

José J. Bolten

Wetenschappelijk medewerker Centrum voor Buitenlands recht
en Internationaal Privaatrecht Universiteit van Amsterdam
en advocaat en procureur te Amsterdam

VERSTOTINGEN NAAR NEDERLANDS RECHT

(Het thema van deze voordracht is de verstoting naar islamitisch, met name Marokkaans recht en de consternatie die deze rechtsfiguur in de Nederlandse rechtsorde teweeg brengt. Dit voor de goede orde(1)).

In Nederland kan men alleen bij de rechter terecht voor een echtscheiding. Bij internationale echtscheidingen heeft de Nederlandse rechter een ruime bevoegdheid.

Tot in de vijftiger jaren paste de Nederlandse rechter op een internationale echtscheiding alleen zijn eigen wet toe -het oude Nederlandse echtscheidingsrecht dus- omdat, zoals de Hoge Raad in een befaamd arrest van 1907 had uitgemaakt, de ontbinding van een huwelijk een zaak was die de (Nederlandse) openbare orde en goede zeden betrof(2).

Pas in 1973 brak de Hoge Raad, in het voetspoor van de overigens verre van eenstemmige lagere rechtspraak, met deze leer.

De vraag naar het toe te passen recht wordt niet langer "geabsorbeerd" door de kwestie van de bevoegdheid. De Nederlandse rechter past in de hedendaagse rechtspraktijk niet alleen met grote regelmaat en steeds veelvuldiger "vreemd" echtscheidingsrecht toe ten aanzien van in Nederland woonachtige echtelieden die niet de Nederlandse nationaliteit bezitten, maar onder omstandigheden ook ten aanzien van Nederlandse staatsburgers.

Langzamerhand had zich in de rechtspraak een aantal "vuistregels" uitgekristalliseerd voor de beantwoording van de vraag, welk recht toepasselijk is in echtscheidingsprocedures. Vuistregels, die op zeker moment voor de zittende magistratuur aanbevelingen werden vanuit haar eigen Nederlandse Vereniging voor de Rechtspraak. Die ongeschreven regels van internationaal privaatrecht brachten dus enige duidelijkheid in situaties, waarin toepassing van vreemd recht mogelijk dan wel geboden was.

Het behoeft niet te verwonderen dat er een voorkeur bleef bestaan voor toepassing van Nederlands recht. Onbekendheid met vreemde rechtsstelsels en huiver voor bewijsproblemen bij diverse exotische echtscheidingsgronden zullen een rol hebben gespeeld, maar vooral de zogenaamde *favor divortii*, het streven naar bewilling in een beoogde echtscheiding. De *favor divortii* was een geest die echt goed over Nederland vaardig werd toen, in 1971, duurzame ontwijking van het huwelijk als voldoende en enige echtscheidingsgrond ging gelden. Veel rechterlijke uitspraken ademen die geest, en wanneer de ongeschreven regels van internationaal privaatrecht tot toepassing van buitenlands recht leken te noodzaken, bleken ze via typisch internationaal privaatrechtelijke manoeuvres voor ruime interpretatie vatbaar, waar dat buitenlandse recht echtscheiding niet toeliet. *Het Nederlands echtscheidingsrecht heeft "export-pretentie", zoals dat is genoemd.*

Gezien de bochten waarin het internationaal privaatrecht zich vaak wrong om het gewenste resultaat te bereiken -neutraal geformuleerd: toepassing van Nederlands recht, minder formeel uitgedrukt: ontbinding van een huwelijk- is het een verademing dat tenslotte de wil van partijen zegevierde. De Wet van 25 maart 1981, houdende regeling van het conflictenrecht inzake ontbinding van het huwelijk en scheiding van tafel en bed en de erkenning daarvan, die ik verder zal aanduiden als de Wet van 1981, stelt in artikel 1 voorop, althans bij close reading, dat partijen kunnen kiezen voor hetzij Nederlands recht, hetzij het recht van het land waarvan beide partijen de nationaliteit bezitten. (Bovendien codificeert ditzelfde artikel een paar andere regels van internationaal privaatrecht die de weg naar toepassing van Nederlands recht plaveien.)

De liberalisering van het materiële Nederlandse echtscheidingsrecht en het laissez-passer voor de partijwil ten aanzien van het toepasselijk recht zijn beide van invloed geweest op de kwestie van de *erkenning in Nederland van buitenlandse beslissingen tot huwelijksontbinding*. Voorheen werd de ontbinding van een huwelijk tussen partijen die alleen de Nederlandse nationaliteit bezaten, uitgesproken door een buitenlandse autoriteit, hier te lande alleen erkend als zij was uitgesproken op een grond die het Nederlands echtscheidingsrecht ook kende. De "duurzame ontwijking" maakte van deze materiële toetsing van zo'n buitenlandse beslissing een vrijwel(3) loutere formaliteit. Een buitenlandse echtscheiding tussen een Nederlander en een vreemdeling werd al langer hoofdzakelijk formeel getoetst,

en wel aan het criterium van de bevoegdheid van de buitenlandse autoriteit.

Over de erkenning van een buitenslands tot stand gekomen beslissing tot de ontbinding van een huwelijk tussen twee vreemdelingen bestond tot voor enkele jaren nog weinig jurisprudentie(4). Volgens de Memorie van Toelichting op de Wet van 1981 hechtte de Nederlandse rechter in zulke gevallen weinig belang aan het door de vreemde rechter toegepaste recht. Volstaan werd met een min of meer summier onderzoek naar de vraag of de uitspraak was gedaan door een bevoegde rechter en ook overigens op regelmatige wijze was tot stand gekomen.

De grond waarop een buitenlandse huwelijksontbinding tot stand was gekomen, is van afnemend tot geen belang gebleken voor de vraag, of zij hier te lande kon worden erkend. In de Wet van 1981 (artikel 2) geeft tenslotte de wil van partijen ook de doorslag bij de erkenning van een buitenlandse uitspraak waarbij het schortte aan de bevoegdheid van de autoriteit die de beslissing nam of aan de *behoorlijkheid van de rechtspleging* of zelfs aan *beide* vereisten tegelijk. Toetsing aan die formele maatstaven blijft achterwege, indien duidelijk blijkt, dat de wederpartij heeft ingestemd met of berust bij de ontbinding van het huwelijk.

