

Huwelijkse gevangenschap, Shari`a als oplossing?

Florian Drenth¹

1. Inleiding

Op 8 december 2010 veroordeelde de rechtbank in Rotterdam een man tot medewerking aan een islamitische echtscheiding.² Dit deed de rechtbank op verzoek van zijn ex-vrouw. De man handelde onrechtmatig jegens de vrouw door niet mee te werken aan de islamitische echtscheiding, stelden de rechters. De twee waren al gescheiden naar Nederlands recht, maar de vrouw wenste tevens een echtscheiding naar islamitisch recht. Het ging in het desbetreffende geval niet om het recht van haar thuisland, maar om islamitisch recht dat aanzien genoemd binnen haar gemeenschap. Haar sociale gemeenschap zou haar nog steeds als gehuwd blijven beschouwen, indien het islamitische huwelijk tussen beiden niet werd ontbonden. Doordat de vrouw niet in staat was om zelf een religieuze echtscheiding te bewerkstelligen, verbleef zij tegen haar wil in haar religieuze huwelijk. Zij bevond zich in een situatie van huwelijkse gevangenschap.³

Bovenstaande casus geeft blijk van rechtspluralisme binnen de Nederlandse context. Het is vrij gebruikelijk dat er meerdere rechtsordes een rol spelen bij een echtscheiding. Wat het voornoemde geval interessant maakt is dat het islamitische recht waar partijen binding mee ervaren, niet door de Nederlandse rechtsorde erkend wordt. Het ging hier niet om een internationaal privaatrechtelijke kwestie waarbij er conflict was met een buitenlandse rechtsorde. Het ging hier om een situatie waarin er conflict was tussen de Nederlandse rechtsorde en de informele/sociale islamitische rechtsorde die gelding had binnen de gemeenschap van de desbetreffende partijen. Alhoewel er dus vanuit de blik van de overheid niet meerdere rechtsordes hier een rol speelde, was dat feitelijk wel het geval. Er was zagezegd sprake van feitelijk rechtspluralisme.⁴

Moslims in Nederland kunnen te maken hebben met op de islam gebaseerde rechtsregels waar aan waarde wordt gehecht binnen hun eigen gemeenschap. Deze op de islam gebaseerde rechtsregels worden niet erkend door de Nederlandse overheid en fungeren als een informele/sociale rechtsorde binnen de islamitische gemeenschappen.⁵

In situaties van huwelijkse gevangenschap in informeel gesloten islamitische huwelijken, is er een discrepantie tussen de Nederlandse rechtsorde en de informele rechtsorde van de desbetreffende islamitische gemeenschap. Overheidsingrijpen is daarom voordehand liggend. In eerste instantie is er een in de rechtspraak een methode ontwikkeld om de weigerende partij te dwingen mee te werken aan een religieuze echtscheiding op grond van de onrechtmatige daad. Recentelijk is de Wet huwelijkse gevangenschap aangenomen, welke de weigerende partij verplicht om mee te werken aan een religieuze echtscheiding als zijn of haar partner daarom verzoekt.⁶

Bij het schrijven van mijn masterscriptie voor de studie religiewetenschappen ben ik ingegaan op de wijze waarop de overheid omgaat met situaties van huwelijkse gevangenschap in informeel gesloten

¹ Florian Drenth heeft een master rechtsgeleerdheid alsook een master religiewetenschappen afgerond aan de Universiteit Utrecht. Nu is hij werkzaam als advocaat familie- en jeugdrecht.

² Rb. Rotterdam 08 december 2010, ECLI:NL:RBROT:2010:BP8396.

³ Esther van Eijk, *Wel gescheiden, niet gescheiden?* (Maastricht: Maastricht University, 2017), 6.

⁴ Andreas Jan Hoekema, *Rechtspluralisme en interlegaliteit* (Amsterdam: Vossiuspers UvA, 2004), 7.

⁵ Vergelijk: Susan Rutten, Gegeven de betekenis van islamitisch familierecht (Maastricht: Maastricht University, 2017), 2.

⁶ 1:68 lid 2 BW, als uitzondering hierop geldt dat medewerking in redelijkheid niet kan worden gevergd indien gelet op zwaarwegende belangen.

islamitische huwelijken.⁷ In deze bijdrage zal ik ingaan op deze bezwaren en zal ik eveneens bespreken of een oplossing van de problematiek in de vorm van geschilbeslechting door de gemeenschappen zelf geen beter alternatief is.

