

De Marokkaanse khul^c in Nederland: erkenning of verstoting?

Pauline Kruiniger*

1 Inleiding

Regelmatig laait in de Nederlandse rechtspraak de discussie op of erkenning van een buitenlandse, op verstoting gebaseerde huwelijksontbinding getoetst moet worden aan het meer liberale regime van artikel 2 óf aan het strengere regime van artikel 3 Wet Conflictenrecht Echtscheiding (voortaan: WCE¹).² Het gaat dan meestal om een Marokkaanse verstoting, de *talaq*, of een Marokkaanse verstoting tegen compensatie, de *khul^c*. Het thema van deze bijdrage betreft dan ook de problematiek rond de erkenning – of is het de verstoting? – van de Marokkaanse *khul^c* in het bijzonder en van Marokkaanse verstotingsvormen in het algemeen, in Nederland.

Medelanders van Marokkaanse origine regelen immers vaak hun familierechtelijke aangelegenheden, zoals huwelijk en echtscheiding, in het land van herkomst, derhalve naar Marokkaans recht. Om rechtsgevolg in Nederland te krijgen, dient bijvoorbeeld zo'n Marokkaanse huwelijksontbinding in Nederland erkend te worden. Erkenning van verstotingsvormen is niet vanzelfsprekend. De verstoting wordt geacht in strijd te zijn met fundamentele rechten zoals het gelijkheidsbeginsel – meer specifiek het recht op een gelijke toegang tot de huwelijksontbinding³ – en het recht op een fair trial, en daarom met procedurele rechten, zoals het recht op hoor een wederhoor en behandeling van de zaak binnen een redelijke tijd door een onafhankelijk en onpartijdig gerecht.⁴ En daarmee wordt de verstoting in strijd geacht met onze openbare orde nu bovenstaande beginselen en rechten deel uitmaken van onze rechtsorde.

* Voordracht gehouden op vrijdag 13 juni 2008 tijdens het 26e RIMO-symposium te Leiden naar aanleiding van de toekenning van de RIMO-prijs 2007 aan de sprekerster voor haar doctoraalscriptie. Een bewerking van deze scriptie is in mei 2008 gepubliceerd: Pauline Kruiniger, *Marokkaanse verstotingsvormen in de Nederlandse rechtspraak*, Tilburg: Celsus juridische uitgeverij 2008, zie <www.celsusboeken.nl>. Pauline Kruiniger is werkzaam als junior-onderzoeker bij de cap.groep Privaatrecht aan de Faculteit der Rechtsgeleerdheid, Maastricht University.

1. Wet van 25 maart 1981, Stb. 1981, 166; inwerkingtreding op 10 april 1981.

2. Zie bijv. K. Boele-Woelki in *Ars Aequi* 2000, katern 77, p. 3971-3972; L. Jordens-Cotran in *Burgerzaken en Recht* 2001, p. 290-291; in *NIPR* 2002, p.137-138; L. Pellis in *WPNR* 2001, p. 1058-1059; de Vaste commissie van advies voor IPR van de NVVB in *Burgerzaken en Recht* 1997-3, p. 50-51; 1997-11, p. 226-227 en 2001-3, p. 236; F. van der Velden in *Burgerzaken en Recht* 1997-3, p. 50; 1997-5, p. 104.

3. Zoals neergelegd in art. 5, 7e Protocol bij het EVRM.

4. Zoals neergelegd in art. 6 EVRM.

Op 13 juli 2001 oordeelde de Hoge Raad dat beoordeling van de erkenning van de Marokkaanse *khul'* aan de hand van het strengere regime van artikel 3 WCE moest geschieden.⁵ Hiermee leek duidelijkheid te zijn geschapen. Niets is minder waar. Nog steeds blijkt deze discussie actueel te zijn.⁶

In deze bijdrage staat dan ook de vraag centraal onder welk artikel van de WCE de Marokkaanse *khul'* erkend moet worden. Meer in het bijzonder: is erkenning van een Marokkaanse verstoting of verstoting tegen compensatie onder artikel 3 WCE of, liever gezegd, handhaving van dit erkenningsbeleid wel gerechtvaardigd? En wel gerechtvaardigd in twee opzichten: niet alleen is het immers de vraag of erkenning onder artikel 3 WCE in overeenstemming is met, c.q. recht doet aan het rechtskarakter van de Marokkaanse *talaq* of *khul'*? Weten wij wel wat een (Marokkaanse) *khul'* is? Houden wij wel rekening met de hervormingen in het Marokkaanse recht? Maar ook is het de vraag hoe een eventueel ten onrechte gevoerd c.q. gehandhaafd erkenningsbeleid zich verhoudt tot IPR- en WCE-doelstellingen. Het Internationaal Privaatrecht strekt er immers toe om problemen door samenloop van verschillende rechtsstelsels bij internationaal privaatrechtelijke rechtsverhoudingen zo doelmatig en rechtvaardig mogelijk op te lossen teneinde een zo soepel mogelijk lopend internationaal privaatrechtelijk rechtsverkeer te bewerkstelligen; de grens hierbij wordt gevormd door onze openbare orde: de fundamentele waarden en normen die de harde kern van onze rechtsorde vormen.⁷ In de WCE-doelstelling staat de favor *divortii*, de begunstiging van de echtscheiding, voorop om zo veel mogelijk hinkende rechtsverhoudingen te voorkomen.⁸ Met hinkende rechtsverhoudingen wordt dan bedoeld op de situatie dat iemand in de ene staat als gescheiden te boek staat, terwijl diezelfde persoon in een ander land als nog gehuwd te boek staat met alle juridisch, economische en sociale gevolgen van dien. Vervolgens is het de vraag of – en in hoeverre – het IPR ook als emancipatoir instrument gebruikt mag worden. In die zin dat men een bepaald erkenningsbeleid 'gebruikt' om signalen af te geven aan de vreemde wetgever c.q. rechtspraktijk.

