

Leila Jordens-Cotran

Inleiding

De aanwezigheid van moslims in Nederland dateert van het eind van de vorige eeuw, toen Indonesische studenten naar Nederland kwamen met het doel wetenschappelijk onderwijs aan de Nederlandse universiteiten te volgen. Dat waren de eerste moslims waarmee de Nederlandse samenleving geconfronteerd werd. In 1932 lieten zij van zich horen doordat zij zich organiseerden in de Indonesische Islamitische Vereniging. Hun eerste belangrijke daad was het stichten van een Islamitische begraafplaats¹. Het aantal moslims bedroeg in de jaren veertig en vijftig ongeveer 1200 zielen. Thans, zestig jaar later, is dit beeld aanzienlijk gewijzigd en telt de Islamitische gemeenschap in Nederland ongeveer 430.000 gelovigen, waardoor de Islam na het Christendom de tweede religie in Nederland is geworden².

De bespreking van de plaats van de Islam in het Nederlandse rechtstelsel is een zeer omvangrijk onderwerp dat veel facetten bevat, zoals de plaats ervan in de staatkundige verhouding tussen kerk en staat, de invloed van de voortschrijdende scheiding tussen kerk en staat op voorzieningen die voor moslims van essentieel belang zijn voor hun godsdienstige beleving, evenals de totstandkoming van wetten die moslims de mogelijkheid moeten bieden om hun godsdienst naar behoren te belijden³. Desalniettemin is een afbakening in het kader van dit symposium

¹ N. Landman, "Van mat tot minaret. De institutionalisering van de Islam in Nederland", VU Uitgeverij, Amsterdam 1992.

² R. Hampsink en J. Roosblad, "Nederland en de Islam", Reeks Recht en Samenleving, KUN, Nijmegen 1992.

³ Over deze onderwerpen wordt steeds meer literatuur gepubliceerd, waaronder de eerder vermelde onderzoeken van N. Landman, van R. Hampsink en J. Roosblad. Zie ook W.A.R. Shadid en P.S. van

nodig. Hierna zal ik mij daarom beperken tot de plaats van de Islam in het Nederlandse internationaal familierecht (IPR), een onderwerp dat behalve in de RIMO bundels zelden in de literatuur terugkomt.

Door deze keuze te maken doet zich een tweede afbakening voor doordat slechts aandacht geschonken kan worden aan die moslimgemeenschappen waarvan het familierecht op de Islam gebaseerd is. Voor de in Nederland woonachtige Turkse moslims is dit niet het geval, gezien het feit dat het Turkse familierecht sinds 1926 gesecculariseerd is en door Atatürk op het Zwitserse recht is gebaseerd. Het Nederlandse IPR kent namelijk geen aanknopng met de religie. Het is voornamelijk door de aanknopng met het recht van de nationaliteit dat aanraking met het Islamitische familierecht plaatsvindt. Dit gebeurt doordat het recht van de nationaliteit naar een intern recht verwijst dat op de Islam is gebaseerd. Veruit de grootste gemeenschap waarvan het familierecht op de Islam is gebaseerd vormt de Marokkaanse gemeenschap met haar 155.700 zielen. Dit houdt in dat het Nederlandse IPR voornamelijk met de Islam, zoals in de Mudawwanah verwoord is, te maken heeft.

Het is de inhoud van de Mudawwanah die bepalend is geworden voor het oordeel dat men zich in Nederland heeft gevormd over wat gemakshalve aangeduid wordt met "het Islamitische familierecht". Uiteraard zijn veel belangrijke elementen van dit recht terug te vinden in verschillende Islamitische familiewetgevingen, zodat deze versimpeling geen recht doet aan de verscheidenheid van interpretaties van de Islamitische bronnen die zich in de verschillende Islamitische landen voordoen.

Aan deze simplificatie doe ik hierna ook mee door mij voornamelijk te beperken tot het antwoord dat het Nederlandse IPR heeft gegeven op enkele Islamitische rechtsinstituten zoals zij in de Mudawwanah zijn geregeld. De rechtsinstituten die aan de orde zullen komen zijn verstoting, gedwongen huwelijken en polygamie en de reactie daarop door het Nederlandse IPR. Enige aandacht zal bovendien aan het eventuele bilaterale verdrag met Marokko inzake conflicten aangaande het IPR besteed worden.

Koningsveld, "Islam in Dutch Society: Current developments and future prospects", Pharos, 1992 en van dezelfde auteurs "Moslims in Nederland. Minderheden en religie in een multiculturele samenleving".

De verstoting

De eenzijdige verstoting door de man die de ontbinding van het huwelijk bewerkstelligt zonder enige controle door de rechter en zonder dat de vrouw daarin gekend wordt, heeft in Nederland op weinig sympathie mogen rekenen in de juridische literatuur. Deze vorm van huwelijksontbinding die in de religieuze bronnen van de Islam terug te vinden is, is in de Mudawwanah na enige zuivering van de door de eeuwen heen ontstane verkeerde gewoonten zoals de driedubbele verstoting in haar meest zuivere vorm gegoten. Hoewel de verstoting volgens de Islamitische overleveringen als de meest gehate toegestane daad in de Islam wordt beschouwd, heeft de Mudawwanah alle bevoegdheid aan de man verleend om op een zeer eenvoudige wijze de huwelijksband te verbreken en gedurende een bepaalde periode deze band te herstellen. De vrouw is niet alleen verstoken van iedere bevoegdheid om invloed op de gebeurtenis uit te oefenen maar zij mist bovendien de bevoegdheid om op een vergelijkbare wijze haar huwelijk te ontbinden.

De confrontatie van het Nederlandse IPR met deze rechtsfiguur heeft in de wetgeving geleid tot het ontstaan van artikel 3 Wet Conflictenrecht Echtscheiding (WCE) waarin de wetgever een expliciet standpunt uitsprekt over de verstoting. Volgens mij is dit artikel het enige in het Nederlandse IPR dat een duidelijk waardeoordeel van de wetgever ten opzichte van een Islamitische rechtsfiguur heeft uitgesproken. De verstoting, een "volstrekt aan onze Nederlandse rechtsorde wezensvreemde wijze van ontbinding van het huwelijk" dat als "een hoogst verwerpelijk onrecht tegenover de Islamitische vrouw"⁴ beschouwd dient te worden kan in Nederland niet erkend worden tenzij aan drie cumulatieve eisen is voldaan. Deze eisen zijn in artikel 3 (WCE) genoemd. Op de belangrijkste van deze eisen, namelijk de uitdrukkelijke of stilzwijgende instemming van de vrouw, zal ik mij hierna concentreren.

Geplaatst in zijn juridische en maatschappelijke context is het begrijpelijk dat de verstoting beschouwd wordt door wetgever, juristen en Hoge Raad als strijdig "met fundamentele beginselen van de Nederlandse rechtsorde"⁵. Herinnerd kan worden aan het ontbreken van iedere gelijkheid tussen man en vrouw, niet alleen in het echtscheidingsrecht maar ook op andere gebieden binnen en buiten het familierecht, zoals de regeling van

het gezag over de kinderen na echtscheiding en na overlijden van de man, aan de persoonlijke betrekkingen tussen echtgenoten tijdens het huwelijk, aan het ontbreken van iedere financiële verzorging van de vrouw in een land waar verstotingen aan de orde van de dag zijn, aan de ongelijkheid in het nationaliteitsrecht, aan de belemmeringen voor de vrouw bij het verkrijgen van een paspoort en daarmee is de lijst nog niet af.

Desondanks leidt een zuivere beschouwing van de rechtsfiguur van de verstoting zelf, in vergelijking met de Nederlandse echtscheiding, tot de conclusie dat de regeling van de echtscheiding in het Nederlandse recht niet ver af ligt van de verstoting, waardoor deze vorm van huwelijksontbinding tot minder kritiek mag leiden. Het gaat namelijk niet om een veroordeling van het hele Marokkaanse rechtssysteem noch om het ontbreken van een verzorgingsstaat in dat land, maar om een objectief oordeel over de verstoting zelf.

In het eerder vermelde arrest van 31 november 1986⁶ verwijst de Hoge Raad naar de MvT op de WCE, waarin de reden voor het gebruik van de exceptie van de openbare orde met betrekking tot de verstoting gerechtvaardigd werd door het ontbreken van medewerking en toezicht van enige autoriteit bij de totstandkoming ervan, evenals het ontbreken van een behoorlijke rechtspleging. De Hoge Raad geeft in zijn arrest expliciet steun aan dit standpunt⁷.