2. De Wet huwelijkse gevangenschap

Zoals besproken is in de rechtspraak een methode ontwikkeld om te voorzien in situaties van huwelijkse gevangenschap. De rechter kan partijen dwingen op grond van de onrechtmatige daad om mee te werken aan een religieuze echtscheiding. De onrechtmatigheid is hem er dan in gelegen dat een van de partners in strijd handelt met hetgeen in het maatschappelijk verkeer van hem of haar wordt betaamd. Reden hiervoor is dat hij of zij door het weigeren van deelname aan de religieuze echtscheiding, de ander in de levensmogelijkheden beperkt. Deze methodiek stamt al uit 1982. Toen oordeelde de Hoge Raad dat een joodse man onrechtmatig handelde door zijn vrouw niet de joodse echtscheiding te geven. Feitelijk schreef de Hoge Raad voor dat er een belangenafweging dient te worden gemaakt om te bepalen of het niet meewerken aan een religieuze echtscheiding al dan niet onrechtmatig is. Er wordt gekeken naar de mate waarin de vrouw in haar verdere levensmogelijkheden wordt beperkt, de aard en het gewicht van de bezwaren van de man tegen medewerking en de kosten die aan die medewerking zijn verbonden.⁸ Deze beperking in levensmogelijkheden kan er bijvoorbeeld op zien dat de desbetreffende vrouw niet kan hertrouwen omdat zij conform het desbetreffende religieuze recht nog met haar (ex) partner is getrouwd. Vanuit haar gemeenschap kan zij als overspelig worden gezien indien zij hertrouwd of een relatie met een ander aangaat. Voorts kan de vrouw, los van de opvattingen in haar gemeenschap, zichzelf ook beperkt voelen om te hertrouwen op grond van haar eigen religieuze overtuiging. Vanaf 2010 zien we dat de maatstaf van de Hoge Raad wordt toegepast bij huwelijkse gevangenschap in informeel gesloten islamitische huwelijken.⁹

In de literatuur werden in de loop der tijd verschillende aanbevelingen gedaan ter stroomlijning van dit proces. Kruiniger deed in haar rapport *Niet langer getekend aan het huwelijk!* verschillende aanbevelingen tot het opstellen van wetgeving, die van positieve invloed zou moeten zijn op het voorkomen en de bestrijding van huwelijkse gevangenschap. Voorbeelden van deze aanbevelingen waren het plaatsen van huwelijkse gevangenschap op de internationale mensenrechtenagenda, het beter informeren van stakeholders en het verankeren van de verplichting om mee te werken aan een religieuze echtscheiding in de wet.¹⁰ Dit rapport heeft er mede toe geleid dat in 2019 de toenmalige minister van Rechtsbescherming het voorstel voor de Wet huwelijkse gevangenschap indiende.¹¹ Feitelijk hield dit voorstel een aantal wijzigingen in het Burgerlijk Wetboek (BW), het Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering (RV) en een aantal andere wetten in. Het wetsvoorstel werd officieel aangenomen op 9 maart 2023 en is in werking getreden op 1 juli 2023.¹²

De meest toonaangevende wetswijziging is mijns inziens de toevoeging van een tweede lid aan artikel 1:68 BW. Dit tweede lid luidt:

⁷ Florian Drenth. *Huwelijkse gevangenschap, shari`a als oorzaak en oplossing (?)* (Utrecht, Universiteit Utrecht, 2021). Deze scriptie is later als boek uitgegeven: Florian Drenth. *Huwelijkse gevangenschap in islamitische gemeenschappen* (Weert. Celcus Juridische Uitgeverij, 2022).

⁸ Hoge Raad 22 januari 1982, ECLI:NL:PHR:1982:AG4319.

⁹ Zie bijvoorbeeld de eerder genoemde uitspraak: Rb. Rotterdam 08 december 2010, ECLI:NL:RBROT:2010:BP8396.

¹⁰ Pauline Kruiniger, *Niet langer getekend aan een huwelijk* (Maastricht: Maastricht University, 2018), 106-112.

¹¹ Diewertje Wapstra, "Huwelijkse gevangenschap onder Nederlands Pakistaanse moslims" Tijdschrift voor Religie, Recht en Beleid. (11) 3 2020. 58-59. & Kamerstukken II 2017/18, 34775 VI, nr. 101 & Kamerstukken II 2019/20, 35 348, nr. 2.

¹² Stb. 2023, 84 & Stb. 2023, 118

‘Een partij bij een religieuze of levensbeschouwelijke verbintenis is gehouden tot het verlenen van medewerking aan het teniet doen gaan van die verbintenis indien een andere partij daarom verzoekt, tenzij dit gelet op zwaarwegende belangen in redelijkheid niet kan worden geveerd.’

Met het nieuwe 1:68 lid 2 BW is in de wet verankerd dat partijen een verplichting hebben om mee te werken aan een religieuze echtscheiding indien hun partner dat van hun verlangd. Er wordt een directe grond, om een man te dwingen mee te werken aan een religieuze echtscheiding, gecreëerd. Hiermee wordt de bestaande jurisprudentielijn ingekaderd, maar komt de nadruk wel anders te liggen. Er wordt verondersteld dat het niet meewerken aan een religieuze echtscheiding onrechtmatig is. De rechter moet nog steeds een belangenafweging maken op basis van de factoren uit het arrest van de Hoge Raad uit 1982. Daarvoor bestaat mijns inziens wel minder ruimte. Het Memorie van Toelichting geeft duidelijk aan dat het uitgangspunt is dat medewerking verplicht is. De rechter kan alleen vanwege zwaarwegende belangen daarvan afwijken. In het Memorie van Toelichting wordt benadrukt dat het kabinet met de wetswijziging duidelijk wil maken dat het staat voor de fundamentele waarden van vrijheid, gelijkwaardigheid en zelfbeschikkingsrecht.¹³

3. Problemen met de huidige aanpak

De Wet huwelijkse gevangenschap dient als een manier om situaties van huwelijkse gevangenschap, welke een uiting zijn van feitelijk rechtspluralisme, te reguleren. Bij mij is de vraag gaan rijzen of dit de meest wenselijke methode is wanneer het aankomt op situaties van huwelijkse gevangenschap in informeel gesloten islamitische huwelijken. Allereerst kunnen er mijns inziens vraagtekens worden gezet bij de effectiviteit van de Wet het de vraag is of de afgedwongen echtscheiding gezag geniet binnen de gemeenschap en of de weg naar de overheidsrechter bekend is. Daarnaast omdat het deze methode van omgang met feitelijk rechtspluralisme mogelijk op weerstand kan stuiten vanuit islamitische gemeenschappen.

