

De bescherming van het belang van het kind door Tunesische familierechters

Maaike Voorhoeve*

Inleiding

De Tunesische familiewet (*Madjallat al-ahwal al-shakhsiyya* of *Code du statut personnel*, CSP, 1956)¹ is bekend en geprezen om zijn vooruitstrevende karakter: de gelijkheid tussen man en vrouw is vergroot ten opzichte van het voor deze wet geldende Malikitische recht, en traditionele rechtsfiguren als polygamie en verstoting zijn afgeschaft. Tegelijkertijd kent de wet veel open normen, die ruimte laten voor interpretatie. Hierdoor is de inhoud van het Tunesische familierecht voor een groot deel afhankelijk van de toepassing ervan door rechters. Dit artikel behandelt de toepassing van twee rechtsfiguren die betrekking hebben op kinderen: de afstamming en het verzorgingsrecht (*hadana*).

Dit artikel is gebaseerd op materiaal verzameld tijdens veldwerk in Tunis, tussen juli 2008 en september 2009. Het materiaal bestaat hoofdzakelijk uit vonnissen van de Rechtbank Tunis, interviews met familierechters in Tunis, Sousse, Sfax, Gafsa en Le Kef, en de observatie van verzoeningszittingen in echtscheidingszaken. Het veldwerk vormt de basis van mijn proefschrift over de toepassing van het Tunesische familierecht door rechters. Dit proefschrift behandelt de vraag welke subsidiaire bronnen van recht rechters gebruiken naast de wettekst.

Wanneer men spreekt van subsidiaire rechtsbronnen op het gebied van het familierecht in een moslimland, denkt men al gauw aan de sharia. In het Tunesische recht wordt daarentegen nergens melding gemaakt van het religieuze recht; noch de grondwet, noch de familiewet zelf noemt de sharia als aanvullende bron van recht. Vandaar ook dat Tunesië een ‘seculiere staat’ genoemd wordt. Niettemin bevat de wet een aantal termen die geïnterpreteerd kunnen worden als een indirecte verwijzing naar de sharia. Zo bepaalt de grondwet dat de Islam de staatsgodsdienst is (artikel 1 Gw), terwijl de familiewet in het cruciale artikel over de rechten en plichten binnen huwelijk naar ‘gewoonte en gebruiken’ verwijst (artikel 23 CSP). In een aantal vonnissen noemen rechters deze artikelen om het gebruik van de sharia te rechtvaardigen. De vraag of rechters de sharia mogen gebruiken als subsidiaire bron van recht, vormt de kern van een heftig debat onder Tunesische rechtsgeleerden. Dit is een normatief debat. In mijn proefschrift gaat het uitsluitend om een empirisch

* De auteur is promovenda aan de rechtenfaculteit van de UvA.

¹ Geproclameerd bij Decreet van 13 augustus 1956.

onderzoek van de vraag welke rechtsbronnen rechters daadwerkelijk gebruiken bij de interpretatie van open normen.

I Afstamming

Kinderen hebben door de geboorte een familierechtelijke betrekking met hun moeder. De juridische band met de vader wordt door twee naast elkaar staande rechtsbronnen geregeld: artikel 68 van de familiewet, en een aparte, in 1998 ingevoerde wet. De wetten bestaan naast elkaar, en beide laten ruimte voor interpretatie. Ik zal eerst ingaan op de rechtspraktijk onder artikel 68 CSP, alvorens de toepassing van de wet van 1998 te bespreken.

1.1 Artikel 68 CSP

Artikel 68 CSP bepaalt: ‘Afstamming wordt bewezen door het huwelijk, of de erkenning door de vader, of de getuigenis door twee of meer betrouwbare getuigen’.² Op het eerste gezicht lijkt dit artikel afstamming van buiten huwelijk geboren kinderen toe te staan. Immers: indien er geen sprake is van een huwelijk, kan de afstamming bewezen worden door erkenning of getuigenis. Maar de Tunesische jurisprudentie geeft een ander beeld.

Volgens vaste jurisprudentie is de vestiging van een afstammingsband tussen een buiten huwelijk geboren kind en de vader niet toegestaan.³ Dat houdt in dat de erkenning en de getuigenis niet dienen ten bewijze van de afstamming, maar van het huwelijk, namelijk in die gevallen waarin het huwelijk niet bewezen kan worden met een huwelijksakte.⁴ Het is vanzelfsprekend dat het verbod op afstamming van buiten huwelijk geboren kinderen vergaande consequenties heeft: zij hebben geen financiële aanspraken ten opzichte van hun vader (kinderalimentatie en erfrecht). Bovendien geldt in Tunesië dat kinderen zonder juridische vader geen achternaam hebben: ze krijgen niet de achternaam van hun moeder, maar worden geboren ‘onder X’. Hierdoor krijgen ze geen identiteitskaart, en zonder identiteitskaart krijgen ze geen werk. Overigens zijn er door de jaren heen verschillende oplossingen geweest voor het naamprobleem: Bourguiba heeft gedurende een aantal jaren zijn achternaam verleend aan buiten huwelijk geboren kinderen (‘de kinderen van Bourguiba’), en kinderen krijgen soms een achternaam die verwijst naar hun geboorteplaats (‘Sfaxi’ voor een kind uit Sfax). Omdat de achternaam toont dat er sprake is van een buiten huwelijk geboren kind, lossen deze methodes niet het probleem op van het stigma.

