

Kinderontvoering en islamitische landen

E.N. Frohn*

Inleiding

In Nederland bestaan verschillende civielrechtelijke regelingen die de internationale kinderonvoering, in de zin van de grensoverschrijdende kinderonvoering, betreffen. De belangrijkste van deze regelingen, in die zin dat dit verdrag verreweg het meest wordt toegepast, is het Haags Kinderontvoeringsverdrag, Verdrag inzake de burgerrechtelijke aspecten van internationale ontvoering van kinderen, van 25 oktober 1980 (Nederlandse vertaling Trb. 1987, 139). Veel minder wordt een beroep gedaan op het Europese Verdrag betreffende de erkenning en tenuitvoerlegging van beslissingen inzake het gezag over kinderen, van 20 mei 1980 (Nederlandse vertaling Trb. 1981, 10). Beide verdragen zijn voor Nederland op 1 september 1990 in werking getreden. De toepassing van deze regelingen in Nederland is geregeld in de Uitvoeringswet van 2 mei 1990, Stb. 1990, 202.¹ De uitvoeringswet, die ook voor de niet door de verdragen bestreken gevallen van kinderonvoering een regeling bevat, is eveneens op 1 september 1990 in werking getreden. Het Haags verdrag staat centraal in de Nederlandse praktijk en om die reden wordt alleen dit verdrag besproken. Dit verdrag wordt overigens op bepaalde punten aangevuld door Brussel IIbis, Verordening (EG) nr. 2201/2003 (huwelijkszaken en ouderlijke verantwoordelijkheid, (Pb. EG 2003, L 338/1).

Op dit moment² zijn 81 staten partij bij het Haags verdrag. Echter, de islamitische landen (onder deze algemene term breng ik landen als Egypte, Jordanië, Syrië, Iran, Irak, Verenigde Arabische Emiraten, Libanon, Tunesië; hierna ook wel aangeduid als sharia-landen) zijn geen partij bij dit verdrag. Een uitzondering vormt Marokko. Marokko is op 9 maart 2010 tot het Kinderontvoeringsverdrag toegetreden. Het verdrag zal voor Marokko op 1 juni 2010 in werking treden. Als Centrale Autoriteit is het ministerie van Justitie aangewezen. Dit betekent echter niet dat het Haags verdrag geen betekenis heeft. Zoals gezegd is de uitvoeringswet tevens van toepassing in de gevallen van internationale ontvoering van kinderen die niet door een verdrag worden beheerst. Daarom volgt nu eerst een korte toelichting op een aantal aspecten.

* Lisette Frohn is adjunct-directeur van het Internationaal Juridisch Instituut in Den Haag (www.iji.nl); e-mailadres: l.frohn@iji.nl

1 Een wijziging van de uitvoeringswet internationale kinderonvoering (en van de uitvoeringswet internationale kinderbescherming) is in voorbereiding. Zie voor de laatste ontwikkelingen inzake de kinderonvoering Th.M. de Boer, 'Nieuwe ontwikkelingen in de uitvoering van het Haags Kinderontvoeringsverdrag', FJR 2009, nr. 12, p. 318-323.

2 Laatste update 15 februari 2010 volgens de site van de Haagse Conferentie: www.hcch.net.

ten van het Haags Kinderontvoeringsverdrag. Gegeven het feit dat de islamitische landen geen partij zijn bij het verdrag, zet de Haagse Conferentie zich in om in een dialoog met de islamitische landen te zoeken naar oplossingen voor het probleem van de kinderonvoering. Daartoe zijn inmiddels drie conferenties gehouden op Malta, waar vertegenwoordigers van westerse en islamitische landen (vaak rechters en met de materie bekende ambtenaren) bijeen zijn geweest om hierover te praten. De insteek is overigens breder dan kinderonvoering alleen: het gaat om contactrecht in brede zin tussen ouders en kinderen die in verschillende landen wonen, dus bezoek, vakantie, e-mailwisseling, telefonisch contact, enzovoort. De bijeenkomsten op Malta en de gedachten die daaruit voortkomen, vormen het tweede deel van deze bijdrage. In het laatste deel wordt een tweetal complicaties in het kader van de kinderonvoering en de landen met een islamitisch rechtstelsel in kaart gebracht.

Tot slot een paar cijfers.³

In 2008 zijn door de Centrale Autoriteit in totaal 168 verzoeken in behandeling genomen; 36 betroffen een internationale omgangsregeling en 132 zagen op de internationale kinderonvoering. Deze 132 zaken kunnen worden onderverdeeld in 46 inkomende verzoeken (verzoek om terugleiding van een naar Nederland ontvoerd kind) en 86 uitgaande verzoeken (verzoek om terugkeer van een uit Nederland ontvoerd kind). Kijken wij naar de sharia-landen, dan ging het in 2008 om 1 inkomend verzoek en om 17 uitgaande verzoeken. Met andere woorden, van de 86 uitgaande zaken, waren er 17 die in relatie stonden met een islamitisch land.

