepalen of de betekenis van zijn verklaring te begrijpen; een persoon met meer dan één andere persoon door het huwelijk verbonden is; partijen tegelijkertijd door een geregistreerd partnerschap verbonden zijn.

De wijze waarop het huwelijk wordt voltrokken, wordt bepaald door het recht van het land waar de huwelijksvoltrekking plaats vindt. Dit wordt de regel van de *lex loci celebrationis* genoemd.⁷⁶ Dit betekent dat een huwelijk in Nederland slechts kan worden voltrokken ten overstaan van de ambtenaar van de burgerlijke stand met inachtneming van het Nederlands recht. Een uitzondering wordt gemaakt voor buitenlandse diplomatieke en consulaire ambtenaren. Zij mogen in overeenstemming met het recht van hun vertegenwoordigde Staat aan de voltrekking van een huwelijk medewerking bieden indien geen der partijen uitsluitend of mede de Nederlandse nationaliteit bezit, aldus artikel 10:30 BW.

Als laatste wordt de erkenning van een in het buitenland gesloten huwelijk door het internationaal privaatrecht geregeld. Artikel 9 Haags Huwelijksverdrag 1978 bepaalt dat het huwelijk als rechtsgeldig dient te worden beschouwd wanneer aan de vereisten van de huwelijksvoltrekking en huwelijksbevoegdheid van de desbetreffende Staat is voldaan.⁷⁷ Daarnaast bevat artikel 11 Haags Huwelijksverdrag 1978 een aantal weigeringsgronden. Op deze gronden kan een Verdragsluitende Staat de geldigheid van een huwelijk weigeren te erkennen. Aan Verdragsluitende Staten is een discretionaire bevoegdheid toegekend. Staten zijn niet verplicht tot het weigeren van de erkenning. Vijf gronden voor de weigering van de

⁷⁶L. Strikwerda, *Inleiding tot het Nederlandse Internationaal Privaatrecht*, Deventer: Kluwer 2012 p.92.

⁷⁷ L. Strikwerda, *Inleiding tot het Nederlandse Internationaal Privaatrecht*, Deventer: Kluwer 2012 p.92.

erkenning zijn opgenomen. Als eerste kan erkenning van een huwelijk worden geweigerd indien een der echtgenoten reeds gehuwd is. Een andere grond voor weigering is wanneer een echtgenoot in rechte lijn aan de andere echtgenoot verwant is of de broer of zuster van die echtgenoot is, hetzij door bloedverwantschap, hetzij door adoptie. Als derde kan erkenning worden geweigerd indien een der echtgenoten niet de voor het huwelijk vereiste minimum leeftijd bezit en geen noodzakelijke ontheffing heeft verkregen. Erkenning kan tevens uitblijven indien een der echtgenoten geestelijk niet in staat is toestemming voor het huwelijk te geven of niet vrijelijk zijn toestemming heeft gegeven. Deze hoofdregel wordt in artikel 10:31 BW herhaald.⁷⁸ Daarnaast bevat artikel 14 Haags Huwelijksverdrag 1978 een algemene openbare orde exceptie. Een Verdragsluitende Staat kan de geldigheid van een huwelijk weigeren te erkennen indien de erkenning kennelijk onverenigbaar is met zijn openbare orde. Het Haags Huwelijksverdrag spreekt van de mogelijkheid tot weigeren. Artikel 10:32 BW bevat deze discretionaire bevoegdheid niet. Wanneer erkenning kennelijk onverenigbaar is met de Nederlandse openbare orde wordt aan het huwelijk erkenning onthouden. De erkenning vindt van rechtswege plaats. Een erkenningsbeslissing is niet vereist en evenmin is registratie van het huwelijk vereist. Ook zonder de registratie gelden de rechten en plichten die aan het huwelijk zijn verbonden.⁷⁹ Een religieus huwelijk wordt in Nederland ook van rechtswege erkend mits het huwelijk rechtsgeldig tot stand is gekomen en geen weigeringsgrond aanwezig is.⁸⁰

In het wetsvoorstel uit 2010 is voorgesteld artikel 10:32 BW te verduidelijken.⁸¹ De openbare orde exceptie dient met enige terughoudendheid te worden toegepast. Slechts huwelijken dienen aan erkenning te worden onthouden indien de Nederlandse openbare orde dat zonder twijfel vergt. Vermeld dient te worden in welke situaties de openbare orde de erkenning van het huwelijk in de weg staat en in welke situaties fouten bij de totstandkoming van het huwelijk door latere gebeurtenissen gerepareerd zijn. In strijd met de openbare orde zijn in ieder geval polygame huwelijken, huwelijken tussen nauwe bloedverwanten, neef/nicht huwelijken, kinderhuwelijken, dwanghuwelijken en een huwelijk van een persoon die leidt aan een geestelijke stoornis. De verduidelijking zal onder andere de rechtszekerheid bevorderen.⁸²

⁷⁸ L. Strikwerda, *Inleiding tot het Nederlandse Internationaal Privaatrecht*, Deventer: Kluwer 2012 p.93.

⁷⁹ HR 13 maart 2009, LJN: BG9919.

⁸⁰ S.E.W. Rutten, *Huwelijk en burgerlijke stand*, Apeldoorn-Antwerpen: Maklu-uitgevers 2011 p.82.

⁸¹ *Kamerstukken II* 2010/11, 32 175, nr. 17 (MvT).

⁸² *Kamerstukken II* 2010/11, 32 175, nr. 17 (MvT).

2.5 Conclusie

Het huwelijk is zowel een rechtshandeling als een rechtsinstelling. Zij is aan huwelijksrecht verbonden. Dit recht verschilt niet alleen per land maar ook per jaartal of eeuw. Het huwelijk heeft vele ontwikkelingen doorgemaakt. Het huidige huwelijksrecht is neergelegd in Boek 1 van het Burgerlijk Wetboek. Aan de invulling van het huwelijk is veel vrijheid gelaten. In Nederland bestaat er echter één huwelijksvorm, het burgerlijke huwelijk. Dit is terug te vinden in artikel 1:30 lid 2 BW juncto artikel 1:68 BW. In Nederland heeft een religieus huwelijk dan ook geen juridische status. Wat echter opvalt, is dat godsdiensten het huwelijk tevens als overeenkomst beschouwen. In de drie bestudeerde religies wordt het huwelijk als overeenkomst tussen de man en de vrouw en tussen de echtgenoten en God gezien. Het huwelijk dient in alle drie de religies te worden gesloten uit vrije wil. De vader des huizes speelt hierin een doorslaggevende rol. De huwelijksceremonie ziet er bij alle drie de religies grotendeels hetzelfde eruit. Een plechtigheid vindt plaats op een religieuze plek. De eed of belofte, die aanstaande echtgenoten aan elkaar afleggen, luidt nagenoeg hetzelfde en bij elk van de religieuze huwelijken dienen minimaal twee getuigen aanwezig te zijn. Enkele verschillen bestaan ten aanzien van de plaats van de vrouw in het huwelijk en het aanbieden van een bruidsschat. Het laatste is met name in de islam gebruikelijk. In geen van de drie religies wordt ten aanzien van de huwelijksbevoegdheid een minimale leeftijd gesteld. Personen kunnen in het huwelijk treden indien zij de volwassenheid hebben bereikt. De religieuze huwelijken verschillen dus niet veel van elkaar. Vanwege internationalisering van de landen dient het recht en daarmee het huwelijksrecht gedeeltelijk te worden geïnternationaliseerd. Het Nederlandse internationale privaatrecht komt grotendeels overeen met het Nederlandse 'nationale' huwelijksrecht. Een verschil zit in de huwbare leeftijd. Een huwelijk wordt in eerste instantie erkend indien dat rechtsgeldig volgens het recht van de Staat van de huwelijksvoltrekking tot stand is gekomen. Nederland heeft in Boek 10 BW een de openbare orde exceptie opgenomen. Indien het erkennen van een huwelijk kennelijk onverenigbaar is met de Nederlandse openbare orde, zal Nederland het huwelijk niet erkennen.⁸³

⁸³ *Kamerstukken II 2010/11, 32 175, nr. 17 (MvT).*

Hoofdstuk 3 Het verbod van artikel 1:68 BW

3.1 Inleiding

Het verbod van artikel 1:68 BW houdt in dat er geen kerkelijke plechtigheid mag plaatsvinden alvorens een burgerlijk huwelijk is gesloten bij de ambtenaar van de burgerlijke stand. De wet beschouwt het huwelijk alleen in zijn burgerlijke betrekking, aldus artikel 1:30 lid 2 BW. Aan een kerkelijk huwelijk wordt dan ook geen civielrechtelijk rechtsgevolg gekoppeld. In dit hoofdstuk wordt ingegaan op het verbod binnen Nederland, in het buitenland en het verbod in verhouding tot grondrechten. Het verbod zal worden getoetst aan artikel 6 Grondwet voor het Koninkrijk der Nederlanden (verder GW) en aan artikel 8, artikel 9 en artikel 12 van het Verdrag tot bescherming van de rechten de mens en de fundamentele vrijheden (verder: EVRM).

3.2 Het verbod in Nederland

Het verbod van artikel 1:68 BW stamt uit de Napoleontische tijd. Vóór de Napoleontische tijd had men in veel provincies in Nederland de keus tussen een burgerlijk of kerkelijk huwelijk. Na het invoeren van het verbod waakte de Staat over de geldigheid van het huwelijk en de kerk over de heiligheid van het huwelijkssacrament. Zonder burgerlijk huwelijk kon er geen sprake zijn van een huwelijkssacrament. Het verbod beoogde te voorkomen dat men veronderstelde dat het aangaan van een kerkelijk huwelijk een rechtsgeldig huwelijk zou zijn.⁸⁴ Op 1 maart 1811 was de Code Napoleon in heel Nederland van kracht en werd de burgerlijke stand een feit. Op 1 oktober 1838 is het Burgerlijk Wetboek in werking getreden. Het Burgerlijk Wetboek bracht ten aanzien van het verbod geen veranderingen met zich mee. Een overweging hiervoor was het voorkomen van misverstanden.⁸⁵

Bij beschikking van 21 september 1949 werd de Permanente Commissie van Advies voor de Zaken van de Burgerlijke Stand en voor Nationaliteitsaangelegenheden ingesteld. De commissie bestond uit vertegenwoordigers van de departementen van Justitie, Binnenlandse Zaken en Buitenlandse Zaken, van het Openbaar Ministerie en enige ambtenaren van de burgerlijke stand. De Permanente Commissie vormde de Nederlandse sectie van de Commission Internationale de l'État Civil.⁸⁶ De Commission Internationale de l'État Civil is op initiatief van Nederland gevormd en houdt zich bezig met zaken betreffende de burgerlijke

⁸⁴ *Kamerstukken II 2001/02, 28 078, nr 1p.2.*

⁸⁵ *Kamerstukken II 2001/02, 28 078, nr 1 p. 2.*

⁸⁶ J. Kampers, *Inleiding tot de burgerlijke stand*, Alphen aan den Rijn: Kluwer 2010 p.24.

stand.⁸⁷ Op 3 november 1992 heeft de Permanente Commissie van Advies voor de Zaken van de Burgerlijke Stand en voor Nationaliteitsaangelegenheden advies uitgebracht over het verbod van artikel 1:68 BW. Deze concludeerde dat opheffing van het verbod zou leiden tot misverstanden over geldigheid van het religieuze huwelijk en dat niet kon worden uitgesloten dat personen naar het recht van hun land van herkomst op grond van een kerkelijke akte als gehuwd zouden worden aangemerkt. Tevens achtte de ad-hoc commissie van de Rooms-katholieke Bisschoppenconferentie het niet wenselijk het verbod af te schaffen. De kerk zou immers niet in staat zijn de huwelijksbevoegdheid te controleren. Het kabinet heeft vervolgens besloten het verbod te handhaven. De belangrijkste reden daarvoor was het ontstaan van misverstanden wanneer het verbod afgeschaft zou worden. Daarnaast was er geen plek voor een huwelijksgemeenschap waarin het fundamentele recht op gelijke bescherming in het geding zou komen. Met name werd gedoeld op de positie van de vrouw binnen het religieuze huwelijk.⁸⁸