2 Yuthbit al-nasab b-il-firash aw bi iqrar al-ab aw bi shahadat shahadayn min ahl al-thiqa fa akthar.

3 Zie bijvoorbeeld Hof van Cassatie 31 december 1963, 2183: erkenning kan alleen tot vaderschap leiden indien het huwelijk is bewezen met een huwelijkscontract; Hof van Cassatie 23 februari 1965: een relatie kan niet leiden tot afstamming indien niet bewezen met een huwelijksakte; Hof Sfax 20 april 1972, 575: idem; Hof van cassatie 11 april 1996, 40276: voor vaststelling afstammingsband na overlijden van de biologische vader is een huwelijkscontract vereist; Rechtsbank Tunis 5 januari 2009, 68652: het huwelijk moet met een huwelijkscontract bewezen worden.

4 Zie bijvoorbeeld het Hof van Cassatie 26 november 1996, 51346, in: *Nashriyat mahkamat al-ta'qib* 1996. In deze zaak bevestigt het Hof van Cassatie dat een getuigenis alleen tot afstamming kan leiden, als er sprake is van een huwelijk.

Een aantal rechters is zich bewust van de nadelige gevolgen van een verbod op buitenhuwelijkse afstamming. Sommigen van hen passen hiyal (omwegen, trucs) toe om toch afstamming buiten huwelijk te vestigen. Dit gebeurt overigens zónder dat wordt vermeld dat er geen huwelijk is; daardoor geeft de jurisprudentie het beeld dat er nooit een afstammingsband wordt gevestigd buiten huwelijk.⁵ Uit interviews met familierechters in Tunis (twee rechters), Sousse, Sfax, Gafsa en Le Kef⁶ blijkt welke trucs rechters toepassen, en dat het gebruik van hiyal verschilt van de ene rechter tot de ander.

Een van de twee familierechters in Tunis, alsmede de rechter in Le Kef, vestigen uitsluitend een afstammingsband indien het echtpaar het huwelijk bewijst met een huwelijksakte. Deze rechters zijn dus dermate streng in de toepassing van artikel 68 CSP, dat het buiten huwelijk geboren kind geen enkele kans maakt op een familie-rechtelijke betrekking met de vader. De tweede rechter in Tunis, alsmede de rechter in Sousse, zijn iets toegeeflijker: zij knippen een oogje toe indien de ouders na geboorte van het kind alsnog trouwen. In dat geval doen zij net alsof het paar vóór de verwekking van het kind is gehuwd en bevelen de ambtenaar van de Burgerlijke Stand tot inschrijving van het kind onder de naam van de vader. De familierechter in Sfax gaat een stap verder en vestigt een familie-rechtelijke betrekking wanneer de man erkent de vader van het kind te zijn. Het gaat hier om een fictie: de man verzoekt een vaststelling van het vaderschap op grond van artikel 68 CSP zonder dat hij blijkt geeft ongehuwd te zijn met de moeder. De rechter zal in dit geval niet vragen om bewijs van het huwelijk, er zogenaamd van uitgaande dat het kind binnen het huwelijk is geboren. Hierop geeft de rechter het bevel tot inschrijving aan de ambtenaar van de Burgerlijke Stand.⁷ Overigens kan de man ook buiten de rechter om een afstammingsband vestigen met het kind, namelijk door direct na de geboorte van het kind aangifte te doen van het kind bij de Burgerlijke Stand. De ambtenaar van de Burgerlijke Stand vraagt immers in de regel niet naar de huwelijksakte. Hierdoor komt de naam van de vader op de geboorteakte van het kind te staan, heeft het kind een achternaam en is derhalve wettig. De afstammingsband kan later worden betwist ten overstaan van de rechtbank, bijvoorbeeld door familieleden van de vader na zijn overlijden, in verband met de erfenis. Overigens is het belangrijk te beseffen dat deze hila het kind alleen baat indien de man het vaderschap niet betwist.

De rechter in Gafsa gaat nog een stap verder, door het vaderschap óók te vestigen wanneer de man dit betwist of is overleden. De rechter duidt de buitenhuwelijkse relatie aan met een ‘informeel (‘urfi) huwelijk’, dat wil zeggen een huwelijk dat niet is voltrokken volgens de regels van de Wet op de burgerlijke stand. De wet bepaalt dat het informele huwelijk weliswaar nietig is, en strafbaar (artikelen 36 CEC en 18 CSP, drie respectievelijk zes maanden gevangenisstraf), maar niettemin gevolgen heeft

5 Sassi Ben Halima, *La filiation paternelle légitime en droit tunisien*, proefschrift Université de Tunis 1976.

6 Tijdens mijn onderzoek (juli 2008-september 2009) verbleef ik met name in Tunis, waar ik o.m. verzoeningszittingen bijwoonde in echtscheidingsprocedures en vonnissen las van de rechtbank en het Hof van Cassatie. Tijdens een rondreis door Tunesië in januari en februari 2009 heb ik vier andere rechtbanken bezocht.