I Enige aspecten van het Haags Kinderontvoeringsverdrag⁴

1.1 Doel; Centrale Autoriteiten

Doel

Het verdrag beoogt (1) waarborgen te scheppen voor de onmiddellijke terugkeer van ongeoorloofd overgebrachte en vastgehouden kinderen en (2) de naleving van het omgangsrecht te verzekeren. In de praktijk gaat het vooral om het eerste aspect: de terugkeer van het kind. Het verdrag beoogt een zo snel mogelijk herstel van de situatie waarin het kind zich bevond direct voorafgaand aan de ontvoering, te bewerkstelligen. Dit is steeds de leidende gedachte geweest voor de verdragsopstellers. Een snel herstel van de aan de ontvoering of vasthouding voorafgaande situatie wordt geacht de schadelijke gevolgen daarvan voor het kind te beperken. Het verdrag gaat er verder vanuit dat overbrenging van het kind tegen de wil van degene

3 Statistiek Internationale Kinderontvoering 2008. De cijfers zijn gebaseerd op de bij de Centrale Autoriteit aangebrachte verzoeken. Bij de beoordeling van deze cijfers dient rekening te worden gehouden met de daadwerkelijke kinderonvoeringen die niet bij de Centrale Autoriteit worden aangemeld.

4 Een zeer belangrijke bron van informatie is de Abduction Section op de homepage van de Haagse Conferentie voor Internationaal Privaatrecht www.hcch.net. Op deze site is onder meer het toelichtend rapport van E. Pérez Vera te vinden. Verder zijn gegevens van de verdragsstaten vermeld alsmede de verschillende Practice Guides inzake de toepassing van het verdrag.

die (mede) het gezag heeft, in strijd is met het belang van het kind. Voorts geldt als uitgangspunt dat de autoriteiten van de gewone verblijfplaats van het kind het meest geschikt zijn om te oordelen over kwesties van ouderlijke verantwoordelijkheid (gezag en vaststelling gewone verblijfplaats, omgang, wijziging van bestaande regelingen, enzovoort).

Centrale Autoriteiten

Het verdrag schrijft de verdragsstaten voor centrale autoriteiten aan te wijzen, op wie de verplichting rust tot onderlinge samenwerking en tot bevordering van samenwerking tussen de nationale autoriteiten. Daartoe kunnen zij verschillende maatregelen nemen, zoals het vaststellen van de plaats waar het kind zich bevindt, onderzoeken of een minnelijke schikking mogelijk is, instellen of doen instellen van de procedure om de terugkeer van het kind te bewerkstelligen, verlenen van rechtsbijstand, enzovoort (artikelen 6 en 7). De Centrale Autoriteit voor Nederland is de afdeling Juridische en Internationale Zaken, directie Justitieel Jeugdbeleid, van het ministerie van Justitie.

1.2 Toepassingsgebied: reciprociteit

Het verdrag werkt alleen tussen verdragsstaten, het verdrag is dus gebaseerd op reciprociteit. Dit hangt uiteraard samen met het rechtshulpkarakter van het verdrag. Wanneer het kind ontvoerd is vanuit een niet-verdragsstaat naar Nederland (of andersom) valt zo'n zaak dus buiten het formele toepassingsgebied van het verdrag. Dit is een belangrijk aspect in het kader van de kindervervoering en islamitische landen, nu de desbetreffende landen geen partij zijn bij het verdrag. Artikel 2 van de uitvoeringswet bepaalt dat de wet (die onder meer ziet op de rechtspleging in ontvoeringszaken) ook van toepassing is in de gevallen van internationale ontvoering van kinderen die niet door een verdrag worden beheerst. Ingevolge artikel 4 lid 2 van de uitvoeringswet is de Centrale Autoriteit ook belast met de behandeling van verzoeken in gevallen van internationale kindervervoering in niet-verdragsgevalen. Wanneer een kind vanuit een niet-verdragsstaat naar Nederland wordt overgebracht, kan de achterblijvende ouder zich dus tot de Nederlandse Centrale Autoriteit wenden. Andersom geldt hetzelfde: wanneer een kind naar een niet-verdragsstaat wordt overgebracht, kan de (Nederlandse) Centrale Autoriteit weliswaar worden ingeschakeld, maar diens mogelijkheden zijn uiterst beperkt. Veelal zal de Centrale Autoriteit langs diplomatieke weg (ministerie van Buitenlandse Zaken; de Nederlandse ambassade in het desbetreffende land) pogen teruggeleiding te bewerkstelligen. Een daadwerkelijke teruggeleiding komt zelden voor.

1.3 Begrippen

Het verdrag spreekt niet van ontvoering, maar van ongeoorloofde overbrenging of vasthouding. Wanneer doet dit zich voor?

Volgens artikel 3 van het verdrag is sprake van een ongeoorloofde overbrenging of vasthouding, wanneer dit geschiedt in strijd met een gezagsrecht toegekend aan een

persoon (instelling, lichaam) volgens het recht (inclusief het internationaal privaatrecht) van het land waar het kind onmiddellijk voor de overbrenging of vasthouding zijn gewone verblijfplaats had en dit gezagsrecht op dat moment door die persoon (instelling, lichaam) daadwerkelijk werd uitgeoefend. Het verdrag beschouwt de overbrenging van het kind naar een ander land door een van de ouders, die samen met de andere ouder het gezagsrecht deelt, als ongeoorloofd wanneer die andere ouder geen toestemming heeft gegeven.⁵ In de praktijk van de kinderontvoering is ook altijd een van de vragen of de ouders het gezagsrecht deelden op het moment van overbrenging en in dat verband de vervolgvraag of de achterblijvende ouder dit recht op dat moment ook daadwerkelijk uitoefende (zie artikel 3 lid 1 sub b).

Artikel 3 spreekt van ‘overbrenging’ of ‘het niet doen terugkeren’. Dit laatste wordt vaak aangeduid met ‘vasthouding’. In geval van ‘vasthouding’ kan gedacht worden aan kinderen die in het kader van een omgangsregeling tijdelijk verblijven bij de niet met het gezag beklede ouder en die na het verstrijken van de afgesproken termijn niet bij de andere ouder worden teruggebracht.