3.1 De mate van effectiviteit

In het klassieke islamitische recht zijn er veel vormen van echtscheiding bekend. De meest bekende zijn de *talaq* en de *khul'*. De *talaq* is een eenzijdige vorm van echtscheiding die in principe enkel uitgevoerd kan worden door de man. Wanneer hij de *talaq* verricht, wordt het nog niet betaalde deel van de bruidsgave opeisbaar voor de vrouw.¹⁴ De *khul'* is een vorm van islamitische echtscheiding welke wordt geïnitieerd door de vrouw. Zij verzoekt de man dan om een echtscheiding in ruil voor enige compensatie, vaak de bruidsgave of kwijtschelding van de opeisbare bruidsgave. De man dient hiermee in te stemmen.¹⁵ Er zijn ook vormen van islamitische echtscheiding waarbij een islamitische rechter in de scheiding kan voorzien.

In de praktijk zien we dat wanneer een kwestie betreffende huwelijkse gevangenschap in een informeel gesloten islamitisch huwelijk voor de rechter komt, de rechter de man doorgaans veroordeeld tot het verrichten van de *talaq* op straffe van een dwangsom. Een verplichting tot medewerking aan de *khul'* komt ook voor. Echter is het maar de vraag of een door de rechter afgedwongen islamitische echtscheiding als geldig zal worden gezien in de sociale gemeenschap van de vrouw. Wanneer dit niet het geval is, dan zal zij nog steeds in haar levensmogelijkheden worden beperkt door het bestaan van haar islamitische huwelijk. Enkel de Hanafitische wetschool beschouwd een afgedwongen islamitische echtscheiding als rechtsgeldig. Binnen de andere drie soenitische wetscholen is dat niet het geval.¹⁶

¹³ Kamerstukken II, 2019/2020, 35348, nr. 3, 1-2, 4 & 16.

¹⁴ Maurits Berger, “Het islamitische echtscheidingsrecht,” EB Tijdschrift voor Echtscheidingsrecht 2019, 64-65.

¹⁵ Kruiniger, Islamic Divorces in Europe : Bridging the Gap between European and Islamic Legal Orders, 85 & 86.

¹⁶ Frans van der Velden, Inleiding in de shari'a (Den Haag: Boom Juridische Uitgevers, 2016), 141.

Daarnaast zijn er toonaangevende precedentes binnen de islamitische traditie waaruit blijkt dat een afgedwongen echtscheiding niet rechtsgeldig zou zijn. Een voorbeeld hiervan is een overlevering die staat in ‘*al-Muwatta*’ van imaan Malik. In deze overlevering wordt Thabit ibn al-Ahnaaf gedwongen zijn vrouw de scheiding te geven. Nadat hij dit onder dwang heeft gedaan komt hij Abdullah ibn `Umar tegen, de zoon van een van de belangrijkste metgezellen van de Profeet. Abdullah ibn `Umar vertelt hem dat deze afgedwongen echtscheiding niet geldig is. Daarna ging Thabit naar Abdullah ibn az-Zubair, hij bevestigt eveneens dat de afgedwongen echtscheiding niet geldig is.¹⁷ Ik kan mij voorstellen dat de visie van de verschillende wetscholen op de geldigheid van een afgedwongen echtscheiding vrouwen kan weerhouden van het nemen van de stap naar de rechter.

Het is overigens überhaupt de vraag of vrouwen in huwelijkse gevangenschap de weg naar de overheidsrechter kunnen vinden. Hiervoor is bekendheid met de beschikbare mogelijkheden en het hebben van het juiste netwerk bekend met geschikte advocaten en hulpverleners vereist.¹⁸ Daarnaast is het aangaan van een echtscheiding in vele gemeenschappen een taboe. Een vrouw kan veel (morele) druk ervaren om haar huwelijk in stand te houden.¹⁹ Haar oneervolle gedrag kan gevolgen hebben voor haar en haar hele familie.²⁰ Vaak wordt er bemiddeld door familieleden bij huwelijksproblemen. De weg naar de overheidsrechter is doorgaans de laatste optie.²¹ Wederom doet dit vraagtekens rijzen bij de vraag naar de effectiviteit van de Wet huwelijkse gevangenschap. Heeft deze wet wel de potentie om alle vrouwen te bedienen die daar baat bij hebben? En biedt een strikt juridische benadering überhaupt uitkomst in situaties van huwelijkse gevangenschap?