7 Rechtbank Sfax 16 januari 2009, 59352. Zie ook Rechtbank Gafsa 2 februari 2009, 564886, 87 en 88.

voor de afstamming (artikel 22 CSP). Overigens is in beginsel uitsluitend sprake van een informeel huwelijk, als er een huwelijksfeest heeft plaatsgevonden (de ‘urs, een feest dat tussen de drie en tien dagen kan duren en dient om het huwelijk bekendheid te geven).

1.2 De wet van 1998

De invoering van de wet van 1998, getiteld ‘Wet met betrekking tot de toekenning van een achternaam aan verlaten kinderen en kinderen van onbekende afkomst’,⁸ heeft tot een verandering van de praktijk geleid, maar niet zodanig als wel werd gehoopt.⁹ Dit komt doordat de meeste rechters deze wet eveneens restrictief interpreteren.

De nieuwe wet, die naast artikel 68 CSP is komen te staan en deze dus niet vervangt, is expliciet van toepassing op kinderen zonder achternaam, zo blijkt uit de titel. In dit opzicht verschilt deze wet derhalve van artikel 68 CSP, dat volgens rechters alleen van toepassing is op binnen huwelijk geboren kinderen.

Op grond van de nieuwe wet kunnen (moeders van) buiten huwelijk geboren kinderen de rechter verzoeken de achternaam van de biologische vader toe te kennen. Hiervoor moet het biologisch vaderschap worden bewezen, hetzij door erkenning door de vader, hetzij door getuigenis, hetzij door een DNA-test (artikel 3 bis Wet 1998). Volgens vaste jurisprudentie wordt de weigering van de man om mee te werken aan een DNA-test, beschouwd als bewijs dat hij de biologische vader is.¹⁰ Op deze wijze wordt de wet dus extensief geïnterpreteerd. Maar op een ander punt is sprake van restrictieve interpretatie, namelijk daar waar het gaat om de consequenties van de toekenning van een achternaam.

Volgens de rechtspraak leidt de toekenning van de achternaam niet tot ‘vaderschap’ in de ruime zin van het woord (*nasab*), aangezien het kind geen erfrecht wordt toegekend. Deze praktijk is gebaseerd op een al dan niet bewuste omissie van de wetgever. De wet bevat een op het eerste gezicht niet-limitatieve opsomming van de gevolgen van toekenning van een achternaam: de wet noemt kinderalimentatie, huwelijksbeletselen en gezag en voogdij (artikel 3 bis Wet 1998). Omdat van erfrecht wordt gezwegen, weigeren rechters in de praktijk een ‘volle’ afstammingsband te creëren.¹¹

Ook hier is echter sprake van casuïstiek. De tweede familierechtbank te Sfax kent wel degelijk erfrecht toe op grond van de wet van 1998, in het geval dat de man het vaderschap erkent; onder deze omstandigheid wordt de wet van 1998 ruim geïnterpreteerd. De rechtbank van Mannouba gaat een stap verder en bepaalt dat artikel 68 CSP betrekking heeft op een afstammingsband binnen én buiten huwelijk. Deze

8 Wet 98-75, 28 oktober 1998.

9 Ali Mezghani, ‘Le droit tunisien reconnaît ses enfants naturels. A propos de la Loi no 98-75 du 28 octobre 1998 relative à l’attribution d’un nom patronymique aux enfants abandonnés ou de filiation inconnue’, in: *Mouvements du droit contemporain. Mélanges offerts au Professeur Sassi Ben Halima*, 2005.

10 Zie bijvoorbeeld Hof van Cassatie 12 oktober 2001, 10020-2001, in: *Revue de jurisprudence et de législation*, januari 2002, en Hof van Cassatie 2 maart 2006, 7799, in: *Nashriyat mahkamat al-ta’qib*, 2006.

11 Zie bijvoorbeeld rechtbank Sousse 29 februari 2000, 40376, en rechtbank Sfax 11 juni 1999, 116.

rechtbank beschouwt de wet van 1998 als een procedureregeling, die artikel 68 CSP aanvult met het DNA-onderzoek. Dat wil zeggen dat deze rechtbank de volledige afstammingsband toekent op grond van artikel 68 CSP juncto de wet van 1998, indien het (biologische) vaderschap is bewezen met DNA.¹²

Het naast elkaar bestaan van de twee wetten is voor goede advocaten reden om een procedure als volgt te voeren. De advocaat vordert primair afstamming, op grond van artikel 68 CSP, en subsidiair een achternaam met alle gevolgen van dien, op grond van de wet van 1998. De ene rechter zal met behulp van een hila de afstammingsband vestigen, de ander zal de primaire vordering afwijzen en op grond van de wet van 1998 het verzoek tot een achternaam en kinderalimentatie toewijzen.