Een tweede belangrijke bepaling voor een goed begrip van het verdrag is artikel 5. Artikel 5 bevat de definities van de sleutelbegrippen gezagsrecht en omgangsrecht.

Het gezagsrecht omvat het recht dat betrekking heeft op de zorg voor de persoon van het kind en in het bijzonder het recht over zijn verblijfplaats te beslissen. Dit laatste is natuurlijk van groot belang in het kader van de kinderontvoering. Voor het overige is de omschrijving vrij algemeen geformuleerd. Er is vaak sprake van gedeeld ouderlijk gezag krachtens de wet. Neemt de ene ouder het kind dan mee zonder toestemming van de andere ouder, dan is – zoals reeds opgemerkt – sprake van ongeoorloofde overbrenging van het kind in de zin van het verdrag.

1.4 Weigeringsgronden

Het verdrag kent een beperkt aantal weigeringsgronden, te vinden in de artikelen 12 en 13. Dit zijn gronden waarop de aangezochte rechter de terugkeer van het kind kan weigeren. Met andere woorden, bij een succesvol beroep op een weigeringsgrond kan in een inkomend geval het kind in Nederland blijven. Artikel 13 lid 3 van de uitvoeringswet bepaalt dat in de gevallen waarin geen verdrag van toepassing is, de rechter een verzoek tot teruggeleiding kan weigeren op grond van artikel 12 lid 2, artikel 13 en artikel 20 van het Haags verdrag. Wanneer vanuit een islamitisch land een kind naar Nederland wordt overgebracht (inkomende zaak) en de achtergebleven ouder in Nederland om terugkeer verzoekt, kan de rechter dit verzoek afwijzen op een van weigeringsgronden van het Haags verdrag. Hierna wordt alleen ingegaan op artikel 13.

De eerste weigeringsgrond is gelegen in de daadwerkelijke uitoefening van het gezagsrecht (artikel 13 lid 1 sub a). Het verzoek kan worden afgewezen indien door de ontvoerende ouder wordt aangetoond dat op het moment van de overbrenging

5 Zie Toelichtend Rapport van E. Pérez Vera, *Actes et documents de la Quatorzième session, Tome III, Enlèvement des enfants* (1982), p. 447-448.

het gezagsrecht door de andere ouder niet daadwerkelijk werd uitgeoefend of dat deze later heeft ingestemd met of heeft berust in de overbrenging van het kind. Met daadwerkelijke uitoefening van het gezagsrecht wordt in beginsel bedoeld op de feitelijke verzorging en opvoeding van het kind. Hier zien we een link met artikel 3, waarin is neergelegd dat overbrenging ongeoorloofd is wanneer dit in strijd gebeurt met een gezagsrecht dat op het moment van overbrenging daadwerkelijk werd uitgeoefend.

Wat onder daadwerkelijke uitoefening van het gezagsrecht wordt verstaan, wordt door het verdrag niet aangegeven.⁶ In het algemeen gesproken gaat het erom dat de desbetreffende ouder (de achtergebleven ouder) op het moment van de overbrenging nog enige vorm van contact met het kind had (bijvoorbeeld in de vorm van een bezoekenregeling), anders gezegd dat er nog enige vorm van betrokkenheid was. Door de overbrenging kan de achtergebleven ouder sowieso geen gezag uitoefenen. Deze discussie komt vaak op wanneer de rechter van de gewone verblijfplaats het gezag aan de beide ouders opdraagt, maar bijvoorbeeld de moeder met de feitelijke zorg en opvoeding belast wordt. Hoe kan de vader dan uitvoering geven aan de daadwerkelijke uitoefening van het gezagsrecht? Belangrijk is in dit verband dat vaak de moeder wordt beperkt in haar bewegingsvrijheid in die zin dat zij zonder toestemming niet met het kind buiten het land mag verblijven. Soms zelfs alleen met toestemming van de vader én de rechter. In deze beperking zit een aspect van contact van het kind met de vader.

In het kader van deze eerste weigeringsgrond speelt ook de toestemming of de berusting in de overbrenging van het kind. De ontvoerende ouder zal moeten bewijzen dat de andere ouder heeft ingestemd dan wel heeft berust in het vertrek van het kind. Is dit het geval, dan is geen sprake van ongeoorloofde overbrenging in de zin van het verdrag. Gekeken moet worden naar objectieve omstandigheden en het gedrag van de achtergebleven ouder. Dat deze wel wil onderhandelen over de terugkeer en geen verzoek tot teruggeleiding indient, is geen instemming.

De tweede weigeringsgrond is gelegen in de bescherming van het kind. Het verzoek kan worden afgewezen indien er een ernstig risico bestaat dat het kind door terugkeer wordt blootgesteld aan een lichamelijk of geestelijk gevaar dan wel anderszins in een ondragelijke toestand wordt gebracht. In een dergelijke situatie wordt terugkeer in strijd met het belang van het kind geacht (artikel 13 lid 1 sub b). Ook hier spelen objectieve omstandigheden een rol bij de beoordeling van deze grond. Uit de rechtspraak volgt dat artikel 13 lid 1 sub b in de Nederlandse rechtspraak restrictief wordt toegepast. Zo is onvoldoende dat het kind getraumatiseerd wordt door teruggeleiding als de moeder niet mee terug kan. Onvoldoende is het betoog dat de moeder het kind altijd heeft verzorgd en met het kind optrok terwijl de vader door drukke werkzaamheden daar geen tijd voor had. Wanneer artikel 13 lid sub b wordt ingeroepen moet het om extreme situaties gaan, als ernstige verwaarlozing of mishandeling, wil het beroep slagen. In de uitspraak van de Hoge Raad van 20 januari 2006⁷ heeft