Om deze vragen te kunnen beantwoorden, volgt eerst een uiteenzetting van het Islamitische en Marokkaanse huwelijksontbindingsrecht. Het doel hiervan is om inzicht te verschaffen in de rechtsfiguren *khul'*, *talaq* of *taliq*: is er sprake van een procedure; hoe zit het met de fundamentele rechten van met name de vrouw; kortom: waar hebben we het nu precies over? Deze informatie is van essentieel belang om te kunnen bepalen of en onder welke voorwaarde(-n) zo'n vreemde vorm van huwelijksontbinding erkend moet worden. Vervolgens maken we een overstap naar het Nederlandse Internationaal Privaatrecht: allereerst komt aan de orde het Nederlands wettelijk kader dat ziet op erkenning van onder meer Marokkaanse huwelijksontbindingsvormen: de artikelen 2 en 3 Wet Conflictenrecht Echtscheiding. Dan volgt een korte bespreking van het arrest van de Hoge Raad uit 2001 dat tot nu toe

5. HR 31 juli 2001, NJ 2002, 223 m.nt. ThMdB; NIPR 2001, 242; RvdW 2001, 135.

6. Hetgeen mij in najaar 2007 bleek n.a.v. een e-maildiscussie over deze problematiek tussen ambtenaren Burgerzaken van diverse grote steden.

7. Zie L. Strikwerda, Inleiding tot het Nederlandse Internationaal Privaatrecht, Deventer: Kluwer 2008, p. 2.

8. Zie wetsvoorstel Wet Conflictenrecht Echtscheiding, Kamerstukken II 1979/80, 16 004, nr. 3, p. 1 en 18.

een grote rol heeft gespeeld, en nog speelt bij het erkenningsbeleid van de Marokkaanse *khulʿ*.⁹ Tot slot zal ik niet alleen betogen wélk erkenningsbeleid in Nederland ten aanzien van Marokkaanse verstotingsvormen toegepast moet worden, maar vooral wáárom dit (toepassing van een dergelijk erkenningsbeleid) vanuit IPR- en WCE-perspectief gerechtvaardigd is.

2 De *khulʿ*

2.1 De *khulʿ* in het islamitisch recht

De *khulʿ* is de verstoting van de vrouw door de man, op haar verzoek, in ruil voor een compensatie door haar.¹⁰ Het vormt binnen het Islamitisch recht een van de mogelijkheden tot huwelijksontbinding voor de vrouw. Andere mogelijkheden voor haar zijn: de rechterlijke echtscheiding op een gelimiteerd aantal gronden (*tatliq*) en de zelfverstoting (*tamlík*) indien de man haar daartoe gemachtigd heeft. De *khulʿ* vormt met name in andere rechtsscholen dan de malikitische, een alternatief voor de *tatliq*, nu de vrouw daar zeer moeilijk, namelijk slechts op een zeer beperkt aantal gronden, een rechterlijke echtscheiding kan verkrijgen.¹¹

Het Arabische woord '*khulʿ*' is afgeleid van het werkwoord '*chalaʿa*' dat 'wegnemen, uittrekken, afleggen' betekent.¹² Met betrekking tot de huwelijksontbinding moet het worden geïnterpreteerd als het neerleggen van het gezag dat de man over de vrouw heeft. Het is onder andere een zinspeling op een koranische metafoer die verwijst naar echtgenoten die elkaar zouden 'kleden' en 'bedekken'. Wanneer een vrouw weezin koestert jegens haar man, zou zij het gezag dat hij over haar heeft, door middel van een *khulʿ* kunnen 'afleggen'.

Oorspronkelijk stamt de *khulʿ* uit de pre-islamitische tijd.¹³ Het was het recht van de vrouw om haar man te verstoten. Zij hoefde de opening van hun tent maar een halve slag te draaien, en de man begreep dat hij door zijn vrouw was verstoten. Hij werd letterlijk buitengesloten en op die manier werd hun verbintenis verbroken. Deze manier van huwelijksontbinding treffen we ook aan in de Koran¹⁴ en in diverse *ahadith*.¹⁵ Sommige auteurs waaronder de hedendaagse Marokkaanse jurist Khamlishi

9. HR 13 juli 2001, NJ 2002, 223.

10. J. Schacht, *An introduction to Islamic law*, Oxford: Clarendon Press 1982, p. 164.

11. Y. Linant de Bellefonds, *Traité de droit musulman comparé*, tome II, Paris/La Haye: Mouton & Co 1965, p. 422.

12. Z. Mir-Hosseini, *Marriage on trial. A study of Islamic Family Law*, London/New York: I.B. Tauris publ. 2000, p. 38-39.

13. S. Naamane-Guessous, *De schaamte ontsluit*, Amsterdam: Globe pockets 1994, p. 157-158.

14. Bijvoorbeeld in Surat al Baqara 2:229 en Surat-al Nisa 4:128.

15. Zoals de *hadith* Habiba, over de *hadieqa*, de palmentuin, die ten grondslag ligt aan de introductie van de juridische *khulʿ* in Egypte in 2000; meer hierover in de bijdrage van Nadia Sonneveld in deze bundel.

verdedigen onder meer dat de *khul^c* een recht van de vrouw is dat als spiegelbeeld van het recht tot verstoting van de man moet worden beschouwd.¹⁶