Door een onderscheid te maken tussen de ontbinding van het huwelijk zelf en de gevolgen van deze ontbinding kan de conclusie getrokken worden dat de Nederlandse echtscheidingsprocedure meer en meer vergelijkbaar is met de verstoting. De invloed van de favor divortii op de steeds verdere uitholling van de rol van de rechter in de echtscheidingsprocedure en het gemak waarmee de rechter de ontwrichting van het huwelijk aanneemt, rechtvaardigt de vraag of men met zoveel stelligheid de verstoting mag beschouwen als strijdig met de Nederlandse openbare orde⁸. De rol van de Nederlandse rechter met betrekking tot de ontbin-

⁴ B.J.J. Schwanebeck, "Een aanvechtbare beschikking van de Amsterdamse rechtbank", NJB, 25 oktober 1986, afl. 37.

⁵ HR 31 oktober 1986, NJ 1987, 924.

⁶ HR 31 oktober 1986, NJ 1987, 924.

⁷ MvT bij de WCE, blz 19.

⁸ In gelijke zin J. Bolten, "Verstotingen naar Nederlands recht", *Recht van de Islam* 2, blz 33. Zie ook de door Bolten aangehaalde Pitlo "Het Nederlandse Burgerlijk wetboek deel I, Het personen en familierecht", Arnhem 1979, blz 254. Meer recentelijk ook Th. M.

ding van het huwelijk zelf is in beide rechtssystemen even minimaal. Bovendien is een Nederlandse vrouw evenmin als een Marokkaanse vrouw bij machte om een door haar man gewenste echtscheiding te dwarsbomen. Met andere woorden: de kritiek op het ontbreken van een behoorlijke procedure en op het ontbreken van invloed van de vrouw op de gang van zaken bij de huwelijksontbinding door verstoting getuigt van enige pretentie bij de Nederlandse rechter en wetgever.

Na een onderscheid te hebben gemaakt tussen de huwelijksontbinding en de regeling van de gevolgen van deze ontbinding valt op te merken dat de controle van de Nederlandse rechter primair gericht is op de regeling van de voorlopige voorzieningen en de gevolgen van het huwelijk, waarbij valt te denken aan de echtelijke woning, het gezag over de kinderen en de onderhoudsverplichtingen. In de praktijk blijkt dat -terwijl het echtscheidingsvonnis vaak bij verstek uitgesproken wordt- meestal beide partijen aanwezig zijn bij de procedure die betrekking heeft op de gevolgen van het huwelijk. Met betrekking tot de voorlopige voorzieningen en de gevolgen van de echtscheiding is de rechterlijke tussenkomst "een waarborg" "voor een eerlijke afweging van alle betrokken belangen"⁹.

In het Marokkaanse recht dient geconstateerd te worden dat met betrekking tot dit deel van de huwelijksontbinding een groot verschil bestaat tussen de formele of theoretische mogelijkheden voor rechterlijke controle en de praktijk.

Artikel 179 van de Marokkaanse Code de Procedure Civile stelt uitdrukkelijk vast dat deel 3 van de Code van overeenkomstige toepassing is op procedures aangaande de burgerlijke staat waaronder het familierecht valt. Artikel 36 en verder geven een uitgebreide regeling van onder andere de oproeping van partijen en de termijnen van oproeping afhankelijk van de woonplaats van partijen in binnen- en buitenland. De rechter dient op grond van artikel 179 de voorlopige voorzieningen en de definitieve gevolgen van de verstoting ambtshalve te regelen tijdens de homologatieprocedure. De partij die zich benadeeld acht door deze rechterlijke beslissing kan daartegen hoger beroep instellen. Artikel 180

de Boer, "Internationaal Privaatrecht: verstoting in Nederland"; AA 37 (1988) 3.

⁹ Th. M. de Boer relativeert in haar artikel de rol van de rechter "omdat de lijdelijkheid van de burgerlijke rechter meebrengt dat hij gebonden is aan het petitum en niet meer zal toewijzen dan gevorderd is", blz 190.

bepaalt uitdrukkelijk dat beide partijen persoonlijk of vertegenwoordigd door een gemachtigde aanwezig dienen te zijn op de eerste zitting in hoger beroep. Voordat deze procedure begint dient de rechter een poging te doen om een minnelijke schikking tussen partijen te bereiken. De rechter brengt gedurende deze homologatieprocedure de geldigheid van de verstoting niet ter sprake maar regelt de gevolgen ervan¹⁰. Reden voor Mounir om op te merken dat de verstoting "n'est administrative que dans sa phase préliminaire, au moment de sa déclaration par le mari et sa réception par les oudouls, pendant qu'elle reste judiciaire dans son homologation par le juge"¹¹.

Een vergelijking tussen de verstoting en de echtscheiding naar Marokkaans recht dient zich daarom te concentreren op de rol die aan de Marokkaanse rechter toebedeeld is bij de regeling van deze gevolgen van de huwelijksontbinding en niet op zijn rol en invloed op de ontbinding zelf. Dit onderscheid tussen beide momenten van de huwelijksontbinding leidt tot een meer objectief oordeel over de verstoting en tot de vraag of de vereiste van instemming van de vrouw op grond van artikel 3 WCE met betrekking tot de Marokkaanse verstotingen gerechtvaardigd is.

Probleem bij de standpuntvorming over deze kwestie is het grote verschil dat bestaat tussen theorie en praktijk in Marokko. Zelfs in de grote steden wordt de verstoten vrouw eerst na de homologatie geconfronteerd met de beslissing van de rechter en zij kan daarom geen invloed op deze beslissing uitoefenen. Van de mogelijkheid om in hoger beroep te gaan tegen deze beslissing wordt bovendien zelden gebruik gemaakt. Dit wordt veroorzaakt door behoudende tradities aangaande de rol en de plaats van de vrouw in de maatschappij die ertoe leiden dat de rechter zich niet aan de wettelijke bepalingen houdt, terwijl de vrouw om allerlei redenen geen

¹⁰ G. Rommel, "De verstoting in het Belgische recht", Rechtskundig Weekblad 46 (1983), 20 en L. Jordens-Cotran, "De erkenning van Islamitische huwelijksontbinding in Nederland", doctoraalscriptie, Groningen 1986. Gezien de naar het schijnt afwezige rol van de rechter bij de beoordeling van de verstoting zelf is de vraag gerechtvaardigd of gesproken kan worden over "homologatie" van de verstotingsacte. Deze term veronderstelt in het Nederlandse recht het uitoefenen van controle zoals dit het geval is in de homologatie van een faillissementsacte. Met Rommel ben ik van mening dat er hier sprake is van "authenticering" van een eenzijdige verklaring.

¹¹ Mounir Omar "Contribution à une meilleure compréhension de la répudiation", blz 223.

hoger beroep instelt indien zij zich niet kan verenigen met de rechterlijke beslissing tijdens de homologatieprocedure. In eerdere artikelen ben ik reeds ingegaan op de vraag of de Nederlandse wetgever in zijn beoordeling van het vreemde recht uit moet gaan van de wettelijke bepalingen, van de praktijk of van een combinatie van beide. De ogen volledig sluiten voor een van beide factoren kan leiden tot een verkeerde inschatting van het buitenlandse recht. De wettelijke procedurele regeling aangaande de gevolgen van de verstoting zou gezien de gelijkenis met het Nederlandse echtscheidingsrecht tot de conclusie moeten leiden dat weinig verschil bestaat tussen beide huwelijksontbindingen. De vereiste instemming van de vrouw met de verstoting kan derhalve niet anders dan als een anachronisme beschouwd worden. De verstoting zou in deze gedachtengang gepromoveerd dienen te worden tot de erkenningsregel van artikel 2 lid 2 WCE in plaats van onderworpen te worden aan de erkenningsregel van artikel 3 WCE.