Bij de behandeling van het wetsvoorstel tot wijziging van Boek 1 BW in verband met de openstelling van het huwelijk voor personen van hetzelfde geslacht in 2001 is het verbod van artikel 1:68 BW wederom aan de orde gesteld. Voorstanders van het verbod stelden dat de status van het burgerlijk huwelijk zou worden aangetast wanneer het verbod zou komen te vervallen. Tevens meenden de voorstanders dat grote kans bestond op misverstanden ten aanzien van de geldigheid van een uitsluitend in de kerk voltrokken huwelijk. Tegenstanders beweerden echter dat het verbod een beperking van de vrijheid van godsdienst opleverde en dat voor deze beperking geen grond aanwezig was.⁸⁹ Wederom werd artikel 1:68 BW door de wetgever gehandhaafd. Bij de parlementaire behandeling van de Wet openstelling huwelijk nam de wetgever dan ook het volgende standpunt in. Door het openstellen van het huwelijk voor personen van hetzelfde geslacht komt het huwelijk los te staan van onder andere religieuze opvattingen over het huwelijk. Een duidelijk onderscheid kan gemaakt worden tussen het wettelijke en kerkelijke huwelijk. "Het onderscheid zal door deze wetgeving alleen maar toenemen. Met inachtneming van het gegeven dat het burgerlijke en kerkelijke huwelijk door dit voorstel verder van elkaar komen te staan, en zich daarvan volstrekt bewust zijnde, is het onderhavige wetsvoorstel ingediend".⁹⁰

Een kanttekening dient te worden gemaakt. Het verbod als bedoeld in artikel 1:68 BW is niet van gelijkwaardige toepassing op het geregistreerd partnerschap, aldus artikel 1:80a lid 6

⁸⁷ J. Kampers, *Inleiding tot de burgerlijke stand*, Alphen aan den Rijn: Kluwer 2010 p.36.

⁸⁸ *Kamerstukken II 2001/02, 28 078*, nr 1 p. 4.

⁸⁹ *Kamerstukken II 2001/02, 28 078*, nr 1 p. 3.

⁹⁰ *Kamerstukken II 1999/00, 26 672*, nr 5 p.7.

BW.⁹¹ Concreet betekent dit dat een religieuze plechtigheid aan een geregistreerd partnerschap vooraf mag gaan.⁹² Het geregistreerd partnerschap is naast het huwelijk een nieuwe burgerlijke staat.⁹³ In verband met het geregistreerd partnerschap is artikel 1:68 BW echter niet van belang. Het geregistreerd partnerschap is immers binnen godsdiensten geen erkende of bestaande burgerlijke staat.⁹⁴ Artikel 1:68 BW bevat daarnaast geen huwelijksbeletsel. Een ambtenaar van de burgerlijke stand dient zich te houden aan de eisen die de wet aan een huwelijkssluiting verbindt. Artikel 1:68 BW is daar geen onderdeel van. Het verbod richt zich niet tot de huwelijkspartners en de geestelijke die de plechtigheid bedient. Omdat artikel 1:68 BW geen vereiste is of een huwelijksbeletsel vormt, is er geen reden om het sluiten van een burgerlijk huwelijk na een religieuze plechtigheid te voorkomen.⁹⁵

Het is niet bekend hoe vaak artikel 1:68 BW wordt overtreden. Dit komt naar voren uit de Kamervragen 1998/99, KVR8310, nr 438 en *kamerstuk II 2001/02, 28 078 nr 2*. Het aantal overtredingen zal gering zijn.⁹⁶ De staatssecretaris van Justitie is van mening dat het verbod de rechtszekerheid, betrouwbaarheid, openbaarheid en zorgvuldigheid bevordert. Tevens voorkomt het verbod onduidelijkheid over de status van een eerder gesloten kerkelijk huwelijk. Het verbod geeft vorm aan het rechtstelsel waarin slechts aan het burgerlijk huwelijk rechtsgevolgen worden verbonden. Afschaffen van het verbod zal dan ook leiden tot misverstanden over de rechtsgeldigheid van een huwelijk, aldus de staatssecretaris van Justitie.⁹⁷

3.3 Het verbod in verhouding met het buitenland

In Nederland wordt geen civielrechtelijk gevolg aan een kerkelijk huwelijk verbonden. In een aantal andere landen is dit wel het geval. De Commission Internationale de l'État Civil heeft in 2001 onderzocht hoe de verhouding tussen het kerkelijk en burgerlijk huwelijk in verschillende landen is geregeld. Hieruit is naar voren gekomen dat onder andere België, Frankrijk, Luxemburg, Oostenrijk, Zwitserland en Turkije geen civielrechtelijke gevolgen verbinden aan een kerkelijk huwelijk. In de landen Spanje, Griekenland, Portugal, Italië, Polen en Engeland is het niet verplicht dat een burgerlijk huwelijk gesloten wordt vóór de

⁹¹ Groene serie Personen- en Familierecht, artikel 68 Boek 1 BW, aant. 1

⁹² K. Boele-Woelki e.a., *Huwelijk of geregistreerd partnerschap*, Deventer: Kluwer 2007 p.20.

⁹³ *Kamerstukken II 1996/97, 23 761*, nr11 p.3.

⁹⁴ *Kamerstukken II 1996/97, 23 761*, nr157b p.11.

⁹⁵ Kamervragen, kenmerk: 2011-2000218138 p.2.

⁹⁶ *Kamerstukken II 2001/02, 28 078*, nr 2 p.2.

⁹⁷ *Kamerstukken II 2001/02, 28 078*, nr 2 p.5.

kerkelijke huwelijkssluiting.⁹⁸ Griekenland stelt daarbij inschrijving in een register van de burgerlijke stand verplicht. In de andere vijf landen is het inschrijven in een register niet verplicht. Echter, er ontstaan slechts burgerrechtelijke gevolgen voor het kerkelijk huwelijk indien het in een daartoe bestemd register is ingeschreven.⁹⁹

In Engeland bestaan verschillende huwelijksceremonieën. Men kan een burgerlijk huwelijk, een niet-anglicaanse religieuze ceremonie, een huwelijk volgens de Church of England, een Quaker huwelijk en een joods huwelijk sluiten. Aan deze vormen van huwelijkssluiting worden burgerrechtelijke gevolgen verbonden.¹⁰⁰ Men is verplicht aangifte te doen van het voornemen te trouwen bij een lokaal registratiekantoor. Wanneer partijen het voornemen hebben in de Church of England te trouwen hoeft men hiervan geen aangifte te doen.¹⁰¹ De predikant van de Church of England treedt als het ware op als ambtenaar van de burgerlijke stand.¹⁰² Hij gaat daarbij na of aan de huwelijksbevoegdheden is voldaan. Meer dan een kwart van de huwelijken in Engeland vindt plaats in de kerk. In de Church of England mag iedereen trouwen, ongeacht de religie van het bruidspaar.¹⁰³ Een kerkelijk huwelijk moet echter aan bepaalde vereisten voldoen. Het huwelijk dient in de kerk afgekondigd te worden en men dient de minimale leeftijd van 16 jaar te hebben bereikt. Personen jonger dan 18 jaar hebben toestemming van hun ouders nodig. Daarnaast is een kerkelijk huwelijk slechts wettelijk indien de huwelijkssluiting tussen 08:00 uur en 18:00 uur heeft plaats gevonden.¹⁰⁴

Het islamitische huwelijksrecht is op een andere manier ingericht. Zo wordt in Marokko geen onderscheid gemaakt tussen het burgerlijk en kerkelijk huwelijk. Het huwelijksrecht wordt in Marokko geregeld in de wetboeken van de mudawwanah.¹⁰⁵ De mudawwanah beschouwt het huwelijk als een verbond, inhoudende een wettige wederzijdse vereniging en verbinding van blijvend karakter. De huwelijksceremonie begint met het opzeggen van de 'fatiha'. Dit is het eerste vers van de Koran. Het huwelijk wordt echter niet als sacrament, maar als wettige wederzijdse vereniging gezien.¹⁰⁶ Hieruit is af te leiden dat geen onderscheid wordt gemaakt tussen het religieuze huwelijk en het burgerlijk huwelijk. Het religieuze en burgerlijk huwelijk is gevormd tot één huwelijksvorm. Tijdens de zitting, waar de huwelijkssluiting door aanbod

⁹⁸ *Kamerstukken II 2001/02*, 28 078, nr 1 p. 4.

⁹⁹ *Kamerstukken II 2000/01*, 26 672 nr 92a p.23.

¹⁰⁰ *Kamerstukken II 2001/02*, 28 078, nr 1 p. 7.

¹⁰¹ http://www.direct.gov.uk/en/Governmentcitizensandrights/Registeringlifeevents/Marriagesandcivilpartnerships/DG_175717

¹⁰² *Kamerstukken II 2001/02*, 28 078, nr 1 p. 4.

¹⁰³ <http://www.churchofengland.org/weddings-baptisms-funerals/weddings.aspx>

¹⁰⁴ <http://www.yourchurchwedding.org/youre-welcome/legal-aspects-of-marriage.aspx>

¹⁰⁵ L. Jordans-Cotron, *Het Marokkaanse familierecht en de Nederlandse rechtspraak*, Utrecht: Forum, Instituut voor Multiculturele Ontwikkeling 2000 p.38.

¹⁰⁶ L. Jordans-Cotron, *Het Marokkaanse familierecht en de Nederlandse rechtspraak*, Utrecht: Forum, Instituut voor Multiculturele Ontwikkeling 2000 p.47.

en aanvaarding tot stand komt, dienen twee bevoegde ambtenaren of “adls” aanwezig te zijn.¹⁰⁷ “Adls” is een ambt. Het zijn mannen die de rol van getuige in de moslimgemeenschap mogen vervullen.¹⁰⁸ De “adls” controleert de eisen die aan de geldigheid van het huwelijk worden gesteld, dient als getuige van het huwelijk en maakt de huwelijksakte op. De afwezigheid van de “adls” leidt tot ongeldigheid van het huwelijk. Wanneer een zogenoemd traditioneel huwelijk, een huwelijk zonder de aanwezigheid van de “adls”, is gesloten kan men alsnog bij de rechtbank om huwelijksbevestiging verzoeken. Wanneer de rechtbank weigert het huwelijk te bevestigen is het huwelijk ongeldig.¹⁰⁹

In Indonesië is het huwelijksrecht anders vorm gegeven. In 1972 is een wetsvoorstel gemaakt ten aanzien van het huwelijksrecht. Hierin was opgenomen dat de huwelijksvoltrekking burgerlijk diende te zijn. Het burgerlijke huwelijk kon door een godsdienstige of adatrechtelijke voltrekking worden gevolgd.¹¹⁰ Deze bepaling is in overeenstemming met het verbod van artikel 1:68 BW. Echter, de huidige Indonesische wetgeving wijkt af van het wetsvoorstel. In de huidige wetgeving is opgenomen dat het huwelijk slechts geldig is indien het ten overstaan van een godsdienstige functionaris is voltrokken, hetzij een islamitische, hetzij een christelijke, boeddhistische of hindoeïstische. De islamitische godsdienstige functionaris is tevens ambtenaar van het Ministerie van Godsdienstzaken. Hierdoor valt de burgerlijke registratie gelijk met de huwelijksvoltrekking. Voor de christenen, buddhisten en hindoestanen ligt deze situatie anders. Zij dienen na de huwelijksvoltrekking het huwelijk te laten registreren bij de Burgerlijke Stand. Een persoon die niet tot een van de genoemde godsdiensten behoort, kan niet in het huwelijk treden.¹¹¹ Waar Nederland het burgerlijk huwelijk voor het kerkelijk huwelijk stelt is dit in Indonesië dus omgekeerd. Het kerkelijk huwelijk is het enige huwelijk. Het huwelijk dient wel geregistreerd te worden bij de Burgerlijke Stand. Dit is echter slechts een formaliteit zonder enige grote betekenis.

