

HOOFDSTUK I

Inleiding

Waarom een onderzoek naar de plaats van de Islam in de Nederlandse rechtspraak?

Gedurende de laatste decennia is sprake geweest van een sterke toename van het aantal moslims binnen de Nederlandse samenleving. Bij de volkstelling op 28 februari 1971 werden in Nederland 53.975 moslims geteld. Volgens schattingen van het CBS was dit aantal moslims aan het begin van 1987 tot circa 359.800 gegroeid (Mndstat. bevolking CBS november 1987). Door geboorteoverschot en immigratie neemt dit getal nog steeds toe. Bij velen onder hen bestond (aanvankelijk) de gedachte dat hun verblijf hier te lande een tijdelijk karakter droeg. Gebleken is echter dat de meeste moslims voor langere tijd of zelfs voorgoed hier blijven. Dit betekent dat zich bevolkingsgroepen in Nederland gevestigd hebben die opgegroeid zijn in een andere cultuur en die in hun land van herkomst onderworpen zijn geweest aan een sterk van het Nederlandse afwijkend rechtssysteem. Sommigen van hen wensen niet zonder meer afstand te doen van de eigen normen en waarden. Zij blijven ook hier te lande daaraan zoveel mogelijk vasthouden. Met hun komst brengen zij de Islam naar Nederland. De wens om deze normen en waarden over te dragen aan volgende generaties – ook wanneer deze hier te lande worden geboren – is geen onbekend verschijnsel.

In Nederland krijgen zij te maken met het in Nederland geldende recht. Juridische problemen ontstaan vooral daar waar in het Nederlands recht geen of niet voldoende rekening gehouden is met de mogelijkheid van botsende rechtsopvattingen welke voortkomen uit verschillende rechtsculturen.

Vaak bestaat bij Nederlandse juristen, die geconfronteerd worden met problemen waarbij islamitische socio-juridische achtergronden een rol spelen, een gebrek aan kennis van die islamitische achtergronden. Dit kan tot gevolg hebben, dat in bepaalde situaties geen of niet voldoende rekening wordt gehouden met deze achtergronden, zelfs niet als dit bij wél voldoende bekendheid wenselijk zou worden geacht en/of wanneer het Nederlands

recht hiervoor in beginsel ruimte laat. Voor deze juristen is het niet alleen van belang beter geïnformeerd te zijn over de achtergronden van moslims in Nederland, teneinde zich een beter beeld van hun problematiek te kunnen vormen, maar ook is voor hen van belang dat zij kennis hebben of kunnen nemen van standpunten die in de Nederlandse wetgeving, rechtspraak, eventueel doctrine worden ingenomen. Door het Ministerie van Justitie/WODC is reeds een onderzoek verricht naar Nederlandse regelgeving waarin mogelijk onderscheid wordt gemaakt tussen allochtonen en autochtonen.¹ Een onderzoek naar de rechtspraak had nog niet plaatsgevonden. De jurist die met voormelde problemen te maken kreeg, en die zich bewust was van het specifiek islamitisch-rechtelijk aspect van het probleem, moest veelal ad hoc nagaan of een vergelijkbaar probleem reeds eerder tot een rechterlijke beslissing had geleid. Beslissingen en eventuele publicaties ten aanzien hiervan worden verspreid gepubliceerd; een overzicht ontbreekt. Met het onderhavige onderzoek is gepoogd gepubliceerde rechterlijke beslissingen waarin moslims een rol spelen en waarbij een verschil kan worden geconstateerd tussen Nederlandse rechtsopvattingen en islamitische rechts-, religie- en/of op het islamitisch recht gebaseerde cultuuropvattingen, op systematische wijze te inventariseren.

Problemen waaraan hierbij gedacht kan worden zijn onder andere de gevallen waarin Nederlandse rechterlijke instanties hun oordeel moeten geven over bepaalde gedragingen van een persoon welke te verklaren zijn vanuit een islamitische socio-juridische achtergrond, bijvoorbeeld een geval waarin een Turkse werknemer niet op zijn werk verschijnt op een dag die als islamitische feestdag geldt, terwijl hem door de werkgever verlof op die dag geweigerd is. De rechter bekijkt hier in hoeverre het werkverzuim, in het bijzonder met het oog op de vrijheid van godsdienstuitoefening, gerechtvaardigd is. Voorts kan gedacht worden aan gevallen die volgens Nederlands internationaal privaatrecht door Nederlandse rechters moeten worden beoordeeld volgens het recht van een islamitische staat; met de toepassing van dat door de Islam geïnspireerde recht hebben rechters soms moeilijkheden vanwege geconstateerde (of slechts vermeende) culturele en religieuze verschillen. Ook denke men aan het al of niet erkennen van naar islamitisch recht geldig verrichte rechtshandelingen.