Wat betreft het rechtskarakter beschouwen de meeste rechtsscholen, waaronder de malikitische, de *khul^c* als een synallagmatisch contract, een wederkerige overeenkomst (*mu'awada*).¹⁷ Beide partijen leveren prestaties volgens het principe 'do ut des': ik geef opdat jij geeft. De man geeft zijn rechten op zijn vrouw voortvloeiende uit het huwelijk, op door haar te verstoten; de vrouw geeft in ruil daarvoor bepaalde vorderingen op die zij jegens haar man had of in de toekomst zou krijgen, ofwel zij geeft hem een compensatie. Omdat de *khul^c* een overeenkomst is, is deze rechtsfiguur mede onderworpen aan het verbintenissenrecht. Dit betekent onder meer dat zowel man als vrouw bij de totstandkoming aanwezig moeten zijn, dat wilsgebreken zoals dwang, invloed kunnen uitoefenen op de geldigheid van de *khul^c* en/of de compensatie, en dat getuigen aanwezig moeten zijn bij het aanbod en de aanvaarding daarvan. Voorts kent de *khul^c* twee karakteristieken.¹⁸ Ten eerste wordt de huwelijksontbinding die voortvloeit uit een *khul^c* o.a. door de Malikiëten beschouwd als een verstoting. Het tweede karakteristiek betreft de betaling van een compensatie, de *badal*, door de vrouw: hoewel deze bij de Malikiëten geen essentiële voorwaarde is bij de totstandkoming van de overeenkomst, heeft de Marokkaanse wetgever in 1993 de compensatie expliciet als essentieel onderdeel van de *khul^c* vermeld.¹⁹

De compensatie kan, naar Marokkaans recht, uit alles bestaan waartoe men een rechtsgeldige verbintenis kan aangaan, op voorwaarde dat zij niet onder dwang wordt opgelegd en, sinds 2004, niet excessief is.²⁰ De compensatie mag geen ongeoorloofde of onwettige zaken bevatten, zoals alcohol of een belofte om nooit meer te trouwen enzovoort. Meestal is de compensatie financieel van aard, zoals bijvoorbeeld teruggave van de bruidsgave of afstand van de vordering op het restant van de bruidsgave of een schadevergoeding. De compensatie kan ook bestaan uit het opgeven van het verzorgingsrecht over de kinderen, de *hadhana*, tenzij dit niet in het belang van het kind is.

Een huwelijksontbinding door een *khul^c* leidt direct tot een onherroepelijke verstoting.²¹ Dit dient vanzelfsprekend tot bescherming van de vrouw en is ook logisch gezien het feit dat zij deze huwelijksontbinding wenst en in ruil daarvoor een compensatie betaalt; zou herroeping mogelijk zijn, dan is een huwelijksontbinding door een *khul^c* immers illusoir.

Een ander rechtsgevolg van de *khul^c* is dat de vrouw een wachtperiode, de *zgn. 'idda*, in acht dient te nemen, waarin moet blijken of zij al dan niet zwanger is.²² Gedurende deze periode mag zij geen (seksuele) relatie aangaan.

16. O.g.v. *Surat al-Baqara* 2:vers 229 Khamlishi stelt dat dit recht daarom niet afhankelijk zou mogen worden gemaakt van de instemming van de man; deze opvatting staat echter in schril contrast tot de gangbare opvatting onder de rechtsscholen dat de verstoting het prerogatief van de man is en de vrouw dientengevolge de instemming van haar man nodig heeft.

17. L. Buskens, *Islamitisch recht en familiebetrekkingen in Marokko*, Amsterdam: Bulaaq 1999, p. 146.

18. Linant de Bellefonds, o.c., p. 423-425.

19. Zie artikel 61 *Mudawwana* 1993.

20. Zie artn. 63-65 *Mudawwana* 1993; artn. 117-119 *Mudawwana* 2004.

21. Artikel 67 *Mudawwana* 1993; artikel 123 *Mudawwana* 2004.

22. Artikel 78 *Mudawwana* 1993; artikel 129 *Mudawwana* 2004.

2.2 De khul^f in het Marokkaanse recht²³

Wat betreft het rechtskarakter kan gesteld worden dat de khul^f naar Marokkaans recht, conform islamitisch recht, een hybride constructie is van enerzijds een obligatoire, wederkerige overeenkomst, anderzijds een mogelijkheid tot huwelijksontbinding door verstoting.

De khul^f kent drie elementen die een voorwaarde vormen voor een rechtsgeldige totstandkoming naar Marokkaans recht: ten eerste dienen beide partijen een khul^f-overeenkomst aan te gaan hetgeen staat voor beider instemming met de huwelijksontbinding door de verstoting;²⁴ ten tweede dient de man de verstoting uit te spreken ten overstaan van zogenoemde beroepsgetuigen, de ^ʿudul, die de verstoting ook vastleggen in een akte;²⁵ en ten derde dient een rechter toestemming aan de man te geven alvorens hij de verstoting mag uitspreken.²⁶ Onder de Mudawanna 1993 gaat het om toestemming door de zogenoemde adoulaire rechter.²⁷ Sinds 2004 gaat het om toestemming door de zgn. familierechter.²⁸

Uit bovenstaande blijkt al dat de verstoting niet langer de exclusieve bevoegdheid van de man is. Er is sprake van een verplichte tussenkomst door de adoulaire of familierechter en de ^ʿudul. Er is dus sprake van een soort procedure, en wel met onder meer de volgende kenmerken: een verzoek om toestemming tot de verstoting door de adoulaire of familierechter; een behoorlijke en tijdige oproep van partijen voor de rechter teneinde te worden gehoord; sinds 2004 toetsing door actief opstellende familierechter of de vrouw vrijwillig akkoord gaat met de khul^f-overeenkomst en met de daarin opgenomen compensatie; voorts toetsing door de rechter of de rechten van de kinderen voldoende gewaarborgd zijn; een verzoeningspoging door de rechter; na mislukking van de verzoeningspoging, een vaststelling van voorzieningen ten behoeve van de vrouw en kinderen voor zover deze geen onderdeel van de compensatie vormen; toestemming tot de verstoting na een eventuele storting van een borgsom door de man ter verzekering van voldoening van eventuele financiële verplichtingen; verstotingsuitspraak door de man ten overstaan van de ^ʿudul; homologatie van de verstotingsakte door de adoulaire rechter; sinds 1993 vastlegging van de voorzieningen door de adoulaire rechter in een beschikking en sinds 2004 vastlegging van de procedure, de gegevens van de verstoting, de khul^f-overeenkomst, de compensatie en voorzieningen door de familierechter in een met redenen omklede beschikking, de *qarar*; registratie van de khul^f-verstoting in het register van de rechtbank (procedure 1993) of op de geboorteakte van partijen door de ambtenaar van de

23. Ik maak in deze paragraaf een vergelijking tussen twee periodes in wetgeving, nl. onder de Mudawwana 1993 en onder de Mudawwana 2004.