De situatie van het hedendaagse *interne* echtscheidingsrecht zou ik als volgt willen samenvatten. In Nederland is op dit moment nog steeds de rechter de enige die oprechtsgeldige wijze een scheiding kan uitspreken. Als één van de twee partijen er op staat, zal -terecht- steeds duurzame ontwijking worden aangenomen. Het ontbreken van de instemming van de wederpartij kan die wederpartij zelden of nooit baten en zal trouwens als hinderpaal van de baan zijn als het laatste restje *schuld*-bezinsel uit de wetgeving is verwijderd, hetgeen staat te gebeuren. Een zó lijdelijke echtscheidingsrechter -ik spreek nu niet over de bijkomende regelingen en voorzieningen, maar alleen over de ontbinding van het huwelijk zelf- zal, dunkt mij, vroeg of laat helemaal terugtrekken en de pijp aan Maarten van de Burgerlijke Stand geven.

Waar het mij om gaat is de parallelle ontwikkeling in het interne echtscheidingsrecht te signaleren van wat in de hedendaagse terminologie "deregulering" c.q. "dejuridisering" wordt genoemd: de uitholling van de rol van de rechter en de unilateralisering in de echtscheidingsprocedure, anders gezegd, de tendens naar een volkomen eenzijdige echtscheiding (uiteraard met bilateraal effect).

In het echtscheidingsrecht voor *internationale gevallen* is de echo van die parallelle ontwikkeling te beluisteren in de Wet van 1981 waar het gaat om de kwestie van het door de Nederlandse rechter toe te passen recht. Ik hoop dat in dit korte bestek te hebben aangegeven.

Als het echter gaat om de *erkenning* van een buiten Nederland tot stand gekomen huwelijksontbinding is de Wet van 1981 minder divorce-minded. Enerzijds zien we de bereidheid de hand te lichten met de bevoegdheid van de buitenlandse autoriteit en met de voorwaarde van een behoorlijke rechtspleging, anderzijds wordt daarop een krachtige rem gezet door de voorwaarde, dat dan de wederpartij moet hebben ingestemd met of berust in de ontbinding van het huwelijk. De unilaterialisering in het Nederlandse echtscheidingsrecht heeft klaarblijkelijk geen export-pretentie -zodra er import tegenover staat.

In de praktijk zal een beroep op de proceshouding van de wederpartij bij menig stelsel van buitenlands echtscheidingsrecht niet aan de orde zijn, omdat aan de voorwaarden van bevoegdheid van de buitenlandse autoriteit en van een behoorlijke rechtspleging zal zijn voldaan.

Anders ligt dat bij de erkenning van het fenomeen van de verstoting. De Wet van 1981 wijdt er een afzonderlijk artikel aan. Ik moet U de wetgeschiedenis van dit moeizaam tot stand gekomen artikel onthouden, om niet de mij toegemeten tijd te overschrijden(5).

De tekst van bedoeld artikel(artikel 3) luidt:

- Een ontbinding van het huwelijk buiten het Koninkrijk uitsluitend door een eenzijdige verklaring van de man tot stand gekomen, wordt niet erkend, tenzij
- a. de ontbinding van het huwelijk in deze vorm overeenstemt met de personele wet van de man;
 - b. de ontbinding ter plaatse waar zij geschiedde rechtsgevolg heeft; en
 - c. duidelijk blijkt dat de vrouw uitdrukkelijk of stilzwijgend met de ontbinding van het huwelijk heeft ingestemd of zich daarbij heeft neergelegd.

Voorop staat dus dat zo'n verstoting in principe -of uit principe- in Nederland niet wordt erkend. Voor erkenning komt een verstoting alleen in aanmerking als aan de drie genoemde cumulatieve voorwaarden is voldaan.

In 1955 vond in Nederland een opmerkelijke gebeurtenis plaats: een vrouw, die als gevolg van haar huwelijk met een Pers haar

Nederlandse nationaliteit had verloren en de Iraanse verkregen, liet als gemachtigde van haar man een notaris een akte opmaken van haar eigen verstoting.

De Rechtbank Haarlem, om erkenning gevraagd, had geen bezwaar, daarbij overwegende "dat de Nederlandse openbare orde er zich niet tegen verzet om deze volgens Iraans recht rechtsgeldige ontbinding van het huwelijk tussen Iraanse partijen en hier te lande te erkennen, zodat aangenomen moet worden, dat verzoekster (...) niet meer gehuwd is". (6) "Een zeer ernstige vergissing" van de Haarlemse rechter, heeft Kollewijn in Het Personeel Statuut deze beslissing genoemd(7). Bijna dertig jaar later repliceer ik: dat hangt nog. Maar nog in 1982 schreef Joppe in het Nederlands Juristenblad, dat deze Haarlemse beslissing de lof der zotheid verdiende(8).

In een vonnis in kort geding, in 1979, noemde de President van de Rechtbank te Amsterdam de vraag of een echtscheiding (het ging om een verstoting door een Marokkaanse man) in Nederland kan worden erkend, onbekommerd een vraag die de Nederlandse openbare orde raakt(9). Drie jaar eerder had de Rechtbank Amsterdam van een verstoting die in Marokko bij onderlinge overeenstemming had plaatsgevonden, gezegd dat deze naar Nederlands recht en Nederlandse rechtsopvatting indruiste tegen de Nederlandse openbare orde(10). De Wet van 1981 heeft dit punt niet echt beslecht. De rechter kan nu echter in de meeste gevallen, buiten de formule van de openbare orde om, aan erkenning ontkomen, omdat aan één of meer van de voorwaarden die de wet stelt, niet is voldaan. Zowel bij het door de Wet van 1981 gekozen uitgangspunt van niet-erkenning van verstotingen, als bij de drie genoemde voorwaarden zijn vraagtekens te plaatsen.

Wat het uitgangspunt betreft, rijst de vraag wát men in Nederland nu precies tegen verstotingen heeft. Menigeen heeft een antwoord op deze vraag paraat. Nochtans lopen de antwoorden uiteen, hetgeen op zichzelf al tot een boeiende discussie kan leiden. Voor mij missen de mij bekende antwoorden bovendien overtuigingskracht en ik wil de hachelijke onderneming wagen ook U daarvan te overtuigen.