3.4 Het verbod in verhouding met grondrechten

Het recht te huwen is een mensenrecht. Dit recht is onder andere neergelegd in artikel 12 EVRM. In 2001 is in de Tweede Kamer naar voren gebracht dat het verbod van artikel 1:68 BW in strijd zou zijn met de vrijheid van godsdienst en indruist tegen de persoonlijke

¹⁰⁷ L. Jordans-Cotron, *Het Marokkaanse familierecht en de Nederlandse rechtspraak*, Utrecht: Forum, Instituut voor Multiculturele Ontwikkeling 2000 p.87.

¹⁰⁸ Ibid, p.21.

¹⁰⁹ Ibid, p.93.

¹¹⁰ W.C.Supriadi, *Het Nederlands en Indonesisch huwelijksrecht. Een historisch rechtsvergelijkend onderzoek naar het Nederlandse en het Indonesische huwelijksrecht in de periode 1945 tot heden*, Rotterdam: Labyrint Publication 1991 p.120.

¹¹¹ W.C.Supriadi, *Het Nederlands en Indonesisch huwelijksrecht. Een historisch rechtsvergelijkend onderzoek naar het Nederlandse en het Indonesische huwelijksrecht in de periode 1945 tot heden*, Rotterdam: Labyrint Publication 1991 p.130.

levenssfeer. Het zou gaan om een ongewenste inmenging in deze grondrechten.¹¹² De inmenging zou inbreuk maken op artikel 6 GW en de artikelen 8, 9 en 12 EVRM.

Grondrechten leggen de overheid vier soorten verplichtingen op. De overheid heeft een onthoudingsplicht, verzekeringsplicht, beleidsplicht en een beschermingsplicht ten aanzien van mensenrechten.¹¹³ De grondrechten garanderen de burger vrijheden die te allen tijde ingeroepen kunnen worden. In het Handyside arrest¹¹⁴ stelde het Europese Hof van de Rechten van de Mens (verder: EHRM) zich op het standpunt dat nationale autoriteiten in beginsel een betere positie hebben dan het Hof om te oordelen over de noodzaak van beperkingen en gewicht van belangen en omstandigheden. Het EHRM toetst dan ook in beginsel marginaal of er strijdigheid bestaat met de grondrechten van het EVRM. Het EHRM laat een 'margin of appreciation' aan de lidstaten. Dit betekent dat de lidstaten een zekere beleidsvrijheid hebben.¹¹⁵

3.4.1 Artikel 12 EVRM

Artikel 12 EVRM garandeert mannen en vrouwen die de huwbare leeftijd hebben bereikt, het recht te huwen en een gezin te stichten. Dit recht omvat het recht op vrije toegang tot het huwelijk. Het recht wordt echter slechts gewaarborgd binnen de grenzen van de nationale wetgeving. Het staat de Staten vrij de gevolgen van een geldig gesloten huwelijk vast te stellen. Deze regelingen mogen echter niet de essentie van het recht aantasten¹¹⁶ of de uitvoering van het recht op discriminatoire wijze beperken.¹¹⁷ Op 5 januari 2010 oordeelde het EHRM dat het huwelijksrecht zowel procedureel als inhoudelijk aan het recht van de lidstaat onderworpen is. Het nationale recht mag echter geen beperking stellen die de kern van het recht te huwen aantast.¹¹⁸ Het hof heeft beperkingen ten aanzien van bekwaamheid, toestemming, huwen binnen de familie of het voorkomen van bigamie in eerdere zaken aanvaard. Niet aanvaard wordt de mening van autoriteiten dat een eventueel huwelijk niet acceptabel is of schadelijk is voor de publieke opinie. Het recht kan alleen beperkt worden wegens belangrijke veiligheidsredenen.¹¹⁹ Op 14 december 2010 heeft het EHRM wederom bepaald dat het recht om te huwen niet in de weg staat aan het stellen van voorwaarden aan dat recht zij het dat deze voorwaarden niet het recht om te huwen direct in de kern mogen

¹¹² Kamerstukken II 2001/02, 28 078, nr 1 p. 2.

¹¹³ F. Vlemminx, *Een nieuw profiel van de grondrechten. Een analyse van de prestatieplichten ingevolge klassieke en sociale grondrechten*, Den Haag: Boom juridische uitgevers 2002 p.59.

¹¹⁴ EHRM 7 december 1976, NJ 1978, 236.

¹¹⁵ F. Vlemminx, *Een nieuw profiel van de grondrechten. Een analyse van de prestatieplichten ingevolge klassieke en sociale grondrechten*, Den Haag: Boom juridische uitgevers 2002 p.75.

¹¹⁶ EHRM 18 oktober 1986 nr. 9532/81.

¹¹⁷ C.Forder & A. Verbeke (red.), *Gehuwd of niet: maakt het iets uit*, Antwerpen-Groningen: Intersentia Uitgevers 2005 p.483.

¹¹⁸ EHRM 5 januari 2010, nr. 22933/02.

¹¹⁹ EHRM 5 januari 2010, nr. 22933/02.

raken.¹²⁰ In casu werd er door het Verenigd Koninkrijk een te hoge leges gevraagd voor het huwelijk tussen vreemdelingen. Dit leverde schending van artikel 12 EVRM op. Nederland stelt procedurele voorwaarden aan het recht te huwen. Dit is echter toegestaan zolang het recht niet in de kern wordt aangetast. De beperking van artikel 1:30 lid 2 BW juncto artikel 1:68 BW tast het recht te huwen niet in de kern aan. Men behoudt het recht te huwen. De voorwaarde die Nederland stelt legt geen beperking tot het uitoefenen van het recht te huwen op en levert dan ook geen schending van artikel 12 EVRM op.

3.4.2 Artikel 8 EVRM

In artikel 8 EVRM is het recht op eerbiediging van privé-, familie- en gezinsleven opgenomen. De Hoge Raad heeft in zijn arrest van 9 januari 1987 bepaald dat artikel 8 EVRM horizontale en directe werking heeft.¹²¹ De overheid kan slechts inbreuk maken op artikel 8 EVRM als aan de beperkingsclausule is voldaan. Deze beperkingsclausule bevat het doelcriterium, 'for the protection of the rights and freedom of others'. Inmenging is slechts gerechtvaardigd als zowel aan het doelcriterium als aan het 'law'-vereiste en de 'necessity'-toets is voldaan. Inmenging zonder dat aan deze voorwaarden is voldaan levert schending van artikel 8 EVRM op.¹²² Inmenging moet bij de wet zijn voorzien, het 'law'-vereiste. Het gaat daarbij om geschreven en ongeschreven rechtsregels.¹²³ De norm waarop de inmenging is gebaseerd moet kenbaar, toegankelijk en voorzienbaar zijn.¹²⁴ Daarnaast moet de norm aan de 'necessity'-toets voldoen. Er moet een dringende maatschappelijke behoefte voor inmenging bestaan. De inmenging moet tevens noodzakelijk en proportioneel zijn.¹²⁵ In het arrest van 2 november 2010 heeft het EHRM erop gewezen dat artikel 8 EVRM niet kan worden opgevat als een verplichting voor een staat om religieuze huwelijken te erkennen. Artikel 8 EVRM beschermt de burger tegen willekeurige inmenging van de overheid in hun gezinsleven. Het gaat daarbij om een positieve verplichting. De overheid komt daarbij een ruime margin of appreciation toe. Het Hof is van oordeel dat niet uit artikel 8 EVRM afgeleid kan worden dat de positieve verplichting inhoudt dat de overheid een religieus huwelijk dient te erkennen. Het niet erkennen van een religieus huwelijk levert op geen enkele wijze een bestraffing of overheidsinmenging in het gezinsleven op.¹²⁶ Artikel 1:30 lid 2 juncto artikel

¹²⁰ EHRM 14 december 2010, nr. 34848/07.

¹²¹ HR 9 januari 1987, NJ 1987, 928.

¹²² F. Vlemminx, *Een nieuw profiel van de grondrechten. Een analuse van de prestatieplichten ingevolge klassieke en sociale grondrechten*, Den Haag: Boom juridische uitgevers 2002 p.188.

¹²³ EHRM 26 november 1991, nr 13166/87.

¹²⁴ EHRM 26 april 1979, NJ 1980, 146.

¹²⁵ F. Vlemminx, *Een nieuw profiel van de grondrechten. Een analuse van de prestatieplichten ingevolge klassieke en sociale grondrechten*, Den Haag: Boom juridische uitgevers 2002 p.72.

¹²⁶ EHRM 2 november 2010, nr 3976/05.

1:68 BW levert dan ook geen schending van artikel 8 EVRM op. Nederland is immers niet verplicht een religieus huwelijk te erkennen.

3.4.3 Artikel 9 EVRM

Artikel 9 EVRM bevat het recht op vrijheid van godsdienst. Het recht op vrijheid van godsdienst heeft tevens betrekking op de vrijheid om van godsdienst te veranderen of de godsdienst zowel privé als in het openbaar te belijden. Daarnaast houdt het recht van vrijheid van godsdienst ook in dat men het recht heeft de godsdienst of overtuiging tot uitdrukking te brengen in erediensten, deze bij te brengen of praktisch toe te passen en dat men het recht heeft om geboden en voorschriften te onderhouden. Het EHRM heeft onderscheid gemaakt tussen het 'forum internum' en het 'forum externum'. Het belijden van een godsdienst wordt aangeduid als 'forum internum'. Het EHRM kent hieraan een grote bescherming toe. Het 'forum internum' wordt zonder voorbehoud beschermd. Alleen concrete opvattingen en gedragingen kunnen aanleiding geven tot beperking van dit recht.¹²⁷ Met het 'forum externum' wordt bedoeld het uiten en de manifestatie van het geloof. De vrijheid van manifestatie en uiting wordt slechts beschermd voor zover daarmee uitdrukking wordt gegeven aan de godsdienst of levensovertuiging.¹²⁸ Lid 2 van artikel 9 EVRM bepaalt onder welke omstandigheden inbreuk gemaakt kan worden op het 'forum externum'.¹²⁹ Het EHRM heeft bepaald dat slechts handelingen die naar algemene en objectieve maatstaven een uitdrukking van godsdienst of levensovertuiging zijn, door artikel 9 EVRM worden beschermd.¹³⁰ De manifestatie en de uiting moeten noodzakelijk zijn voor en nauw verbonden zijn met de godsdienst en dienen rechtstreeks door de godsdienst te zijn ingegeven.¹³¹ Het EHRM heeft op 6 april 2000 beslist dat wanneer een bepaald handelen in beginsel geen beperking op de vrijheid van godsdienst oplevert, dit handelen wel binnen de sfeer van artikel 9 EVRM kan vallen. Deze handelingen kunnen indirect leiden tot schending van artikel 9 EVRM.¹³² De wetgever geeft uitdrukking aan de meerderheidsopvatting. Hierdoor kunnen mensen gedwongen worden in strijd te handelen met hun godsdienst of levensovertuiging. In een desbetreffende situatie zal de rechter overgaan tot een belangenafweging. Wanneer de regel het doel heeft de godsdienstvrijheid te beperken dient de rechter te beoordelen of de beperking gerechtvaardigd is door artikel 9 lid 2 EVRM.¹³³ Zoals in voorgaande is vermeld dient de inmenging zowel aan het doelcriterium als aan het

¹²⁷ F.T. Oldenhuis e.a., *Schurende relaties tussen recht en religie*, Assen: Koninklijke Van Gorcum 2007 p.21.

¹²⁸ Raad van State, advies, 's-Gravenhage 2012 nr. W04.12.0011/I p15.

¹²⁹ F.T. Oldenhuis e.a., *Schurende relaties tussen recht en religie*, Assen: Koninklijke Van Gorcum 2007 p.22.

¹³⁰ Raad van State, advies, 's-Gravenhage 2012 nr. W04.12.0011/I p15.

¹³¹ EHRM 12 oktober 1978, nr. 7050/75.

¹³² EHRM 6 april 2000, nr 34369/97.

¹³³ F.T. Oldenhuis e.a., *Schurende relaties tussen recht en religie*, Assen: Koninklijke Van Gorcum 2007 p.22.