3.2 Eventuele weerstand vanuit gemeenschappen

Zoals eerder aangegeven meen ik dat er kans is op weerstand vanuit de islamitische gemeenschappen ten gevolge van de wijze waarop de Wet huwelijkse gevangenschap omgaat met het bestaande feitelijk rechtspluralisme. Zoals blijkt uit het Memorie van Toelichting bij de Wet huwelijkse gevangenschap, is de norm dat medewerking aan een religieuze echtscheiding verplicht is. De fundamentele waarden van vrijheid, gelijkwaardigheid en zelfbeschikkingsrecht staan centraal. Het is vanzelfsprekend ontzettend belangrijk dat deze rechten hoogtij vieren en dat de vrouw in kwestie de mogelijkheid heeft om haar recht te halen. Echter dienen de religieuze rechten met betrekking tot de echtscheiding, welke de man in kwestie zichzelf rijk acht, te wijken voor de (seculiere) waarden van de staat. Er is hier sprake van een *top-down* benadering, waarbij de waarden van de staat voorrang krijgen boven die van de islamitische gemeenschappen. Werner Menski stelt dat het recht altijd dient te worden vormgegeven tussen vier uitersten: religieuze en seculiere waarden, sociale normen, het recht van de staat en internationale mensenrechten. Het recht van een staat dient te balanceren tussen deze uitersten.²² Wanneer islamitische religieuze normen en waarden evenals sociale normen die gelden binnen verschillende islamitische gemeenschappen, ondergeschikt raken aan de waarden en regelgeving van die staat, leidt dit ertoe dat het recht niet gebalanceerd is tussen de verschillende uitersten. Dit kan leiden tot frictie. Voor religieuze gemeenschappen kan een verplichting tot medewerking aan een religieuze echtscheiding overkomen als een bevestiging van onvermogen. De kwestie zou overgelaten worden aan de burgerlijke rechter omdat men blijkbaar niet beschikt over de middelen en mogelijkheden om de kwestie intern op te lossen.²³

¹⁷ Ash-Shaybani, *The Muwatta of imam Malik*, (Karachi: Darul Ishaat, 2005), boek 29.28.78

¹⁸ Eijk, van, *Wel gescheiden, niet gescheiden?*, 59.

¹⁹ Kruiniger, *Niet langer geketend aan een huwelijk*, 34 & Eijk, van, *Wel gescheiden, niet gescheiden?*, 60.

²⁰ Wapstra, “Huwelijkse gevangenschap onder Nederlands Pakistaanse moslims,” 66.

²¹ Oka Storms en Edien Bartels, *De keuze van een huwelijkspartner. Een studie naar partnerkeuze onder groe-pen Amsterdammers* (Amsterdam: Vrije Universiteit Amsterdam, 2008), 51.

²² Werner Menski, “Flying kites in a Global Sky: New Models of Jurisprudence,” *Socio-Legal Review* 7 (2011) 13.

²³ Maurits Berger, “Het afdwingen van een islamitische verstoting,” *Tijdschrift voor Religie, Recht en Beleid*, 2011, 104.

Daar komt bij dat wanneer we kijken naar de wijze waarop de Nederlandse rechters de afgelopen jaren zijn omgegaan met situaties van huwelijkse gevangenschap, we vaak zien dat het islamitische recht selectief wordt “toegepast”.²⁴ Het lijkt erop dat wanneer de Nederlandse rechter overgaat tot de “toepassing” van het islamitische recht, hij dit doet vanuit de gedachte dat de vrouw beschermd dient te worden. Het belang van een correcte uitkomst naar islamitisch recht lijkt ondergeschikt aan de bescherming van de vrouw.²⁵ De methode om door middel van de onrechtmatige daad een man te dwingen tot medewerking aan een religieuze echtscheiding, was ontwikkeld om vrouwen een weg te bieden uit situaties van huwelijkse gevangenschap. De focus van de rechter lag voornamelijk op het nagaan of de weigering van de man om mee te werken aan een religieuze echtscheiding onrechtmatig is.²⁶ Ik voorzie dat dit met de insteek van de Wet huwelijkse gevangenschap, waarbij de onrechtmatigheid van het niet meewerken aan een religieuze echtscheiding al min of meer gegeven is, dit nog sterker het geval zal zijn. De Kroon stelt dat de focus van de rechter zodanig op bescherming van de vrouw lag, dat hij het islamitisch recht slechts wenst toe te passen indien dit voor de vrouw een gunstige uitkomst biedt.²⁷ Nu valt het standpunt van De Kroon mijns inziens wel te relativiseren nu de rechter in het civiele proces de rechter is gebonden aan hetgeen de partijen aanvoeren. Dat betekent dat wanneer een van de partijen zich niet beroept op de vermogensrechtelijke gevolgen van een islamitische echtscheiding naar islamitisch recht, de rechter hier niet bekend mee kan worden geacht.²⁸ Daarnaast is het ook maar de vraag of de overheidsrechter voldoende in staat is om het islamitische recht te doorgronden en bekend te zijn met de religieuze en culturele gevoeligheden die een rol spelen in het echtscheidingsproces.

Dit alles leidt tot eens selectieve en gelimiteerde “toepassing” van het islamitische recht. Een voorbeeld van hiervan is mijns inziens de uitspraak van rechtbank Rotterdam van 28 februari 2018.²⁹ De vrouw in kwestie verzocht de rechtbank om de man te dwingen mee te werken aan een islamitische echtscheiding in de vorm van de *talaq*. De man verweerde zich en stelde dat de *khul`* de juiste vorm van islamitische echtscheiding was in kwestie omdat de vrouw de echtscheiding initieerde. Hij stelde daarbij dat indien hij de *talaq* zou verrichten, hij een aantal financiële verplichtingen ten aanzien van de vrouw zou krijgen naar islamitisch recht, waaronder het voldoen van de beloofde bruidsgave. De rechtbank veroordeelt de man zijn recht op het verrichten van de *talaq* aan de vrouw te geven, in dat desbetreffende geval in de vorm van *tafwid*.³⁰ Voorts meent de rechtbank dat de vrouw recht heeft op de bruidsgave. De man wordt veroordeeld tot betaling van de beloofde bruidsgave à € 16.000.