Buiten het onderzoek blijven gevallen waarin wel moslims betrokken zijn, maar geen sprake is van typisch islamitische socio-juridische achtergronden. De relevante beslissingen zijn naar categorieën gegroepeerd en beschreven.

Verzameling en bewerking van het onderzoeksmateriaal

Als uitgangsjaar voor het onderzoek is 1973 genomen. De keuze hangt sa-

men met een aantal rond dit jaar plaatsgevonden gebeurtenissen en ontwikkelingen, zoals: de grote toename van het aantal in Nederland woonachtige moslims in het begin van de jaren zeventig; de oliecrisis, tevens einde van de werving; het einde van een massale toestroom in het kader van gezinshereniging.

Een praktische reden voor de keuze voor het jaar 1973 hangt samen met de (in april 1985) opgenomen jaargangen in gecomputeriseerde databestanden waarvan bij de selectie van beslissingen gebruik is gemaakt. De verantwoordheid ervan is bevestigd door de onderzoeksresultaten, die een progressie van het aantal procedures sinds het begin der zeventiger jaren laten zien (althans voor zover het gepubliceerde beslissingen betreft).

Aangezien Nederlandse rechterlijke beslissingen tamelijk verspreid worden gepubliceerd, was het zaak om diverse tijdschriften bij het onderzoek te betrekken. Hier diende echter een beperking aangebracht te worden. Bestudeerd zijn die tijdschriften, waarvan verwacht werd dat hierin relevante beslissingen zouden worden aangetroffen. De uitsprakenbundels zijn tot en met jaargang 1986 bestudeerd.

Bij hantering van de bronnen is zoveel mogelijk gebruik gemaakt van de computer. Met behulp van een computer is een eerste selectie van uitspraken uit de volgende tijdschriften gemaakt:

- *Nederlandse Jurisprudentie*: burgerlijke, straf- en onteigeningszaken, uitspraken van het Hof van Justitie van de Europese Gemeenschappen, burgerlijke- en strafzaken betreffende Medisch Tuchtrecht, Benelux Merken Hof, Europees Hof voor de rechten van de mens en Arbitragezaken. Alles vanaf 1973.
- *Praktijkids*: De Praktijkids is gewijd aan Nederlandse rechtspraak in bijzonderheid aan de jurisprudentie van kantongerechten. Uitspraken vanaf 1973.
- *Rechtspraak van de Week*: beslissingen sinds 1976 voor zover deze niet zijn overgenomen door de Nederlandse Jurisprudentie burgerlijke en strafzaken.
- *Kort Geding*: uitspraken vanaf 1981. Alsmede wordt een overzicht gegeven van een selectie van ongepubliceerde uitspraken in kort geding vanaf 1981. De eerste aflevering van het tijdschrift is verschenen op 14 maart 1981.
- *Administratiefrechtelijke Beslissingen*: uitspraken vanaf 1977. Koninklijke Besluiten, uitspraken van (de voorzitter van) de Afdeling Rechtspraak van de Raad van State, uitspraken van de Afdeling Geschillen van Bestuur van de Raad van State en van de Raad van State zelf, uitspraken van de Centrale Raad van Beroep, en overige uitspraken zoals die van het College van Beroep voor het Bedrijfsleven, Commissie voor

de Verzoekschriften, verschillende beroepscommissies, de Hoge Raad enz.

Achterhaald moesten worden de uitspraken waarin islamitische elementen een rol hadden gespeeld. Aan de hand van de zoektermen: islam*, moskee, moslim*, mohammed*, koran* en voorts stamvormen van die landen waar 50% of meer van de totale bevolking uit moslims bestaat² en verder de landen India en Suriname, werden vrijwel alle mogelijke relevante gevallen geselecteerd.

Deze beslissingen zijn vervolgens bestudeerd teneinde die uitspraken te vinden waarin ook socio-juridische achtergronden van de betrokken moslim een rol speelden.