2 Verzorging

Het Tunesische recht maakt onderscheid tussen het verzorgingsrecht (*hadana*) en het wettelijk gezag (*wilaya*). In beginsel heeft de vader het gezag, wat betekent dat hij beslissingen neemt over reizen, onderwijs, financiën van het kind, en dat hij diens wettelijk vertegenwoordiger is (artikel 153 CSP en verder). Met twintig jaar is het kind meerderjarig en eindigt het wettelijk gezag. Vanaf dertien jaar hebben kinderen inspraak in beslissingen die over hen genomen worden (artikel 156 CSP). Bij overlijden of ongeschiktheid van de vader, gaat het gezag sinds 1981 over op de moeder (artikel 154 CSP).¹³

Tijdens het huwelijk komt het verzorgingsrecht toe aan beide ouders gezamenlijk. Na echtscheiding bepaalt de rechter wie het verzorgingsrecht krijgt. Het kind woont bij degene met het verzorgingsrecht. Sinds 1993 bepaalt de wet dat, indien het verzorgingsrecht na echtscheiding toekomt aan degene die niet het wettelijk gezag heeft, het verzorgingsrecht eveneens aspecten van het gezag omvat, namelijk beslissingen met betrekking tot reizen, onderwijs en financiën van het kind (artikel 67 CSP).¹⁴

Het belang van het kind is het doorslaggevende criterium bij de beslissing wie het verzorgingsrecht krijgt na echtscheiding (artikel 67 CSP); de traditionele opsomming van bloedverwanten (moeder, moeders moeder, vader, enzovoort) is in 1966 afgeschaft.¹⁵ Bij hertrouwen van de moeder krijgt de vader het verzorgingsrecht, mits hij er binnen een jaar na hertrouwen om vraagt en behoudens bijzondere omstandigheden (artikel 58 CSP).¹⁶

‘Het belang van het kind’ als criterium bij toekenning van het verzorgingsrecht is vaag en laat veel ruimte aan de rechter. De bepaling wordt in de praktijk zodanig

12 Zie bijvoorbeeld Rechtbank Mannouba 2 december 2003, 16189/53. Volgens deze rechtbank kan de afstammingsband buiten huwelijk worden vastgesteld op grond van artikel 68 CSP.

13 Wet 81-7 d.d. 18 februari 1981.

14 Wet 93-74 d.d. 12 juli 1993.

15 Dit is niet eenduidig in het voordeel van moeders: het toekennen van het verzorgingsrecht aan moeders moeder bij hertrouwen, bood de moeder immers de gelegenheid haar kind dagelijks te bezoeken of zelfs met het kind in één huis te wonen.

16 De wet noemt als uitzonderingen voor verlies van het verzorgingsrecht: het belang van het kind, het feit dat de nieuwe echtgenoot in een verboden graad staat tot het kind of gezag heeft over het kind, het feit dat de moeder het kind nog voedt of indien de moeder tegelijkertijd verzorgingsrecht en gezag over het kind heeft.

geïnterpreteerd dat het verzorgingsrecht aan de moeder toekomt, behoudens uitzonderingen. Ik zal twee van die uitzonderingen bespreken: de ene betreft echtscheiding met internationale aspecten, de andere betreft echtscheidingen met een moreel aspect. Beide uitzonderingen zijn overigens niet bij wet geregeld maar berusten uitsluitend op de rechtspraak.

2.1 Goede zeden

In het Tunesische echtscheidingsrecht kunnen beide echtgenoten echtscheiding vragen op grond van wederzijds goedvinden (*b-ittaradi*), zonder enige grond (*insha'an*) of op grond van schade (*darar*) (artikel 31 CSP). Het echtscheidingrecht is in Tunesië dus (in beginsel) sekseneutraal. Bij echtscheiding op grond van schade, moet de klager de schade bewijzen, hetgeen niet eenvoudig is. Toch wordt dit dikwijls geprobeerd, met name om financiële redenen.

De financiële gevolgen van echtscheiding verschillen per echtscheidingsvorm. Bij echtscheiding met wederzijds goedvinden maken de echtelieden in beginsel geen aanspraak op enigerlei financiële vergoeding. Bij echtscheiding zonder grond zijn de gevolgen voor mannen en vrouwen verschillend. Indien de man echtscheiding zonder grond vraagt, moet hij een compensatie (*ta'widh*) betalen aan de vrouw, zowel een som ineens (immateriële schade), als een som in termijnen (materiële schade) (artikel 31 CSP). Die laatste vorm lijkt op alimentatie na echtscheiding, een figuur die in andere moslimlanden zeldzaam is. Indien de vrouw echtscheiding verzoekt zonder grond, moet zij eveneens compensatie betalen voor materiële en immateriële schade, maar de man heeft geen recht op een periodieke uitkering. De vrouw verliest in dit geval haar recht op periodieke compensatie/alimentatie, behoudens de alimentatie (*nafaqa*) tijdens de wachtperiode (de *'idda*, de eerste drie maanden na de echtscheiding). Indien de vrouw het verzorgingsrecht krijgt over de kinderen, betaalt de man haar kinderalimentatie en krijgt zij het recht om in de echtelijke woning te blijven, waar de man eveneens voor betaalt.

Bij echtscheiding op grond van schade heeft degene die de schade bewijst recht op schadevergoeding. Dit betekent dat het zowel voor de man als voor de vrouw gunstiger is om echtscheiding op grond van schade te vragen (in dat geval heeft hij of zij recht op schadevergoeding), dan om te scheiden zonder grond (dan moet hij of zij schadevergoeding betalen). Hoewel in de wet niet wordt gespecificeerd waar de schade uit kan bestaan, blijkt uit de rechtspraak dat de vier voornaamste gronden zijn: huiselijk geweld (*'unf*, meestal op verzoek van de vrouw), niet-betalen van onderhoud (*ihmal*, alleen op verzoek van de vrouw), weigering om samen te wonen (*nushuz*, alleen op verzoek van de man), en overspel (*zina*, op verzoek van man of vrouw).