De Marokkaanse rechtspraktijk waarbij de vrouw bijna structureel afwezig is bij de homologatieprocedure zou tot de conclusie moeten leiden dat bij de verstoting geen sprake is van een behoorlijke procedure. Het feit dat de vrouw bij onenigheid met de rechterlijke beslissing in hoger beroep zou kunnen gaan is uiteraard niet bevredigend, gezien de eis van gelijkheid van beide partijen gedurende de procedure. Tijdens de homologatie baseert de rechter zich op niets anders dan op de beweringen van de man bij het regelen van de voorzieningen na echtscheiding. De vrouw wordt simpelweg niet opgeroepen. Vanwege de uitvoering ervan in de praktijk vormt de verstoting vaak voldoende basis om strijdigheid met de Nederlandse openbare aan te nemen, niet zozeer omdat de vrouw geen invloed kan uitoefenen op de huwelijksontbinding zelf maar omdat haar invloed op de gevolgen van deze ontbinding ontbreekt. Moet deze constatering leiden tot het stellen van het vereiste van instemming van de vrouw met de verstoting? Mijns inziens past deze eis niet in het Nederlandse rechtssysteem. Met Taverne¹² ben ik van mening dat de wetgever beter kan inspelen op de ontwikkeling in de Marokkaanse verstotingswetgeving. Taverne stelt voor om de erkenning van deze vorm van huwelijksontbinding afhankelijk te stellen van het verstrekken door de man in Nederland van twee akten, opgemaakt in de aanwezigheid van

¹² M. Taverne, "La dissolution du mariage par volonté unilatérale dans les pays du Maghreb", *Journal des Tribunaux* 1981, nr 5171 en de noot onder Hof Brussel 30 juni 1981, *Journal des Travaux* 1981, 657.

de vrouw: de homologatieacte van de verstoting en de beschikking waarin de rechter de gevolgen van de huwelijksontbinding geregeld heeft.

Ik ben van mening dat het aantal akten niet van belang is. Voldoende is dat uit de stukken blijkt dat de vrouw behoorlijk is opgeroepen voor de homologatieprocedure. Daarmee zou de verstoting voldoen aan de vereiste van formele geldigheid in het land waar de ontbindingshandeling heeft plaats gevonden, *lex loci actus* en artikel 10 AB.

Uiteraard valt te verwachten dat dit voorstel geen gehoor zal vinden bij de Marokkaanse autoriteiten zonder een akkoord over verschillende onderwerpen aangaande het familierecht. In het kader van de discussies over de wenselijkheid van een bilateraal verdrag tussen Nederland en Marokko aangaande conflicten inzake het IPR is ook aan dit onderwerp gedacht.

Behalve de twijfels over de bereidheid van Marokko om strenger op te treden tegen de eigen rechter die in strijd met de wet handelt, bestaat het probleem van de regeling van de alimentatie na echtscheiding op grond van artikel 8 van het Haagse alimentatieverdrag van 2 oktober 1973, Trb. 1974 nr 86.

Dit artikel bepaalt namelijk dat de alimentatieverplichtingen tussen echtgenoten evenals de herziening van beslissingen betreffende deze verplichtingen beheerst worden door het recht dat op de echtscheiding is toegepast. Erkenning van de verstoting zoals hiervoor voorgesteld neemt aan de in Nederland woonachtige Marokkaanse vrouw de mogelijkheid om invloed op de alimentatievoorziening uit te oefenen. Het huidige instemmingsvereiste biedt de vrouw de mogelijkheid om -door te weigeren instemming aan de verstoting te verlenen- een echtscheidingsprocedure bij de Nederlandse rechter aan te vangen, waarbij zij kan vorderen dat Nederlands recht op de procedure toegepast wordt. Slaagt zij in haar vordering dan kan zij recht op alimentatie krijgen.

Zolang Nederland gebonden is aan dit verdrag en zolang onbekend is hoeveel Marokkaanse vrouwen met het oog op deze mogelijkheid instemming met de verstoting weigeren te verlenen is iedere wijziging op dit gebied voorbarig¹³. Tegelijkertijd of zelfs in plaats van het eerder voor-

¹³ Merkwaardig is het standpunt van Th. M. de Boer in het eerder vermelde artikel tegen erkenning van de verstoting, "met name omdat de scheiding van kerk en staat in ons land geen religieus getinte vorm van echtscheiding toestaat". De afkomst van een bepaalde regel lijkt mij niet van belang voor het Nederlandse IPR. Het gaat in dit geval toch om het respect voor bepaalde rechtsbeginselen, ongeacht de afkomst van de regel. De auteur schijnt geen

gestelde kan volstaan worden met de erkenning van de verstoting en het uitbreiden van de mogelijkheden om invloed uit te oefenen op alle gevolgen van de in Marokko tot stand gekomen verstoting.

Twee problemen aangaande het vereiste van instemming van de vrouw met de verstoting dienen als afsluiting van dit onderwerp aan de orde te komen, namelijk het verschil tussen formele wet en praktijk inzake het instemmingsvereiste op grond van artikel 3 WCE sub c en de gevolgen van het niet instemmen van de vrouw voor een naturalisatieverzoek.

Opgemerkt dient te worden dat in de praktijk niet alle gemeenten de instemming van de vrouw eisen voor de registratie en dus de erkenning van de verstoting. In een eerder artikel over dit onderwerp heb ik de resultaten van een klein onderzoek reeds vermeld: de gemeente Amsterdam eist de instemming alleen wanneer de verstoten vrouw Nederlandse is. Met andere woorden de instemming van Marokkaanse vrouwen wordt niet gevraagd, ongeacht het feit of zij in Nederland of in Marokko wonen. De gemeente Rotterdam daarentegen eist de instemming van de vrouw, ongeacht haar nationaliteit. De instemming kan uitdrukkelijk uit een brief, geschreven of ondertekend door de vrouw, blijken of doordat de vrouw hertrouwd is¹⁴. In Leiden wordt instemming vereist op voorwaarde dat de vrouw in Nederland woonachtig is. In andere kleine gemeenten is het beleid in deze zeer verschillend. Het staat buiten kijf dat deze rechtsongelijkheid onaanvaardbaar is en dat een heroverweging van het beleid in deze materie niet achterwege mag blijven.

Een dergelijke verwerping dient voornamelijk te geschieden met het oog op de zelfstandige betekenis die deze instemming heeft verkregen bij het ontvankelijk verklaren van een naturalisatieverzoek door een Marokkaanse man. Sinds enige tijd worden Marokkaanse mannen die een naturalisatieverzoek indienen geconfronteerd met de eis dat zij eerst de instemming van hun vorige echtgenote met de -soms jaren eerder tot stand gekomen- verstoting moeten aantonen voordat hun naturalisatieaanvraag in behandeling wordt genomen. In één geval was het huwelijk zes jaren eerder ontbonden door verstoting en ingeschreven in de gemeenteregisters van de woonplaats zonder dat de ambtenaar van het bevolkingsregister zich toen bekommerde om de instemming van de vrouw. Het Ministe-

problemen te hebben met een echtscheiding uitgesproken door een religieuze autoriteit, blz 184.

¹⁴ C.S. Post, "Verstotingen na het arrest van de Hoge Raad", HPS 1989, nr 5.

rie van Justitie stelde wel bij een onlangs ingediend naturalisatieverzoek - volstrekt in strijd met het vertrouwensbeginsel- de eis dat de man zes jaar na dato het bewijs van de instemming van de vrouw met de verstoting voor zou leggen.

Kortom, een diepere kennis van de verstoting in het Marokkaanse recht en een objectievere kijk op het eigen recht -wet en praktijk- kan wellicht tot een andere regeling van de erkenning van de verstoting leiden. Dat het probleem niet simpel is blijkt onder andere uit het geconstateerde verschil tussen formele wet en praktijk in Marokko en de mogelijke invloed van een erkenning van de verstoting in Nederland op de alimentatie van de vrouw na echtscheiding.

Islamitische huwelijken

De Marokkaanse Islamitische huwelijksvereisten leiden in de praktijk tot weinig verwickelingen gezien de bevoegdheid van vreemdelingen om bij gemeenschappelijke nationaliteit geldige huwelijken te sluiten op de ambassade of het consulaat. Bovendien kent het Nederlandse IPR een "coulante" houding met betrekking tot de erkenning van deze huwelijken.