6 Zie bijvoorbeeld Hof Den Haag 29 september 2004, NIPR 2005, nr. 107.

7 NJ 2006, 545 m.nt. ThMdB; zie ook de noot van M.V. Polak, 'Kind van de rekening en de ongedaanmaking van internationale kinderontvoering', *Ars Aequi* 2006, p. 646-654.

de Hoge Raad zich onder meer over artikel 13 lid 1 sub b uitgelaten: de weigeringsgrond van artikel 13 lid 1 sub b mag niet als ingevuld worden aangemerkt, indien de rechter van oordeel is dat het belang van het kind in het land van herkomst minder goed is gediend dan in het land van de aangezochte rechter. Verder dient de rechter die zich buigt over het verzoek tot teruggeleiding zich te onthouden van een oordeel omtrent het gezagsrecht en het omgangsrecht.

Een *derde weigeringsgrond* is gelegen in het verzet van het kind zelf tegen zijn teruggeleiding, althans wanneer het kind een zekere leeftijd en rijpheid heeft bereikt waardoor het gerechtvaardigd is met zijn mening rekening te houden (artikel 13 lid 2). Het verdrag geeft geen leeftijd aan. Het is aan de rechter overgelaten dit in concreto te beoordelen. In de rechtspraak is naar voren gekomen dat het moet gaan om verzet, niet om de vraag bij wie het kind het liefst zou willen wonen.⁸

1.5 Het Haags Kinderontvoeringsverdrag en de islamitische landen

Aangezien de islamitische landen geen verdragsstaten zijn, is het Haags Kinderontvoeringsverdrag niet rechtstreeks van toepassing in de betrekkingen met deze landen. De uitvoeringswet geeft echter aan het verdrag ook in niet-verdragsgevallen een zekere rol. Dit geldt in ieder geval voor de inkomende zaken. Wanneer een kind wordt ontvoerd vanuit een islamitisch land naar Nederland (inkomende zaak), dan kan door de achterblijvende ouder de hulp van de Nederlandse Centrale Autoriteit worden ingeroepen en is de Nederlandse uitvoeringswet (en op grond van die wet een aantal verdragsbepalingen) van toepassing. Voor de uitgaande zaken ligt dit anders: het verdrag speelt geen rol, wanneer de staat waarnaar het kind is ontvoerd geen verdragspartij is. Voor de kindertvoering naar een islamitisch land biedt het verdrag dus geen oplossing.

2 De Malta Conferenties

De Haagse Conferentie is er veel aan gelegen de sharia-landen te betrekken bij de uitgangspunten van het Haagse verdrag. In 2004 heeft de Haagse Conferentie daartoe een bijeenkomst georganiseerd op Malta voor rechters en andere autoriteiten uit verdragsstaten en niet-verdragsstaten. Wat deze laatste groep betreft, ging het er in het bijzonder om, vertegenwoordigers uit staten met een op het islamitisch recht gebaseerd rechtsstelsel bij de bijeenkomst te betrekken. Doel was de dialoog op gang te brengen tussen de verschillende staten over de bescherming van de uitoefening van het contactrecht tussen ouders en kinderen over de landsgrenzen heen en over de problematiek van de kindertvoering. Deze zogenoemde Malta Conferentie heeft ook in 2006 plaats gevonden en opnieuw in het voorjaar van 2009. Het aantal staten dat aan deze conferenties deelneemt, is gegroeid. In 2009 waren onder meer aanwezig vertegenwoordigers uit Bangladesh, Egypte, Jordanië, Maleisië, Marokko, Oman, Pakistan, Qatar, Tunesië, naast deelnemers uit onder meer België, Frankrijk, Nederland, de VS en het VK. Daarnaast zijn ook vertegenwoordigers van internatio-

⁸ Zie bijvoorbeeld Hof Den Haag 11 februari 2002, NIPR 2002, nr. 236.

nale organisaties aanwezig, zoals van de Europese Commissie, het Europees Parlement, het VN-Comité Rechten van het Kind en in 2009 voor het eerst de Arabische Liga. Elke bijeenkomst heeft geresulteerd in een verklaring, de zogenoemde Malta-verklaring.⁹ Deze verklaringen zijn niet bindend.

In de *eerste verklaring* worden enige uitgangspunten van het VN-Verdrag inzake de Rechten van het Kind (Kinderrechtenverdrag) als basis voor de gedachtewisseling en overige activiteiten genoemd.¹⁰ Aangegeven is dat elk land een Centrale Autoriteit zou moeten instellen, die onder meer moet assisteren bij het lokaliseren van een kind en bij het zoeken naar mogelijkheden die de bescherming van het kind beogen. Samenwerking met andere autoriteiten is eveneens een van de opdrachten. Voorts is een clause opgenomen waarin het belang is aangegeven van commune regels met betrekking tot rechterlijke competentie ter zake van gezag en omgang, evenals een clause waarin wordt gewezen op het belang van wederzijdse erkenning en tenuitvoerlegging van beslissingen inzake gezag en omgang, waarbij de openbare orde en het belang van het kind als toetsingscriteria gelden.