24. Artikel 61 Mudawwana 1993; artikel 115 jo. 114 Mudawwana 2004.

25. Artikel 48 jo. 80-81 Mudawwana 1993; artn. 79-80 jo. 87 jo. 138-139 Mudawwana 2004.

26. Artikel 48 Mudawwana 1993 jo. artikel 179 Marokkaans Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering; artikel 87 Mudawwana 2004.

27. Naar Marokkaans recht een rechter bij de rechtbank in eerste aanleg, die o.a. toezicht houdt op de ^ʿudul, akten homologeert, maar ook een rol in de verstotingsprocedure speelt.

28. Onder dit begrip valt een meervoudig college van drie rechters in de familiesector bij de rechtbank in eerste aanleg; een rechtscollege derhalve dat speciaal opgeleid is ten behoeve van familierechtelijke geschilbeslechting.

Burgerlijke Stand.²⁹ Sinds 2004 kan de rechter een compensatie vaststellen, indien partijen het niet eens kunnen worden over de compensatie, maar het wel eens zijn over de huwelijksontbinding door de *khul^c*.³⁰ Tevens heeft de vrouw de mogelijkheid een beroep te doen op de zgn. *shiqaq*-procedure, de echtscheiding op grond van duurzame ontwrichting, indien haar man weigert mee te werken aan een *khul^c*.³¹

Op grond van bovenstaande karakteriseer ik de verstotingsprocedure bij de *khul^c* onder de Mudawwana 1993 als een gerechtelijke procedure onder toezicht van de adoulaire rechter waardoor er sprake is van waarborgen. De verstotingsprocedure bij de *khul^c* onder de Mudawwana 2004 karakteriseer ik vervolgens als een gerechtelijke procedure onder toezicht van een actief optredende familierechter waardoor er sprake is van (nog meer) waarborgen.

Tot zover een nadere typering van het eigen-aardige rechts- en procedurele karakter van de *khul^c*. Dit is uiterst relevant voor de vraag of en onder welke voorwaarden een dergelijke *khul^c* erkend dient te worden.

2.3 Andere vormen van huwelijksontbinding: de *talaq* en de *tatliq*

Voor een goed begrip van de *khul^c* is een beschouwing van haar context, dus van de overige vormen van huwelijksontbinding, van belang. De *talaq* is van belang, omdat deze vorm van huwelijksontbinding immers de basis vormt van de huwelijksontbinding bij de *khul^c*; de *tatliq* is van belang, omdat deze vorm, naast de *khul^c* en de *tamlík* (de zelfverstoting door de vrouw) voor de vrouw een andere mogelijkheid tot huwelijksontbinding vormt.

Over de *talaq*, de verstoting door de man, kwam in de bespreking van de *khul^c* al een en ander naar voren. De discretionaire bevoegdheid tot de verstoting is aan de man ontnomen, omdat hij toestemming dient te vragen aan de adoulaire c.q. familierechter en de verstoting dient uit te spreken ten overstaan van de *‘udul*. Voorts werd geconstateerd dat er sprake is van een gerechtelijke procedure waardoor er waarborgen voor vrouw en kinderen bestaan.

Dezelfde vereisten en procedure zijn van toepassing op een *tamlík*, de zelfverstoting door de vrouw na overdracht van de bevoegdheid hiertoe door de man.³² De wetgever heeft in de Mudawwana 2004 uitdrukkelijk de nadruk gelegd op de mogelijkheid van een *tamlík* door deze mogelijkheid prominent op te nemen in het artikel van de verstoting door de man. Een *tamlík* is een aantrekkelijke vorm van huwelijksontbinding voor de vrouw in die zin dat zij geen compensatie hoeft te voldoen, zoals in geval van een *khul^c* en dat zij geen grond voor echtscheiding hoeft te bewijzen zoals in geval van een *tatliq*.

Sinds 2004 heeft de vrouw de mogelijkheid om herroeping van een (gewone) herroepelijke verstoting af te wijzen en een procedure op grond van duurzame ontwrichting in te stellen (*shiqaq*).³³

29. Zie o.m. artn. 48, 80 en 81 Mudawwana 1993 en artn. 179-180 Marokkaans Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering; artn. 79-88, 121, 138-141 Mudawwana 2004.

30. Artikel 120 Mudawwana 2004.

31. Artikel 120 Mudawwana 2004.

32. Artikel 44 Mudawwana 1993; artikel 78 jo. 89 Mudawwana 2004.

33. Artikel 124 Mudawwana 2004.

De *tatliq* is de echtscheiding uitgesproken door de civiele dan wel familierechter;³⁴ in de malikitische zienswijze is het de verstoting door de rechter namens de man.³⁵ Voornamelijk de vrouw kan op de volgende, gelimiteerde gronden echtscheiding vorderen: het niet-nakomen van de onderhoudsplicht door de man, een lichamelijk of geestelijk gebrek bij de man, schade door de man, afwezigheid door de man en gelofte tot onthouding of weigering van omgang door de man.³⁶ Sinds 2004 zijn daar bijgekomen: niet-nakoming door de man van voorwaarden in de huwelijksovereenkomst en – heel belangrijk – duurzame ontwrichting;³⁷ deze laatste en het gebrek vormen overigens ook gronden voor de man om echtscheiding te vorderen.