Godsdienstig beletsel

Bij gemengde huwelijken, waarbij een van de aanstaande echtgenoten een Nederlander is, herleeft de exclusieve bevoegdheid van de ABS tot de voltrekking van het huwelijk en rijst het probleem van het godsdienstige beletsel voor de moslimvrouw die met een christen -meestal een Nederlander- in het huwelijk wenst te treden¹⁵. Dit verbod op religieus gemengde huwelijken treft slechts moslimvrouwen en wordt meestal omzeild doordat de christelijke aanstaande echtgenoot zich tot de Islam bekeert met het oog op de huwelijksluiting. In andere gevallen wordt een burgerlijk huwelijk voltrokken zonder rekening te houden met het

¹⁵ Er bestaat weinig jurisprudentie over dit onderwerp. Zie toch Ktr Leiden 4 maart 1982, NJ 1983. De kantonrechter doet geen uitspraak over de vraag of het godsdienstige beletsel in strijd is met de Nederlandse openbare orde. Deze vraag wordt omzeild door de domiciliaire wet te laten prevaleren op de nationale Marokkaanse wet gezien de sterke band tussen de vrouw en Nederland. Uitspraak vermeld in S. W. E. Rutten, "Moslims in de Nederlandse rechtspraak", Kampen, 1988.

godsdienstige huwelijksbeletsel voortvloeiend uit de nationale wetgeving van de moslimvrouw. In de enige uitspraak die mij bekend is over deze kwestie omzeilt de kantonrechter de beoordeling van dit huwelijksbeletsel in het licht van de Nederlandse rechtsorde en verklaart dat de nationale - Marokkaanse- wetgeving van de vrouw toepassing mist wegens het ontbreken van een band met Marokko, haar land van herkomst. Het door de vrouw aangevoerde argument dat dit beletsel toepassing mist wegens strijd met de Nederlandse openbare rechtsorde, blijft onbesproken. Jammer, de theorie van het "buitengrenscriterium" van de openbare orde zou in dit geval recente jurisprudentie opgeleverd kunnen hebben. De toepassing van dit criterium leidt ertoe dat een buitenlandse regel vanwege de inhoud ervan buiten toepassing blijft omdat daarmee "buiten het kader van wat naar Nederlandsche opvattingen ook de wetgever hier te lande zou kunnen en mogen doen"¹⁶ getreden wordt. De rechter huiverde waarschijnlijk voor een negatieve uitspraak aangaande een zeer algemene regel in de moderne Islamitische wetgevingen die niet alleen indruist tegen Nederlandse rechtsbeginselen maar ook tegen het volkenrecht¹⁷. Sinds het inwerking treden van de Wet Conflictenrecht Huwelijken (WCH) is deze kwestie niet meer aan de orde gezien het feit dat slechts voldaan dient te worden aan de materiële vereisten van het interne recht van de staat waar het huwelijk wordt voltrokken, artikel 3 WCH.

Met betrekking tot de erkenning van Marokkaanse huwelijken dienen twee onderwerpen aan de orde te komen, namelijk gedwongen huwelijken en polygamie.

Gedwongen huwelijken

Hoewel het verschijnsel van gedwongen huwelijken niet aan de Islam gekoppeld mag worden en meer gezien dient te worden als een verschijnsel binnen traditionele samenlevingen, ben ik van mening dat het onder-

¹⁶ L. Strikwerda "Inleiding tot het Nederlandse Internationaal Privaatrecht", Wolters-Noordhoff 1990, blz. 74, waarin verwezen wordt naar het arrest van de Hoge Raad 28 april 1939, NJ 1939 (Rotterdam).

¹⁷ Huwelijksbeletsel van godsdienstige aard waren de enige beletselen die in het Huwelijksverdrag van 1902, S. 1904 nr 121, die een beroep op de exceptie van de openbare orde toelieten.

werp in deze context aangesneden dient te worden. In de Marokkaanse wetgeving is de toestemming van beide partijen een essentieel geldigheidsvereiste voor het huwelijk, artikel 5 Mudawwanah. Daarmee is een einde gemaakt - tenminste in de formele wetgeving- aan de "Jabr" of het gedwongen huwelijk van het meisje.

Zeer merkwaardig is de toelating in artikel 12 lid 4 Mudawwanah van gedwongen huwelijken waarbij de toestemming van het meisje mag ontbreken indien vader en rechter van mening zijn dat het huwelijk de manier is om het meisje van "zedelijk verval" te redden. In de praktijk blijkt dat dit artikel in sommige gevallen een grond levert niet alleen voor huwelijken zonder toestemming, maar ook voor kinderhuwelijken waarbij het meisje de leeftijd van 15 jaar niet heeft bereikt. In een samenleving die nog steeds beheerst is door zeer traditionele opvattingen over de plaats van de vrouw in de maatschappij en waar de wetgever wil doen geloven dat met betrekking tot de toestemming voor het huwelijk beide partijen gelijk zijn, is deze bepaling een rampzalige vergissing. Het is namelijk een bevestiging van eeuwenoude gewoonten en tradities die niets met de Islam van doen hebben maar een voortzetting van de onderdrukking van de vrouw vormen. Voor traditionele ouders is dit artikel een bevestiging van de opvatting dat ouders mogen bepalen -voor het meisje alleen- wat goed is voor haar en het recht hebben om haar te beschermen tegen wat zij als zedelijk verval beschouwen door haar te dwingen om met een man naar hun keuze te huwen, met toestemming van de rechter. In de praktijk is het alibi "bescherming tegen de immorele Nederlandse gewoonten" vaak gebezigd om gedwongen huwelijken te rechtvaardigen. Bovendien is het algemeen bekend dat het dwingen van het meisje tot een huwelijk herhaaldelijk plaatsvindt om een mannelijk familielid aan een verblijfsvergunning te helpen. Uiteraard wordt in al deze gevallen aan het belangrijke vereiste van artikel 12 lid 4 dat de rechterlijke toestemming vereist niet voldaan. In de vele huwelijksacten die mij bereiken en waarin sprake is van een gedwongen huwelijk is slechts in een geval melding gemaakt van de toestemming van de rechter voor een huwelijk van een dertienjarig meisje.

Steeds vaker en wellicht wegens de toenemende mondigheid van Marokkaanse meisjes worden de ABS, de vreemdelingendienst, rechtshulpverleners en zelfs de rechter geconfronteerd met klachten van migrantenmeisjes over gedwongen huwelijken. Met hun klacht trachten zij te beletten dat het huwelijk erkend wordt en dat de man toegang tot Nederland krijgt. De vreemdelingendienst toont zich het meest welwillend om naar deze klacht te luisteren en gevolgen daaraan te verbinden. Het ontbreken van de wil tot samenwoning leidt namelijk tot een afwijzing van de

aanvraag van de man om een verblijfsvergunning voor verblijf bij echtgenote in Nederland. De vreemdelingendienst en de tot het huwelijk gedwongen migrantenvrouw vinden elkaar en dat gebeurt niet vaak. De Nederlandse rechter heeft een moeilijker taak. Hij wordt geconfronteerd met een vordering tot niet erkenning van het naar Marokkaans recht geldige huwelijk wegens het ontbreken van de toestemming van het meisje met het huwelijk. Beroep wordt dan gedaan op de exceptie van de Nederlandse openbare orde.

De heersende praktijk met betrekking tot de erkenning van buitenlandse huwelijken is dat erkenning plaats vindt zolang het huwelijk als geldig wordt beschouwd in het land van herkomst. Het ontbreken van een essentieel geldigheidsvereiste die ook in het herkomstland wordt gehanteerd schijnt geen gewicht in de schaal te leggen. Verschillende argumenten spelen bij deze stellingname een rol. Ten eerste speelt een rol het respect dat toekomt aan in het buitenland ontstane rechtsverhoudingen. Ten tweede speelt een rol de wens om hinkende rechtsverhoudingen te voorkomen. Een van de belangrijkste doelen van het IPR is namelijk het ordenend optreden in internationale conflicten en niet het laten zegevieren van de eigen waarden. Ten derde bestaat met betrekking tot erkenningen een eis aangaande de mate waarin een rechtsverhouding of het resultaat daarvan in strijd zijn met Nederlandse rechtsbeginselen. Hierbij dient sprake te zijn van **kennelijke** strijd met de openbare orde. Als laatste belangrijke eis kan verwezen worden naar de mate van betrokkenheid van de Nederlandse rechtsorde bij het ontstane rechtsfeit¹⁸. Al met al geldt de algemene regel dat de openbare orde-exceptie slechts bij hoge uitzondering ingeroepen mag worden tegen de erkenning van een in den vreemde ontstaan rechtsfeit of rechtsverhouding. Daaraan dient toegevoegd te worden dat de rechter een discretionaire bevoegdheid bezit om zelfs bij een geconstateerde strijd met de openbare orde tot een erkenning over te gaan.

¹⁸ Titel 2 aangaande "Het huwelijk" in "Schets van een Algemene Wet Betreffende het Internationaal Privaatrecht", Stafafdeling Wetgeving Privaatrecht Ministerie van Justitie 1992, bepaalt in artikel 21 dat ongeacht de geldigheid van "buiten Nederland gesloten huwelijk erkenning [wordt] onthouden indien deze erkenning kennelijk onverenigbaar zou zijn met de openbare orde". Helaas ontbreekt iedere toelichting over dit "geconsolideerd overzicht van de bestaande en voorgestelde wettelijke bepalingen" waardoor de verschillende vragen met betrekking tot dit artikel onbeantwoord blijven.