In geval van echtscheiding op grond van schade spelen echter nog andere belangen mee dan alleen financiële belangen: bij toewijzing van echtscheiding op grond van huiselijk geweld, verwaarlozing en overspel zal het verzorgingsrecht niet worden toegewezen aan degene die schuldig is aan deze omstandigheid. Bij huiselijk geweld en verwaarlozing (*ihmal*) zal dat in wezen niet veel uitmaken, omdat het hier gaat om gedrag van de man, en rechters in de regel het verzorgingsrecht toekennen aan de vrouw. Maar bij overspel kunnen de gevolgen vergaand zijn. Volgens de familierechters aan de Rechtbank Tunis is het niet coherent om in een zaak enerzijds het

verzoek om echtscheiding op grond van schade wegens zina toe te wijzen en vervolgens het verzorgingsrecht toe te kennen aan de ‘overspelige’ partij, want: ‘deze kan immers niet geacht worden in staat te zijn de kinderen goede zeden bij te brengen’.

De vergaande gevolgen van echtscheiding op grond van overspel van de vrouw worden verzaamd doordat ‘overspel’ extensief wordt geïnterpreteerd.¹⁷ In beginsel eist de familierechter een strafrechtelijke veroordeling voor zina ten bewijze van het overspel (artikel 236 CP: vijf jaar gevangenisstraf). Maar omdat de strafrechter veelal getuigen eist van de seksuele daad, is het moeilijk om een strafrechtelijke veroordeling te bemachtigen. De familierechter komt de klagende partij tegemoet door een *hila* (truc) toe te passen.¹⁸ De *hila* bestaat erin dat de familierechter eveneens een verzoek om echtscheiding op grond van overspel toewijst indien de echtgeno(o)t(e) is vrijgesproken van zina. In dat geval gaat het om een echtscheiding op grond van *khiana* (disloyaliteit, met een seksueel aspect) in plaats van zina. Maar de ruime interpretatie gaat nog verder. De familierechter verstaat onder *khiana* namelijk niet alleen overspel in de strikte zin van het woord (zonder strafrechtelijke veroordeling), maar elke buitenechtelijke situatie die niet seksueel is, maar ‘grensoverschrijdend’.¹⁹ En met name het gedrag van vrouwen tegenover andere mannen dan haar echtgenoot, wordt gauw als *khiana* in de zin van ‘grensoverschrijdend gedrag’ bestempeld. In een van de zaken die mij ter ore kwam (Rechtbank Sfax) ging het om een vrouw die een kop koffie dronk in gezelschap van haar nicht en dier buurman in een café. Getuigen hebben verklaard dat de vrouw ook ná het vertrek van haar nicht bleef zitten, waarop de rechtbank echtscheiding op grond van schade toevees.

Een zaak waarin de *khiana* gevolgen had voor het verzorgingsrecht, speelde dit voorjaar. Het betrof een echtscheidingszaak van een stel met een tweeling van acht en een dochter uit het eerste huwelijk van de vrouw. Nadat de vrouw haar verzoek om echtscheiding zonder reden had ingediend, heeft de man haar laptop gevonden met daarin een msn-conversatie tussen de vrouw en een jeugdvriend. Daar deze conversatie seksueel getint was, heeft de man aangifte van overspel gedaan bij de politie. Uiteindelijk is de vrouw vrijgesproken door de strafrechter, omdat men niet kon bewijzen dat zij seksueel contact heeft gehad met de man (naar haar zeggen is de man woonachtig in Frankrijk en hebben zij elkaar dertig jaar geleden voor het laatst gezien). Hierop heeft de man een echtscheidingsverzoek op grond van

-
- 17 In dit opzicht wijkt de toepassing van echtscheiding op grond van overspel af van echtscheiding op grond van huiselijk geweld: een vrouw kan alléén echtscheiding krijgen op grond van geweld indien de man strafrechtelijk is veroordeeld voor dat geweld. Dat betekent dat de vrouw aangifte moet doen bij de politie, dat de politie de man moet vervolgen, en dat de man door de strafrechter wordt veroordeeld tot gevangenisstraf. Deze procedure kent de nodige obstakels, zoals de terughoudendheid van vrouwen om te zorgen dat hun man de gevangenis in gaat (zowel uit persoonlijke overwegingen als in verband met de familie), en de procedurele obstakels zoals onwelwillendheid van de politie en corruptie. Om deze redenen zullen veel vrouwen noodgedwongen echtscheiding zonder grond verzoeken, met alle nadelige financiële gevolgen van dien.
- 18 Zina is derhalve moeilijker te bewijzen dan ‘unf, omdat de strafrechter in geval van huiselijk geweld genoeg neemt met een medische verklaring en een proces-verbaal van de politie, waarin een beschrijving van de blessures staat beschreven.
- 19 Overigens werd in 95 procent van de vonnissen die ik heb gezien, waarin echtscheiding op grond van zina/*khiana* werd toegewezen, het verzoek ingediend door de man. De enige vonnissen waarin het verzoek werd ingediend door de vrouw, gingen om het werkelijk samenleven van de man met een minnares en zijn kinderen bij haar.