Er is zowel onder de Mudawwana 1993 als de Mudawwana 2004 sprake van een gerechtelijke procedure waarbij sinds 1993 de echtscheiding uitgesproken wordt door de civiele rechter en sinds 2004 door de familierechter. Deze gerechtelijke procedure kenmerkt zich in het algemeen onder andere door: een behoorlijke en tijdige oproep van partijen, hoor en wederhoor van partijen en van eventuele getuigen, een verzoeningspoging, het treffen van voorzieningen en vastleggen van financiële verplichtingen ten opzichte van vrouw en kinderen in een beschikking, daarbij rekening houdende met ieders verantwoordelijkheid voor de echtscheiding.³⁸ Een procedure onder de Mudawwana 1993 was voor de vrouw vaak een langdurige en moeizame aangelegenheid, met name vanwege bewijsproblemen met betrekking tot de gronden. Sinds 2004 dient de rechter in principe binnen zes maanden een beslissing te nemen.³⁹ Bovendien betekent de *shiqaaq*-procedure een aanzienlijke verbetering voor partijen en in het bijzonder ook voor de vrouw: er hoeft slechts gesteld, en niet bewezen te worden, zoals bij de andere gronden, dat het huwelijk duurzaam ontwricht is; indien de verzoeningspoging mislukt, wordt de echtscheiding uitgesproken.⁴⁰

2.4 Betekenis hervormingen 2004 voor positie vrouw

De vrouw heeft in principe vier mogelijkheden tot huwelijksontbinding. De *shiqaaq*-procedure als vorm van een *tatliq*, staat daarbij met stip op nummer één.⁴¹ De *shiqaaq* biedt immers een gelijke toegangsmogelijkheid tot echtscheiding aan man en vrouw; zij is daarbij niet afhankelijk van instemming van haar man (zoals bij de overige drie vormen); en zij hoeft in ruil voor de echtscheiding geen compensatie te voldoen, zoals in geval van de *khulʿ*. Vervolgens kan zij trachten via een *khulʿ*, een verstoting met overeenstemming (ook nieuw sinds 2004) of een *tamlík* een huwelijksontbinding te bewerkstelligen. De verstoting met overeenstemming, de naam zegt het al, is de verstoting van de vrouw door de man gebaseerd op wederzijdse

34. Artn. 53-58 Mudawwana 1993; artikel 94 jo. 98 Mudawwana 2004.

35. Zie Linant de Bellefonds, o.c., p. 451.

36. Artn. 53-58 Mudawwana 1993, artikel 98 Mudawwana 2004.

37. Artikel 98-101 Mudawwana 2004 en artn. 94-97 Mudawwana 2004.

38. Zie onder meer artn. 53-60 Mudawwana 1993 en artn. 180, 212-216 Marokkaans Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering; artn. 79, 81-85, 94-98, 113, 121, 141 Mudawwana 2004.

39. Artikel 97 Mudawwana 2004.

40. Artikel 94 jo. 97 Mudawwana 2004.

41. Artn. 94-97 Mudawwana 2004.

overeenstemming om de huwelijkse relatie te beëindigen.⁴² In de laatste drie gevallen is de vrouw in principe afhankelijk van haar man: ofwel zij heeft zijn instemming met de verstoting of *khul'* nodig ofwel hij dient de bevoegdheid tot verstoting aan zijn vrouw over te dragen. Daarbij is zij in het geval van een *khul'* een compensatie aan de man verschuldigd. In deze gevallen is er sprake van een procedure onder toezicht van een actief optredende familierechter en twee *'udul*; in het eerste van een procedure met een beslissing door de familierechter. Deze gerechtelijke procedures staan voor verbeterde processuele en materiële waarborgen en versterken dientengevolge nog meer de rechtspositie van de vrouw.

Niet vergeten moet worden dat er in Marokko veeleer sprake is van modificatie dan van codificatie. De wetswijzigingen in Marokko zijn vooral bedoeld om veranderingen in de maatschappij te bewerkstelligen. Dit in tegenstelling tot wetswijzigingen in bijvoorbeeld Nederland die vaak het gevolg zijn van gewijzigde maatschappelijke omstandigheden. In dat geval heeft acceptatie al plaatsgevonden en zal implementatie dientengevolge snel(ler) verlopen; in het geval van Marokko moeten de maatschappij, justitiabelen en de rechterlijke macht zich aanpassen waardoor de implementatie langer zal duren.

Hoe ver staat het nu met die implementatie? In de vier jaar na inwerkingtreding van de nieuwe *Mudawwana* in februari 2004 zijn diverse rapporten door non-gouvernementele organisaties (hierna: ngo's) zoals 'La ligue démocratique pour les droits des femmes', verschillende onderzoeken, en gegevens via het Marokkaanse ministerie van Justitie gepubliceerd.⁴³ Cijfers van het Marokkaanse ministerie van Justitie laten bijvoorbeeld een afname van de *khul'* en *talaq* zien in 2006 ten opzichte van 2005.⁴⁴ Er zouden in 2005 meer dan 26.000 verzoeken voor een *shiqaq*-procedure zijn ingediend. Het Marokkaanse ministerie van Justitie schrijft de afname van de verstotingsvormen toe aan de invoering van de *shiqaq*procedure. De weg naar de *shiqaq* lijkt dus te zijn gevonden. In het jaarlijkse rapport 2006 bevestigt de vrouwenorganisatie 'La ligue démocratique pour les droits des femmes' overigens de toename van het aantal *shiqaq*procedures.⁴⁵

Zowel de Marokkaanse overheid als ngo's en specifieke vrouwenorganisaties ondernemen activiteiten gericht op het vergroten van de kennis van het hervormde familierecht onder zowel de bevolking als de relevante beroepsgroepen en rechterlijke macht. Zo organiseert het Marokkaanse ministerie van Justitie intensieve trainingen familierecht voor de rechterlijke macht; tevens heeft zij een algemene inspec-

42. Artikel 114 *Mudawwana* 2004.

43. Zie onder meer: La ligue démocratique pour les droits des femmes (LDDF), *rapport annuel sur l'application du code de la famille 2005*, <www.lddf.ma> ; La ligue démocratique pour les droits des femmes (LDDF), *rapport annuel sur l'application du code de la famille 2006*, <www.lddf.ma> ; M. Benradi et al, *Le code de la famille, perceptions et pratique judiciaire*, Fes: Friedrich Ebert Stiftung 2007; Association Marocaine de lutte contre la violence à l'égard des femmes, *l'application du Code de la Famille: acquis et défis*, 2005, <www.amvef.org> ; Association Marocaine de lutte contre la violence à l'égard des femmes, *La perception du Code de la Famille et de son environnement social et professionnel*, 2007, <www.amvef.org>.