De rechtbank erkent de vermogensrechtelijke gevolgen van de islamitische echtscheiding in het voordeel van de vrouw, maar onderzoekt niet of de *khul`* eventueel een geschikter middel zou zijn om de islamitische echtscheiding tussen beiden te bewerkstelligen. Naar islamitisch recht valt voor het argument van de man echter wat voor te zeggen, omdat de echtscheiding op initiatief van de vrouw geschiedt. In het hoger beroep tegen deze beslissing werd de man veroordeeld tot het zelf verrichten van de *talaq*. Het gerechtshof ging wel in op het belang van de man bij het verrichten van de *khul`* in plaats van de *talaq*. Het hof gaf aan niet in te zien waarom de vrouw afstand zou moeten doen van de haar op grond van de huwelijksakte toekomstige bruidsgave teneinde het religieuze huwelijk met de man te

²⁴ Alhoewel de Nederlandse rechter het islamitisch recht niet letterlijk toepast, dwingt hij de man in voorkomende gevallen wel tot medewerking aan bepaalde echtscheidingsvormen die rechtsgevolgen kunnen hebben naar het islamitische recht, vandaar dat ik spreek van “toepassing”, tussen aanhalingstekens.

²⁵ Eefje de Kroon, “Islamic Law, Secular Law, and Societal Norms: The Recognition of Islamic Legal Practices in the Netherlands and the Protection of Muslim Women’s Human Rights,” *Journal of Muslim Minority Affairs*, Vol. 36, No. 2. (2016). 162 - 163.

²⁶ Berger, “Het afdwingen van een islamitische verstoting”, p. 102.

²⁷ Kroon, de, “Islamic Law, Secular Law, and Societal Norms: The Recognition of Islamic Legal Practices in the Netherlands and the Protection of Muslim Women’s Human Rights,” 165.

²⁸ 24 Rv & vergelijk Kroon, de, “Islamic Law, Secular Law, and Societal Norms: The Recognition of Islamic Legal Practices in the Netherlands and the Protection of Muslim Women’s Human Rights,” 165.

²⁹ Rechtbank Rotterdam 28 februari 2018, ECLI:NL:RBROT:2018:1720.

³⁰ Bij een *tafwid* wordt de bevoegdheid van de *talaq* van de man naar de vrouw gedelegeerd. Zie ook: Kruiniger, *Islamic Divorces in Europe : Bridging the Gap between European and Islamic Legal Orders*, 93 - 94.

kunnen ontbinden. Het belang van de vrouw bij behoudt van de bruidsgave woog zwaarder dan het belang van de man om de echtscheiding op een andere wijze plaats te laten vinden vond het hof.³¹ Deze uitspraak geeft mijn inziens duidelijk een hiërarchie in waarden weer. Alhoewel het nobel kan worden geacht van het hof dat zij opkomt voor de rechten van de vrouw, is haar oordeel in strijd met de wijze waarop in een dergelijke situatie de echtscheiding naar islamitisch recht zou moeten geschieden. De belangenafweging die het hof heeft gemaakt houdt naar mijn mening te weinig rekening met de belangen van de man. Daarbij zou kunnen worden gesteld dat het hof hier onvoldoende religieus en cultureel sensitief is. Zo wordt het verrichten van de *talaq* over het algemeen *makruh* geacht, oftewel afgeraden in de ogen van God.³² Zo is overgeleverd dat de profeet gezegd zou hebben dat van alle toegestane handelingen, de meest gehate het scheiden is.³³ Los van de context waaruit deze overlevering voortkomt, kan een dergelijke visie op het verrichten van de *talaq* maken dat de man gedwongen wordt iets te doen wat mogelijk naar zijn mening religieus gezien afkeuringswaardig is. Dit geldt zeker wanneer de man meent dan een *talaq* niet op zijn plek is in de desbetreffende situatie, bijvoorbeeld in het geval dat de vrouw de echtscheiding initieert.

Uiteindelijk kan de selectieve en gelimiteerde toepassing van het islamitische recht leiden tot weerstand en frictie met islamitische gemeenschappen in Nederland. Dit kan ertoe leiden dat het vertrouwen in de rechtspraak afneemt en dat de procedure bij de civiele rechter zijn legitimiteit verliest. Wil het recht effectief zijn, dan dient het de normen en waarden van de mensen die eronder vallen, te weerspiegelen.³⁴

Deze selectieve en gelimiteerde “toepassing” van het islamitische recht is mijns inziens een uiting van de eerder gestelde *top-down* benadering. Er is duidelijk sprake van een hiërarchie in waarden. Het zelfbeschikkingsrecht van de vrouw weegt zwaarder dan de belangen van de religieuze. Een dergelijke hiërarchie tussen het religieuze en het seculiere, waarbij het seculiere hoger wordt geacht dan het religieuze, kan problematisch zijn. Hierdoor kan frictie ontstaan.³⁵

4. Oplossing vanuit de gemeenschap?

Zoals besproken zijn er vraagtekens te plaatsen bij de mate waarin de huidige aanpak van huwelijkse gevangenschap effectief is. Daarnaast bestaat het risico dat deze huidige aanpak frictie veroorzaakt tussen de islamitische gemeenschappen enerzijds en de Nederlandse staat anderzijds. Ik vraag mij daarom af of een oplossing vanuit de gemeenschappen zelf geen wenselijker alternatief is.