Deze algemene regels van het commune internationaal familierecht aangaande de exceptie van de openbare orde zijn onder andere terug te vinden in de memorie van toelichting op de Wet Conflictenrecht Huwelijk die op 1 januari 1990 in werking is getreden. Zich baserend op deze commune IPR regels heeft de Rechtbank Arnhem¹⁹ op 6 juni 1991 geweigerd om de vordering van een Marokkaanse vrouw toe te wijzen om een verklaring voor recht uit te spreken inhoudende een onthouding van de erkenning van haar huwelijk. De vrouw beweerde dat het huwelijk zonder haar toestemming gesloten werd waardoor een beroep op de openbare orde gerechtvaardigd was. Ondanks het feit dat zij kon bewijzen dat zij geslagen en gevangen is gehouden door haar vader, dat de vader wegens laakbare handelingen in verzekering werd gesteld en twee dagen vastgehouden, was de rechter van oordeel dat hij erkenning aan het in Marokko geldig beschouwde huwelijk niet hoefde te onthouden. De motivering van de rechter luidde als volgt: "Het kan juist zijn dat de vrouw door haar vader met geweld is meegevoerd naar Marokko om daar met de man te huwen, doch dit behoeft niet mede te brengen dat het onderhavige in Marokko tussen Marokkanen naar Marokkaans recht rechtsgeldig gesloten huwelijk in strijd is met de Nederlandse openbare orde, zonder welke strijd dit huwelijk volgens Nederlands internationaal privaatrecht in Nederland moet worden erkend". De subsidiaire vordering tot echtscheiding werd wegens ontwrichting van het huwelijk toegewezen. Deze uitspraak is een duidelijk voorbeeld van de houding van wetgever en rechter met betrekking tot de erkenning van buitenlandse huwelijken. De eerder vermelde elementen voor het aannemen van strijd met de Nederlandse openbare orde zijn daarin terug te vinden.

Een en ander geeft aanleiding tot de volgende opmerkingen.

Hoewel de jurisprudentie over dit onderwerp schaars is weet ik uit de praktijk dat het aantal migrantenvrouwen dat te kampen heeft met een gedwongen huwelijk niet gering is. De uitspraak van de Rechtbank Arnhem kan als exemplarisch beschouwd worden voor de algemene houding van de Nederlandse rechter ten opzichte van rechtsverhoudingen die duidelijk in strijd zijn met de Nederlandse openbare orde en waarbij geen Nederlanders betrokken zijn.

¹⁹ Rechtbank Arnhem 6 juni 1991, NIPR 1991 nr 330.

In de literatuur wordt de Nederlandse rechter ervan weerhouden om veelvuldig gebruik te maken van de exceptie van de openbare orde, immers is een "uiterste voorzichtigheid geboden met rechtsvergelijkende waardeoordelen"²⁰. D'Oliveira waarschuwt hem tegen "de imperialistische neiging om de Nederlandse moraal als maat van alle dingen te beschouwen"²¹. Deze opvattingen zijn ongetwijfeld lovenswaardig en het kan uiteraard niet de bedoeling zijn van het IPR om te pas en te onpas buitenlandse bepalingen en reeds tot stand gekomen rechtsverhoudingen terzijde te leggen wegens strijd met Nederlandse waarden. Ik vraag mij echter af of een te grote schroom voor duidelijke en rechtvaardige beslissingen niet uiterst "frustrerend" is voor justiciabellen. Respect voor buitenlandse waarden is uiteraard lovenswaardig maar niet het respect voor rechtsverhoudingen die duidelijk gebaseerd zijn op onderdrukkende tradities en waarbij duidelijk is dat steeds eenzelfde groep in de maatschappij daardoor benadeeld wordt. Heeft de algemene houding niet te maken met wat D'Oliveira als volgt uitdrukte "Hoe verder de zaak van het Nederlandse bed ligt, hoe makkelijker we ons nog eens lekker omdraaien en het wonderlijke vreemde recht zijn gang laten gaan"?

Arabische en migrantenvrouwen in het algemeen hebben in ieder geval geen behoefte aan respect voor bepaalde aspecten van hun "cultuur". Vooral die vrouwen die jarenlang in Nederland gewoond hebben, onderwijs hebben genoten, doordrongen zijn van Nederlandse waarden en rechtsbeginselen, deze vrouwen hebben er behoefte aan om aan een rechtssysteem onderworpen te worden waar dezelfde essentiële rechtsbeginselen gelden voor iedereen. In hun herkomstlanden woedt sinds eeuwen een strijd voor gelijkheid, recht op zelfbeschikking en andere menselijke waarden die geen monopolie zijn voor de westerse beschaving. Deze strijd tegen obscurantistische opvattingen over de rol en rechten van de vrouw in de maatschappij is nog steeds gaande. Als zij eens in Nederland zijn, zijn zij niet gebaat bij het zogenaamde respect voor de verwerpelijke tradities waarvan zij hun maatschappij proberen te zuiveren.

Daarnaast ben ik van mening dat een bepaald aspect van de heersende opvatting aangaande het beroep op de openbare orde geen rekening houdt met de betekenis van migratie in Nederland sinds de jaren zestig.

²⁰ L. Strikwerda, "Naar een gereduceerd conflictenrecht?", oratie Groningen 1986.

²¹ J. d'Oliveira, "Openbare orde en rechtsvergelijking", 't Exempel Dwingt, blz 252.

Het betreft de opvatting dat beroep op de openbare orde beperkt dient te blijven tot gevallen waarbij de Nederlandse rechtsorde betrokken is. Algemeen wordt aangenomen dat deze betrokkenheid groter is wanneer het om de toepassing van een buitenlandse bepaling gaat dan om de erkenning van een in het buitenland tot stand gekomen rechtsverhouding tussen vreemdelingen. Daarnaast wordt de betrokkenheid van de Nederlandse rechtsorde inzake erkenningen aangenomen indien een Nederlandse persoon partij is bij de rechtsverhouding²². Zijn daarbij slechts vreemdelingen betrokken dan ontbreekt deze betrokkenheid met Nederland en is beroep op de openbare orde niet wenselijk²³. Dit blijkt onder andere uit de memorie van toelichting op de huidige wet conflictenrecht huwelijk die hierover zegt "In het geval van de erkenning van een buitenlands gesloten huwelijk gaat het om een rechtsfeit dat zich buiten Nederland heeft afgespeeld. De Nederlandse openbare orde is daarbij minder sterk betrokken, zeker wanneer bij dit huwelijk geen Nederlandse partij is verbonden". De vraag is of deze betrokkenheid slechts aangenomen dient te worden indien betrokkene in het bezit is van de Nederlandse nationaliteit. Dit zou inhouden dat erkenning onthouden kan worden indien een Nederlander in het vizier is zelfs wanneer deze Nederlander weinig banden met Nederland heeft terwijl een moslim migrantenvrouw die haar land van herkomst nauwelijks kent en altijd in Nederland gewoond heeft niet op een rechtvaardige uitspraak van de Nederlandse rechter mag rekenen wegens het niet in het bezit zijn van de Nederlandse nationaliteit. Met andere woorden: mag de sterkte van de band met de woonplaats -Nederland- een rol spelen op vele gebieden van het conflictenrecht terwijl op het gebied van erkenningen het nationaliteitsbeginsel nog steeds overheersend is? Het is de vraag of dit verschil te rechtvaardigen is. Het hoeft nauwelijks betoog dat zeer wel sprake kan zijn van sterke

²² Een voorbeeld van nietigverklaring van het huwelijk met beroep op de Nederlandse openbare orde ter bescherming van een Nederlandse vrouw gehuwd met een moslim Syriër is te vinden in Rechtbank Arnhem 2 oktober 1975, NILR 1980, 229 met commentaar door G.R. de Groot in WPNR 1979, 5482/5483.

Een meer recent voorbeeld van nietigheid van een huwelijk wegens wilsgebrek is dat van een Nederlandse vrouw gehuwd met een Egyptenaar, Rechtbank 's-Gravenhage 10 maart 1987, NIPR 1987, 234.