'law'-vereiste en de 'necessity'-clausule te voldoen. De 'necessity'-clausule bestaat op zijn beurt uit een dringende maatschappelijke behoefte, noodzakelijkheid en proportionaliteit.¹³⁴ Daarnaast is aan het 'law'-vereiste voldaan, indien het recht waarop de beperking gebaseerd is 'accessible' en 'foreseeable' is.¹³⁵

Ten aanzien van artikel 1:30 lid 2 BW juncto artikel 1:68 BW kan gesteld worden dat in beginsel geen inbreuk gemaakt wordt op het recht van vrijheid van godsdienst. Echter, dit valt binnen de sfeer van artikel 9 EVRM. De beperking heeft betrekking op het 'forum externum'. Het sluiten van een huwelijk valt onder de manifestatie, de uiting van een godsdienst. Op dit recht mag een overheid inbreuk maken, mits de inbreuk gerechtvaardigd kan worden op grond van artikel 9 lid 2 EVRM, dus als aan het 'law'-vereiste is voldaan. De beperking is in het Burgerlijk Wetboek opgenomen. Het betreft geschreven recht waarvan burgers op de hoogte kunnen zijn. De rechtsregel is voldoende voorzienbaar en voldoende nauwkeurig omschreven. Burgers kunnen hun gedrag op de regel aanpassen. Daarnaast moet er zijn voldaan aan het doelcriterium. Dit doelcriterium is opgenomen in lid 2 van artikel 9 EVRM. Inbreuk op het recht op vrijheid van godsdienst mag slechts worden gemaakt, indien dat bij de wet is voorzien en in een democratische samenleving noodzakelijk is in het belang van de openbare veiligheid, voor de bescherming van de openbare orde, gezondheid of goede zeden of voor de bescherming van de rechten en vrijheden van anderen. Het verbod van artikel 1:68 BW wordt gesteld ter bescherming van de openbare orde. De rechtsregel is gesteld ter voorkoming van misverstanden over de aard van de plechtigheden, de controle op huwelijksbeletsels en de openbaarheid van het huwelijk.¹³⁶ Er is voldaan aan het doelcriterium. Als laatste dient aan de 'necessity'-toets te worden voldaan. Het betreft een proportionaliteits- en evenredigheidstoets. Dit betekent dat het doel en het middel evenredig aan elkaar moeten zijn. Er moet sprake zijn van een 'pressing social need', een dringende maatschappelijke behoefte aan de regel.¹³⁷ Daarnaast moet er sprake zijn van een fair balance, 'proportionate to the legitimate aim'. Het gaat om een afweging van alle betrokken belangen. De inbreuk moet tevens 'relivent and sufficient' zijn.¹³⁸ Een juiste belangenafweging moet gemaakt worden. Het gaat om een concreet oordeel waarbij steeds een margin of appreciation aan lidstaten wordt gelaten. Wanneer het om een common ground gaat is deze vrijheid kleiner. Wanneer het merendeel van de lidstaten hetzelfde denkt, is er sprake van een common ground. In de huidige tijd is er nog steeds sprake van

¹³⁴ F. Vlemminx, Een nieuw profiel van de grondrechten. Een analyse van de prestatieplichten ingevolge klassieke en sociale grondrechten, Den Haag: Boom juridische uitgevers 2002 p.72.

¹³⁵ EHRM 24 april 1990, nr 11801/85

¹³⁶ *Kamerstukken II 2001/02*, 28 078, nr 1 p. 9.

¹³⁷ EHRM 26 november 1991, nr 13166/87.

¹³⁸ EHRM 23 september 1994, nr 15890/89.

huwelijksdwang of van huwelijken tussen familieleden. Hierdoor ontstaat een dringende maatschappelijke behoefte om het huwelijksrecht te beschermen. Mensen dienen hiertegen beschermd te worden. Wanneer alle belangen worden afgewogen is het belang op bescherming groter dan het belang een religieus huwelijk te sluiten, zonder dat een burgerlijk huwelijk daaraan vooraf is gegaan. Het belang op bescherming van de huwelijksbeletselen en de openbaarheid van het huwelijk is dan ook groter. Echter, deze belangen kunnen tevens via andere methoden worden beschermd. Zo kan een afgifte van een verklaring van huwelijksbevoegdheid een mogelijkheid bieden. Een dergelijk systeem bestaat al ten aanzien van een huwelijk met een Nederlander die in het buitenland wenst te huwen. Deze regel is neergelegd in artikel 1:49a BW. Echter, het enkele feit dat de bescherming ook op een andere manier kan worden verwezenlijkt is onvoldoende om te stellen dat de regel, als opgenomen in artikel 1:68 BW, disproportioneel is. De regel voldoet dus tevens aan het 'necessity'-vereiste. Geconcludeerd kan worden dat de beperking van het in artikel 9 EVRM genoemde recht op vrijheid van godsdienst gerechtvaardigd is. De inmenging van de Nederlandse overheid is dus niet in strijd met artikel 9 EVRM.

3.4.4 Artikel 6 GW

In Nederland is het recht op vrijheid van godsdienst en levensovertuiging in artikel 6 GW opgenomen. Als eerste dient op artikel 120 GW gewezen te worden. Hierin is een toetsingsverbod opgenomen. Een rechter mag wetten en verdragen niet aan de grondwet toetsen. Het Burgerlijk Wetboek is immers een wet in formele zin. Een rechter kan artikel 1:68 BW dus niet aan artikel 6 GW toetsen. Artikel 6 lid 1 GW luidt als volgt: "Ieder heeft het recht zijn godsdienst of levensovertuiging, individueel of in gemeenschap met anderen, vrij te belijden, behoudens ieders verantwoordelijkheid volgens de wet". Onder belijdenis wordt verstaan het hebben, veranderen en niet hebben van een godsdienst of levensovertuiging, het uiten van deze levensovertuiging binnenshuis en in het openbaar, het oprichten van organisaties, het uitdragen in opvoeding, onderwijs en verkondiging en het gedragen naar hun opvattingen zover deze rechtstreekse uitdrukking geven aan de overtuiging.¹³⁹ Het sluiten van een religieus huwelijk valt onder het belijden van een godsdienst. Alleen de wet in formele zin kan een beperking stellen op het recht als genoemd in artikel 6 lid 1 GW. Dit is af te leiden uit de bewoording 'behoudens ieders verantwoordelijkheid volgens de wet'.¹⁴⁰ De overheid is daarbij van mening dat de scheiding tussen de staat en de kerk op het punt van artikel 1:68 BW zwaarder moet wegen dan de vrijheid van godsdienst.¹⁴¹ In artikel 6 lid 1 GW

¹³⁹ F.T. Oldenhuis e.a., *Schurende relaties tussen recht en religie*, Assen: Koninklijke Van Gorcum 2007 p.24.

¹⁴⁰ F.T. Oldenhuis e.a., *Schurende relaties tussen recht en religie*, Assen: Koninklijke Van Gorcum 2007 p.25.

¹⁴¹ *Kamerstukken II 2011/12*, 33 344, nr 3 (MvT)

is geen doelcriterium opgenomen. Slechts wordt vereist dat de beperking in een wet in formele zin is opgenomen. Artikel 1:68 BW is een wet in formele zin. Artikel 1:68 BW is dan ook niet in strijd met artikel 6 lid 1 GW.

3.5 Conclusie

De burgerlijke stand zoals wij die kennen vindt zijn oorsprong in de Napoleontische tijd. Door de jaren heen is artikel 1:68 BW meerdere malen aan de orde gesteld. Geconcludeerd werd dat het verbod met name diende om misverstanden over de status van een religieus huwelijk te voorkomen. In Europa bestaat verdeeldheid over de status van het religieuze huwelijk. Een aantal landen kent burgerrechtelijke rechtsgevolgen toe aan het religieuze huwelijk. Dit zijn voornamelijk landen waar de katholieke religie overheersend is. Binnen Europa hebben aanstaande echtgenoten steeds de keuze tussen een burgerlijk of een kerkelijk huwelijk. In andere werelddelen is dit niet het geval. In Marokko bestaat er één vorm van het huwelijk. Het is een combinatie van het kerkelijk en burgerlijk huwelijk ineen. In Indonesië kent men slechts het religieuze huwelijk. Slechts godsdienstige personen kunnen in het huwelijk treden. Men moet aanhanger zijn van de islam, het christendom, het boeddhisme of van het hindoeïsme. Andere landen hanteren soortgelijke of tussenvormen. Het recht te huwen wordt door grondrechten beschermd. Dit recht is onder andere opgenomen in het EVRM en de Grondwet. Echter, deze grondrechten verplichten een Staat niet tot erkenning van een religieus huwelijk. Aan het recht te huwen mogen procedurele en inhoudelijke voorwaarden gesteld worden zolang het recht niet in de kern wordt geraakt. Het verbod van artikel 1:68 BW is een procedurele voorwaarde en tast de kern van het grondrecht niet aan. Nederland handelt niet in strijd met artikel 12 EVRM. Daarnaast heeft het EHRM bepaald dat het recht als bedoeld in artikel 8 EVRM, niet inhoudt dat Staten verplicht zijn een religieus huwelijk te erkennen.¹⁴² Het verbod van artikel 1:68 BW is dan ook niet in strijd met artikel 8 EVRM. Het verbod levert in beginsel geen beperking van de vrijheid van godsdienst op, maar valt wel binnen de sfeer van artikel 9 EVRM. Echter, de inmenging wordt gerechtvaardigd door artikel 9 lid 2 EVRM. Er is voldaan aan het 'law'-vereiste, doelcriterium en de 'necessity'-clausule. Het recht als bedoeld in artikel 6 GW mag door de wet in formele zin worden beperkt. Daarbij is geen doelcriterium opgenomen. Het Burgerlijk Wetboek is een wet in formele zin. Het verbod van artikel 1:68 BW is niet in strijd met artikel 6 GW. Geconcludeerd dient te worden dat het verbod niet in strijd is met de artikelen 12, 8 en 9 EVRM en artikel 6 GW.

¹⁴² EHRM 2 november 2010, nr 3976/05.

Hoofdstuk 4 Burgerlijk huwelijk vs kerkelijk huwelijkssluiting

4.1 Inleiding

Geen kerkelijke plechtigheid mag plaatsvinden alvorens een burgerlijk huwelijk gesloten is. Aan een kerkelijke huwelijkssluiting worden geen burgerrechtelijke rechtsgevolgen toegekend. Het onderscheid tussen het burgerlijk huwelijk en het kerkelijk huwelijk is niet in strijd met mensenrechten. In het voorgaande hoofdstuk is naar voren gekomen dat het juridische onderscheid immers te rechtvaardigen is. De vraag kan echter gesteld worden of het juridische onderscheid tussen het kerkelijk en burgerlijk huwelijk noodzakelijk en wenselijk is. In dit hoofdstuk wordt ingegaan op de mogelijkheden om de zelfde rechtszekerheid aan burgers te bieden. Ingegaan wordt op de verschillende mogelijkheden, grenzen en consequenties voor de wetgeving.