In de *tweede Malta-verklaring* wordt aandacht gegeven aan mediation, als middel om tot oplossingen te komen. Benadrukt wordt dat procedures moeten worden opgezet om afspraken tussen ouders te laten erkennen en te doen uitvoeren. Verder wordt gewezen op het belang van het voorkomen (preventie) van kinderontvoering.

De *derde verklaring* (de meest uitvoerige verklaring) moedigt de deelnemers aan ratificatie te bevorderen van het Haags Kinderbeschermingsverdrag 1996 en (uiteraard) het Haags Kinderontvoeringsverdrag 1980. Hierbij merk ik op dat Marokko als eerste islamitisch land het verdrag van 1996 al heeft geratificeerd: het verdrag is op 1 december 2002 voor Marokko in werking getreden. Het verdrag is overigens nog niet in Nederland van toepassing, maar zodra dit het geval is, zal het in de Nederlands-Marokkaanse betrekkingen een belangrijke rol gaan spelen waar het betreft gezag, omgang en kinderontvoering. Even in het kort: het verdrag van 1996 bevat bevoegdheidsregels voor beschermingsmaatregelen ten aanzien van kinderen (gezagsrecht, in het bijzonder het recht de gewone verblijfplaats van het kind te bepalen), regels betreffende het toepasselijke recht, en een set van regels inzake de erkenning en tenuitvoerlegging van maatregelen. Het verdrag zegt met zo veel woorden dat het geen afbreuk doet aan het ontvoeringsverdrag, maar geeft ook aan dat de partijen de mogelijkheid hebben een beroep te doen op het verdrag van 1996 om de terugkeer te bewerkstelligen van een ontvoerd kind of om het omgangsrecht te regelen.

In de derde verklaring wordt herhaald dat bevoegdheidsregels en erkenningsregels van belang zijn. Ook de derde verklaring richt zich op de mediation. Er is, onder auspiciën van de Haagse Conferentie, een werkgroep (werkplan) opgezet om structuren en doeleinden van mediation te onderzoeken. Daartoe is inmiddels een questionnaire uitgezonden, waarin een aantal vragen is gesteld naar onder meer bestaande instituties, de huidige benadering van kinderontvoering en bestaande

9 Zie voor de tekst van de verklaringen de site van de Haagse Conferentie.

10 Artikel 10 lid 2 en artikel 11 lid 1 van het Kinderrechtenverdrag zijn uitdrukkelijk genoemd.

wetgeving inzake mediation in familiezaken. De eerste reacties (onder andere van Egypte, India, Pakistan en Maleisië) zijn inmiddels binnengekomen.

Afrondend, de Malta-bijeenkomsten zijn zonder twijfel nuttig en zullen wellicht tot meer samenwerking tussen de westerse landen en de sharia-landen leiden. Denkbaar is dat reeds in individuele gevallen een betere benadering mogelijk is: men kent elkaar. Op informele wijze kan in een individueel dossier contact worden gelegd en gezamenlijk naar een oplossing worden gezocht. Maar dit zijn dan meer ad-hocoplossingen. Verder wordt door uitwisseling van informatie meer bekend van elkaars rechtsstelsel. Zo blijkt uit de beantwoording door Egypte van de eerder genoemde questionnaire dat er een International Cooperation Committee for Custody Disputes Related to Children Borne from Mixed Marriage bestaat. In zaken van kinderovername kan een beroep op dit comité worden gedaan voor mediation en vrijwillige oplossing van het probleem. Voorts wordt aangegeven dat de achterblijvende ouder praktisch en juridisch advies kan aanvragen. Echter, het Malta-proces is een proces van lange adem.

3 Complicaties bij kinderovername naar een islamitisch land

3.1 Algemeen

Dit laatste onderdeel gaat in op twee complicaties.¹¹ In de eerste plaats het ontbreken van regels van wederzijdse erkenning en tenuitvoerlegging van beslissingen inzake gezag en omgang. Ten tweede het begrip gezag, zoals dit begrip in de islamitische rechtsleer wordt ingevuld.

3.2 Ontbreken van regels voor wederzijdse erkenning en tenuitvoerlegging van beslissingen

Er bestaat op dit moment tussen Nederland en de landen met een islamitisch rechtsstelsel geen bilateraal of multilateraal verdrag betreffende de wederzijdse erkenning van gezagsbeslissingen. Volledigheidshalve merk ik op dat sommige staten op dit vlak bilaterale verdragen hebben gesloten. Ik noem hiervan: Australië–Egypte, Canada–Libanon, VS–Egypte, Zwitserland–Libanon.¹² Deze verdragen zien op samenwerking in het kader van geschillen over gezag en overname van kinderen. Nederland heeft dergelijke verdragen niet gesloten.¹³ Dit betekent dat, wanneer het gaat om een Nederlandse beslissing waarin bijvoorbeeld aan de moeder het een-

¹¹ Er zullen meerdere knelpunten zijn, maar ik zie deze als de meest in het oog springende kwesties.

¹² Zie voor deze en andere bilaterale verdragen de discussienota geschreven voor de Haagse Conferentie van C. Gosselain, 'Enlèvement d'enfants et droit de visite transfrontière: conventions bilatérales et les Etats de tradition islamique'. Document préliminaire 7, août 2002.