44. Zie in: LDDF, *rapport annuel sur l'application du code de la famille 2006*, o.c., p. 3 en 5.

45. Zie in: LDDF, *rapport annuel sur l'application du code de la famille 2006*, o.c., p. 26-32.

tiedienst ingesteld om correcte naleving door de rechterlijke macht te verzekeren.⁴⁶ Ngo's en vrouwenorganisaties richten zich vooral op de vrouwelijke justitiabelen om hen op de hoogte te brengen van hun rechten. Zo bestaan er in tal van Marokkaanse steden zgn. *centres d'écoute* waar vrouwen psychische hulp en juridisch advies enzovoort kunnen krijgen.⁴⁷

Tot zover een redelijk uitgebreide schets van het Marokkaanse huwelijksontbindingsrecht, en van de *khul'* in het bijzonder. Deze informatie is onontbeerlijk om erkenning ervan in Nederland, onderwerp van de volgende paragraaf, te kunnen beoordelen.

3 Nederlands erkenningsbeleid

3.1 De Wet Conflictenrecht echtscheiding

De erkenning van Marokkaanse verstotings- en echtscheidingsvormen wordt beheerst door de artikelen 2 en 3 van de Wet Conflictenrecht Echtscheiding ofwel de WCE.⁴⁸ In deze wet staat de favor *divortii*, de begunstiging van de echtscheiding voorop met het doel om zogenaamde hinkende rechtsverhoudingen met alle consequenties van dien te voorkomen.⁴⁹

Het artikel dat op verstotingen ziet, is artikel 3 WCE. In Nederland worden verstotingen zonder enige vorm van proces in strijd geacht met de openbare orde juist vanwege het ontbreken van een proces en vanwege de ongelijkheid in positie van partijen; vooral omdat de vrouw niet eenzelfde of eenzelfde effectieve mogelijkheid heeft tot huwelijksontbinding.⁵⁰ Uitgangspunt is dan ook dat huwelijksontbindingen die uitsluitend door een eenzijdige verklaring van de man tot stand zijn gekomen, niet worden erkend, tenzij voldaan wordt aan vier cumulatieve voorwaarden:

- de verstoting moet buiten het Koninkrijk hebben plaatsgevonden (dus bijvoorbeeld niet op een consulaat in Nederland);
- de verstoting moet in overeenstemming zijn met de personele wet van de man (dus bijvoorbeeld niet een verstoting door een monopatride Nederlander);
- de verstoting moet daar, waar zij geschiedt rechtsgevolg hebben (de verstoting moet in overeenstemming zijn met dat recht of dat recht moet de verstoting erkennen);
- en ten slotte de belangrijkste voorwaarde: duidelijk moet blijken dat de vrouw uitdrukkelijk of stilzwijgend met de verstoting heeft ingestemd dan wel erin berust.

46. Zie o.a. in: J. Carlisle, *The making of judicial practice in the application of new legal rules in the Moroccan Family Courts*, paper gepresenteerd tijdens de 9th Mediterranean Research Meeting, Florence & Montecatini Terme, 12-15 maart 2008, p. 1 en 19 (niet-gepubliceerd).

47. J. Carlisle, o.c., p. 1.

48. Wet van 25 maart 1981, Stb. 1981, 166; inwerkingtreding op 10 april 1981.

49. Zie wetsvoorstel Wet Conflictenrecht Echtscheiding, Kamerstukken II 1979/80, 16 004, nr., pp. 1 en 18.

50. Zie F. van der Velden, 'Het Marokkaanse huwelijksontbindingsrecht en het Nederlandse IPR', WPNR 2004, p. 355; en F. van der Velden, *Talaq in de rechtszaal, verstoting en openbare orde* (oratie VU Amsterdam), *Ars Notariatus CXVLLL*, Deventer: Kluwer 2003, p.1 (noot 3).

Vanwege de belangen die een vrouw kan hebben bij erkenning, heeft de Nederlandse wetgever vanuit oogpunt van favor divortii erkenning van een eenzijdige verstoting toch mogelijk willen maken.⁵¹ Echter in verband met de rechtszekerheid alleen onder duidelijke voorwaarden waaronder de gebleken instemming van de vrouw zelf.

Artikel 2 WCE ziet op erkenning van buitenlandse huwelijksontbindingen die na een behoorlijke rechtspleging én door een beslissing van een rechter of een andere bevoegde autoriteit tot stand zijn gekomen. Indien er geen sprake was van een behoorlijke rechtspleging of bevoegdheid van de instantie ontbrak, kan dit gebrek gerepareerd worden door de uitdrukkelijke of stilzwijgende instemming met of berusting in de huwelijksontbinding door de wederpartij. Vanzelfsprekend mag erkenning van een dergelijke huwelijksontbinding niet in strijd zijn met de openbare orde of met fundamentele rechten.

Met deze bespreking van artikel 2 en 3 WCE zijn we er echter nog niet.

3.2 Artikel 2 WCE en verstotingen?

In de memorie van toelichting op het wetsvoorstel WCE refereert de wetgever aan huwelijksontbindingen die tot stand komen doordat de man met medewerking of onder toezicht van een kerkelijke of burgerlijke autoriteit de vrouw verstoot.⁵² Wanneer de tussenkomst van die autoriteit aan de verstoting het karakter van een procedure geeft, en de huwelijksontbinding dientengevolge onder zekere waarborgen tot stand komt, is er geen bezwaar haar te erkennen. Deze vormen van verstoting vallen dan, aldus de wetgever, onder het begrip echtscheiding uit artikel 2 WCE. Verstotingen met het karakter van een procedure – dus na enige vorm van rechtspleging – kunnen dus erkend worden onder artikel 2 WCE.