4.2 De huwelijkssluiting

4.2.1 De burgerlijke huwelijkssluiting

In de huidige wetgeving speelt de ambtenaar van de burgerlijke stand een belangrijke rol bij de huwelijkssluiting. Sinds de invoering van het Burgerlijk Wetboek in 1838 kan een wettelijk huwelijk slechts ten overstaan van een ambtenaar van de burgerlijke stand worden gesloten.¹⁴³ Een ambtenaar van de burgerlijke stand verricht met name werkzaamheden die betrekking hebben op familierechtelijke aangelegenheden. Een verschil wordt gemaakt tussen een ambtenaar van de burgerlijke stand en een buitengewoon ambtenaar van de burgerlijke stand. Een buitengewoon ambtenaar van de burgerlijke stand is aangesteld voor het verrichten van speciale taken. Hierbij valt te denken aan het sluiten van een huwelijk. Een 'gewone' ambtenaar van de burgerlijke stand is met name belast met het opmaken van akte en het aanvullen en verzamelen van akten. Een 'gewone' ambtenaar van de burgerlijke stand dient een gemeenteambtenaar te zijn. Dit geldt niet voor een buitengewoon ambtenaar van de burgerlijke stand. De ambtenaar van de burgerlijke stand staat niet in hiërarchische verhouding tot het gemeentebestuur. De ambtenaar van de burgerlijke stand is zelfstandig en onafhankelijk en is dan ook geen verantwoording schuldig aan het bestuur van de gemeente. Slechts door een rechtelijke uitspraak kan een ambtenaar gelast worden een bepaalde handeling te verrichten.¹⁴⁴ Het huwelijk wordt gesloten ten overstaan van de ambtenaar van de burgerlijke stand, aldus artikel 1:63 BW. Niet de ambtenaar van de

¹⁴³ J.E. Geuzinge, *Tweehonderd jaar 'Verzekering van den burgerlijken staat der personen, door akten van den burgerlijke stand'?*, FJR 2011/88.

¹⁴⁴ P. Vlaardingerbroek, *Het hedendaagse personen- en familierecht*, Deventer: Kluwer 2011 p.88.

burgerlijke stand, maar de echtgenoten sluiten het huwelijk. De ambtenaar van de burgerlijke stand maakt slechts een akte op waarin verklaard wordt dat partijen door de echt aan elkaar verbonden zijn. Na ondertekening van deze akte wordt de huwelijksakte in het huwelijksregister ingeschreven. Het burgerlijk huwelijk wordt dus gesloten door een verklaring van partijen dat partijen elkander aannemen tot echtgenoten en dat zij getrouw alle plichten zullen vervullen, die door de wet aan de huwelijkse staat worden verbonden. De huwelijksakte, die de ambtenaar van de burgerlijke stand opmaakt, dient slechts als bewijs van het gesloten huwelijk.¹⁴⁵

4.2.2 De kerkelijke huwelijksluiting

In de huidige situatie speelt de geestelijke geen rol bij de wettelijke huwelijksluiting. Het sluiten van een huwelijk is een overheidstaak. Echter, een multiculturele samenleving loopt parallel met de verhouding tussen kerk en staat en de verhouding tussen religie en politiek.¹⁴⁶ Nederland is van oorsprong een gelovig land. Door immigratie heeft Nederland met veel verschillende religies te maken. Cultuur en religie hebben daarbij een grote invloed op het personen- en familierecht. Hierbij valt te denken aan het homohuwelijk, polygamie, kinderhuwelijken en de mogelijkheid om van tafel en bed te scheiden.¹⁴⁷ De regeling van artikel 1:68 BW berust op de scheiding van staat en kerk. De kerk wordt echter door deze regeling aan het burgerlijk gezag onderworpen; immers, er worden eisen gesteld aan een kerkelijke huwelijksluiting. De geestelijke is verplicht vast te stellen of een burgerlijk huwelijk gesloten is, alvorens een kerkelijk huwelijksluiting plaats vindt. Via het burgerlijk recht en het strafrecht kan de geestelijke hierop worden aangesproken. Het kerkelijk en burgerlijk huwelijk zijn door deze regeling met elkaar verbonden.¹⁴⁸

Een rechtssysteem is de afspiegeling van een land. Nederland is een multicultureel land met vele religies. Het Nederlandse rechtssysteem zou dan ook op multiculturele grondslag dienen te berusten.¹⁴⁹ Ten aanzien van het huwelijk zou dit concreet kunnen betekenen dat een wettelijk huwelijk tevens ten overstaan van een geestelijke gesloten zou kunnen worden. De behoefte voor een dergelijke regeling zal met name bij de religieuze burgers bestaan. Een religieuze burger hecht slechts waarde aan de kerkelijke huwelijksluiting en ervaart de burgerlijke huwelijksluiting als formaliteit. Gesteld kan worden dat Nederland, als religieus land, aan de behoefte van deze burgers tegemoet dient te komen. Ten aanzien van het

¹⁴⁵ . Vlaardingerbroek, *Het hedendaagse personen- en familierecht*, Deventer: Kluwer 2011 p.130.

¹⁴⁶ F.T. Oldenhuis e.a., *Schurende relaties tussen recht en religie*, Assen: Koninklijke Van Gorcum 2007 p.66.

¹⁴⁷ F.T. Oldenhuis e.a., *Schurende relaties tussen recht en religie*, Assen: Koninklijke Van Gorcum 2007 p.71.

¹⁴⁸ A.P.H. Meijers, *Art. 1:68 BW en art. 449 SR: dor hout. De koppeling van kerkelijk en burgerlijk huwelijk bezien vanuit Rooms-katholiek standpunt*, NJB Afl. 2002/38

¹⁴⁹ F.T. Oldenhuis e.a., *Schurende relaties tussen recht en religie*, Assen: Koninklijke Van Gorcum 2007 p.76.

personen- en familierecht laat Nederland aan burgers een grote vrijheid toekomen. Nederland heeft als een van de eerste landen in de wereld het burgerlijk huwelijk voor mensen van hetzelfde geslacht opengesteld. Gesteld kan worden dat deze vrijheid in het huwelijksrecht ook aan religieuze burgers toe dient te komen. Een tegenargument is dat de rechtszekerheid van burgers gewaarborgd dient te blijven. Aan een kerkelijke huwelijksluiting kan dan ook slechts een juridische status en burgerrechtelijke rechtsgevolgen worden verleend indien de rechtszekerheid gewaarborgd blijft.

Er zijn verschillende modellen denkbaar waarbij aan een kerkelijke huwelijksluiting burgerrechtelijk rechtsgevolgen kunnen worden verleend. Te denken valt aan de erkenning van een kerkelijk huwelijk met burgerrechtelijke rechtsgevolgen, het loskoppelen van het burgerlijk en kerkelijk huwelijk, een geestelijke die tevens buitengewoon ambtenaar van de burgerlijke stand is of een verklaring van huwelijksbevoegdheid als vereist document bij de kerkelijke huwelijksluiting.¹⁵⁰ Indien burgerrechtelijke rechtsgevolgen aan een kerkelijk huwelijk wordt verbonden dient de geestelijke te controleren op huwelijksbeletselen en te zorgen voor registratie van het huwelijk in een daartoe bestemd register. Een huwelijk geldt ten opzichten van een ieder.¹⁵¹ Hierdoor is het registreren van het huwelijk in een daartoe bestemd register noodzakelijk. Een verklaring van het gesloten huwelijk zal moeten worden opgesteld en daarvan zal opgave moeten worden gedaan ter inschrijving in het register van de burgerlijke stand.¹⁵² In paragraaf drie zal verder worden ingegaan op de voor- en nadelen van de verschillende modellen.

4.2.3 De huwelijksluiting door een notaris

Op het eerste gezicht lijkt er geen rol te zijn weggelegd voor de notaris in een huwelijksluiting. Echter, de notaris heeft hierin wel degelijk een belangrijke rol. Voor opstelling van huwelijksvoorwaarden is immers de medewerking van een notaris noodzakelijk. Bij het uitoefenen van zijn ambt mag de notaris geen medewerking verlenen aan rechtshandelingen die in strijd zijn met het recht of met de openbare orde. Huwelijksvoorwaarden die slechts bedoeld zijn om op korte termijn fiscaal voordeel te behalen mogen dan ook niet door een notaris worden opgesteld. Daarnaast kan een notaris niet meewerken aan het maken van huwelijksvoorwaarden indien een der echtgenoten niet in staat is zijn wil te bepalen.¹⁵³ Een notaris de bevoegdheid geven tot het sluiten van een huwelijk leidt

¹⁵⁰ A.P.H. Meijers, *Art. 1:68 BW en art. 449 SR: dor hout. De koppeling van kerkelijk en burgerlijk huwelijk bezien vanuit Rooms-katholiek standpunt*, NJB Afl. 2002/38

¹⁵¹ P. Vlaardingerbroek, *Het hedendaagse personen- en familierecht*, Deventer: Kluwer 2011 p.111.

¹⁵² *Kamerstukken II 2001/02*, 28 078, nr 1 p.6.

¹⁵³ T.F.H. Reijnen, *De verkruiemeling van het huwelijk*, FJR 2012/17

echter slechts tot privatisering van de burgerlijke stand. De ambtenaar van de burgerlijke stand werkt, evenals een notaris, niet in een hiërarchische verhouding. Beide beroepen zijn onafhankelijk en zelfstandig. Zij hebben dus een vergelijkbare juridische positie. Het uitbreiden van de bevoegdheid van een notaris ten aanzien van een burgerlijke huwelijksluiting is dan ook op het eerste oog juridisch niets op tegen. In deze scriptie zal dit onderwerp niet verder worden uitgediept.

4.3 De juridische status van een kerkelijke huwelijksluiting

4.3.1 Kerkelijk huwelijk met burgerrechtelijke rechtsgevolgen.

In dit model wordt het kerkelijk huwelijk als burgerlijk huwelijk in het register van de burgerlijke stand ingeschreven. Verschillende landen binnen Europa verbinden burgerrechtelijke gevolgen aan een kerkelijk huwelijk. In Nederland is dit niet het geval. In de Nederlandse wetgeving worden burgerlijke rechtsgevolgen op verschillende manieren geëffectueerd. Burgerrechtelijke effecten worden niet alleen aan het huwelijk toegekend, maar ook aan het geregistreerd partnerschap en de samenlevingsovereenkomst. Het toekennen van burgerrechtelijke effecten aan het kerkelijk huwelijk is dan ook niet ondenkbaar. In Nederland komen verschillende geloofsovertuigingen voor. Naast de bekende godsdiensten zoals het jodendom, de islam, het christendom, zijn er ook syncretische en entheogene godsdiensten en mensen die de duivel aanbidden. Een syncretische godsdienst is een fusie van verschillende godsdiensten en entheogene godsdiensten die zijn gebaseerd rond geestelijk inspirerende substanties, zoals drugs. Wanneer het kerkelijk huwelijk als een burgerlijk huwelijk wordt beschouwd dient vast te komen staan welke godsdiensten als kerkgenootschap worden erkend. De kerkgenootschappen zullen aan bepaalde kwaliteitseisen moeten voldoen. Daarnaast hanteren kerkgenootschappen verschillende regels ten aanzien van het sluiten van een huwelijk. Er dienen dan ook regelingen te worden gemaakt die rechtssferen op elkaar afstemmen en onderscheiden.¹⁵⁴

4.3.2 Loskoppeling burgerlijk en kerkelijk huwelijk

Loskoppeling van het burgerlijk en kerkelijk huwelijk is gebaseerd op de scheiding van staat en kerk. Inmenging door de overheid ontbreekt volkomen in dit model. Het kerkelijk huwelijk wordt dan als een feitelijk familiale samenlevingsvorm toegevoegd aan de bestaande samenlevingsvormen. Dit zou betekenen dat een kerkelijk huwelijk naar burgerlijk recht de

¹⁵⁴ A.P.H. Meijers, *Art. 1:68 BW en art. 449 SR: dor hout. De koppeling van kerkelijk en burgerlijk huwelijk bezien vanuit Rooms-katholiek standpunt*, NJB Afl. 2002/38

status van samenlevingsovereenkomst zou hebben.¹⁵⁵ Een knelpunt ligt bij de juridische afdwingbaarheid van de zorgplicht.¹⁵⁶ Een religieus huwelijk heeft een sacramenteel karakter. Hierdoor dient de rechter zich te onthouden van een uitspraak over geldigheid van het kerkelijk huwelijk. Een rechterlijk oordeel zou in strijd zijn met het recht op vrijheid van godsdienst en met artikel 1:30 lid 2 BW. Ten aanzien van de juridische afdwingbaarheid zou de burgerlijke rechter beperkt zijn tot de vaststelling van de burgerrechtelijke gevolgen van het kerkelijk huwelijk.¹⁵⁷

4.3.3 Geestelijke die tevens een buitengewoon ambtenaar van de burgerlijke stand is
In hoofdstuk drie is naar voren gekomen dat in Indonesië de islamitische godsdienstige functionaris tegelijkertijd ambtenaar van het Ministerie van Godsdienstzaken is. In Nederland zou dit betekenen dat de geestelijke tevens buitengewoon ambtenaar van de burgerlijke stand is. De geestelijke zou dan alle formaliteiten van het kerkelijk- en burgerlijk huwelijk afhandelen. Dit model leidt echter tot een aantal knelpunten. Als eerste doorbreekt het de scheiding tussen staat en kerk. Het burgerlijke gezag en kerkelijk gezag wordt in dit model immers samengevoegd. Daarnaast mogen het burgerlijk en kerkelijk gezag niet in één persoon verenigd worden, althans niet in Nederland. Van iemand kan niet worden verwacht, tegelijkertijd aan de ambtelijke en functionele loyaliteit en gehoorzaamheid van een burgerlijke ambtenaar en geestelijke te voldoen.