Daar is in de eerste plaats het argument van de strijd met de *openbare orde*, soms aangevuld met de *goede zeden*, soms inbegrepen de goede zeden. Het is niet geheel duidelijk in hoeverre de openbare orde de achterliggende gedachte van de wetgever van 1981 is geweest. De openbare orde is in het internationaal privaatrecht een rekkelijk begrip: nu eens werkt ze wel, dan weer werkt ze niet(11). Feit is, dat de huidige Minister van Defensie in de Memorie van Toelichting

op de Wet van 1981 zijn toevlucht nam tot dit paardemiddel voor niet nader omschreven gevallen, waarin erkenning van een verstoting kan afstuiten op de Nederlandse openbare orde, ofschoon de drie wettelijke voorwaarden zijn vervuld(12). Laten wij de openbare orde en de goede zeden voor wat zij waard zijn. Zij klinken nog genoeg door in de volgende argumenten tegen erkenning van verstotingen, die ik aan Uw kritisch oordeel wil onderwerpen.

Kollewijn ontstak vooral zo in toorn over de eerdergenoemde Haarlemse beslissing, omdat in Nederland de rechter de enig-aangewezen is om scheidingen uit te spreken. De Wet van 1981 heeft zijn zijde gekozen. In de Memorie van Toelichting is sprake van "deze zonder medewerking of toezicht van enige autoriteit, althans zonder enige vorm van proces tot stand gekomen verstotingen", waar het gaat over het beginsel van niet-erkenning(13).

Is de eis van een bevoegde autoriteit een zelfstandig argument? Dezelfde wet blijkt er in artikel 2 (de erkenning van buitenlandse echtscheidingen, niet zijnde verstotingen) minder zwaar aan te tillen, als de wederpartij van degeen die de scheiding entameert er niet zwaar aan tilt. De instemming of berusting van de wederpartij pardooneert immers het bevoegdheidsgebrek. De Memorie van Toelichting clauseleert dan ook: "althans zonder enige vorm van proces". Niet een zelfstandig argument dus. Maar wat is het argument zelf waard? Om te beginnen doet het wat rigide aan in het licht van wat ik schetste als een onvermijdelijke ontwikkeling in het Nederlandse echtscheidingsprocesrecht. Toegegeven, die ontwikkeling heeft haar beslag nog niet gekregen. Maar er wordt tegenwoordig, in het kader van de discussie over de vereenvoudiging van de echtscheidingsprocedure, serieus over nagedacht. Een belangrijk argument in die gedachtenontwikkeling is de overbelasting van de rechterlijke macht. Bewijst het pragmatische karakter van dit argument niet, dat de kwestie toch van wat minder principiële aard is geworden? Nogmaals, ik heb het niet over postdivortiale vermogensrechtelijke problemen en al helemaal niet over gezagsvoorzieningen en omgangsregelingen met betrekking tot de kinderen, maar slechts over het feit van de huwelijksontbinding zelf. Aan de huwelijksontbinding door de dood komt tenslotte in Nederland ook geen aardse rechter te pas. Evenmin is dat tot op heden het geval bij het opsplitsen van niet-huwelijkse samenlevingsverbanden, zoals concubinaten.

Het moet gezegd: Kollewijn besprak een geval, waarin zijns inziens de verstoting had plaatsgevonden op Nederlands territorium. Het ging hem om de exclusieve competentie van de rechter op Nederlands grondgebied. Ik kom op

het verschil tussen verstotingen binnen het Koninkrijk en die buiten het Koninkrijk nog terug. Voorlopig bespreek ik de bezwaren die bestaan tegen verstotingen in het algemeen, of ze nu hier te lande plaatsvinden, of in het land van herkomst rechtsgeldig tot stand zijn gekomen. Het ontbreken van een bevoegde autoriteit is één van die bezwaren, zoals blijkt uit het door de Wet van 1981 gekozen uitgangspunt.

Een hiermee samenhangend bezwaar tegen verstotingen dat ik al aanstipte, is eveneens van processuele aard: het ontbreken van enige vorm van proces brengt met zich mee dat er geen rechtswaarborgen zijn voor de rechten van de verdediging, de wederpartij, degene die wordt verstoten. Ook dit bezwaar dreigt te worden ingehaald door de onstuitbare ontwikkeling in het Nederlands recht, die ik hiervoor besprak. Kortheidshalve: het Nederlandse echtscheidingsrecht is hard op weg "verstotingsrecht" te worden. Het woord is van Pitlo(14), die het echtscheidingsrecht vanaf 1971 zo zou hebben getypeerd, als niet de wet toen nog de rechter de mogelijkheid had gelaten een echtscheiding niet uit te spreken, wanneer de ontwrichting van het huwelijk in overwegende mate aan de eiser te wijten was. Aan het moslimse verstotingsrecht dan tegen te werpen, dat de instemming van de wederpartij niet blijkt en te eisen dat het alsnog consensueel wordt, doet minstgesproken merkwaardig aan.

Meer inhoudelijk klinkt het eveneens veelgehoorde argument dat een verstoting "eenzijdig en willekeurig" is. De eis van een behoorlijke rechtspleging, waarbij ik zojuist een kanttekening plaatste, komt in wezen voort uit dit bezwaar. De kwalificatie "willekeurig", onder meer door Kokkini gebruikt in *Ars Aequi*(15), verdient nog wat meer aandacht. Het is in mijn ogen tamelijk grotesk om aan het adres van het islamitische deel der mensheid te stellen dat hun mannen uit pure willekeur een eind aan hun huwelijk maken. Zulk een willekeur is toch eigenlijk alleen voorstelbaar in samenlevingen (of ze bestaan is een tweede) die het huwelijk niet kennen? Licht het niet veel meer voor de hand aan te nemen, dat een man die zijn vrouw verstoot, om welke reden ook zijn huwelijk als duurzaam ontwricht beschouwt? Wie zich enigszins heeft verdiept in de levenswijzen van de duizenden moslims die nu al weer tien, vijftien jaar deel uitmaken van de Nederlandse samenleving, kan moeilijk tot de conclusie zijn gekomen, dat de moslimse mannen bij uitstek losbollen zijn. In de landen van hun herkomst is het gezins- en familieverband doorgaans hechter, naarmate westerse invloeden minder zijn doorgedrongen. Een interessant boek, dat ik in dit verband van harte aanbe-