²³ Zie onder ander J. van Rijn van Alkemade, "Nieuwe regels van conflictenrecht betreffende het huwelijk", FJR 1989-9, blz 220.

betrokkenheid van de Nederlandse rechtsorde die op de woonplaats gebaseerd is en niet op het bezit van de Nederlandse nationaliteit. Het kan de IPR rechter niet ontgaan zijn dat de meeste -althans een groot aantal vreemdelingen- die beroep op hem doen voor het beslechten van hun familierechtelijke conflicten definitief in Nederland gevestigd zijn en meestal geen terugkeer naar het land van herkomst beogen. Met betrekking tot deze vreemdelingen bestaat een minderhedenbeleid dat op integratie gericht is op alle gebieden van de samenleving waaronder onderwijs, arbeid en woning. Indien deze vreemdelingen betrokken zijn bij een procedure kan moeilijk volgehouden worden dat, gezien het feit dat zij geen Nederlanders zijn, de Nederlandse rechtsorde niet betrokken is.

Bovendien dient opgemerkt te worden dat het uitsluiten van een buitenlandse bepaling wegens strijd met de eigen rechtsbeginselen van de rechter evengoed leidt tot een hinkende situatie als het niet erkennen van een in het buitenland tot stand gekomen rechtsverhouding. In beide gevallen is er sprake van het primaat geven aan de lex fori ten koste van het recht van de nationaliteit van betrokken partij.

Marokkaanse en andere vrouwen die in Nederland gevestigd zijn hebben het recht om naar dezelfde maatstaven behandeld te worden als Nederlandse vrouwen. Zij hebben het recht -ongeacht hun nationaliteit- op een rechtvaardige beslissing van de Nederlandse rechter die om verschillende redenen de enige is tot wie zij zich kunnen richten²⁴. De toewijzing van een subsidiair gevorderde echtscheiding is niet bevredigend omdat het geen betrekking heeft op het ontbreken van toestemming voor de huwelijksluiting en omdat geen sprake is van een huwelijk dat ontbonden kan worden.

Een weigering door de rechter om een gedwongen huwelijk te erkennen zou bovendien een preventieve werking kunnen hebben op de praktijk van gedwongen huwelijken, een praktijk waar wij helaas al te vaak mee geconfronteerd worden.

Kortom, met betrekking tot gedwongen huwelijken is het niet vol te houden dat geen gebruik gemaakt mag worden van de exceptie van de openbare orde wegens de niet betrokkenheid van de Nederlandse rechtsorde. De rechtbank Arnhem gebruikt deze motivering niet hoewel het buiten kijf staat dat zijn uitspraak een uitvloeisel is van de heersende

²⁴ Zie over het vertrouwen van Marokkaanse vrouwen in hun rechtstelsysteem L. Jordens-Cotran, "De ontbinding van het Marokkaanse huwelijk", deel III, Migrantenrecht 1992, nr. 3/4.

opvatting in deze materie. In feite kon de rechter -ondanks het feit dat de WCH niet van toepassing was op het aan hem voorgelegde geval, artikel 8 WCH- voldoende aanleiding vinden om erkenning aan het huwelijk te onthouden. Immers op grond van de toelichting kan de conclusie getrokken worden dat de wetgever niet in alle gevallen van strijd met de Nederlandse openbare orde huiverig is om erkenning aan een huwelijk te onthouden. Hij wilde geen concretisering van de gevallen waarin beroep op de openbare orde gerechtvaardigd zou zijn omdat geen "algemene regel" te stellen is op grond waarvan erkenning van een huwelijk achterwege moet blijven. Hij wilde bovendien voorkomen dat erkenning "steeds" onthouden wordt wanneer een buitenlands gesloten huwelijk in strijd is met de Nederlandse openbare orde, "Of daartoe reden aanwezig is zal steeds in elk concreet geval moeten worden bezien" bepaalt de memorie uitdrukkelijk. Dit houdt in dat als een vrouw bewezen heeft dat zij "door haar vader met geweld is meegevoerd naar Marokko om daar met de man te huwen" deze feiten in dit concrete geval voldoende zijn om aan te nemen dat het huwelijk in strijd is met het essentiële vereiste van toestemming van beide partijen en als zodanig kennelijk in strijd is met de Nederlandse openbare orde waardoor erkenning achterwege moet blijven.

Polygamie

Voor evenals na het inwerking treden van de Wet Conflictenrecht Huwelijk (WCH) is het sluiten van een polygaam huwelijk in Nederland niet toegestaan. De monogamie-bepaling van artikel 1:33 BW is een fundamenteel beginsel in het Nederlandse huwelijksrecht dat er onder andere toe leidt dat geen polygame huwelijken in Nederland gesloten kunnen worden door de ABS. Een polygaam huwelijk dat op het Marokkaanse consulaat voltrokken wordt is geldig indien de Marokkaanse diplomatieke vertegenwoordiging bevoegd is om een dergelijk huwelijk te sluiten. Uiteraard geldt deze regel niet wanneer een Nederlander bij dit huwelijk betrokken is.

De WCH biedt met betrekking tot de bevoegdheid tot de huwelijksluiting een alternatief tussen het interne recht van de staat van huwelijksluiting -indien er sprake is van enige verbondenheid met die staat- en het nationale recht van ieder der aanstaande echtgenoten, artikel 2 WCE. In de praktijk betekent deze regel dat de nationale wet van betrokkenen van toepassing zal zijn indien het Nederlandse recht geen mogelijkheid biedt voor de voltrekking van het huwelijk.

De grenzen van de favor matrimonii worden bepaald door de exceptie van de openbare orde die onder andere de sluiting van een polygaam huwelijk in Nederland uitdrukkelijk verbiedt, artikel 3 WCH. Gezien de bevoegdheid om een geldig huwelijk te sluiten op de eigen ambassade of consulaat zou ook een polygaam huwelijk op het Marokkaanse consulaat gesloten kunnen worden en als geldig in Nederland worden beschouwd.

Met betrekking tot de erkenning van polygame huwelijken is in de MvT op de WCH duidelijk gemaakt dat een potentieel polygaam huwelijk niet in strijd is met de Nederlandse openbare orde²⁵.

Polygamie wordt in de wet niet uitdrukkelijk genoemd als grond voor weigering van erkenning van een huwelijk in tegenstelling tot artikel 11 van het Haagse Huwelijksverdrag dat in zijn limitatieve opsomming van gronden waarop erkenning geweigerd kan worden, polygame huwelijken uitdrukkelijk noemt. Artikel 5 lid 1 WCH bepaalt dat huwelijken die in het buitenland geldig gesloten zijn volgens het recht van het land van de huwelijksvoltrekking in Nederland erkend dienen te worden. Deze erkenning kent zijn begrenzing in een algemene verwijzing naar de openbare orde in artikel 6 WCH.

Met betrekking tot het vraagstuk van polygamie brengt de WCH geen wijziging met betrekking tot het commune IPR dat op grond van artikel 8 WCH blijft gelden bij huwelijken gesloten voor het inwerking treden van de wet. De rechter kan weigeren polygame huwelijken te erkennen. In feite worden deze huwelijken erkend om dezelfde redenen die eerder in dit stuk vermeld zijn met betrekking tot gedwongen huwelijken.

De gevolgen van deze erkenning zijn niet op alle gebieden van het recht even consequent noch even eenduidig.

In het vreemdelingenrecht kan een polygame man die zijn vrouw en kinderen in Marokko heeft achtergelaten gezinshereniging in Nederland aanvragen voor een tweede vrouw met wie hij naar Marokkaans recht een geldig huwelijk heeft gesloten. Uiteraard dient hij aan de vereisten van de vreemdelingenwet voor gezinshereniging te voldoen. Toelating is toegestaan voor slechts een vrouw en de kinderen die uit deze vrouw geboren zijn. De keuze tussen beide vrouwen wordt aan de man gelaten. In de sociale zekerheid is weinig of helemaal niet nagedacht over de

²⁵ Rechtbank Arnhem 2 oktober 1975 met noot van Struyken in WPNR 5418, 1978, blz 53 en de Groot in WPNR 5482, 1979, blz 341.

gevolgen van polygamie. De volgende zin van Rutten²⁶ die als enige zich enigszins in dit onderwerp heeft verdiept is veelzeggend: "de sporadisch aangetroffen bepalingen waarin wel rekening werd gehouden met het bestaan van meerdere echtgenotes zijn te vinden in de verdragen, met name waar het de AWW betreft. En zelfs daar zijn ze nog beperkt tot een regeling omtrent het weduwen pensioen". Met verdragen bedoelt zij de op het gebied van de sociale zekerheid gesloten verdragen tussen Nederland en landen zoals Marokko, Tunesie en Turkije. Met betrekking tot polygamie is van belang "het algemeen verdrag inzake Sociale Zekerheid tussen het Koninkrijk der Nederlanden en het Koninkrijk Marokko (Trb. 1972, 34) met bijbehorende Administratief Akkoord (Trb. 1973, 130).