4.3.4 Verklaring van huwelijksbevoegdheid

Wanneer aanstaande echtgenoten in het buitenland willen trouwen dienen zij een verklaring van huwelijksbevoegdheid aan te vragen bij de burgerlijke stand, aldus artikel 1:49a BW. Ten aanzien van een kerkelijk huwelijk kan dit model uitkomst bieden. De ambtenaar van de burgerlijke stand controleert of sprake is van een huwelijksbeletsel en of aan alle voorwaarden die aan het huwelijk worden gesteld is voldaan. Bij goedkeuring zal de ambtenaar een verklaring van huwelijksbevoegdheid afgeven. Aanstaande echtgenoten dienen vervolgens de verklaring van huwelijksbevoegdheid aan een geestelijke te overhandigen, waarna een kerkelijk huwelijk gesloten kan worden.¹⁵⁸ Dit model haalt de verificatielast bij de kerkelijke bedienaar weg.¹⁵⁹ Echter, de kerkelijke huwelijksluiting moet wel in het register van de burgerlijke stand worden ingeschreven. Het kerkelijk huwelijk dient

¹⁵⁵ A.P.H. Meijers, *Art. 1:68 BW en art. 449 SR: dor hout. De koppeling van kerkelijk en burgerlijk huwelijk gezien vanuit Rooms-katholiek standpunt*, NJB Afl. 2002/38

¹⁵⁶ Kamerstukken II 2001/02, 28 078, nr 1 p.5-6.

¹⁵⁷ A.P.H. Meijers, *Art. 1:68 BW en art. 449 SR: dor hout. De koppeling van kerkelijk en burgerlijk huwelijk gezien vanuit Rooms-katholiek standpunt*, NJB Afl. 2002/38

¹⁵⁸ A.P.H. Meijers, *Art. 1:68 BW en art. 449 SR: dor hout. De koppeling van kerkelijk en burgerlijk huwelijk gezien vanuit Rooms-katholiek standpunt*, NJB Afl. 2002/38

¹⁵⁹ *Kamerstukken II 2011/12, 33 344, nr 3 p.6. (MvT)*

dan ook door de geestelijke of echtgenoten bij de burgerlijke stand te worden aangegeven. De ambtenaar van de burgerlijke stand zal vervolgens het kerkelijk huwelijk als burgerlijk huwelijk in het register inschrijven. Het model van een verklaring van huwelijksbevoegdheid brengt het burgerlijk en kerkelijk huwelijk dicht bij elkaar en zal slechts herformulering van artikel 1:68 BW tot gevolg hebben.

4.4 Consequenties voor de Nederlandse wetgeving

Uit paragraaf drie kan geconcludeerd worden dat de rechtszekerheid het beste gewaarborgd wordt in het model van de verklaring van huwelijksbevoegdheid. De andere modellen hebben vergaande wetwijzigingen of ongewenste situaties tot gevolg. Het moge duidelijk zijn dat de dringende maatschappelijke behoefte op bescherming van de burgers voorop staat. Deze bescherming wordt in het model van de verklaring van huwelijkbevoegdheid het beste gewaarborgd. In deze paragraaf zullen de consequenties voor de Nederlandse wetgeving worden besproken.

4.4.1 Kerkgenootschap

In Nederland zijn de kerk en staat van elkaar gescheiden. Dit betekent dat de staat zich neutraal tegenover het geloof moet opstellen. De overheid mag geen geloof of wijze van geloofsbelijdenis voorschrijven of voortrekken.¹⁶⁰ Daarnaast bepaalt artikel 2:2 BW dat een kerkgenootschap eigen autonomie bezit. De bepaling van artikel 2:2 BW geeft dan ook invulling aan de scheiding van de staat en kerk en het recht op vrijheid van godsdienst.¹⁶¹ Wanneer kerkgenootschappen de bevoegdheid krijgen een huwelijk te sluiten, dient als eerste vastgesteld te worden wat de juridische betekenis is van de rechtspersoon kerkgenootschap. Noch in de wetgeving, noch in de parlementaire geschiedenis is een definitie van het begrip kerkgenootschap opgenomen. Het is volledig aan de beoordeling van de rechter overgelaten of in een concreet geval sprake is van een kerkgenootschap.¹⁶² In het arrest van 23 juli 1946 definieert de Hoge Raad het begrip kerkgenootschap als een gemeenschappelijke godsverering van de leden, die gemeenschappelijke godsdienstige opvattingen ten doel stelt.¹⁶³ Gezien de multiculturele samenleving dienen alle godsdiensten gelijk behandeld te worden. Echter, de Hoge Raad erkende de 'Satanskerk' niet als een kerkgenootschap. Niet voldoende staat vast dat de leden van een 'Satanskerk' een godsdienst aanhangen en dat de aanhangers een gestructureerde organisatie hebben.¹⁶⁴ Uit

¹⁶⁰ *Tweeluis religie en publiek domein handvatten voor gemeenten*, Ministerie van Binnenlandse Zaken en Koninkrijksrelaties Directie Constitutionele Zaken en Wetgeving, 2009 p.9.

¹⁶¹ F.T. Oldenhuis e.a., *Schurende relaties tussen recht en religie*, Assen: Koninklijke Van Gorcum 2007 p.79.

¹⁶² F.T. Oldenhuis e.a., *Schurende relaties tussen recht en religie*, Assen: Koninklijke Van Gorcum 2007 p.80.

¹⁶³ HR 23 juli 1946, NJ 1947, 1.

¹⁶⁴ HR 31 oktober 1986, NJ 1987, 173

deze rechtspraak kan afgeleid worden dat ten minste aan drie vereisten moet zijn voldaan, alvorens sprake is van een kerkgenootschap. Er moet sprake zijn van een godsdienst, een gemeenschappelijke godsdienstige opvatting en een gestructureerde organisatie. Door deze vereisten worden organisaties op levensbeschouwelijke grondslag uitgesloten van de rechtspersoonlijkheid kerkgenootschap.¹⁶⁵ Bij het vaststellen of sprake is van een kerkgenootschap kan daarnaast gelet worden op de aard van de activiteiten. Enigerlei religieuze ervaringen moeten waarneembaar zijn.¹⁶⁶ Daarnaast mogen de activiteiten niet in strijd met de openbare orde of de goede zeden zijn.

De definitie van kerkgenootschap is dus gebaseerd op het ongeschreven recht. Om de rechtszekerheid te bevorderen zouden de bovengenoemde criteria in de wet opgenomen dienen te worden. De vraag of een gemeenschap een kerkgenootschap is en dus een kerkelijk huwelijk mag sluiten, kan op twee verschillende momenten gecontroleerd en beantwoord worden. Een controlemoment is bij de afgifte van de verklaring van huwelijksbevoegdheid. Alvorens de verklaring wordt afgegeven dient een ambtenaar van de burgerlijke stand na te gaan of het huwelijk door een kerkgenootschap zal worden voltrokken. In deze situatie dienen de aanstaande echtgenoten aan te geven waar het huwelijk voltrokken zal worden. De ambtenaar van de burgerlijke stand geeft dan de verklaring van huwelijksbevoegdheid, ten aanzien van de echtgenoten, specifiek en alleen aan de desbetreffende organisatie af. Slechts deze organisatie is bevoegd tot het sluiten van een huwelijk tussen de echtgenoten. Als tweede kan gesteld worden dat ten overstaan van elk kerkgenootschap, als zijnde een rechtspersoon, een huwelijk door partijen gesloten kan worden. Het controlemoment ligt dan bij de inschrijving van de organisatie als zijnde een kerkgenootschap. Alvorens het kerkelijk huwelijk in het register van de burgerlijke stand wordt ingeschreven, dient de ambtenaar van de burgerlijke stand te controleren of het huwelijk gesloten is door een kerkgenootschap. Wanneer dit het geval is, is er sprake van een rechtsgeldig huwelijk. Wanneer het huwelijk door een andere organisatie dan een kerkgenootschap wordt gesloten, is het huwelijk niet rechtsgeldig en kan het huwelijk niet in het register van de burgerlijke stand worden ingeschreven. Er zullen dan ook geen rechtsgevolgen aan dit huwelijk worden verbonden.

4.4.2 Artikel 1:68 BW

Artikel 1:68 BW bevat een verbod. Een kerkelijke plechtigheid mag niet plaatsvinden alvorens een burgerlijk huwelijk is gesloten. Echter, het burgerrechtelijke effect van een

¹⁶⁵ F.T. Oldenhuis e.a., *Schurende relaties tussen recht en religie*, Assen: Koninklijke Van Gorcum 2007 p.80.

¹⁶⁶ HR 31 oktober 1986, NJ 1987, 173

huwelijk kan op andere wijzen worden geëffectueerd. Hierdoor komt de rechtvaardigingsgrond van de regeling te vervallen.¹⁶⁷ Echter, door artikel 1:68 BW geheel te laten vervallen wordt iedere band tussen het kerkelijk en burgerlijk huwelijk in de wet verbroken. Dit is niet wenselijk, omdat de Nederlandse wetgeving geen civielrechtelijke rechtsgevolgen aan een kerkelijk huwelijk verbindt.¹⁶⁸ Ik geef mijn voorkeur aan het model van de verklaring van huwelijksbevoegdheid. Artikel 1:68 BW behoeft in deze situatie immers alleen een herformulering. Artikel 1:68 BW luidt in de huidige wetgeving als volgt: “Geen godsdienstige plechtigheden zullen mogen plaats hebben, voordat de partijen aan de bedienaar van de eredienst zullen hebben doen blijken, dat het huwelijk ten overstaan van de ambtenaar van de burgerlijke stand is voltrokken”. De bepaling zal als volgt kunnen worden herformuleerd: “Geen godsdienstige plechtigheden zullen mogen plaats hebben, voordat de partijen aan de bedienaar van de eredienst zullen hebben overlegd, een recente verklaring van huwelijksbevoegdheid, die op zijn verzoek aan hem wordt afgegeven”. Daarbij dient artikel 1:49a BW van overeenkomstige toepassing worden verklaard. Artikel 1:49a BW bevat namelijk de vereisten voor de afgifte van een verklaring van huwelijksbevoegdheid.

Ten aanzien van artikel 1:30 lid 2 BW kan het volgende gesteld worden. Deze bepaling kan ongewijzigd blijven. Door inschrijving van het kerkelijk huwelijk in het register van de burgerlijke stand wordt het kerkelijk huwelijk tevens een burgerlijk huwelijk. De wet is dan van toepassing op de civielrechtelijke rechtsgevolgen die de inschrijving van het kerkelijk huwelijk tot gevolg heeft. De wet is niet van toepassing op de kerkrechtelijke gevolgen van het kerkelijk huwelijk. Schraping van artikel 1:30 lid 2 BW is dan ook niet nodig en om misverstanden te voorkomen, niet gewenst.