schade wegens *khiana* ingediend bij de familierechter, hetgeen is afgewezen omdat de vrouw haar verzoek om echtscheiding eerder had ingediend. Maar, zo vertelde de familierechter, 'de situatie heeft niettemin gevolgen voor de vrouw met betrekking tot het verzorgingsrecht, vanwege de goede zeden'. Uiteindelijk is het verzorgingsrecht overigens wel aan de moeder toegekend, omdat was gebleken dat de vader de verzorging van de kinderen aan de *nanny* zou overlaten. Op dit moment loopt er een procedure bij het Hof, omdat de man incidenteel hoger beroep heeft ingesteld tegen de toekenning van het verzorgingsrecht aan de vrouw.²⁰

2.2 Internationale echtscheidingszaken

Een zaak waar ik enige tijd geleden getuige van was, betrof de verzorging van een dertienjarig meisje, Fathiyya, uit Frankrijk.²¹ De omstandigheden waren als volgt. De ouders, een Française en een Tunesiër met de dubbele nationaliteit, zijn in Frankrijk getrouwd, alwaar het kind is geboren en waar het gezin altijd heeft gewoond. Enige jaren geleden is de echtscheiding uitgesproken in Frankrijk, met toepassing van Frans recht, waarbij het gezag aan de moeder is toegekend. Wat naar Frans (en Nederlands) recht 'gezag' heet, omvat zowel *hadana* als *wilaya*, in de zin dat degene met het ouderlijk gezag het kind verzorgt en beslissingen over het kind neemt, behoudens het recht op omgang, informatie en consultatie van de andere ouder. In Tunesië wordt het ouderlijk gezag als *hadana* gekwalificeerd, omdat beide rechtsfiguren betrekking hebben op de vraag bij welke ouder het kind woont.

Vorig jaar zomer ging het kind met de vader met vakantie naar Tunesië. Toen de vakantie ten einde liep, vertrok de vader, het kind zonder paspoort achterlatend bij haar grootmoeder in Zarzis, een klein stadje in de buurt van Djerba. Hierop verzocht de moeder een exequatur van het Franse vonnis om het kind mee te kunnen nemen naar Frankrijk. Dit verzoek is afgewezen in eerste aanleg en hoger beroep (Rechtbank en Hof Mednin). Vervolgens heeft de vader in kort geding een uitreisverbod bemachtigd bij de president van de Rechtbank Tunis. Daarop is de moeder nadat het kind vijf maanden in Zarzis had gewoond, naar Tunesië gekomen, en heeft een huis voor hen samen gehuurd in Carthago. Het meisje heeft naar eigen zeggen haar vader één keer gezien sinds ze in Tunesië woont, en volgens de moeder verblijft de vader nog altijd in Frankrijk. De procedure waarvan ik getuige was, betrof een spoedzitting van de kinderrechter, die werd verzocht om vernietiging van het uitreisverbod. De kinderrechter kon het verzoek niet toewijzen omdat een beschikking van de president van de rechtbank niet vernietigd kan worden in een spoedzitting, dit kan alleen in een bodemprocedure.²² Er loopt nog een procedure bij het Hof van Cassatie met betrekking tot de exequaturprocedure.

De vraag die rijst, is: waarom heeft de Tunesische rechter geen exequatur verleend aan het Franse echtscheidingsvonnis? Hoewel ik niet over de uitspraken in deze kwestie beschik, heb ik wel enig idee door de vonnissen in andere, vergelijkbare zaken, en door de uitgebreide Tunesische juridische literatuur over dit onderwerp.

20 Rechtbank Tunis, februari/maart 2009, 65920.

21 12 augustus 2009.

22 Artikel 208 *Code de procédure civile et commerciale*.

Deze zaak staat namelijk niet op zichzelf. Door het grote aantal gemengde huwelijken kent de Tunesische jurisprudentie veel IPR-zaken over *hadana*.