Behalve in de sociale zekerheid bestaat veel onduidelijkheid met betrekking tot de gevolgen van polygamie in het goederen- en erfrecht, gevolgen die in een kort artikel door E. Cohen Hendriquez aan de orde zijn gesteld²⁷. Het beleid met betrekking tot polygamie in het vreemdelingenrecht heeft tot nu toe de meeste aandacht gekregen in de literatuur. Dit beleid dat aan de man de mogelijkheid geeft slechts met een vrouw -de vrouw van zijn keuze- en met haar kinderen in Nederland te verblijven leidde herhaaldelijk tot de kritiek dat het beleid een schending is van het recht op gezinsleven dat onder andere uit artikel 8 Europees Verdrag voor de Rechten van de Mens (EVRM) voortvloeit²⁸. In deze kritieken wordt meestal het recht op gezinsleven van alle kinderen uit het polygame huwelijk met hun vader die in Nederland verblijft verdedigd. Hoewel het recht van de moeder -tweede vrouw- daarin niet aan de orde komt, staat het buiten kijf dat indien eenmaal aan de kinderen toelating toegestaan zal worden deze toelating aan de moeders van deze kinderen niet onthouden kan blijven. Dit zou ertoe leiden dat polygame gezinnen in Nederland toegestaan zullen zijn. Opvallend is dat in de literatuur en

²⁶ S. W.E. Rutten, "Polygamie in de sociale zekerheid", *Nemesis* 1986, 5, blz 217.

²⁷ E. Cohen Hendriquez, "Polygamie in Nederland", *FJR* 1990, 8, blz 170.

²⁸ Zie onder andere R.A. van der Pol, "Het Nederlandse polygamiebeleid en artikel 8 EVRM", *AA* 41, 1992, blz 476; S.W.E. Rutten in noot bij Afd. rechtspraak, 3 juli 1990, *NJCM* 16 mei 1991; en de noot bij Europese Commissie, klacht 12139/86, 5 oktober 1987, *RV* 1987, 93.

behalve de eerder vermelde artikelen van Rutten en Hendriquez volledig gezwegen wordt over de gevolgen van de toelating van polygame gezinnen op verschillende gebieden van het recht. Nog minstens even opvallend is het volstrekt zwijgen over de relatie tussen de toelating van polygamie in Nederland en het rechtsbeginsel van gelijkheid tussen man en vrouw waaraan Nederland grondwettelijk en verdragsrechtelijk gebonden is en de verhouding tussen dit rechtsbeginsel en de in dit geval aan de orde zijnde recht op godsdienst. Aan deze problematiek zal later een ander artikel toegewijd worden.

Hieronder wil ik slechts het standpunt van Arabische vrouwen weergeven die als eersten te maken zullen hebben met een eventuele toelating van polygaam gezinsleven in Nederland.

Hoewel polygamie een steeds beperktere plaats in de moslim maatschappij inneemt zijn polygame huwelijken nog steeds niet verdwenen. Berichten omtrent het bestaan van 400 polygame huwelijken alleen in Amsterdam zijn aanleiding voor zorg voor Arabische vrouwen in Nederland.

Polygamie evenals gedwongen huwelijken behoren zeker in de moderne geschiedenis tot de speerpunten van de vrouwen emancipatie in de moslim wereld. In hun strijd tegen polygamie verwijzen deze vrouwen naar de verschillende mogelijke interpretaties van de Koran-teksten over dit onderwerp, interpretaties die tot verschillende regelingen hebben geleid in de verschillende Islamitische wetgevingen. Marokko behoort in dit opzicht tot de moslim landen die aan de man alle vrijheid hebben gelaten om volstrekt naar eigen goeddunken te beoordelen of hij in staat zal zijn om al zijn vrouwen gelijk te behandelen, een eis die uitdrukkelijk in de Koran gesteld is. In andere landen zoals Syrië, Irak en Somalia is de toestemming van de rechter vereist die de financiële draagkracht van de man beoordeelt en soms de motieven van de polygamie. In Tunesie is polygamie afgeschaft juist omdat de wetgever van oordeel was dat de man niet in staat is meerdere echtgenoten gelijk te behandelen.

Deze verschillende interpretaties bevestigen de vrouwen in hun standpunt dat polygamie één van de uitingen is van de onderdrukking van vrouwen in traditionele maatschappijen. In deze traditionele maatschappijen hebben vrouwen weinig of helemaal geen keuzevrijheid met betrekking tot hun toekomstige echtgenoot, zij zijn niet op de hoogte van de mogelijkheid om in een clause in de huwelijksacte maatregelen tegen polygamie te nemen en als zij van deze mogelijkheid wel op de hoogte zijn, worden zij ervan weerhouden om dat te doen met een beroep op het goede fatsoen, een goed fatsoen dat wel toelaat dat in de huwelijksacte

melding wordt gemaakt van de maagdelijkheid van de vrouw²⁹. Nederlandse juristen die vol goede bedoelingen een positieve rechterlijke uitspraak of een positief beleid aangaande polygamie trachten te bereiken moeten dit rechtsinstituut in zijn juiste context voor Arabische en andere vrouwen proberen te plaatsen. Zij dienen te beseffen dat polygamie geen vorm van relatie betreft die zoals andere relatievormen in Nederland ook mogelijk moet zijn. Aan deze relatievorm ontbreken in ieder geval twee essentiële componenten, de vrijheid van het aangaan van een dergelijke relatie voor beide partners en de belemmeringen voor de vrouw die zich door deze relatie benadeeld acht om een einde eraan te maken. Denk met betrekking tot dit laatste aan de obstakels die Marokkaanse vrouwen ondervinden om hun huwelijk te ontbinden. De mogelijkheid binnen de Islam voor beiden een dergelijke relatie aan te gaan bestaat uiteraard niet. Het introduceren van gelijkheid op andere gebieden van het familierecht zou een grote stap betekenen en zonder twijfel ertoe leiden dat polygamie vanzelf een verwaarloosbaar verschijnsel in de samenleving vormt.

In Nederland dienen moslim meisjes in het algemeen -en Marokkaanse meisjes in het bijzonder- geïnformeerd te worden over de mogelijkheid om huwelijksvoorwaarden in hun huwelijkscontract op te nemen. Eén van deze voorwaarden is de mogelijkheid tot zelfverstoting indien de man een bigaam huwelijk wenst aan te gaan. Daarnaast dient in het vreemdelingenrecht de mogelijkheid voor de man om willekeurig te kiezen voor de ene of andere vrouw afgeschaft te worden. Het huidige beleid is voor vrouwen dubbel vernederend. De vrouw wordt niet alleen geconfronteerd met een tweede huwelijk van haar man maar aan deze man wordt door de Nederlandse overheid de mogelijkheid gegeven om haar naar het land van herkomst terug te sturen ongeacht de rechten die zij met haar kinderen heeft opgebouwd in Nederland.

Ik ben me er van bewust dat het verwezenlijken van een beleid waarbij aan de ene kant de mogelijkheid van polygame gezinnen in Nederland ontbreekt en aan de andere kant de mogelijkheid aan de man ontnomen

²⁹ In E. Rude-Antoine, "Le mariage Maghrebin en France", edition Karthala, 1990, wordt de waarde van de maagdelijkheid van de vrouw aan de orde gesteld. Op bladzijde 33 maakt het boek melding van een "examen medical pré-nuptial obligatoire pour les Tunisiennes, certificat de virginité pour les Algériennes et les Marocaines". Het is mij onbekend of dit ook in Nederland veelvuldig gebeurt. In sommige Marokkaanse huwelijksacten komt melding van de maagdelijkheid wel voor.

wordt om zijn eerste vrouw met haar kinderen naar Marokko terug te sturen zonder haar toestemming problemen oplevert. Dit houdt namelijk in dat de vrouw die in Nederland wenst te blijven erin moet slagen haar huwelijk te ontbinden. Weigert de man zijn vrouw te verstoten dan zou dit ertoe leiden dat de toelating van de tweede vrouw geweigerd dient te worden. Dit kan ondanks alle haken en ogen nog slechts bereikt worden indien de eerste vrouw steeds in Nederland verblijft. Is deze vrouw reeds in Marokko en heeft zij rechten in Nederland opgebouwd dan zou eerst haar instemming met haar verblijf in Marokko moeten blijken, voordat de toelating van de tweede vrouw toegestaan wordt. Zolang dit niet het geval is dient toelating van de tweede vrouw geweigerd te worden. Moeilijke constructies, vooral wanneer bedacht wordt dat het voorstel voor een Wet Conflictenrecht Huwelijksbetrekkingen de nationaliteit als aanknopingspunt bij gemeenschappelijke nationaliteit stelt. Daardoor krijgt de man het recht om de eerste vrouw in Marokko achter te laten. Op grond van artikel 36 Mudawwanah is een van de rechten van de man jegens de vrouw, "de gehoorzaamheid naar billijkheid".