¹³ Enerzijds kan worden verdedigd dat een bilateraal verdrag een mogelijke oplossing geeft, anderzijds is het niet ondenkbaar dat wanneer met verschillende landen dergelijk bilaterale verdragen worden gesloten, inhoudelijk steeds verschillende regelingen worden getroffen. Dit bevordert niet een consistente aanpak van grensoverschrijdende kinderovername. Als eerste stap in de goede richting lijkt mij het sluiten van bilaterale verdragen wel zinvol.

hoofdig gezag wordt toegewezen en waarin wordt bepaald dat de verblijfplaats van het kind bij de moeder is, deze beslissing niet op grond van een verdrag erkend kan worden in een land als Egypte of Jordanië. Wanneer (uitgaande van een ontvoering naar een islamitisch land door de vader) de moeder (de achtergebleven ouder) een Nederlandse uitspraak erkend wil zien en ten uitvoer wil leggen, zal zij een beroep moeten doen op de nationale regelgeving van het land waar het kind zich inmiddels bevindt. Deze regelgeving zal voorzien in (ten minste) een exequaturprocedure. Op de procedure als zodanig zal de *lex fori* toepassing vinden. Wat betreft de materiële beoordeling geldt dat we geconfronteerd worden met wereldlijk en religieus recht, en dat daarnaast het aanknopingspunt nationaliteit doorslaggevend zal zijn. Algemene toetsingscriteria bij vraagstukken van erkenning van beslissingen zijn (en dit is overigens in de niet-islamitische landen hetzelfde): de bevoegdheid van de rechter die de beslissing heeft gegeven, het in acht nemen van de rechten van de verdediging (behoorlijke oproeping, hoor en wederhoor), en er moet sprake zijn van een voor tenuitvoerlegging vatbaar eindvonnis. Hier kunnen zich al problemen voordoen: denk bijvoorbeeld aan de mogelijkheid dat de aangezochte rechter exclusief bevoegd is ten aanzien van de ouderlijke verantwoordelijkheid van een kind dat de nationaliteit van de aangezochte staat heeft. De belangrijkste hindernis vormt echter de openbareordetoets: de beslissing mag niet in strijd zijn met de openbare orde in de aangezochte staat. Dit is in het internationaal privaatrecht een bekende toets, die in het algemeen geen nadere invulling kent. Aangenomen mag worden dat de islamitische principes¹⁴ tot de openbare orde worden gerekend. Wanneer aan een niet-islamitische moeder het eenhoofdig gezag wordt toegekend, is het niet ondenkbaar dat de aangezochte rechter zulks in strijd acht met de openbare orde. In de islamitische landen zullen veelal het eigen religieuze recht en de nationale wet van de man doorslaggevend zijn. Met andere woorden, een op het Nederlandse recht gebaseerde maatregel zal de openbareordetoets die wordt aangelegd, veelal niet doorstaan. Toepassing van Nederlands recht zal vanuit het Nederlands internationaal privaatrecht echter voor de hand liggen, want in beginsel zal worden aangeknoopt aan de gewone verblijfplaats van het kind. Is deze in Nederland gelegen, dan is het Nederlandse recht van toepassing.¹⁵

Overigens is het voeren van een (exequatur)procedure, los van de juridische aspecten, sowieso een moeilijke aangelegenheid. Dit vanwege de onbekendheid met het rechtsstelsel, onvoldoende taalbeheersing, en praktische problemen: hoe vind ik een onafhankelijke en deskundige advocaat? Denk verder aan de kosten (ofschoon dit niet een in de verhouding tot de islamitische landen typisch probleem is: wat te denken van de (proces)kosten in een Amerikaanse procedure?). Ook de lengte van de procedure is een punt van zorg: het kan soms jaren duren voor een eindvonnis voorhanden is wat ten uitvoer gelegd kan worden. En dan duikt een volgend probleem

14 Principes die bijvoorbeeld de gelijkheid van man en vrouw of van verschillen in godsdienst betreffen.

15 Zie bijvoorbeeld voor de Egyptische benadering A.O. Sherif, 'International Parental Child Abduction: the Case of Egypt', *Yearbook of Islamic and Middle Eastern Law*, Volume 8 (2001-2002), p. 102. Opgemerkt wordt dat de buitenlandse beslissing niet in strijd mag zijn met het Egyptische recht en met de uitgangspunten van de sharia, in het bijzonder die aangaande het gezag over het kind.

op. In de literatuur¹⁶ is wel opgemerkt dat het verkrijgen van een voor de achterblijvende ouder gunstige uitspraak nog wel eens voorkomt, maar dat vervolgens tenuitvoerlegging zo goed als onmogelijk blijkt. Wat te doen als het kind onvindbaar is, als de lokale politie niet wil meewerken, of als de vader uiteindelijk geen toestemming geeft het kind mee naar het buitenland te nemen? Een andere weg zou zijn om niet een erkenningsprocedure te beginnen, maar om in het land waar het kind zich bevindt een nieuwe gezagsbeslissing te vragen. Het probleem hierbij is dat, wanneer het gaat om het treffen van een gezagsmaatregel waarbij de ouders van nationaliteit verschillen (en veelal van geloof), aangeknoopt wordt aan het nationale recht, het religieuze recht, van de vader. Dit recht geeft de vader een zeer sterke positie.

De oproep in de Malta-verklaringen om tot gemeenschappelijke bevoegdheidsregels en erkenningregels te komen, is dan ook zeer terecht.