veel aan wie het niet kent, is getiteld: *Islam and the West, the making of an image*(16). Het is een studie van de formatie, liever gezegd deformatie van de Westeuropese christelijke idee van de Islam in de twee eeuwen na 1100 en de auteur, Norman Daniel, put uit een veelheid van bronnen. Hij beschrijft onder meer de christelijke aanval op wat ook toen al werd gezien als een moslim-gewoonte: de lichtvaardige beëindiging van het huwelijk. Een vooraanstaand christelijk denker wordt door hem als volgt geparafraseerd: "(...) a wife was a colleague, not a servant (...). To send her away for illness would be contrary to compassion; if infirmity were a reason it would dissolve all marriages in old age; under such rules, women were deflowered and made pregnant and then sent away, and were thus dishonoured by all men; and so Islam was a Law of prostitution" (17) - mijn cursivering. Zo'n argument, zegt Daniel droogjes, zou geen indruk maken op een moslim, die immers wist dat het op geen enkele manier correspondeerde met wat feitelijk gebeurde in de moslim-maatschappij.

Tenslotte, wat dit algemene, enigszins rechtsvergelijkende deel van mijn betoog betreft, is er het argument dat de verstoting de gelijkheid van man en vrouw met voeten treedt. Naar zijn face value een sterk argument. In België speelt het een belangrijke rol voor de rechter als het gaat om de erkenning van een verstoting waarmee de vrouw niet instemde. De Nederlandse wet en ook de jurisprudentie(18) maken eveneens een heel punt van de berusting of instemming van de vrouw, maar met zoveel woorden wordt het gelijkheidsbeginsel daarbij niet aangeropen. De eenzijdigheid van de verstotingsdaad lijkt hier vooral procesrechtelijk aanstootgevend. Niettemin is de opvatting dat de verstoting de gelijkheid van man en vrouw beschaamt -blijkens het boek van Daniel reeds destijds een favoriet argument! (19) -in Nederland levendig, met name onder vrouwen, is mijn ervaring(20). De Wet van 1981 en de Memorie van Toelichting erbij illustreren alleen maar weer, hoe gering in Nederland de invloed van vrouwen op de wetgevende macht is.

Hoe de instemming of berusting van de vrouw moet blijken, is een verhaal apart(21). In het ene geval blijkt haar wens om te hertrouwen, jaren na dato van de verstoting, duidelijk genoeg(22), in het andere geval is het aanhangig maken van een echtscheidingsprocedure door een vrouw die met haar recente verstoting niet instemde, geen reden tot erkenning van die verstoting(23). In het laatste geval waren partijen in feite eensgezind in hun verlangen naar beëindiging van de huwelijksrelatie(24).

Ook in gevallen waarin dat niet duidelijk blijkt, is zeer

wel denkbaar dat de vrouw met de verstoting instemde. Om dat in te zien moet men wetenschap hebben van de verschillende vormen van huwelijksontbinding en hun rechtsgevolgen, die het betrokken buitenlandse rechtstelsel kent. Verschillende rechterlijke uitspraken en annotaties getuigen wat dat betreft van een informatietekort(25).

Men stelle zich een Marokkaanse vrouw voor die om haar move-rende redenen haar huwelijk wil beëindigen. (De reden kan natuurlijk ook zijn gelegen in het onder ogen zien van het feit dat haar echtgenoot het huwelijk met haar wil beëindigen.) Wat kan zij doen, naar Marokkaans recht? Haar man eenzijdig verstoten behoort niet tot haar mogelijkheden. De *talaq* is alleen voor mannen. Zij heeft te kiezen tussen de *khoul* en de *tatliq*(26).

De *khoul* is een soort verstoting, als men als essentieel voor een verstoting beschouwt, dat er geen bevoegde autoriteit bij komt kijken. Het is geen verstoting, als men juist de eenzijdigheid van de daad kenmerkend acht. De *khoul* is een huwelijksbeëindiging met wederzijdse instemming. (De Wet van 1981 voorziet overigens niet in een regeling voor de erkenning van *khoul*-scheidings.) (27)

De *khoul* kan grote nadelen hebben voor de vrouw. Eerstens moet haar man dus meewerken. Op de tweede plaats eist de Marokkaanse wet dat de vrouw haar man schadeloos stelt. Dit kan haar zeer wel het resterende deel van haar bruidsprijs (*sadaq*) kosten, waarop de vrouw dikwijls pas haar aanspraak doet gelden wanneer zij wordt verstoten(28). Het is de enige alimentatie-achtige voorziening die het Marokkaanse recht een vrouw biedt(29). De 'schadevergoeding' kan ook hierin bestaan, dat de vrouw zich verplicht de kinderen te verzorgen(30), maar het schijnt nog wel eens voor te komen dat zij als tegenprestatie juist afstand doet van het verzorgingsrecht(31). Op de derde plaats kan de vrouw bij de *khoul* haar man niet aanspreken op zijn onderhoudsplicht(*nafaqa*) tijdens de voorgeschreven wachtperiode('idda) (32), die over het algemeen drie maanden duurt. Bij een *talaq*-verstoting door haar man heeft zij dat recht wel. Verder verbeurt zij de *mout'a*, de gift ter vertroosting die een man zijn vrouw moet geven wanneer hij haar verstoet(33). De omvang daarvan is afhankelijk van zijn draagkracht en haar levensomstandigheden.

Blijft over de *tatliq*, de gerechtelijke echtscheiding op verzoek van de vrouw. Hierbij is de vrouw gehouden haar echtscheidingsvordering op een der in de Moudawwana, het Marokkaans Burgerlijk Wetboek, gegeven gronden te baseren. Lang niet altijd zal zij het bestaan van zo'n echtscheidingsgrond aannemelijk kunnen maken. Mishandeling door de man is één van die gronden, maar daarbij moet men wel bedenken(ook kennis van het huwelijksrecht is dus vereist!) dat de man

tot op zekere hoogte het recht heeft zijn echtgenote, ook fysiek, te kastijden. Ook geestelijke mishandeling is waarschijnlijk aanvaardbaar als echtscheidingsgrond, maar ook dat stelt zware eisen bij een huwelijksrecht dat de vrouw gehoorzaamheid aan haar man voorschrijft. Tenslotte is het aanspannen van een echtscheidingsprocedure voor een vrouw in Marokko, behalve misschien in geëmancipeerde of upper class kringen, een ontorende daad, die haar sociaal gesproken zo kan opbreken, dat zij er niet snel toe zal overgaan. Al deze factoren zouden in de beschouwing van de verstoting moeten worden betrokken. Ik wil dit punt, de schending van de gelijkheid van man en vrouw, afronden met een retorische vraag: een huwelijk waarin (zelfs) naar Nederlandse maatstaven de ongelijkheid van man en vrouw zozeer is verankerd, moet de ontbinding daarvan, op welke wijze die ook geschiedt, worden belemmerd met een beroep op de gelijkheid van man en vrouw? Is dat niet een morele kruistocht met het paard achter de wagen?