Uit de memorie van toelichting op het voorstel evenals uit het nader voorlopig verslag van de vaste commissie voor justitie blijken twijfels te bestaan over de juistheid van de nationaliteitsaanknopingspunt met betrekking tot de huwelijksbetrekkingen. In de MvT wordt uitdrukkelijk bepaald dat de wet van de nationaliteit ter zijde kan worden gelegd indien deze in strijd is met de Nederlandse openbare orde waaronder de ongelijkheid tussen man en vrouw. Het voorstel is geen wet geworden, toch is het duidelijk dat een nationaliteitsaanknopingspunt tot verschillende problemen zal leiden onder andere op het gebied van een regeling van de polygamie. Het is duidelijk dat de erkenning van polygamie tot veel en bijna onoplosbare problemen kan leiden op alle gebieden van het recht. Het huidige beleid dat aan de ene kant polygamie wel erkent doch geen enkele serieuze poging doet om een gecoördineerd beleid te voeren dat bij deze erkenning past is te betreuren.

Voor Arabische vrouwen in Nederland laat de afwijzing van polygamie geen enkele plaats voor concessies. Het beleid dient in ieder geval van dit gegeven uit te gaan.

De wenselijkheid van een bilateraal verdrag met Marokko

In deze context kan de eventuele totstandkoming van een bilateraal verdrag met Marokko niet onbesproken blijven. De overweging om een bilateraal verdrag met Marokko te sluiten om conflicten aangaande

huwelijk, echtscheiding, onderhoudsverplichtingen, gezag over de kinderen en kindervervoering is uit politieke overwegingen geboren die niets van doen hebben met internationaal familierechtelijke conflicten. De problematiek van niet uitzetbare "documentloze Marokkanen" gekoppeld aan de weigering van Marokko om enige medewerking te verlenen aan de terugname van haar eigen onderdanen zolang sprake is van "un vide juridique" tussen beide landen is op de totstandkoming van de discussie omtrent het bilateraal verdrag van doorslaggevende invloed geweest³⁰. Deze "vide juridique" dient volgens Marokko opgevuld te worden met verdragen die de toepassing van het Marokkaanse familierecht op de eigen onderdanen in Nederland verzekert. Gezien de sterke moslim signatuur van het Marokkaanse familierecht betekent de totstandkoming van een dergelijk verdrag dat het Islamitische recht op abrupte wijze toegang krijgt tot het Nederlandse Internationaal Privaatrecht. Deze toegang is dan niet bepaald door een normale ontwikkeling van het IPR noch door een toenemende acceptatie van het Islamitische recht door Nederland doch vloeit voort uit factoren die dit IPR volstrekt vreemd zijn. Van acceptatie zal geen sprake zijn gezien het feit dat na een eventuele totstandkoming van een bilateraal verdrag zoals door Marokko gewenst het Islamitische recht slechts op de Marokkaanse moslims van toepassing zal zijn. Op andere in Nederland woonachtige moslim gemeenschappen zal het gewone IPR van toepassing blijven³¹.

Dit onderscheid tussen de verschillende moslim gemeenschappen zou dan plaats vinden zonder acht te slaan op een feitelijke verbondenheid met dit recht noch op de wens van betrokkenen om hun familierechtelijke conflicten door dit recht te beslechten. Deze wens is in ieder geval

³⁰ Voor uitgebreide informatie; zie het verslag van de studiedag over "De wenselijkheid van een bilateraal verdrag tussen Marokko en Nederland over conflicten aangaande het Internationaal Familierecht", Nederlands Centrum Buitenlanders, Utrecht 1992.

³¹ Uiteraard zal het aanvaarden -toepassing en erkenning- in het Nederlandse IPR van het Islamitische recht met betrekking tot de Marokkaanse gemeenschap niet zonder effect blijven op de ontwikkelingen van het IPR met betrekking tot alle andere moslims in Nederland. Het zal bijvoorbeeld moeilijk aanvaardbaar zijn om de erkenning van een eenzijdige verstoting van niet Marokkaanse moslims te verbinden aan de toestemming van de vrouw terwijl de eenzijdige Marokkaanse verstoting van dit vereiste verschoond blijft onder invloed van het bilaterale verdrag met Marokko.

volstrekt afwezig bij Marokkaanse vrouwen die niet gebaat zijn bij een verheffing tot regel, in Nederland, van de ongelijkheid tussen man en vrouw³², te ruim aanwezig in de Mudawwanah.

Gelukkig heeft de maatschappelijke kritiek op de mogelijkheid van een bilateraal verdrag met Marokko geleid tot beloftes van regeringszijde om geen relatie tussen de verwijdering van illegale Marokkanen en een IPR verdrag te leggen. Het laatste woord over deze materie is nog steeds niet gezegd.

Nederland zou alvorens een bilateraal verdrag te ondertekenen de openbare orde exceptie tegen Marokkaanse familierechtelijke voorschriften kunnen inzetten. Behalve de vraag naar de bereidheid van Marokko om vele aan het Marokkaanse specifieke bepalingen uitgesloten te zien, kan men zich afvragen wat de waarde is van een verdrag waarbij van meet af aan partijen zoveel argwaan ten opzichte van elkaar hebben. Daarmee wordt in ieder geval een belangrijk doel van het sluiten van ieder IPR verdrag, namelijk een ordening van internationale conflicten en het verminderen van hinkende situaties, niet bereikt.

Conclusie

De aanknopingsfactor nationaliteit werd van oudsher als een factor voor het behoud van de eigen identiteit van minderheden beschouwd. De discussie over de nationaliteitsaanknoping en de woonplaatsaanknoping wordt in kringen van minderheden zelden los gezien van de discussie over de integratie van minderheden in Nederland.

Met Kotting ben ik van mening dat "de nationaliteitsaanknoping moge een bijdrage zijn aan de instandhouding van de culturele identiteit van een minderheidsgroep en daarmee de culturele schok verzachten, maar een oplossing voor culturele conflicten die binnen de groep ontstaan als gevolg van verschillend lopende integratieprocessen is er niet mee te bereiken. Met name de problemen van de tweede generatie en de emancipatie van de vrouw zijn bij de nationaliteitsaanknoping in dubieu-

³² F. Belkasmi, "Het standpunt van Marokkaanse vrouwen" in het eerder vermelde verslag "De wenselijkheid van een bilateraal verdrag tussen Marokko en Nederland over conflicten aangaande het Internationaal Familierecht", NCB, Utrecht 1992, blz 24 en K. Arib en E. Reijmers, "Marokkaanse vrouwen in Nederland", Stichting Burgerschapskunde, Leiden 1992, blz 29.

ze handen³³. Daarbij dient opgemerkt te worden dat culturele conflicten alleen ontstaan wanneer het recht van de nationaliteit te veel verschil met de Nederlandse waarden vertoont. Met betrekking tot sommige wetgevingen van Islamitische landen is het voornaamste probleem de politisering van de Islam in die zin dat archaïsche gewoonten en tradities onder het mom van religieus recht op moslim bevolkingsgroepen opgedrongen wordt. Het is de vraag of moslim minderheden in Nederland en elders in immigratielanden het slachtoffer dienen te zijn van deze politiek.

Het ontstaan van een "Nederlandse Islam" die onafhankelijk is van de politieke doeleinden van de regeringen van de herkomstlanden, gecombineerd met een optimale mogelijkheid tot het belijden van deze Islam binnen het kader van de Nederlandse wet zou vele conflicten op het gebied van het familierecht en op andere gebieden tot een minimum terugbrengen.

³³ R. Kotting, "Etnische minderheden en internationaal familierecht", AA 30, 1981, blz 594-595.