De volgende tijdschriften zijn niet in databestanden verwerkt maar met de hand bestudeerd:

- *Administratiefrechtelijke Beslissingen*. Beslissingen van 1973 t/m 1976.
- *Gids Vreemdelingenrecht*
- *Jurisprudentie Algemene Bijstandswet*
- *Migrantenrecht*
- *Nederlands Internationaal Privaatrecht*. Dit tijdschrift verschijnt sinds 1983. De belangrijkste IPR-beslissingen zijn in de Nederlandse Jurisprudentie gepubliceerd, zodat deze door raadpleging van het NJ-bestand zijn gevonden.
- *NJCM-bulletin*
- *Rechtspraak Sociale Verzekeringen*
- *Rechtspraak Vreemdelingenrecht*

N.B. Ten aanzien van de jaargangen 1973 t/m 1975 van *Rechtspraak van de Week* geldt dat ze niet met de hand geraadpleegd zijn omdat belangrijke uitspraken veelal verwerkt zijn in de Nederlandse Jurisprudentie. Naast een systematische bestudering zijn ook relevante beslissingen die bij toeval aangetroffen zijn, in het onderzoek verwerkt.

De gevonden beslissingen zijn gegroepeerd naar vakgebied en binnen de vakgebieden naar (sub-)probleemgebieden. Het vakgebied waarop islamitische opvattingen een knelpunt kunnen vormen kan een ander zijn dan het vakgebied waartoe het probleem waarover in feite wordt beslist behoort. Bijvoorbeeld het geval waarin een tweede vrouw uit een polygaam huwelijk naar Nederland wenst te komen. De rechter moet zich buigen over de vraag of haar een verblijfsvergunning verleend behoort te worden. Maar, eerst

* geeft aan dat het om een stamvorm gaat

zal de rechter zich onder omstandigheden moeten uitspreken over de erkenning van dergelijke huwelijken. Eén beslissing kan dan in twee vakgebieden terecht komen. In dit voorbeeld zullen dit het privaatrecht (IPR) en publiekrecht (vreemdelingenrecht) zijn.

Na dit groeperen werden in een korte beschrijving per (sub)groep de volgende punten aan de orde gesteld:

- Zijn de rechterlijke beslissingen, die één (sub)probleemgebied betreffen parallelle beslissingen, of moeten verschillen in rechterlijke opvattingen worden geconstateerd?
- Welke islamitische socio-juridische opvattingen hebben bij de desbetreffende problemen een rol gespeeld of kunnen spelen? Heeft de Nederlandse rechter aandacht aan deze opvattingen besteed? Zo ja, op welke wijze?
- In hoeverre treden verschillen op tussen de islamitische opvattingen en het Nederlands recht (of de Nederlandse rechtsorde)?
- Biedt het Nederlands recht op het desbetreffende gebied de mogelijkheid voor moslims om uiting te geven aan islamitische waarden en normen?
Voorts is verwezen naar Nederlandse en eventueel buitenlandse juridische literatuur.

Met het oog op een zinvolle bestudering en beschrijving van de gevonden beslissingen, is zoveel mogelijk literatuur doorgenomen. Het gaat hier om literatuur die in Nederland en omliggende landen (België, Frankrijk, Duitsland en Groot-Brittannië) tot en met 1986 gepubliceerd is.

Bij de verzameling van literatuur is gebruik gemaakt van:

- computerbestanden: 1. *Data Juridica* (vanaf jaargang 1973)
2. ORBI-bestand Brussel (jaargangen van diverse tijdschriften vanaf 1973)

bibliografieën:

1. *Index to Legal Periodicals*
2. *Index to Foreign Legal Periodicals*
3. *Karlsruher Juristische Bibliographie*
4. *Quarterly Index Islamicus*
5. *Rechtsdocumentatie*, Kluwer Antwerpen
6. Bibliografieën voorkomend in diverse handboeken en tijdschriften

Het islamitisch recht

Om gedragingen van moslims in Nederland, welke uiting geven aan in eigen cultuur bestaande opvattingen, te kunnen begrijpen en op hun juiste waarde te schatten, is het noodzakelijk kennis te nemen van islamitische achtergronden. In dit kader worden in onderstaande paragraaf enige algemene beschouwingen gewijd aan het islamitisch recht, de bron van waaruit vele handelingen zijn te verklaren. Concretere beschouwingen worden in de volgende hoofdstukken aan de orde gesteld.