De Wet van 1981 bevat nog een interessante ongerijmdheid van geheel andere aard. Als het gaat om *toepassing* van buitenlands recht, geeft de wet ruim baan aan het recht van het land waarvan partijen de nationaliteit bezitten. Kiest één van die partijen voor dat vreemde recht en laat de andere partij die keuze onweersproken, dan moet die keuze door de rechter worden gehonoreerd. Een Marokkaanse man kan, eigenaardig genoeg, van deze faciliteit geen gebruik maken. Zijn recht geeft hem immers slechts de mogelijkheid van een buitengerechtigde huwelijksontbinding. Hij zou, als hij de Nederlandse rechter zou willen adiëren voor een echtscheiding naar Marokkaans recht, slechts met zijn vrouw kunnen afspreken: a) dat zij de vordering aanhangig maakt (een echtscheiding op gemeenschappelijk verzoek dus, in de gedaante van een dagvaardingsprocedure), en b) dat hij een van de vergrijpen zou bekennen die naar Marokkaans recht grond zijn voor een gerechtelijke echtscheiding. De terugkeer van een 'grote leugen' dus, voor de Nederlandse echtscheidingsrechter. Men kan gevoeglijk aannemen, dat deze Marokkaan slechts kan kiezen voor de toepassing van Nederlands recht. Als zijn vrouw niet instemt met een scheiding, kan zij die keuze betwisten. Wanneer hij haar in arrenmoede dan maar verstoot, is hij weliswaar naar Marokkaans recht gescheiden, maar nog altijd niet naar Nederlands recht, want bij gebreke van instemming van de vrouw wordt die verstoting hier niet erkend.

Zo blijken de door het internationaal privaatrecht zorgvuldig onderscheiden vragen van bevoegdheid, toepasselijk recht en erkenning in elkaar te grijpen. Alle Nederlandse bezwa-

ren tegen de verstotingsprocedure ten spijt, is de talaq, de verstoting van de vrouw door de man, ook een kwestie van *materieel* buitenlands recht, dat voor *toepassing* in aanmerking kan komen. Dat heeft het Hamburgse Amtgericht begrepen, blijkens een lucide uitspraak in 1979, waarbij een dergelijke verstoting werd erkend(34). Toepasselijk was volgens het internationaal privaatrecht van de Bondsrepubliek het Marokkaanse recht. De in casu voltrokken 'Privatscheidung', zoals de talaq werd aangeduid, was effectief volgens deze Duitse rechter, omdat het Marokkaanse procesrecht, dat voorzag in een echtscheiding zonder medewerking van de rechter, "untrennbar" was verbonden met het toepasselijke Marokkaanse materiële recht. Het was, volgens het Amtgericht, een kwestie die viel onder "die Lehre von den sachrechtsbezogenen Verfahrensnormen". Daarmee kunnen wij, die niet materieel willen toetsen, het voorlopig doen! De betreffende verstoting zou hebben plaats gevonden in de Marokkaanse ambassade te Bonn.

En hiermee kom ik toe aan de betrekkelijk hooglopende discussie in Nederland over de vraag of, wat dan wordt genoemd een '*consulaat-verstoting*' nu binnen het Koninkrijk der Nederlanden plaats vindt (en dus zeker niet voor erkenning in aanmerking komt) of buiten het Koninkrijk (en dan onder omstandigheden kan worden erkend) (34a). De rechtspraak is hierover bijzonder verdeeld (34b). Weer is de exclusieve bevoegdheid van de Nederlandse rechter in het geding. Een nadere argumentatie op dit punt luidt, dat de exclusieve bevoegdheid van de Nederlandse rechter op Nederlands grondgebied een factor is die de gelijkheid voor de wet van alle inwoners dient. Je zou anders ook bijvoorbeeld joodse en katholieke gelovigen hun eigen echtscheidingsforum moeten gunnen (35). Een bijbelvast antwoord zou zijn: "Is Uw oog boos, omdat mijn hart goed is?" Treffend is dat de ruimte voor een eigen cultuurbeleving van religieuze minderheden in dit opzicht in Nederland aanzienlijk geringer is dan in Marokko. De Rechtbank Den Haag overwoog in een vonnis van mei 1983 naar aanleiding van een '*consulaat-verstoting*' waarmee de vrouw had ingestemd: "Wanneer (...) zoals in het onderhavige geval, beide partijen reeds enige tijd in Nederland wonen, mag van de eisende partij -i.c. de man- indien hij op Nederlands grondgebied op een hier te lande als rechtsgeldig te erkennen wijze het huwelijk wil doen (!) ontbinden, worden verwacht dat hij zich daartoe tot de Nederlandse rechter wendt. Wil de eisende partij per se dat het huwelijk wordt ontbonden door de autoriteit (!) die ingevolge zijn nationale wet daartoe bevoegd is met inachtneming van de in die nationale wet verankerde procesgang, dan mag van hem worden ver-

langd dat hij zich daartoe begeeft naar het land van zijn nationaliteit". (36) Deels terecht noemt Kokkini de niet-erkenning van een 'consulaat-verstoting' "een formalistische oplossing, waarbij men de in Nederland wonende Marokkaanse gastarbeider voor een paar dagen naar Marokko stuurt, waardoor alles in orde komt, omdat de verstoting 'buiten het Koninkrijk tot stand is gekomen'." (37)

Bezoekt Marokko, het Gretna Green van de verstoting. Ik vermoed echter, dat niet veel reisbureaux rijk zullen worden van het verstotingstoerisme. Naar Marokkaans recht kan de man immers ook iemand machtigen(37a) om zijn vrouw te verstoten, die er op haar beurt in het geheel niet bij aanwezig hoeft te zijn(37b).