In het merendeel van de zaken zijn de omstandigheden als volgt. Het echtpaar bestaat uit een Tunesische man en een Europese, meestal Franse, vrouw, en is woonachtig in Europa. We nemen het voorbeeld van een Tunesisch-Frans stel. De echtscheiding wordt uitgesproken door de Franse rechter, met toepassing van Frans recht. De rechter kent het gezag toe aan de vrouw, op grond van het belang van het kind, hetgeen in het Franse recht (evenals in het Tunesische recht) de doorslaggevende factor is bij de toekenning van het gezag. Bij uitoefening van zijn omgangsrecht neemt de man het kind mee naar Tunesië. Hierop vraagt de vrouw terugkeer van het kind op grond van het Franse echtscheidingsvonnis. Tunesië is geen partij bij internationale kinderontvoeringsverdragen,²³ maar heeft wel een bilateraal verdrag gesloten met Frankrijk.²⁴ In tegenstelling tot wat dit verdrag in de oorspronkelijke, Franstalige tekst voorschrijft (een eenvoudige procedure voor de erkenning en tenuitvoerlegging van Franse gezagsvonnissen), is in de praktijk een exequaturprocedure vereist.²⁵ In het algemeen weigert de Tunesische rechter een exequatur te verlenen op grond van de openbareorde-exceptie (artikel 11 DIP).²⁶ Vervolgens past de rechter de *lex fori* toe. De conflictenwet bepaalt in artikel 36 dat de openbareorde-exceptie niet mag worden toegepast tenzij het buitenlandse recht (of de buitenlandse beslissing) in strijd is met 'fundamentele keuzes van het Tunesische rechtssysteem'. Hoewel het Tunesische familierecht eveneens bepaalt dat de toekenning van het gezag wordt toegekend op basis van het belang van het kind (artikel 67 lid 3 CSP), wordt 'het belang van het kind' door de Tunesische rechter anders gekwalificeerd: waar de Franse rechter het in het belang van het kind acht om in Frankrijk te blijven en op te groeien bij de moeder, is de Tunesische rechter van mening dat een kind dat de Tunesische nationaliteit heeft, in Tunesië dient op te groeien. De Tunesische rechter argumenteert als volgt. Het kind uit een gemengd huwelijk met een dubbele nationaliteit heeft eveneens een dubbele identiteit, en het is niet in het belang van het kind als het de Tunesische identiteit verliest. Het kind zal deze identiteit, een 'Arabisch-islamitische identiteit', verliezen indien het opgroeit in een Europees land bij een moeder die noch Arabisch noch moslim is.²⁷ Derhalve meent de Tunesische rechter dat het buitenlandse vonnis in strijd is met de Tunesische openbare orde, aangezien het buitenlandse vonnis naar Tunesische maatstaven niet het belang van het kind dient. Maar uit de motivering kan men afleiden dat de Tunesische rechter niet inhoudelijk ingaat op het belang van het kind; wanneer het kind de Tunesische

23 Verdrag inzake de burgerrechtelijke aspecten van internationale kinderontvoering (het Haags Kinderontvoeringsverdrag, Den Haag 25 oktober 1980) en het Verdrag inzake erkenning en tenuitvoerlegging van beslissingen inzake voogdij over kinderen en inzake herstel van voogdij (Luxemburg 20 mei 1980).

24 Verdrag van 28 juni 1972, nr. 13379. De exequaturprocedure is geregeld in Titel II.

25 I. Chalfaoui, *La garde des enfants, issus de mariages mixtes, en cas de divorce*, proefschrift Université de Tunis II, 1994/1995. Dit is bepaald door de commissie die is ingesteld bij het verdrag (p. 122).

26 *Code du Droit International Privé*, wet 98-97 van 27 november 1999.

27 Zie bijvoorbeeld Hof van Cassatie 3 juni 1982, 7422, in: *Nashriat mahkamat al-ta'qib* deel 3, Tunis 1983, p. 143-144 en Hof van Cassatie 19 oktober 1985, 14220, in: *Nashriat mahkamat al-ta'qib*, Tunis 1986, p. 61-63, en Hof van Cassatie 4 januari 1999, 69523, in: *Revue de jurisprudence et de législation*, januari 2002.

nationaliteit heeft, wordt automatisch de *hadana* toegekend aan de ouder die in Tunesië woont, zonder na te gaan of deze ouder (beter) in staat is om voor het kind te zorgen.²⁸

Overigens moet opgemerkt worden dat deze praktijk niet alleen de Tunesische jurisprudentie kenmerkt: rechters over de hele wereld kennen het gezag toe aan de ouder die woonachtig is in het land van de rechter die de zaak behandelt. Bovendien lijkt deze praktijk in Tunesië op zijn retour: de tendens is doorbroken met een beslissing uit 2001, waar het ging om een Belgisch gezagsvonnis.²⁹ De Tunesische echtgenoot betoogde, in de lijn van de argumentatie van het Hof van Cassatie, dat het in het belang van het kind was om in Tunesië te wonen, 'aangezien het kind Tunesisch is en moslim'. Het Hof van Cassatie besloot dat 'het buitenlandse vonnis niet in strijd is met de Tunesische openbare orde, omdat uitsluitend het belang van het kind in acht moet worden genomen'. Het lijkt erop dat meer en meer rechters deze mening aanhangen en inhoudelijk ingaan op het belang van het kind.³⁰

3 Conclusie

Het Tunesische familierecht toont op verscheidene gebieden een bekommerdheid om de belangen van kinderen. De wet van 1998 erkent de rechten van buiten huwelijk geboren kinderen, en bij de toedeling van het verzorgingsrecht is het belang van het kind de doorslaggevende factor. Maar de desbetreffende regels zijn vaag en laten ruimte voor interpretatie. De mate waarin de belangen van kinderen daadwerkelijk behartigd worden, is grotendeels afhankelijk van de rechtspraktijk.

Op basis van jurisprudentie kan geconcludeerd worden dat rechters bij de interpretatie niet altijd het belang van het kind voorop stellen. Immers, in dat geval zou afstamming van buiten huwelijk geboren kinderen mogelijk zijn, en zou bij de toedeling van het verzorgingsrecht uitsluitend het belang van het kind in acht genomen worden. Het lijkt erop dat rechters niet inhoudelijk ingaan op wat het belang van het kind in een concreet geval vereist: vonnissen tonen geen inhoudelijke belangenafweging in de trant van 'dit kind is gebaat bij een juridische vader', dan wel 'in dit geval is het beter om bij de vader/moeder te wonen' in verband met de omstandigheden waarin de ouders verkeren. Rechters beperken zich tot een afweging in *abstracto*: 'als een vrouw overspelig is, dan is het per definitie niet in het belang van het kind om bij haar op te groeien', of: 'als de moeder in het buitenland woont, dan kan het kind per definitie beter in Tunesië blijven'. Bovendien lijken andere belangen een rol te spelen dan alleen die van het kind. Maar wat zijn die andere belangen?