4.1 Shariaraden

In Groot-Brittannië bestaan er een groot aantal zogeheten “shariaraden.” Een groot aantal van deze raden opereert informeel. Echter is er ook de Muslim Arbitration Tribunal (MAT), een shariaraad in Groot-Brittannië die opereert onder de Britse wet. De MAT is een officieel arbitragebureau, dat gebonden is aan de *Arbitration act 1996*. Hieruit vloeit voort dat haar beslissingen niet strijdig mogen zijn met bepaalde mensenrechten en dat de beslissingen van de MAT tevens open staan voor heroverweging door een overheidsrechter.³⁶ Zaken die voor de MAT komen, worden behandeld door een panel bestaande uit

³¹ Hof Den Haag 28 mei 2019, ECLI:NL:GHDHA:2019:1818.

³² Frans van der Velden, *Inleiding in de shari'a* (Den Haag: Boom Juridische Uitgevers, 2016), 28 & 139.

³³ *Sunan Ibn Majah Vol. 3, Book 10*, red. Muhammed bin Yazeed en Majah Al-Qaqzami, (Riyad: Darussalam, 2007), hadith 2018.

³⁴ Kroon, de, “Islamic Law, Secular Law, and Societal Norms: The Recognition of Islamic Legal Practices in the Netherlands and the Protection of Muslim Women’s Human Rights,” 165-166 & 168.

³⁵ Vergelijk: Rajeev Bhargava, “Reimagining Secularism: Respect, Domination and Principled Distance” *Economic and Political Weekly* 48, No. 50, (14 december 2013): 82.

³⁶ Bilal Choksi, “Religious Arbitration in Ontario - Making the Case Based on the British Example of the Muslim Arbitration Tribunal.” *University of Pennsylvania Journal of International Law* 33 U. (2012), 829 & *Arbitration act 1996*.

geleerden in het islamitische recht, maar ook advocaten die gespecialiseerd zijn in het Engelse statelijke/formele recht. De leden van dit panel zijn opgegroeid en hebben educatie gehad in Groot-Brittannië. Er zitten zowel mannen als vrouwen in het panel. Zij dragen bij aan de te nemen beslissing. De MAT wenst haar beslissingen te geven op een wijze die verenigbaar is met het Engelse recht. Procedureel lijken de meeste regels gelijk aan die voor een overheidsrechter. Zo dient degene die iets stelt, dat te bewijzen. Het is niet mogelijk om binnen de MAT in beroep te gaan tegen een uitspraak. Dit weerhoudt mensen er echter niet van om herziening van de uitspraak te vragen door een overheidsrechter.³⁷ Een instantie als de MAT zou kunnen bemiddelen bij de totstandkoming van een *talaq* of *khul'* en zou in theorie ook zelfstandig kunnen voorzien in een islamitische echtscheiding.

Wanneer een shariaraad zou voorzien in situaties van huwelijkse gevangenschap, is het de gemeenschap zelf die op eigen wijze voorziet in de problematiek. We zien dat voor veel moslims in Groot-Brittannië de shariaraden als een acceptabele geschilbeslechter worden gezien.³⁸ Hierdoor kan de besproken frictie voorkomen worden. Wanneer moslims dergelijke conflicten op hun eigen wijze kunnen oplossen, kan dit een gevoel van eigenaarschap geven met betrekking tot de oplossing.³⁹ Shariaraden kunnen voorzien in een religieus en cultureel sensitieve oplossing waarbij de behoeftes van de gemeenschap in acht worden genomen.⁴⁰ Het bestaan van de mogelijkheid voor moslims om hun conflicten op te lossen op een wijze waarbij ze hun religieuze- en culturele identiteit behouden kan een gevoel van acceptatie creëren. Hun behoeftes worden hiermee tot op zekere hoogte geaccommodeerd.⁴¹

Voor het accommoderen van bepaalde minderheden pleit kort gezegd dat pluraliteit in de moderne samenleving een gegeven is. Volledige assimilatie is een utopie.⁴² Moslims in Nederland hechten nou eenmaal waarde aan het islamitische huwelijksrecht.⁴³ Nu er moslims in Nederland belang hechten aan het islamitische huwelijksrecht, kan gesteld worden dat het voorde hand ligt om hier constructief mee om te gaan, door hen hierin tegemoet te komen. Wanneer dit niet gebeurt, kan dit ertoe leiden dat de toepassing van het islamitische huwelijksrecht in informele sfeer plaats gaat vinden.⁴⁴ De eerdergenoemde frictie en vervreemding kan worden voorkomen met een oplossing vanuit de islamitische gemeenschappen. Het zijn in die situatie immers de gemeenschappen zelf die voorzien in de oplossing. Er kan vanuit worden gegaan worden dat shariaraden, bestaande uit islamitische geleerden, beter in staat zullen zijn om situaties van huwelijkse gevangenschap op te lossen op een religieus acceptabele wijze.⁴⁵ De zorgen over de effectiviteit van de oplossing zijn hiermee weggenomen. Daarnaast zou een shariaraad mogelijk een laagdrempeliger alternatief voor vrouwen zijn dan de weg via de overheidsrechter, aangezien de weg naar de overheidsrechter soms lastig kan zijn. Een shariaraad

³⁷ "Why MAT?," MAT geraadpleegd op 19 juni, 2021, <http://www.matribunal.com/why-MAT.php>. & "Procedure Rules of Muslim Arbitration Tribunal," MAT, geraadpleegd op 19 juni, 2021, <http://www.matribunal.com/why-MAT.php>.