Het meest intrigerend in deze controverse over de 'consulaat-verstotingen', waarin men soms zelfs het volkenrecht de oplossing laat geven van de brandende kwestie of ambassades en consulaten Nederlands territorium zijn(38), is de onomstredenheid van de vooronderstelling, dat er op consulaten wordt verstoten. Wat men niet beseft is dat de verstoting geheel en al vormvrij is. De enige eis die de Moudawwana stelt is ondubbelzinnigheid, in woord of gebaar. Geen autoriteit, geen voorgeschreven plaats van handeling. Dit zou in de lijn van de traditie kunnen liggen, gezien de vroeg-Arabische voorkeur voor het gesproken woord(39). Misschien stuiten we hier wel, wat de verstoting betreft, op de grootste kloof tussen de hedendaagse westerse en de islamitische cultuur. De akte, die consulaten hier te lande opmaken, doet niets toe of af aan de rechtsgeldigheid van de verstoting, maar dient slechts ter registratie(40). Een verstoting 'op het consulaat' zal mijns inziens dan ook even zelden voorkomen als een Marokkaan die, op zijn wandeling toevallig een wijle verpozend op het consulaat van zijn land, ter plekke besluit van de gelegenheid gebruik te maken om zijn vrouw te verstoten.

Intussen gebeurt het natuurlijk meer dan eens, dat een in Nederland woonachtige Marokkaan tijdens een verblijf in Marokko zijn vrouw verstoot, haar daar achterlaat en van dezelfde reis of een volgende een nieuwe bruid naar Nederland meeneemt. Zolang die verstoting hier te lande niet is erkend, zal deze nieuwe vrouw niet worden toegelaten in Nederland. De redenering is dan immers, dat dit huwelijk een bigaam huwelijk is en -hoe rechtsgeldig ook naar het nationale recht van de man en daarmee óók naar Nederlands recht!- dat staat in de weg aan toelating van de tweede vrouw. Het vreemdelingenbeleid heeft zo zijn eigen normen; het gaat minder scrupuleus om met het begrip openbare orde dan het internationaal privaatrecht. Van dit laatste een voorbeeld. Ter overdenking moge ik U een citaat geven uit de Handelingen

van de Tweede Kamer, in debat over vermeende 'schijnhuwelijken' op grond waarvan een recht op toelating wordt geclaimd, niet dus over verstotingen. Aan het woord is de Staatssecretaris van Justitie: "Gezien de toenemende culturele diversiteit van de Nederlandse samenleving is het onvermijdelijk, dat bij de beoordeling van de vraag of een huwelijk, dat naar Nederlands recht rechtsgeldig is gesloten, reëel is, de culturele gebruiken van de betrokken huwelijkspartners mede in overweging worden genomen. Wel dient ertegen te worden gewaakt, dat de grenzen van wat in Nederland als aanvaardbaar wordt beschouwd, worden overschreden." (41) Over de verhouding tussen het vreemdelingenrecht en het internationaal privaatrecht valt veel meer te zeggen. Ik moet hier volstaan met de eenvoudige constatering dat, door verstotingen hier te lande niet te erkennen, het internationaal privaatrecht en het tegenwoordige vreemdelingenbeleid elkaar vreemd genoeg de hand reiken. Dat ligt dikwijls anders en geeft alleen al daarom te denken.

Sauveplanne schrijft in zijn 'Rechtsstelsels in vogelvlucht': "De verzoening der tegenstelling tussen modernisme en orthodoxie wordt thans beproefd door westerse ideeën in het kleed van het islamitisch recht te steken." (42) Wellicht zweefde hem een Perzisch kleed voor ogen, maar hij doelde in ieder geval op een verschijnsel in de islamitische landen zelf. Ik vraag mij af of men in Nederland niet met precies hetzelfde bezig is, bijvoorbeeld bij de introductie van het instemmingsvereiste in een verstotingsrecht waaraan dat geheel vreemd is. De instemming van de vrouw die Marokkaanse consulaten hier oplettend registreren in een verstotingsakte, heeft meestal niets te maken met de khoul, de verstoting bij onderlinge afspraak, die zeer zelden voorkomt, maar waarschijnlijk alles met de voorwaarden die de Nederlandse wet aan erkenning stelt.

Tot besluit. Het familierecht in islamitische landen wordt vaak het laatste bolwerk van de orthodoxie genoemd. In dit verband is een aardige overgeleverde anekdote te vertellen, die ik vond in *A study of Islamic Herstory*, een artikel van Azizah al-Hibri(43). Niet lang na de dood van de profeet stelde de nieuwe kalief Omar Ibn el-Khattab op een vrijdagse gebedsbijeenkomst voor, de bruidsprijs te reduceren tot een symbolische som. Achter in de moskee stond een oude vrouw op die bezwaar maakte: gij zult niet van ons wegnemen wat Allah ons heeft gegeven. Ze citeerde daarbij de passage in de Koran die de vrouw het recht geeft op haar bruidsprijs als een bron van economische onafhankelijkheid. En de kalief trok zijn voorstel terstond in, zeggende: de vrouw heeft ge-

lijk en Omar ongelijk. De schrijfster van het artikel voegt eraan toe: "Gezegd moet worden dat het argument van de liefde voor zijn voorstel was, dat vrouwen in de Islam niet te koop waren".

Fatima Mernissi, een Marokkaanse socioloog en feminist, die kort geleden in Nederland op bezoek was, zei bij die gelegenheid onder meer: "One of the most hateful things in Islam is talaq." Deze opvatting wint veld in islamitische landen en dat is in mijn betoog onderbelicht gebleven. U zult hebben begrepen dat het mij daar ook niet om ging. Het is verre van mij voor dit forum begrip te pleiten voor het moslimse recht, laat staan weezin daarvoor uit te spreken, al was het maar omdat ik mij daartoe niet competent voel.