Het lijkt voor de hand liggend dat het hier gaat om religieuze belangen; we hebben immers te maken met een moslimland. We zouden kunnen concluderen dat rechters de islamitische waarden laten opwegen tegen het belang van het kind. Maar het

²⁸ L. Chedli, 'Structure de la règle de conflit et l'intérêt de l'enfant', in: *Revue de jurisprudence et de législation*, januari 2002.

²⁹ Hof van Cassatie 2 maart 2001, 7286-2000, in: *Revue de jurisprudence et de législation*, januari 2002.

³⁰ S. Ben Achour, 'Le code tunisien du statut personnel, 50 ans après', in: *l'Année du Maghreb* 2005-2006, p. 58-59. In dit artikel betoogt Ben Achour dat de praktijk om erkenning aan een buitenlands voogdijvonnis te weigeren, niet langer bestaat. De hier besproken zaak toont dat dit niet het geval is.

verband tussen de vonnissen en het islamitische recht is niet te bewijzen, omdat het islamitische recht in feite een zeer vaag begrip is: er zijn ook interpretaties van de bronnen van de Islam volgens welke de kern van het islamitische recht juist bestaat uit de bescherming van de zwakkere, ofwel de bescherming van het kind.

Wanneer we naar de toepassing van het recht inzake afstamming en gezag kijken, lijkt het of rechters een moraal opleggen aan justitiabelen, of die moraal nu religieus is of cultureel. In het afstammingsrecht gaat het om de moraal dat het krijgen van kinderen buiten een huwelijk verboden is, hetgeen niet is bepaald in de wet. De rechter laat deze moraal zwaarder wegen dan het belang van het kind. In het gezagsrecht betreft het de moraal dat overspelig gedrag verwerpelijk is, waardoor de bestraffing van dit gedrag zwaarder weegt dan het belang van het kind. In internationale echtscheidingszaken is de moraal tweeledig. Ten eerste aanvaarden rechters geen gemengde huwelijken (hetgeen ook blijkt uit de jurisprudentie op andere gebieden, zoals erfrechtelijke aanspraken in gemengde huwelijken), en laten zij deze afkeer zwaarder wegen dan het belang van het kind. Ten tweede achten rechters het belangrijk dat het kind de Tunesische moraal, de Tunesische waarden meekrijgt, hetgeen eveneens zwaarder weegt dan de vraag of het kind in kwestie hier daadwerkelijk baat bij heeft.

De moraal die door rechters wordt opgelegd, zal beïnvloed zijn door zowel religie als cultuur – de scheidslijn is moeilijk te bepalen. Het is in feite een sociale norm, die telkens wordt betwist door justitiabelen, en bevestigd door rechters. Naarmate meer justitiabelen de norm betwisten, zal de norm minder gelding hebben en wordt de moraal minder sterk. Waarschijnlijk zal dan geleidelijk in de toepassing van het afstammings- en gezagsrecht meer rekening worden gehouden met de concrete belangen van het kind, zoals nu reeds op casuïstische wijze in het internationale gezagsrecht gebeurt, alsmede in de toepassing van trucs door rechters in het afstammingsrecht.

Literatuur

S. Ben Achour, 'Le code tunisien du statut personnel, 50 ans après', in: *l'Année du Maghreb* 2005-2006.

S. Ben Achour, 'La construction d'une normativité islamique sur le statut des femmes et la famille', gepresenteerd op *La 655ème conférence de l'université de tous les savoirs*, 10 oktober 2007.

S. Ben Halima, *La filiation paternelle légitime en droit tunisien*, proefschrift Université de Tunis 1976.

M.S. Berger, 'Sharia-a flexible notion', in: *Nederlands Tijdschrift voor Rechtsfilosofie & Rechtstheorie* 2006, vol. 35, nr. 3.

I. Chalfaoui, *La garde des enfants, issus de mariages mixtes, en cas de divorce*, proefschrift Université de Tunis II 1994/1995.

L. Chedli, 'Structure de la règle de conflit et l'intérêt de l'enfant', in: *Revue de jurisprudence et de législation* januari 2002.

A. Mezghani, 'Réflexions sur les relations du code de statut personnel avec le droit musulman', in: *Revue tunisienne de droit* 1975, II, p. 53-81.

A. Mezghani, 'Le droit tunisien reconnaît ses enfants naturels. A propos de la Loi no 98-75 du 28 octobre 1998 relative à l'attribution d'un nom patronymique aux enfants abandonnés ou de filiation inconnue', in: *Mouvements du droit contemporain. Mélanges offerts au Professeur Sassi Ben Halima*, 2005.

R. Peters, *A survey of classical Islamic law*, Amsterdam 2004 (niet gepubliceerd).