3.3 Het begrip gezag

Als tweede complicatie zie ik het gegeven dat het begrip gezag een andere betekenis, een andere invulling heeft in de landen met een islamitische rechtsleer dan in de westerse landen. Hiermee komt ook het begrip ontvoering in een ander daglicht te staan. Het personen- en familierecht is een rechtsgebied waar religie en cultuur (traditie) zich vaak op enigerlei wijze manifesteren. In de sharia-landen zijn deze aspecten in het familierecht dominant. Het geloof is een belangrijk aspect bij de invulling van het begrip gezag.¹⁷

Wanneer we spreken over de Islam of de sharia, mag niet worden vergeten dat deze begrippen veelomvattend zijn. Er zijn verschillende leringen, de shiitische en de soenitische leer, met binnen deze laatste leer vier belangrijke rechtsscholen. Daarnaast zijn er interpretatieverschillen, er is geschreven recht in de vorm van nationale wetgeving en er zijn ongeschreven leefregels. Dé sharia of hét islamitische recht bestaat niet.¹⁸ Dit gezegd zijnde kent het begrip gezag (en ik gooi nu gemakshalve toch alle rechtsscholen en leringen op één hoop, om tot de hoofdlijnen te komen) twee elkaar aanvullende aspecten, de *hadana* en de *wilaya*, de rechten en plichten die aan de moeder respectievelijk de vader toekomen.¹⁹ De *hadana* komt aan de moeder toe en betreft de dagelijkse materiële zorg over het kind, waarbij onder meer gedacht kan worden aan het zogen en later het verschaffen van voedsel, verschaffen van kleding, bevorderen van fysieke en geestelijke ontwikkeling, zorg voor de opvoeding in het geloof van de vader. De *hadana* is afhankelijk van de leeftijd van het kind. Bijvoorbeeld bij jongens, afhankelijk van de desbetreffende leer (school) tot twee jaar of tot zeven jaar en bij meisjes tot zij puber zijn of huwelijksbevoegd. In de eerste levensjaren heeft de moeder een actieve rol. Naar de heersende opvattingen is de

¹⁶ H. Lenters, 'Internationale Kinderontvoering. Deel II', EJR 2007, p. 197-198.

¹⁷ Zie Awad Algeed, *Islamic Law and International Parental Child Abduction* (2006); een onderdeel van zijn dissertatie; voor informatie zie ook www.elgeed.net.

¹⁸ Zie J.J.A. Nasir, *The status of women under islamic law and modern islamic legislation*, Leiden/Boston: Brill 2009, p. 11-13.

¹⁹ Zie over deze begrippen M. Nazmi, *Mohammedan Law*, 2008, p. 89-139; Nasir, a.w., (noot 19), p. 185-204.

moeder bij uitsluiting de ouder aan wie de *hadana* toekomt (uitzonderingen daargelaten). Aangenomen wordt dat het kind gedurende de *hadana* bij de moeder woont. Wanneer in deze periode het huwelijk van de ouders wordt ontbonden, heeft dit in beginsel geen gevolgen voor de *hadana*. De *hadana* blijft in beginsel bij de moeder. Gedurende het huwelijk is het gebruikelijk dat de moeder en het kind samenwonen; na huwelijksontbinding, wanneer de moeder de echtelijke woning verlaat, is het ook wel gebruikelijk dat moeder en (jong) kind samen blijven. De vader dient echter wel de mogelijkheid te hebben om het kind te bezoeken en zijn reistijd moet redelijk zijn (bijvoorbeeld één dag waarop hij het kind kan bezoeken en terug kan gaan). Zoals gezegd komt de *hadana* aan de moeder toe. Er zijn verschillende opvattingen wanneer het gaat om een niet-islamitische moeder. In sommige opvattingen kan ook de niet-islamitische moeder de *hadana* uitoefenen; andere stromingen stellen dat de niet-islamitische moeder daartoe niet bekwaam is.²⁰ De *wilaya* komt exclusief toe aan de vader, en ziet op de zorg over de persoon van het kind en de zorg voor zijn vermogen. Dit houdt in dat de vader het voortdurende gezag over de minderjarige heeft, beslissingen neemt over zijn opvoeding en opleiding en toeziet op zijn religieuze vorming. Wanneer de *hadana* is beëindigd, heeft de vader, die dan nog steeds de *wilaya* heeft, het recht te verlangen dat het kind bij hem komt wonen. In dat geval komt aan de moeder een bezoekrecht toe. In deze fase beslist de vader waar het kind woont.²¹ In het algemeen is het de vader die de religieuze opvoeding van het kind tot zijn taak rekent. Dit is de achtergrond van het door de ontvoerende vader vaak gebruikte verweer in zaken van kindervervoering dat hij zijn gezag (*wilaya*) uitoefent, in de zin van de religieuze opvoeding.²²

Vergelijken wij deze islamitische begrippen in hun onderlinge samenhang met de westerse notie van het begrip ouderlijke verantwoordelijkheid (gezag), dan zien we in de eerste plaats dat het begrip gezag in de islamitische leer een *gender*-basis heeft. Verder dat de zorgtaak van de moeder niet overeenkomt met ons begrip gezag. Waar de westerse wereld uitgaat van één begrip gezag, dat in beginsel aan beide ouders toekomt, heeft in de islamitische leer de moeder gedurende een bepaalde periode het verzorgingsrecht, terwijl de vader gedurende en na deze periode het gezag heeft. Kijken wij naar de situatie waarin het gaat om een moslim-vader en een niet-moslim moeder, dan geldt naar de islamitische opvattingen dat hun kind als een moslim wordt aangemerkt. Dit is dan het kader waarin een gezagskwestie moet worden opgelost. Een kader waarin de positie van man en vrouw, als ouders, niet gelijkwaardig is en waarin het geloof een primaire rol speelt. De niet-islamitische rechtsstelsels gaan daarentegen in beginsel uit van een gelijke positie van vader en moeder, en geven in de regel geen ruimte voor het aspect van het geloof. Zo ook bij de onmiddellijke terugkeer volgens het Haags Kinderontvoeringsverdrag. In het verdrag gaat het erom, kort gezegd, dat wanneer in strijd met het (gedeeld) gezag een kind over de grens wordt gebracht, onmiddellijke terugkeer van het kind gebo-

20 E. Rude-Antoine, *Le système de droit musulman et le statut d'enfant*, in de uitgave *L'enfant en droit musulman (Afrique, Moyen-Orient)*, 2008, p. 54.