De Arabische term voor islamitisch recht is *sharī'a*. Letterlijk betekent dit 'de weg naar de waterput'. Moslims zien het als een geheel van regels waarvan naleving leidt tot het vinden van het eeuwige heil.³ De *sharī'a* is een weergave van de wil van Allah, zoals deze aan de Profeet Mohammed (in het begin van de zevende eeuw) is geopenbaard, en door de laatstgenoemde in uitspraken en gedragingen aan de mensen kenbaar is gemaakt. Rechtswetenschap en moraaltheologie zijn in de Islam in beginsel één.

Rechtsbronnen

Volgens moslimse geleerden liggen er vier wortels (*usūl*) aan de *sharī'a* ten grondslag:

1. De *Koran*: een verzameling van door Mohammed geuite openbaringen, zoals hij ze letterlijk van Allah ontving. De Koran bevat evenwel geen compleet juridisch systeem, maar over het algemeen slechts aanwijzingen voor bijzondere gevallen.⁴ Er staan uitspraken op diverse plaatsen in de Koran die onderling niet geheel met elkaar overeenstemmen. De later gedane gaan dan boven de oudere, want Allah is almachtig en kan alles veranderen. De tekst is verdeeld in hoofdstukken (*sūra's*), welke noch chronologisch, noch naar onderwerp gerangschikt zijn, maar – zo ongeveer – naar het aantal verzen.⁵

2. De *Sunna*: de overlevering van de uitspraken en handelingen van Mohammed geruime tijd na zijn dood opgetekend.

3. De *Ijmā'*: de consensus van een grote meerderheid van erkende moslimse geleerden in een bepaald tijdvak.

4. De *Qiyās*: de analogische redenering. De *qiyās* wordt volgens moslimse rechtsgeleerden gehanteerd in gevallen waarvoor de tekst geen exacte regels kent. Het is dus eigenlijk meer een methode dan een rechtsbron.

Naast deze vier (formele) rechtsbronnen van de *sharī'a*, bestaan nog an-

dere bronnen die binnen bepaalde moslimse kringen erkenning vinden, bijvoorbeeld *'urf* (de gewoonte) en verschillende interpretatiemethoden.

Ontwikkeling van stromingen binnen de *sharī'a*

Na circa twee eeuwen, waarin rechtsgeleerden zich bezig gehouden hebben met het uitbouwen van het recht, heeft de *sharī'a* een vastere vorm aangenomen. De belangrijkste van deze rechtsgeleerden vormden met hun aanhangers 'scholen'. Tot de 19e eeuw is de *sharī'a* nauwelijks aan veranderingen onderhevig geweest.

Tot op vandaag bestaan vier scholen die zich op de *Sunna* baseren (de vier orthodoxe of sunnitische scholen). Zij maken 90% of meer uit van de moslimwereld.⁶ Al deze scholen kennen de vier *usūl*. Het al of niet erkennen van aanvullende rechtsbronnen, en in welke mate of vorm verschilt per school:

1. De hanafitische (genoemd naar de stichter Abu Hanifah Nu'man; geb. 699 te Kufah, Irak). Officiële school in: Egypte, Syrië, Libanon, Afghanistan. Verder veel aanhangers in: Turkije, Pakistan, Turkestan, India, Jordanië.

2. De malikitische (genoemd naar Malik ibn Anas; geb. 712 te Medina, overleden 796 aldaar). Belangrijkste school in: Marokko, Algerije, Tunesië, Libië; veel aanhangers ook in Opper-Egypte, Soedan.

3. De shafi'itische (gesticht door Muhammed ibn Idris al Shafi'i; geb. 767 te Gaza, overleden 820 te Caïro). Belangrijkste school in: Jordanië; veel aanhangers in: Syrië, Libanon, Irak, Pakistan, India, Indonesië, Yemen, Perzië, Oost-Afrika.

4. De hanbalitische (volgelingen van Ahmad ibn Hanbal; geb. 781 te Bagdad, overleden 855 aldaar). Officiële school in Saoedi-Arabië; verder aanhangers in Syrië en Irak.

Naast de sunnitische scholen bestaat er één belangrijke niet-orthodoxe school:

5. De shi'itische (in het bijzonder de zgn. twaalvers). Shi'a betekent partij: de shi'iten zijn daarom 'partijgangers', d.w.z. de volgelingen van Ali, de schoonzoon van Mohammed, die zich in de beginfase van de Islam tijdens een paleisrevolutie na de dood van Mohammed zouden hebben afgescheiden. De shi'a heeft vooral aanhangers in Iran, waar deze school sinds het begin der zestiende eeuw de heersende is. Verder in: Libanon, India en Irak. Binnen deze school bestaan weer verschillende stromingen.⁷

Welk recht voor een moslim geldt, is in principe afhankelijk van de 'school' waartoe hij behoort.