³⁸ Uit onderzoek naar de receptie van shariaraden door islamitische vrouwen zien we dat zij deze raden zien als organen die uitspraken geven welke geaccepteerd worden binnen de gemeenschap: Tanya Walker, *Shari'a Councils and Muslim Women in Britain: Rethinking the Role of Power* (Leiden: Brill, 2016), 70-92.

Zie ook: Choksi, "Religious Arbitration in Ontario - Making the Case Based on the British Example of the Muslim Arbitration Tribunal," 822-824.

³⁹ Choksi, "Religious Arbitration in Ontario - Making the Case Based on the British Example of the Muslim Arbitration Tribunal," 840.

⁴⁰ Vergelijk: Foblets, "Accommodating Islamic Family Law(s)." & Mathias Rohe, "Reasons for the Application of Sharia in the West," in *Applying Sharia in the West: Facts, Fears and the Future of Islamic Rules on Family Relations in the West*, red. Maurits Berger, (Leiden: Leiden University Press, 2013)., 217.

⁴¹ Rohe, "Reasons for the Application of Sharia in the West," 35

⁴² Vergelijk: John Rawls, "The Idea of an Overlapping Consensus" *Oxford Journal of Legal Studies* 7 (1987): 4 – 7.

⁴³ Zie bijvoorbeeld: Berger, "Responding to sharia in the Netherlands," 134.

⁴⁴ Menski, Werner. "Muslim Law in Britain" *Journal of Asian and African Studies*, No. 62,(2001): 128.

⁴⁵ Choksi, "Religious Arbitration in Ontario - Making the Case Based on the British Example of the Muslim Arbitration Tribunal," 826.

kan potentieel een cultureel acceptabele oplossing uit de situatie van huwelijkse gevangenschap bieden.⁴⁶

4.2 Eventuele problemen shariaraden

Hierboven is beknopt weergegeven waarom een oplossing vanuit de gemeenschappen zelf in de vorm van shariaraden mogelijk een betere manier is om te voorzien in situaties van huwelijkse gevangenschap dan de Wet huwelijkse gevangenschap. Echter worden er in de literatuur ook enkele negatieve kanten belicht van de zogeheten shariaraden. Zo wordt er gesteld dat arbitrage op basis van islamitisch recht de staatsovereiniteit zou aantasten.⁴⁷ Tegenstanders van shariaraden stellen vaak dat het in Groot-Brittannië de shariaraden zijn die parallel rechtssysteem faciliteren en in stand houden.⁴⁸ Dit kan als ongewenst worden geacht omdat het allereerst de staatsovereiniteit aantast, maar daarnaast zou het ook kunnen leiden tot dat er geen consensus meer kan bestaan over de kernwaarden van die desbetreffende samenleving. Dit kan problematisch worden geacht, omdat het delen van gemeenschappelijke waarden en instituties als essentieel voor een multiculturele samenleving wordt gezien.⁴⁹ Mijns inziens is het foutief om te stellen dat shariaraden een parallel rechtssysteem creëren. Zoals eerder gesteld is er in Nederland, waar er geen shariaraden zijn, is feitelijk rechtspluralisme ook een realiteit. Zou daarvan geen sprake zijn, dan zouden situaties van huwelijkse gevangenschap zich niet voordoen. Dit feitelijke rechtspluralisme bestaat vanwege de waarde die er in sommige islamitische gemeenschappen aan het naleven van het islamitische recht wordt gehecht. Ik meen dat shariaraden vallende onder de arbitragewetgeving juist een manier vormen om dit al bestaande feitelijke rechtspluralisme te reguleren. De islamitische gemeenschappen krijgen op die wijze de mogelijkheid om hun geschillen op eigen wijze te beslechten, maar in zekere zin onder supervisie van de staat. Arbitrage beslissingen kunnen namelijk vernietigd worden door de overheidsrechter bij strijd met de openbare orde.⁵⁰

Een ander veelgehoord bezwaar tegen geschilbeslechting via shariaraden is dat het maar de vraag is of deelname in voldoende mate vrijwillig is. Mogelijk voelen moslims zich gedwongen hun geschil aan een shariaraad voor te leggen indien mogelijk. Dit kan het geval zijn indien partijen of een van hen druk voelt vanuit zijn of haar sociale gemeenschap om zich te wenden tot een shariaraad.⁵¹ In Groot-Brittannië zijn er gevallen bekend waarin het weigeren van het oplossen van een familiedispuut middels tussenkomst van een shariaraad kan leiden tot excommunicatie.⁵² De kans bestaat dat de weg naar de shariaraad de enige optie wordt, aangezien partijen anders nadelige gevolgen hiervan zullen ondervinden in hun sociale leven. Alhoewel er in een dergelijke situatie formeel gezien sprake is van vrijwillige instemming, is hier niet daadwerkelijk sprake van.⁵³

Bilal Choksi meent dat vrijwillige deelname kan worden gewaarborgd door strenge processuele voorschriften te verbinden aan het functioneren van een shariaraad. Hij gebruikt de MAT als voorbeeld en stelt dat deze door haar kennis en betrokkenheid binnen de islamitische gemeenschappen goed in staat is om gevallen waarin deelname onvrijwillig is te onderscheiden. Door de religieuze autoriteit van

⁴⁶ Vergelijk: Choksi, "Religious Arbitration in Ontario - Making the Case Based on the British Example of the Muslim Arbitration Tribunal," 822-824.