Erkenning van verstotingen kan derhalve getoetst worden aan twee artikelen: artikel 2 en artikel 3 WCE. Het onderscheidende criterium met artikel 3-verstotingen is gelegen in ‘enige vorm van rechtspleging’.

Hoe verhoudt deze informatie zich nu tot de wettekst van artikel 2 lid 1 WCE? Met andere woorden: hoe moet deze wettekst ten aanzien van verstotingen gelezen of geïnterpreteerd worden? Mijns inziens als volgt: de voorwaarde ‘buiten het Koninkrijk’ blijft in geval van een verstoting gehandhaafd: een in Nederland plaatsgevonden verstoting kan hier namelijk geen rechtsgevolg krijgen vanwege het echtscheidingsmonopolie van de Nederlandse rechter.⁵³ De voorwaarde ‘behoorlijke rechtspleging’ dient in dit geval vervangen te worden door ‘na enige vorm van rechtspleging’; niet ‘behoorlijke’ maar ‘enige vorm van’; de wetgever heeft het immers over de voorwaarde dat er sprake moet zijn van een ‘karakter van een procedure waardoor zekere waarborgen’; ‘Echtscheiding’ dient vanzelfsprekend vervangen te worden door ‘huwelijksontbinding door verstoting’. De voorwaarde dat de huwelijksontbinding tot stand moet zijn gekomen door een beslissing van de rechter levert een probleem

51. Zie wetsvoorstel Wet Conflictenrecht Echtscheiding, Kamerstukken II 1979/80, 16 004, nr. 3, p. 19.

52. Zie wetsvoorstel Wet Conflictenrecht Echtscheiding, Kamerstukken II 1979/80, 16 004, nr. 3, p. 17.

53. Ingevolge art. 1:150 jo. 1:163 BW; dit echtscheidingsmonopolie werd nog eens bevestigd in HR 31 oktober 1986, NJ 1987, 924.

op. Deze voorwaarde is per definitie in strijd met de essentie van een verstoting: een huwelijksontbinding door de verklaring (beslissing) van de man. Aan de hand van de bedoeling van de wetgever blijkt de Memorie van Toelichting kan echter heel goed verdedigd worden dat de term ‘beslissing’ in deze context ruim uitgelegd mag worden als ‘toezicht of medewerking van een kerkelijke of burgerlijke autoriteit’. De volledige tekst moet dan als volgt gelezen worden: ‘een buiten het Koninkrijk na enige vorm van rechtspleging tot stand gekomen huwelijksontbinding door verstoting wordt in Nederland erkend, indien zij is tot stand gekomen met medewerking of onder toezicht van enige autoriteit aan wie daartoe rechtsmacht/bevoegdheid toekwam.’

Vanuit oogpunt van duidelijkheid en rechtszekerheid verdient het de voorkeur dat de wetgever een dergelijke tekst – van toepassing op deze vormen van verstoting – expliciet opneemt in de wet in plaats van een vermelding in de Memorie van Toelichting.

Hiermee zou de discussie over de erkenningsproblematiek voorkomen zijn en het arrest van de Hoge Raad in 2001 in verband met die discussie niet nodig zijn geweest.

3.3 Beschikking HR 31 juli 2001

De Hoge Raad leek in 2001 een einde te hebben gemaakt aan die discussie door te oordelen dat erkenning van de Marokkaanse *khul^c* uit 1999 in het concrete geval aan artikel 3 WCE getoetst diende te worden.⁵⁴ Voor de Hoge Raad staat de vraag naar de rol van de Marokkaanse autoriteiten – de homologatierechter en de *‘udul* – centraal: geeft de tussenkomst van deze autoriteiten de verstoting wel of niet het karakter van een procedure, en hebben deze autoriteiten beslissingsbevoegdheid ten aanzien van de huwelijksontbinding? De Hoge Raad concludeert ten eerste dat er geen sprake is van een procedure waarin de vrouw de gelegenheid heeft gehad om als wederpartij gehoord te worden; de verstoting vindt, aldus de Hoge Raad, plaats voor twee *‘udul* die slechts tot taak hebben de verstoting te registreren en er is geen sprake van een procedure voor de homologatierechter.⁵⁵ Ten tweede concludeert de Hoge Raad dat de huwelijksontbinding niet door de beslissing van een rechter of andere autoriteit tot stand is gekomen; de *‘udul* komt geen beslissingsbevoegdheid dienaangaande toe, maar ‘constateren slechts dat de verstoting heeft plaatsgevonden’.⁵⁶ Aldus komt de Hoge Raad tot het oordeel dat erkenning van de onderhavige *khul^c* niet gegrond kan worden op artikel 2 WCE. Vervolgens toetst de Hoge Raad aan artikel 3 WCE en komt tot de slotsom dat dit het geëigende artikel is voor toetsing van erkenning van een Marokkaanse *khul^c*; ook in geval van een bipatride man vanwege het belang dat een vrouw kan hebben bij erkenning van de *khul^c*.⁵⁷

Dit arrest werd – en wordt nog steeds – als richtinggevend beschouwd bij de beoordeling van erkenning van de (Marokkaanse) *khul^c* en *talaq*. Bij nadere beschou-

54. HR 31 juli 2001, NJ 2002, 223.

55. HR 31 juli 2001, NJ 2002, 223, onder r.o. 3.4.2.

56. HR 31 juli 2001, NJ 2002, 223, onder r.o. 3.4.2.

57. HR 31 juli 2001, NJ 2002, 223, onder r.o. 3.4.3 en 3.4.4.

wing van dit arrest blijkt de Hoge Raad niet over voldoende informatie over het rechts- en procedurele karakter van de Marokkaanse *khul^c*, te hebben beschikt.⁵⁸ Voorts blijkt dat de Hoge Raad uitgegaan is van een onjuiste interpretatie van artikel 2 WCE met betrekking tot verstotingen door vast te houden aan het vereiste van een huwelijksontbinding die tot stand is gekomen door een *beslissing* van de rechter.⁵⁹ Bij een juiste interpretatie van enerzijds het rechts- en procedurele karakter van een *khul^c* en anderzijds artikel 2 WCE kan geconcludeerd worden dat artikel 2 WCE wel degelijk van toepassing is op erkenning van de Marokkaanse *khul^c*; er is immers sprake van een procedure onder toezicht van een daartoe bevoegde Marokkaanse autoriteit.⁶⁰ En dat brengt mij bij mijn conclusies en de afsluiting.