Westerse invloeden op het recht in islamitische landen

Sinds de helft van de negentiende eeuw heeft het westers recht zijn stempel gedrukt op het recht in de islamitische landen. Deze landen kwamen met dit recht in aanraking doordat zij bezet werden door westerse koloniale machten of anderszins onder westerse invloed geraakten.

Van de islamitische landen zijn Afghanistan, Saoedi-Arabië en landen langs de Perzische Golf en de Rode Zee het minst beïnvloed. In de andere islamitische landen hebben vaak de Franse codes als model bij de totstandkoming van codificaties gediend. Ook het Engels en Italiaans recht hebben hun invloed doen gelden. Daar waar de meeste ruimte bestond voor opname van vreemd recht, waarschijnlijk mede omdat in de *sharī'a* zaken niet of onvolledig geregeld waren, is de infiltratie het sterkst geweest. Vooral het handelsrecht, straf(proces)recht, verbintenissenrecht en algemene leerstukken van het vermogensrecht, werden gecodificeerd naar westers model.⁸ (N.B. In enkele islamitische landen is de *sharī'a* op het gebied van het strafrecht althans op enkele onderdelen wederingevoerd).

Het islamitisch personen- en familierecht, alsmede het erfrecht bleven vooralsnog onaangetast. Toch heeft sinds het midden van de twintigste eeuw een toenemend aantal islamitische landen hervormingen op het gebied van het personen- en familierecht en het erfrecht aangebracht. Moderne codificaties van deze stukken van de *sharī'a* werden uitgevoerd, waarin soms vrij ingrijpende hervormingen zijn aangebracht. Turkije heeft (als enig islamitisch land) de *sharī'a* geheel afgeschaft en heeft in 1927 het Zwitsers Burgerlijk Wetboek overgenomen.

Waar in het vervolg gesproken wordt over het islamitisch recht, wordt bedoeld de *sharī'a* voorzover zij nog geldend recht is of de gedachten en gedragingen van moslims sterk beïnvloedt.

Noten

1. zie H.H.M. Beune en A.J.J. Hessels, *Minderheid- minder recht?* 's-Gravenhage 1983.
2. R. Peters, 'Van vreemde herkomst, Achtergronden van Turkse en Marokkaanse Landgenoten', p. 31, Nabije Oostenreeks, het Wereldvenster Bussum, Standaard Wetenschappelijke Uitgeverij Antwerpen 1982
In de volgende landen bestaat de bevolking uit 50% of meer moslims: Afghanistan, Albanië, Algerije, Armenië, Egypte, Gambia, Indonesië/Nederlands Indië, Irak, Jordanië, Libanon, Libië, Maleisië, Marokko, Noord-Yemen, Oman, Pakistan, Perzië/Iran, Saoedi Arabië, Somalia, Soedan, Syrië, Tunesië, Turkestan, Turkije.
3. G. Wiedensholer, *Grundbegriffe des islamisches Recht*, *Rabels Zeitschrift* 1971, p. 632; H. Afchar, *The muslim conception of law*, in: *International Encyclopedia of Comparative Law*: 'The *sharī'a* is the path laid down by the Creator; in following it men will find both moral and material well-being'.

4. Voorschriften worden ingedeeld in vijf categorieën: Verplicht, aanbevelenswaardig, geoorloofd, afkeurenswaardig en verboden.
5. De eerste *sūra* heeft slechts 7 verzen. De tweede *sūra* heeft 286 verzen. De daaropvolgende *sūra's* nemen in lengte af. De laatste *sūra's* tellen nog maar circa 10 verzen.
6. N. Anderson, *Law Reform in the Muslim World*, Athlone Press 1976, p. 7.
7. Bv. Naast de zgn. Twaalvers de Isma'ilieten, in India en Oost-Afrika. Vergelijk O. Spies/Prisch, *Klassisches Islamischen Rechts*, in: *Handbuch der Orientalistik, Erste Abteilung, Ergänzungsband III (Orientalisches Recht)*, Leiden 1964, p. 265-267.
8. Er zijn landen die zo door het Westen zijn beïnvloed, dat er van de *sharī'a* nog nauwelijks sporen over zijn, en landen die ondanks codificatie naar westers model hierbinnen meer vastgehouden hebben aan de *sharī'a*.