⁴⁷ Rohe, "Reasons for the Application of Sharia in the West," 37.

⁴⁸ Zee, *Choosing Sharia?: Multiculturalism, Islamic Fundamentalism and Sharia Councils*, 142 & 123 & Shaheen Sardar Ali, "Authority and authenticity. Sharia councils, muslim women's rights and the English courts," *Child & Family Law Quarterly* 25, No. 2, (2013): 124.

⁴⁹ Turner, Bryan & Berna Zengin Arslan. "Shari`a and legal pluralism in the West" *European Journal of Social Theory* 14(2) (2011), 151-152 & 156-157.

⁵⁰ 1064 RV e.v. & vergelijk: Choksi, "Religious Arbitration in Ontario - Making the Case Based on the British Example of the Muslim Arbitration Tribunal," 829.

⁵¹ Rohe, "Reasons for the Application of Sharia in the West," 37.

⁵² The independent review into the application of sharia law in England and Wales (London: Counter Extremism Unit, 2018), 16.

⁵³ Rohe, "Reasons for the Application of Sharia in the West," 37.

de MAT kan zij partijen beschermen tegen sociale druk of represailles indien zij niet wensen deel te nemen.⁵⁴

Zelf acht ik de argumenten van Choksi niet overtuigend genoeg wanneer het aankomt op het waarborgen van de vrijwilligheid van deelname door middel van procedurele waarborgen. Indien er shariaraden in Nederland opgezet zouden worden, zou dit punt nader onderzocht moeten worden. In ieder geval kan er wel vanuit worden gegaan dat indien shariaraden officieel opgericht worden onder arbitragewetgeving, deze procedurele waarborgen meer zekerheid op vrijwillige deelnamen zouden garanderen dan wanneer deze raden informeel zouden opereren.

Een ander bezwaar dat vaak tegen shariaraden in zijn algemeenheid wordt gegeven is dat de rechter van de vrouw bij een proces bij een shariaraad onvoldoende worden gewaarborgd. Zou zijn er onderzoeken gedaan naar shariaraden in Groot-Brittannië waarbij er sprake zou zijn van ongelijke behandeling van man en vrouw. Zij zouden een oplossing bieden aan vrouwen in huwelijkse gevangenschap, maar tegelijkertijd het probleem in stand houden. Het probleem dat gelegen is in een ongelijke verhouding tussen mannen en vrouwen zou gelegitimeerd worden door middel van de islam.⁵⁵

Ik meen dat algemeen gesteld kan worden dat in het islamitische recht de positie van een man en een vrouw van elkaar verschillen. Dit kan maken dat wanneer er een conflict beslecht wordt op basis van het islamitische recht, dit op een wijze kan gaan waarbij de man en vrouw anders behandeld worden. Dit punt maakt dat vrijwillige deelname des te belangrijker is. Wanneer de man en vrouw zich willens en wetens committeren aan geschilbeslechting op islamitische grondslag, dan dient een eventueel ongelijke behandeling mijns inziens niet als bezwaarlijk gezien te worden. Partijen kiezen hier immers voor.

5. Conclusie

Uitgaande van dat feitelijk rechtspluralisme een gegeven is, is het mijns inziens belangrijk om hiermee op een constructieve wijze mee om te gaan. Alhoewel de Nederlandse rechtsorde en het islamitische familierecht enigszins naast elkaar kunnen bestaan, geven situaties als huwelijkse gevangenschap namelijk weer dat er sprake kan zijn van spanning tussen beide. De Wet huwelijkse gevangenschap voorziet in stroomlijning van beide rechtsordes, maar doet dit op een manier waarbij de oplossing wordt opgelegd aan de islamitische gemeenschappen. Er is weinig ruimte voor een cultureel en religieus sensitieve aanpak. De weerstand die dit kan veroorzaken acht ik onwenselijk.

Daar komt bij dat het maar de vraag is of een afgedwongen islamitische echtscheiding door de Nederlandse staat in de gemeenschap van partijen als geldig wordt beschouwd. Daar komt bij dat de weg naar de rechter voor sommige vrouwen een lastige en zware weg is. Dit maakt dat er grote vraagtekens kunnen worden gezet bij de mate waarin de Wet huwelijkse gevangenschap daadwerkelijk effectief is.

Ik meen dat wanneer er een oplossing vanuit de islamitische gemeenschappen zelf wordt geboden in de vorm van een shariaraad, hiermee de behoeftes van deze gemeenschappen kunnen worden geaccommodeerd en er een cultureel en religieus sensitieve oplossing kan worden geboden. Daarbij kan een shariaraad in potentie voorzien in een oplossing die daadwerkelijk gelding heeft binnen islamitische gemeenschappen. Om te voorzien in de bezwaren die vaak worden gegeven tegen shariaraden in het buitenland, is het essentieel dat deelname aan een proces bij een shariaraad vrijwillig is. Deze vrijwilligheid dient nader onderzocht te worden.

⁵⁴ Choksi, "Religious Arbitration in Ontario - Making the Case Based on the British Example of the Muslim Arbitration Tribunal," 830-832.

⁵⁵Zie: Zee, *Choosing Sharia?: Multiculturalism, Islamic Fundamentalism and Sharia Councils*, 117-142.

Bij dit alles komt dat een initiatief voor een shariaraad natuurlijk vanuit de islamitische gemeenschappen zelf dienen te komen.