4 Afsluiting

Een erkenningsbeleid uitgaande van artikel 3 WCE, het artikel dat uitsluitend ziet op *eenzijdige* verstotingen door de man zonder enige vorm van procedure, doet geen recht aan de hervormingen in het Marokkaanse familierecht sinds 1993 en 2004; derhalve ook niet aan de Marokkaanse *khul^c*. Al sinds 1993 is er sprake van tussenkomst van een rechter, sinds 2004 van de familierechter; de vorm waarin deze tussenkomst plaatsvindt, geeft de verstoting het karakter van een gerechtelijke procedure waardoor er waarborgen zijn voor vrouw en kinderen.⁶¹

Daarom is dit erkenningsbeleid ook niet in overeenstemming met de doelstellingen van het IPR en de WCE: een zo soepel mogelijk lopend internationaal rechtsverkeer, en de favor *divortii*, de begunstiging van de echtscheiding. Men dient dan te waken voor (handhaving van) een onjuist erkenningsbeleid, want men frustreert daarmee die doelstellingen. Door (handhaving van) een onjuist erkenningsbeleid kan de erkenning ten onrechte bemoeilijkt en zelfs onmogelijk gemaakt worden met alle gevolgen van dien, zoals hinkende rechtsverhoudingen bij niet-erkenning.

Het onder andere door diverse afdelingen Burgerzaken gehanteerde argument dat men wil afwachten hoe de wet in de praktijk geïmplementeerd wordt, alvorens het beleid te wijzigen, eventueel met als doel de Marokkaanse rechtspraktijk te beïnvloeden, is niet valide en bovendien paternalistisch.⁶² Men maakt op die manier gebruik van het IPR als emancipatoir instrument. Ten eerste dient de openbare orde ingeroepen te worden als correctiemiddel in het geval de wijze waarop een buitenlandse huwelijksontbindingsbeslissing tot stand is gekomen of de gevolgen na erkenning van een dergelijke beslissing in strijd zijn met onze fundamentele normen en waarden.⁶³ Juist om zo veel mogelijk te voorkomen dat er strijd ontstaat met de openbare orde, heeft de wetgever bepaalde voorwaarden verbonden aan erkenning onder zowel artikel 2 en artikel 3 WCE.⁶⁴ Voorbeeld daarvan is de instemming door de

58. Zie Pauline Kruiniger, *Marokkaanse verstotingsvormen in de Nederlandse rechtspraktijk*, Tilburg: Celsus Juridische Uitgeverij 2008, p. 180-182.

59. Zie Pauline Kruiniger 2008, o.c., p. 178-180.

60. Zie Pauline Kruiniger 2008, o.c., p. 184-187.

61. Zie ook Pauline Kruiniger 2008, o.c., p. 209-210.

62. Zie ook Pauline Kruiniger 2008, o.c., p. 201.

63. Zie bijvoorbeeld L. Strikwerda 2008, o.c., p. 52-54.

64. Zie wetsvoorstel Wet Conflictenrecht Echtscheiding, *Kamerstukken II 1979/80*, 16 004, nr. 3, p. 17-19.

vrouw of door de wederpartij met de huwelijksontbinding; deze voorwaarde heeft de wetgever gesteld als ‘afdoende tegenwicht’ tegen aantasting van het beginsel van gelijkheid van man en vrouw door de verstoting. Ten tweede zijn andere middelen aangewezen om eventuele veranderingen te bewerkstelligen in de Marokkaanse rechtspraktijk: mensenrechtenverdragen, inspanningen van ngo’s of inspanningen via politieke of diplomatieke weg enzovoort.

Uit voorgaand betoog kan men opmaken dat ik erkenning van de *khul^c*, maar ook van de *talaq*, onder artikel 2 WCE voorsta. Maar dan wel artikel 2 WCE bedoeld voor verstotingen om recht te doen aan het specifieke rechts- en procedurele karakter van de Marokkaanse *khul^c* en *talaq*. De verstoting die ook ten grondslag ligt aan de huwelijksontbinding door de *khul^c* kent immers twee dan wel drie voorwaarden om die huwelijksontbinding te bewerkstelligen: de toestemming van de rechter, de verstotingsuitspraak ten overstaan van de *‘udul* die hiervan akte opmaken, en in geval van een *khul^c* de wederzijdse instemming.⁶⁵ Hierdoor wordt de eenzijdigheid aan het karakter van de verstoting ontnomen. Bovendien geeft de tussenkomst van de rechter de verstoting het karakter van een procedure waardoor er van waarborgen voor vrouw en kinderen sprake is.⁶⁶

Tot slot nog een argument in het kader van de opvatting dat het Marokkaanse huwelijksontbindingsrecht in strijd zou zijn met het beginsel van gelijke toegang van man en vrouw tot huwelijksontbinding. Sinds 2004 hebben zowel man als vrouw toegang tot de *shiqaq*, de echtscheidingsprocedure op grond van duurzame ontwrichting. Bovendien beschikken partijen – om met Van der Velden te spreken – niet geheel over *dezelfde* wapens, maar in een concreet geval kunnen partijen wel over *even effectieve* wapens beschikken.⁶⁷

Daarom: erken de Marokkaanse verstoting – verstoot niet eenzijdig de erkenning ervan!

65. Zie Pauline Kruiniger 2008, o.c., p. 185-187.

66. Ibidem.

67. Zie F. van der Velden 2003, o.c., p. 13.