21 R. Arshad, 'Children: an Islamic law perspective', *Solicitors Journal* 2007, p. 1188; L. Welchman, *Women and Muslim Family Laws in Arab States. A comparative overview of textual developments and advocacy*, 2007, p. 133-136 en Nasir, a.w. (noot 19), p. 198-200.

22 Awad Algeed, a.w. (noot 18), hfdst. 2, overigens kritisch op dit punt.

den is. Het begrip gezag wordt volgens het verdrag beoordeeld naar het recht van de gewone verblijfplaats van het kind vóór de overbrenging. In het verdragsregime maakt het niet uit wat de grondslagen van het toepasselijke recht zijn. Hier zien we dat de beginselen van het Haags Kinderontvoeringsverdrag en de notie van gezag in de sharia-landen met elkaar (kunnen) conflicteren. Dit conflict is vooral gelegen in de sterke positie van de vader wanneer het gaat om het bepalen van de gewone verblijfplaats van het kind. Hierbij geldt als uitgangspunt dat het welzijn van het kind bij zijn vader ligt, in die zin dat in geval van huwelijksontbinding het de vader is die bepaalt bij wie het kind zal wonen. Dit is, volgens Awad Algeed, het grootste obstakel voor het aanvaarden van de onmiddellijke terugkeer van het kind bij de toepassing van het Kinderontvoeringsverdrag.²³

4 Afronding

De gevallen van ontvoering naar islamitische landen zijn vaak de schrijnendste zaken, vanwege het ontbreken van een juridisch kader om terugkeer te bewerkstelligen en vanwege de verschillende invulling van begrippen als gezag en omgang. In de eerste plaats zal moeten worden gewerkt aan een juridisch kader: regelingen op grond waarvan wederzijdse erkenning van gezagsbeslissingen gegrond kan worden. Een kader waarin de terugleiding van het ontvoerde kind gezet kan worden. Gegeven de verschillende invulling die aan het begrip gezag wordt toegekend en de verschillende uitgangspunten die hierbij een rol spelen, zal in de gesprekken en onderhandelingen hierover tussen de westerse landen en de sharia-landen gezocht moeten worden naar een betekenis van het begrip gezag dat recht doet aan de verschillende modellen van ouderlijke verantwoordelijkheid. Een autonoom begrip, dat niet wordt ingevuld aan de hand van nationale begrippen. Voor deze zoektocht kunnen enkele fundamentele rechten van het kind genoemd in het Kinderrechtenverdrag als uitgangspunt gelden: het recht op contact met beide ouders ook wanneer dit over de grenzen heen gaat (artikel 10 lid 2) en de ongedaanmaking van kinderonvoering (artikel 11 en artikel 35). In het islamitische recht is het contact tussen kind en ouders van groot belang. In de wetgeving van verschillende sharia-landen is vastgelegd dat de ouder bij wie het kind verblijft een regelmatig contact met de andere ouder aanmoedigt en faciliteert. Kinderontvoering strookt bepaald niet met deze opvatting. Daarbij kan erop gewezen worden dat in de meeste landen, ook al hebben zij verschillende juridische en culturele tradities (denk aan de positie man/vrouw; moslim/christen; eigen onderdaan/vreemdeling), uiteindelijk de bescherming van het kind, het belang van het kind, voorop staat. Zowel in de westerse landen als in de islamitische landen is het belang van het kind een bekend en gerespecteerd begrip. Alleen, het is een vaag begrip en de invulling is verschillend. In de islamitische landen zijn in dit verband vaak van belang de biologische afstamming tot de vader en de opvoeding in de religie van de vader. Het is in het belang van het kind te worden opgevoed volgens het islamitische geloof. Dit zal een rechter in een sharia-land er niet makkelijk toe brengen de terugkeer van een kind naar een niet-moslim moeder die zich bovendien buiten de jurisdictie bevindt, te bevelen. In de westerse wereld

²³ A.w. (noot 18), hfdst. 13.

wordt meer naar de concrete zaak gekeken en spelen individuele belangen van het kind een rol. Mediation, een van de speerpunten van de laatste Malta-verklaring, kan zeker een rol spelen en mogelijk tot meer begrip leiden van de diverse benaderingen van het gezag. In het kader van mediation verwijs ik naar het voorwoord van de bundel *Verzoening* van Susan Rutten.²⁴ Zij wijst op de verzoening van gesecculariseerde westerse waarden enerzijds en cultuur- en godsdienstgebonden waarden anderzijds. Voorts wordt opgemerkt dat verzoening een bijzondere betekenis in het islamitische familierecht heeft. Ik voeg daar aan toe dat het thema ‘verzoening’ zich goed leent om in mediation in het kader van kindervervoering centraal te staan: verzoening tussen de beide ouders, met als gemeenschappelijke invalshoek het beste voor het kind.

²⁴ S. Rutten, *Verzoening. Islamitisch recht in West Europa*, University Press Maastricht 2005.