Mij lijkt dat er nog een lange introspectieve weg te gaan is om tot begrip van ons eigen recht te komen, ingebed als het is, niet anders dan dat van de Islam, in zijn eigen culturele context. En ik denk dat de confrontatie met het recht van de Islam -of het nu om toepassing van dat recht hier te lande of om de erkenning van in den vreemde geschapen rechtstoestanden gaat- alleen langs de weg van introspectie een minimaal paternalistische en cultuurimperialistische reactie zal teweeg brengen, anders gezegd, minimaal aanstootgevend zal zijn.

NOTEN

1. Abusievelijk heeft men in de synopsis van mijn bijdrage aan dit symposium nog enkele andere thema's opgenomen.
2. HR 13 december 1907, W. 8636 (Boon-Schmidt).
3. Memorie van Toelichting bij de Wet van 1981, Tw. K. 1979-1980, 16 004 nrs. 3-4, blz. 6.
4. Aldus ook: MvT, blz. 8.
5. Zie onder meer: MvT; Verheul, NJB 1980, blz. 572 e.v.; Verheul, NILR 1981, blz. 390 e.v.; Van Rooij, AAE 1981, blz. 420 e.v.
6. Rb. Haarlem 25 mei 1956 (beschikking genoegzaamverklaring van stukken). Zie ook: HPS 1955, blz. 140/141; Luitingh, HPS 1956, blz. 86; Kollewijn, HPS 1956, blz. 112/113; Kollewijn, Tien jaren Nederlandse rechtspraak internationaal privaatrecht (1954-1963), Leiden 1966, blz. 70.
7. Zie noot 6.
8. Joppe, NJB 1982, blz. 617 e.v.
9. Pres. Rb. Amsterdam 19 juli 1979, AK 11.712; zie ook: NILR 1980, blz. 237.
10. Rb. Amsterdam 7 maart 1968, in: Nederlandse rechtspraak inzake echtscheiding in het internationaal privaatrecht 1963-1971 (Asser Instituut).
11. Zie voor het begrip openbare orde in het internationaal privaatrecht onder meer: Jessurun d'Oliveira, Openbare orde en rechtsvergelijking, in: 't Exempel Dwinght, Zwolle 1975, blz. 239 e.v.; Verheul, De openbare orde als tweesnijdend zwaard, inaug. rede, Leiden 1978; G.R. de Groot, in: Recht van de Islam, Groningen 1984, blz. 43 e.v.; vgl. J. Brugman, in: Recht van de Islam, Groningen 1984, blz. 4 e.v. over 'l'ordre public musulman'.
12. MvT blz. 19. De redenering is overigens in overeenstemming met het internationaalprivaatrechtelijk leerstuk van de openbare orde als ultimum remedium.
13. MvT blz. 19.
14. Pitlo, Het Nederlands Burgerlijk Wetboek, deel I, Het Personen- en familierecht, Arnhem 1979, blz. 254.
15. Kokkini-Iatridou, AAE 1983, katern 7, blz. 249-252.
16. Norman Daniel, Islam and the West, the making of an image, Edinburgh University Press 1958.
17. Daniel, blz. 146.
18. Bijvoorbeeld: Pres. Rb. Amsterdam 19 juli 1979, AK 11.712; Rb. Arn-