4.5 Conclusie

De wetgeving beschouwt het huwelijk alleen in zijn burgerlijke betrekkingen. Het huwelijk kan dan ook alleen door een ambtenaar van de burgerlijke stand worden gesloten. Deze regeling is met name gebaseerd op de scheiding tussen staat en kerk. Echter, de bescherming die de regeling beoogt te bieden kan ook op een andere manier worden gewaarborgd. Het sluiten van een huwelijk door een notaris leidt tot vergaande privatisering van het huwelijksrecht, hetgeen niet wenselijk is. Een geestelijke kan daarentegen wel een meer centrale rol gaan spelen in het huwelijksrecht. Echter, het huwelijksrecht legt de overheid een onthoudingsplicht en een beschermingsplicht op. Burgers hebben dan ook recht op deze bescherming. Een kerkelijk huwelijk kan slechts worden erkend indien de rechtszekerheid

¹⁶⁷ A.P.H. Meijers, *Art. 1:68 BW en art. 449 SR: dor hout. De koppeling van kerkelijk en burgerlijk huwelijk bezien vanuit Rooms-katholiek standpunt*, NJB Afl. 2002/38

¹⁶⁸ *Kamerstukken II 2001/02*, 28 078, nr 1 p.5.

van de burgers gewaarborgd wordt. Deze bescherming kan via verschillende modellen worden gerealiseerd. Daarbij wordt door mij de voorkeur gegeven aan het model van de verklaring van huwelijksbevoegdheid. Het erkennen van een religieus huwelijk heeft voor de Nederlandse wetgeving een aantal gevolgen. Als eerste dient vast te staan wie een religieus huwelijk kan sluiten. Duidelijk moet worden weergegeven wat onder een kerkgenootschap wordt verstaan, hetgeen nu slechts op ongeschreven recht is gebaseerd. Daarnaast heeft de erkenning tot gevolg dat artikel 1:68 BW aangepast dient te worden. Niet het burgerlijk huwelijk, maar een verklaring van huwelijksbevoegdheid dient als vereiste voor een kerkelijk huwelijk te worden gesteld. Op deze manier worden alle huwelijksrechtelijke rechten van de burger beschermd en gewaarborgd.

Hoofdstuk 5 Burgerlijk huwelijk vs. kerkelijk huwelijk. Absolute polen of Yin en Yang?

5.1 Inleiding

In Nederland wordt één vorm van het huwelijk erkend, namelijk het burgerlijk huwelijk. Een kerkelijk huwelijk heeft in Nederland geen juridische status. Geen kerkelijke plechtigheid mag plaatsvinden alvorens een burgerlijk huwelijk is gesloten. In deze scriptie is onderzocht of deze beperking te rechtvaardigen is. De hoofdvraag is dan ook als volgt geformuleerd: in welke mate is het juridische onderscheid tussen een burgerlijk huwelijk en een kerkelijk huwelijk en het daarmee samenhangende verbod van een kerkelijke plechtigheid voorafgaand aan een burgerlijk huwelijk zoals bedoeld in artikel 1:68 BW, in strijd met grondrechten zoals het recht op bescherming van de persoonlijke levenssfeer als bedoeld in artikel 8 EVRM en de vrijheid van godsdienst als bedoeld in artikel 9 EVRM. In het laatste hoofdstuk van deze scriptie zal antwoord worden gegeven op deze hoofdvraag. Tot slot zal een aanbeveling worden gegeven.

5.2 Antwoord op de hoofdvraag

Het huwelijk is een eeuwenoude samenlevingsvorm, die vele vormen heeft gekend. Het huwelijk heeft een rijke rechtsgeschiedenis. Godsdiensten en maatschappelijke ontwikkelingen hebben ervoor gezorgd dat het huwelijksrecht aan veranderingen onderworpen werd. Het huwelijksrecht is te herleiden tot honderden jaren voor Christus. In de Romeinse tijd geschiedde het huwelijk zonder inmenging of controle van de overheid. Het huwelijksrecht was gebaseerd op het gewonterecht, wat beheerst werd door het geloof. Door kennisname met andere volken, godsdiensten en culturen kwam het gewonterecht onder druk te staan. De Romeinen gingen over tot aanpassing van de huwelijksidealen aan moderne opvattingen.¹⁶⁹ Tijdens de renaissance kreeg de overheid steeds meer zeggenschap in het huwelijksrecht. De huwelijksluiting werd een wereldlijke zaak.¹⁷⁰ In 1800 ontstond het huwelijksrecht zoals wij dat hedendaags kennen. De Franse machthebbers maakten een einde aan de jurisdictie-monopolie van de kerk en voerden het burgerlijk huwelijksrecht in. Door de scheiding van staat en kerk verloor het kerkelijke huwelijk volledig zijn status.¹⁷¹ Het huidige huwelijksrecht is neergelegd in Boek 1 van het Burgerlijk Wetboek.

¹⁶⁹ J.J. de Wit, *Matrimonium Et Divortium; Huwelijk en Echtscheiding Ten Tijde van de Romeinse Republiek*, Den Haag: Boom juridische uitgevers 2007 p. 190.

¹⁷⁰ M.P.C. van der Heijden, *Huwelijk in Holland: stedelijke rechtspraak en kerkelijke tucht, 1550-1700*, Uitgeverij Bert Bakker: Amsterdam 1998 p. 258.

¹⁷¹ M. Braun, *De prijs van de liefde. De eerste feministische golf het huwelijksrecht en de vaderlandse geschiedenis*, Amsterdam: Het spinhuis 1992 p. 25.

De invulling van het huwelijk is vrij. Echter, Nederland erkent alleen het burgerlijk huwelijk. Een kerkelijk huwelijk heeft geen juridische status. Dit is af te leiden uit artikel 1:30 lid 2 BW juncto artikel 1:68 BW. Artikel 1:30 lid 2 BW bepaalt dat de wet het huwelijk alleen in zijn burgerlijke betrekking beschouwt. Als aanvulling hierop bevat artikel 1:68 BW een verbod. Geen kerkelijke plechtigheid mag plaatsvinden alvorens een burgerlijk huwelijk gesloten is. Dit verbod stamt uit de Napoleontische tijd. Het verbod beoogde te voorkomen dat men veronderstelde dat het aangaan van een kerkelijk huwelijk een rechtsgeldig huwelijk zou zijn.¹⁷² Bij de inwerkingtreding van het Burgerlijk Wetboek op 1 oktober 1838 is het verbod onveranderd in de wet overgenomen. Binnen Europa bestaat verdeeldheid over de status van het religieuze huwelijk. In landen als Engeland, Spanje en Griekenland is men niet verplicht een burgerlijk huwelijk te sluiten vóór een kerkelijke huwelijksluiting en in landen waar het geloof nog sterk aanwezig is, zoals Marokko en Indonesië, wordt het huwelijksrecht grotendeels beheerst door het kerkelijke recht. Het recht te huwen is een grondrecht en is onder andere opgenomen in het EVRM en de Nederlandse Grondwet. De bepaling van artikel 1:68 BW, zoals wij deze in Nederland kennen, is niet in strijd met deze grondrechten. Aan het recht te huwen als bedoeld in artikel 12 EVRM mogen procedurele en inhoudelijke voorwaarden gesteld worden, mits het recht niet in de kern wordt geraakt. Daarnaast heeft het EHRM bepaald dat artikel 8 EVRM geen verplichting tot het erkennen van een religieus huwelijk inhoudt.¹⁷³ Het verbod van artikel 1:68 BW valt tevens in de sfeer van het recht op vrijheid van godsdienst, zoals neergelegd in artikel 9 EVRM. De inmenging die de Nederlandse Staat op de vrijheid van godsdienst maakt, kan echter gerechtvaardigd worden op grond van artikel 9 lid 2 EVRM. Daarnaast mag het recht te huwen als bedoeld in artikel 6 GW door de wet in formele zin worden beperkt. Artikel 1:68 BW is opgenomen in een wet in formele zin. De bepaling als bedoeld in artikel 1:68 BW is dan ook niet in strijd met de Nederlandse Grondwet. Grondrechten verplichten een Staat dus niet tot erkenning van een religieus huwelijk. De hoofdvraag dient dus negatief beantwoord te worden. Het juridische onderscheid tussen een burgerlijk en een kerkelijk huwelijk en het daarmee samenhangende verbod van een kerkelijke plechtigheid voorafgaand aan een burgerlijk huwelijk zoals bedoeld in artikel 1:68 BW, is niet in strijd met de grondrechten. Alhoewel het voorgenoemde onderscheid gerechtvaardigd kan worden, betekend dit niet dat het juridische onderscheid tussen het burgerlijk en kerkelijk huwelijk wenselijk is. De rechtszekerheid die artikel 1:68 BW beoogt te bieden kan ook op andere manieren worden gewaarborgd. Het model van de verklaring van huwelijksbevoegdheid heeft daarbij mijn voorkeur. Dit model heeft slechts

¹⁷² *Kamerstukken II 2001/02*, 28 078, nr 1p.2.

¹⁷³ EHRM 2 november 2010, nr 3976/05.

herformulering van artikel 1:68 BW tot gevolg. Het model maakt het voor burgers mogelijk een kerkelijk huwelijk te sluiten zonder daaraan voorafgaand een burgerlijk huwelijk te sluiten. Daarnaast zal het de rechtszekerheid bevorderen als in de wet vast komt te staan wat onder de definitie van kerkgenootschap wordt verstaan. De definitie van kerkgenootschap is hedendaags immers enkel op het gewoonterecht gebaseerd.

5.3 Aanbeveling

Een multiculturele samenleving is een ideologie die de laatste decennia in Nederland enorm gegroeid is. Nederland kan beschouwd worden als een multicultureel en gelovig land. Dit heeft niet alleen invloed op het dagelijks leven, maar ook op het rechtssysteem.

Multiculturalisme vloeit onder andere voort uit het eerbiedigen van de grondrechten voor individuen. Het rechtssysteem is dan ook een afspiegeling van de maatschappij. De overheid dient deze grondrechten te waarborgen. Burgers moeten dan ook beschermd worden tegen inbreuk op deze grondrechten. De overheid mag, met oog op de bescherming van deze grondrechten en de rechtszekerheid, in sommige gevallen inbreuk maken op deze grondrechten. De inbreuk moet echter evenredig zijn aan het doel. Het verbod is naar mijn mening echter niet van essentieel belang voor de waarborg van de rechtszekerheid. Minder ingrijpende manieren realiseren de zelfde rechtszekerheid. De Nederlandse overheid handelt niet in strijd met grondrechten. Nederland kan zich echter, als multicultureel, gelovig en vrij land, niet achter de bepaling van artikel 1:68 BW blijven verschuilen. De Nederlandse wetgeving is gebaseerd op een moderne, ontwikkelde en vrije gedachtegang. Waar andere landen nog discussiëren over onderwerpen als abortus en het huwelijk tussen mensen van het zelfde geslacht, is Nederland die stadia al tijden voorbij. De ruimdenkendheid in het huwelijksrecht dient niet alleen te gelden ten aanzien van de acceptatie en erkenning van nieuwe vormen van het huwelijk, maar ook ten aanzien van de erkenning van een eeuwen oude vorm van het huwelijk, het kerkelijk huwelijk. Het geeft de burgers meer vrijheid ten aanzien van de invulling van de huwelijksluiting. Deze vrijheid maakt geen inbreuk op de rechtszekerheid. De rechtszekerheid wordt naar mijn mening optimaal gewaarborgd in het model van de verklaring van huwelijksbevoegdheid. Niet het burgerlijk huwelijk, maar een verklaring van huwelijksbevoegdheid wordt in dit model als vereiste voor een kerkelijk huwelijksluiting gesteld. Aan de kerkelijke huwelijksluiting worden vervolgens burgerrechtelijke gevolgen gekoppeld, mits het kerkelijk huwelijk bij de ambtenaar van de burgerlijke stand wordt aangegeven en ingeschreven. Het model van de verklaring van huwelijksbevoegdheid heeft slechts herformulering van artikel 1:68 BW tot gevolg.

Bovendien bevat de Nederlandse wetgeving al een dusdanig model ten aanzien van een

Nederlander die buiten Nederland een huwelijk wenst aan te gaan. Deze regeling is in artikel 1:49a BW neergelegd.

Bij een herformulering van artikel 1:68 BW moet vast komen te staan aan wie de verklaring wordt afgegeven, de vereisten voor afgaven en de duur van de geldigheid van de verklaring. Over deze punten doe ik de volgende aanbevelingen.

De verklaring van huwelijksbevoegdheid wordt afgegeven aan degene die in Nederland woonplaats heeft en aan degene die de Nederlandse nationaliteit bezit, maar woonplaats buiten Nederland heeft. Ten minste één der echtgenoten dient de Nederlandse nationaliteit te bezitten. Deze vereisten zijn gebaseerd op de regel van artikel 1:43 lid 1 BW. Slechts degenen die woonplaats hebben in Nederland en echtgenoten, van wie ten minste één de Nederlandse nationaliteit bezit, kunnen in Nederland een rechtsgeldig huwelijk sluiten.

De verklaring van huwelijksbevoegdheid wordt afgegeven door de ambtenaar van de burgerlijke stand van de woonplaats van één der verzoekers. Indien echtgenoten buiten Nederland woonplaats hebben wordt de verklaring afgegeven door de ambtenaar van de burgerlijke stand te 's Gravenhage. Dit vereiste is tevens gebaseerd op artikel 1:43 lid 1 BW. Dit artikel bepaalt immers dat echtgenoten, van wie ten minste één de Nederlandse nationaliteit bezit, die buiten Nederland woonplaats hebben, en in een Nederlandse gemeente een huwelijk met elkaar willen aangaan, hiervan aangifte moeten doen bij de ambtenaar van de burgerlijke stand te 's Gravenhage. Bij een kerkelijke huwelijksluiting treedt de verklaring van huwelijksbevoegdheid in de plaats van de huwelijksaangifte. Naar mijn mening is het dan ook de taak van de ambtenaar van de burgerlijke stand te 's Gravenhage om in deze vergelijkbare situatie de verklaring van huwelijksbevoegdheid af te geven.

Daarnaast wordt een verklaring van huwelijksbevoegdheid slechts afgegeven indien de bevoegde autoriteit kennis heeft genomen van de bescheiden, zoals vermeld in artikel 44, eerste lid, en zo nodig van die, vermeld in de artikelen 45 en 45a BW, en zich ervan heeft overtuigd dat naar Nederlands recht geen beletselen tegen het huwelijk bestaan. De vereisten voor afgifte van een verklaring van huwelijksbevoegdheid zijn gebaseerd op de vereisten als bedoeld in artikel 1:49a lid 3 BW. De vereisten zijn niet volledig in overeenstemming. Dit verschil is met name gelegen in het feit dat de huwelijksluiting als bedoeld in artikel 1:49a BW, buiten Nederland plaats zal vinden en in het geval van artikel 1:68 BW de huwelijksluiting in Nederland zal plaatsvinden.

Verder is de duur van de geldigheid van de verklaring van huwelijksbevoegdheid van belang. Naar mijn mening dient de verklaring van huwelijksbevoegdheid, te rekenen van het tijdstip van afgifte, gedurende zes maanden geldig te zijn. Deze termijn is gelijk aan de geldigheidsduur van de verklaring van huwelijksbevoegdheid als bedoeld in artikel 1:49a lid 4 BW. Om misverstanden te voorkomen dient de verklaring van huwelijksbevoegdheid ten aanzien van een kerkelijke huwelijkssluiting, net als de verklaring van huwelijksbevoegdheid als bedoeld in artikel 1:49a lid 4 BW, gedurende zes maanden, te rekenen van het tijdstip van afgifte, geldig te zijn.

De geestelijke maakt van de huwelijkssluiting een akte op. Deze akte dient, door echtgenoten, neergelegd te worden bij de ambtenaar van de burgerlijke stand. De ambtenaar van de burgerlijke stand zal vervolgens de huwelijksakte inschrijven in het register van de burgerlijke stand. Het aanbieden van de huwelijksakte bij de ambtenaar van de burgerlijke stand dient naar mijn mening binnen een korte periode te gebeuren. Een termijn van één maand, te rekenen van het tijdstip waarop de akte is opgemaakt, is naar mijn mening dan ook voldoende ruim.

In een burgerlijk huwelijk is het jawoord bindend. Dit dient bij een kerkelijke huwelijkssluiting niet anders te zijn. De inschrijving van de huwelijksakte dient slechts als bewijs. Dit betekent dat na het jawoord ten overstaan van de geestelijke een rechtsgeldig huwelijk tot stand is gekomen en dat aan dit huwelijk vanaf dat moment burgerrechtelijke rechtsgevolgen worden gekoppeld. Indien bij de inschrijving van het huwelijk in het register van de burgerlijke stand blijkt dat een eerder huwelijk is gesloten, dient het later gesloten huwelijk nietig worden verklaard.

5.4 Tot slot

Het burgerlijk huwelijk en het kerkelijk huwelijk zijn evenwaardig aan elkaar. Ze zijn gelijk en toch verschillend. De huwelijksvormen zijn als yin en yang. Zij vullen elkaar aan. Door de samen- en wisselwerking van de twee huwelijksvormen worden de rechten en plichten van burgers het beste beschermd.

Literatuurlijst:

- C. Asser, *Personen en familierecht*, Deventer: Kluwer 2010.
- M. Braun, *De prijs van de liefde. De eerste feministische golf het huwelijksrecht en de vaderlandse geschiedenis*, Amsterdam: Het spinhuis 1992.
- K. Boele-Woelki e.a., *Huwelijk of geregistreerd partnerschap*, Deventer: Kluwer 2007.
- A. R. de Bruijn e.a., *Het Nederlandse Huwelijksvermogenrecht*, Deventer: Kluwer 2010
- C.Forder & A. Verbeke (red.), *Gehuwd of niet: maakt het iets uit*, Antwerpen-Groningen: Intersentia Uitgevers 2005.
- Groene serie Personen- en Familierecht, artikel 68 Boek 1 BW, aant. 1
- A.H. Huussen JR, *De codificatie van het Nederlandse huwelijksrecht 1795 -1838*, Amsterdam: Holland Universiteits Pers 1975.
- M.P.C. van der Heijden, *Huwelijk in Holland: stedelijke rechtspraak en kerkelijke tucht, 1550-1700*, Amsterdam: Uitgeverij Bert Bakker 1998.
- Dirk Heirbaut, *Privaatrechtsgeschiedenis van de Romeinen tot heden*, Gent: Academie press 2005.
- B. Hekman, *De Affaire de Lalande-Lestevenon: Feit en fictie over een spraakmakende schandaal in het zeventiende-eeuwse Amsterdam*, Leiden: Leiden University Press 2010.
- L. Jordans-Cotron, *Het Marokkaanse familierecht en de Nederlandse rechtspraak*, Utrecht: Forum, Instituut voor Multiculturele Ontwikkeling 2000.
- C. de Koninck, *Glossarium van Latijnse en Romeinse rechtstermen*, Apeldoorn: MAKLU uitgevers 1997.
- H. Küng, *De islam: de toekomst van een wereldreligie*, Kampen: Uitgeverij Ten Have 2006.
- A.J. Köstenberger, D.W. Jones, *God, huwelijk en gezin. Het Bijbelse fundament*, Kampen: Uitgeverij Voorhoeve 2008.
- J. Kampers, *Inleiding tot de burgerlijke stand*, Alphen aan den Rijn: Kluwer 2010.
- D. Lubach, *De bewoners van Nederland: grondtrekken eener vaderlandsche ethnologie*, Haarlem: A.C. Kruseman 1863.
- D.W.J.F Nuyens, *Algemeene geschiedenis des Nederlandschen volks*, Amsterdam: O.L. Langenhuyse 1871.
- F.T. Oldenhuis e.a., *Schurende relaties tussen recht en religie*, Assen: Koninklijke Van Gorcum 2007.

- S.E.W. Rutten, *Huwelijk en burgerlijke stand*, Apeldoorn-Antwerpen: Maklu-uitgevers 2011.
- W.C.Supriadi, *Het Nederlands en Indonesisch huwelijksrecht. Een historisch rechtsvergelijkend onderzoek naar het Nederlandse en het Indonesische huwelijksrecht in de periode 1945 tot heden*, Rotterdam: Labyrint Publication 1991.
- J.E. Spruit, *Cunabula iuris: elementen van het Romeinse privaatrecht*, Kluwer: Deventer 2003.
- L. Strikwerda, *Inleiding tot het Nederlandse Internationaal Privaatrecht*, Deventer: Kluwer 2012.
- R. Veenstra, *Romeinsrechtelijke grondslagen van het Nederlands privaatrecht*, Leiden: Universitaire pers Leiden 1994.
- F. Vlemminx, *Een nieuw profiel van de grondrechten. Een analyse van de prestatieplichten ingevolge klassieke en sociale grondrechten*, Den Haag: Boom juridische uitgevers 2002.
- P. Vlaardingebroek, *Het hedendaagse personen- en familierecht*, Deventer: Kluwer 2011.
- J.J. de Wit, *Matrimonium Et Divortium; Huwelijk en Echtscheiding Ten Tijde van de Romeinse Republiek*, Den Haag: Boom juridische uitgevers 2007.

Artikelen

- J.E. Geuzinge, *Tweehonderd jaar 'Verzekering van den burgerlijken staat der personen, door akten van den burgerlijke stand'?!*, FJR 2011/88.
- A.P.H. Meijers, *Art. 1:68 BW en art. 449 SR: dor hout. De koppeling van kerkelijk en burgerlijk huwelijk gezien vanuit Rooms-katholiek standpunt*, NJB Afl. 2002/38.
- *Tweeluik religie en publiek domein handvatten voor gemeenten*, Ministerie van Binnenlandse Zaken en Koninkrijksrelaties Directie Constitutionele Zaken en Wetgeving, 2009.
- T.F.H. Reijnen, *De verkrumpling van het huwelijk*, FJR 2012/17.
- M.W. Vrijhof, *Onder de Choepa. Over het Joodse huwelijk*, *Vrede over Israel* 2009, 53-3.

Parlementaire stukken:

- *Kamerstukken II 1996/97*, 23 761, nr11.
- *Kamerstukken II 1996/97*, 23 761, nr157b.
- *Kamervragen 1998/99*, KVR8310 nr 438.

- *Kamerstukken II 1999/00*, 26 672, nr5.
- *Kamerstukken II 2000/01*, 26 672 nr 92a.
- *Kamerstukken II 2001/02*, 28 078, nr 1.
- *Kamerstukken II 2001/02*, 28078 nr 2.
- Rapport Informele islamitische huwelijken. Het verschijnsel en de (veiligheids)risico's (Nationaal Coördinator Terrorismebestrijding), 2006.
- *Kamerstukken II 2009/10*, 32 444, nr. 3.
- *Kamerstukken II 2010/11*, 32 175, nr. 17.
- *Kamerstukken II 2010/11*, 32 175, nr. 17 (MvT).
- *Kamerstukken II 2011/12*, 33 344, nr 3 (MvT)
- Kamervragen, kenmerk: 2011-2000218138.
- Raad van State, advies, 's-Gravenhage 2012 nr. W04.12.0011/I.

Jurisprudentie:

- EHRM 7 december 1976, NJ 1978, 236.
- EHRM 12 oktober 1978, nr. 7050/75.
- EHRM 26 april 1979, NJ 1980, 146.
- EHRM 18 oktober 1986 nr. 9532/81.
- EHRM 24 april 1990, nr 11801/85.
- EHRM 26 november 1991, nr 13166/87.
- EHRM 23 september 1994, nr 15890/89.
- EHRM 6 april 2000, nr 34369/97.
- EHRM 5 januari 2010, nr. 22933/02.
- EHRM 14 december 2010, nr. 34848/07.
- HR 23 juli 1946, NJ 1947, 1.
- HR 3 december 1952, NJ 1953,784.
- HR 31 oktober 1986, NJ 1987, 173.
- HR 9 januari 1987, NJ 1987, 928.
- HR 13 maart 2009, LJN: BG9919.

Internetsite:

- http://www.direct.gov.uk/en/Governmentcitizensandrights/Registeringlifeevents/Marriagegesandcivilpartnerships/DG_175717
- <http://www.yourchurchwedding.org/youre-welcome/legal-aspects-of-marriage.aspx>