- hem 28 januari 1982, AK 13.153; Pres. Rb. 's-Gravenhage 10 december 1982, RvdW (KG) 1983, 21 en NIPR 1983, 268, door Hof 's-Gravenhage bekrachtigd; Rb. 's-Gravenhage 10 oktober 1983, NIPR 1984, 94. Zie ook noot 24.
19. Daniel, blz. 146.
20. De enige mij bekende uitvoerig op schrift gestelde verwoording van deze hedendaagse stellingname in Nederland: Marty Gieskes, Erkenning van verstotingen in Nederland, doctoraalscriptie internationaal privaatrecht, UvA 1983.
21. Zie ook: Feteris, AAe 1984, blz. 9-14.
22. In deze zin Van Rooij, blz. 428, in het voetspoor van Kollewijn, Lemaire en Deelen, en Feteris, blz. 13.
23. Zie noot 9 en in het betreffende vonnis met name de krasse rechtsoverweging 10. De annotator in NILR 1980, blz. 239, en Feteris, blz. 13, leiden uit dit vonnis een algemene regel af op dit punt, waarvan ook Joppe, blz. 623, het bestaan aanneemt. M.i. ten onrechte: zie noot 24. Zie ook: Rb. 's-Gravenhage 10 oktober 1983, NIPR 1984, 94.
24. Ten tijde van dit vonnis was nog niet de Wet van 1981 van kracht: Art. 3 van deze wet spreekt sub c over (de instemming met of berusting bij) de ontbinding van het huwelijk, niet over de ontbinding van het huwelijk "in deze vorm". In casu ging de strijd om de echtelijke woning; de erkenning van de verstoting zou met zich hebben meegebracht, dat de vrouw aan het per 1 juli 1979 (tien dagen na het onherroepelijk worden van de verstoting!) van kracht geworden huurrecht, dat de echtgenote medehuuster maakt van de echtelijke woning, geen aanspraak zou kunnen ontlenen. Vandaar dat de vrouw zich verzette tegen de ontbinding van het huwelijk in deze vorm. De rechter greep naar de 'openbare orde' om haar tegemoet te komen.
25. Voorbeelden uit de rechtspraak:
 -zie noot 27 (uitspraken van de Rb. Amsterdam over de khoul);
 -het in noot 9 genoemde vonnis van de Pres. Rb. Amsterdam (de man zou bij een verstoting (een deel van) de "bruidsschat" moeten "terugbetalen");
 -de in noot 23 genoemde uitspraak van de Rb. 's-Gravenhage (de man zou in Marokko buiten de vrouw om een gerechtelijke echtscheiding hebben verkregen?);
 -zie noot 34b (uitspraken van de Rb. Arnhem, 's-Gravenhage en Rotterdam over 'consulaat-verstotingen').
 Voorbeelden uit de literatuur: zie noot 34a (t.a.v. 'consulaat-verstotingen').
26. Artikel 31 van de Moudawana laat ik hier buiten beschouwing. Zie over de huwelijksontbinding naar Marokkaans recht en i.h.b. de verstoting onder meer: Van den Berg-Eldering, NJB 1979, blz. 173 e.v.; Recht bij Turkse en Marokkaanse echtscheidingen, uitgave Nederlands Centrum Buitenlanders, Utrecht 1983; Michel Taverne, Le droit familial maghrebin (Algérie-Maroc-Tunisie) et son application en Belgique, Bruxelles 1981.
27. In de procedure die leidde tot het in de noten 9, 23 en 24 bedoelde vonnis in kort geding, kwam het later tot een tussenvonnis (Rb. Amsterdam 29 april 1981, AK 12.701) en een eindvonnis (Rb. Amsterdam 14 oktober 1981, eveneens rolnr. 79.3155) terzake van de huwelijksontbinding. In deze uitspraken wordt de khoul aangemerkt als "grond" voor echtscheiding naar Marokkaans recht en de echtscheiding uitgesproken onder toepassing van "Marokkaans" recht. Op deze wijze miskent de rechter het feit dat de khoul naar Marokkaans recht de ontbinding van het huwelijk tot stand brengt en ontloopt hij de erkenningsvraag. De exclusieve bevoegdheid van de Nederlandse rechter is echter veilig gesteld. Ook in de in noot 10 genoemde uitspraak wordt een verstoting bij onderlinge overeenstemming, waar-schijnlijk dus een khoul, een "grond voor echtscheiding" naar Marokkaans recht genoemd, zij het dat de rechter in dit geval zijn eigen glazen ingooit door tegenover deze constructie die van de openbare orde te stellen, waarop hij zich tenslotte uit de voeten maakt met behulp van de renvoi-constructie. Qua internationaal privaatrecht een adembenemend vonnis.
28. Zie Recht bij Turkse en Marokkaanse echtscheidingen, blz. 10/11.
29. "Thus our Prophet made the law also fair to women" laat Robert Overton in zijn verhalenbundel Palm Court (London 1979) de mohammedaan Mr Bhindi zeggen, alvorens de bruidsprijs diens eigen ondergang werd.
30. Kenneth Jan Dorph, Islamic Law in Contemporary North Africa, in: Women's Studies International Forum, Special Issue 'Women and Islam', Vol. 5, No. 2, 1982, blz. 169-182.
31. Zie Recht bij Turkse en Marokkaanse echtscheidingen, blz. 16.
32. Ibid. blz. 22 e.v.
33. Ibid. blz. 15.
34. AG Hamburg 12 april 1979, Das Standesamt 11/80, blz. 311/312.
- 34a. Van Rooij, blz. 428; Joppe, blz. 623; Wendels, Internationale echtscheidingen, Zwolle 1983, blz. 111/112; Kokkini-Iatridou, blz. 251; Kokkini-Iatridou, AAe 1983, katern 9, blz. 335-338; Feteris, blz. 10/11; Borsboom, HPS 1984, blz. 2-7.
- 34b. Vergelijk:
 -Rb. Alkmaar 10 mei 1979, AK 11.936, in de literatuur nogal eens aangezien voor een uitspraak waarbij een 'consulaat-verstoting' werd erkend. De bewoordingen van de uitspraak, ook t.a.v. de feiten, wijzen veeleer op een tatlîq, hoewel men dan moet geloven dat zich destijds een (Marokkaanse) rechter in het Consulaat-Generaal te Amsterdam ophield.
 -Rb. Alkmaar 16 oktober 1980, AK 12.553, vrijwel gelijkkluidend. Een echtscheiding die heeft plaatsgevonden op voornoemd Consulaat-Generaal is gelijk te stellen met een echtscheiding in Marokko. N.B.: als er al een rechter aan te pas kwam, was het geen Nederlandse rechter. (Aan de kwestie van het huurrecht, die hier op dezelfde wijze door de erkenningsvraag heenliep als in het in noot 24 besproken geval, wordt een andere mouw gepast).
 -Rb. Arnhem 28 januari 1982, AK 13.153: op grond van het in casu geldende(?) ongeschreven internationaal privaatrecht van vóór de Wet van 1981 komt deze 'consulaat-verstoting' voor erkenning in aanmerking; op grond van de gebleken instemming van de vrouw hoeft

- daarover volgens de Rb. niet anders te worden gedacht. Beslissing in hoger beroep:
- Hof Arnhem 26 april 1982, NIPR 1983, 292: de verstoting is binnen het Koninkrijk geschied en heeft daarom rechtens geen effect, aangezien in Nederland slechts een Nederlandse rechter een huwelijksontbinding tot stand kan brengen en een andere wijze van ontbinding, zoals de verstoting, in strijd is met de openbare orde.
 - Rb. 's-Gravenhage 13 mei 1983, NJ 1984, 177 (NIPR 1983, 297): de woorden "buiten het Koninkrijk" mogen, nu de parlementaire geschiedenis van de Wet van 1981 dienaangaande geen enkele aanwijzing bevat, niet zo ruim worden geïnterpreteerd, dat ook het terrein van een consulaat eronder zou vallen.
 - Rb. Rotterdam 24 oktober 1983, NIPR 1984, 97: met een ontbinding van het huwelijk buiten het Koninkrijk dient op één lijn te worden gesteld een ontbinding van het huwelijk op een Consulaat-Generaal van een ander land.
35. In deze zin mr. J.H.A. van Loon in een inleiding voor de Werkgroep Rechtsbijstand in Vreemdelingenzaken op 7 maart 1984, Werkgroepstukken 1984/B2A (niet gepubliceerd).
 36. Zie noot 34b.
 37. Kokkini-Iatridou, blz. 337.
 - 37a. Zie Recht bij Turkse en Marokkaanse echtscheidingen, blz. 14; zo ook Feteris, blz. 10/11.
 - 37b. Zie Recht bij Turkse en Marokkaanse echtscheidingen, blz. 17.
 38. Aldus: Van Rooij, blz. 428; Feteris, blz. 10/11; Borsboom, blz. 5-6.
 39. Dorph, blz. 179.
 40. Vgl. André Colomer, Le Code du Statut Personnel Marocain (La Moudawana), in: Revue Algérienne, Tunisienne et Marocaine de Législation et de Jurisprudence (1961) I, blz. 143, n. 107.
 41. Hand. Tw. K. 1979-1980, 15 649, nr. 4, antw. 35.
 42. Sauveplanne, Rechtsstelsels in vogelvlucht, Deventer 1975, blz. 210.
 43. Azizah al-Hibri, A Study of Islamic Herstory: or how did we ever get into this mess?, in: Women's Studies International Forum (zie noot 30), blz. 207-219.