

Guy Rommel

Vrederechter  
van Sint-Gillis-Brussel

DE VREDERECHTER EN DE MUDAWWANA.  
EEN BELEIDSKWESTIE

"De rechter heeft, zoals de wetgever, de plicht bij te dragen tot het vormen en het uitdrukken van de bewustwording van de kollektiviteit" (W.J. Ganshof van der Meersch, "Le droit de la défense, principe général de droit", in Mélanges J. Dabin, Bruxelles, Bruylant, 1963, p. 569-570).

### Inleiding

In West-Duitsland, Frankrijk, Groot-Brittannië, Nederland en België leven om en bij 4.500.000 geïmmigreerde Moslims, waarvan 260.000, meestal Marokkanen, in België.

Aangezien het persoonlijk statuut, in casu de Mudawwana, de persoon volgt waar hij zich ook bevindt en de vrederechter bevoegd is inzake de echtelijke relatie en de ouder-kindrelatie, wordt hij bij voorrang geconfronteerd met de Islam, grondslag van de Mudawwana, en sommige naar Westerse maatstaven uitdagende toestanden.

Nu eens zal hij niettemin een permanente en uniforme werking van het vreemd persoonlijk statuut verkieszen, dan weer zal hij dit buiten werking stellen door een beroep te doen op de exceptie van internationaalprivaatrechtelijke openbare orde, hierna internationale openbare orde. Die exceptie is de techniek waardoor hij, na te hebben verwezen naar de buitenlandse wet, sommige aspecten ervan niet toepast, omdat ze in het concreet geval voor de interne rechtsorde onduidelbare gevolgen zou hebben (zie hierover J. Erauw, Beginselen van Internationaal Privaatrecht, Story, Gent, 1985, p. 116), m.a.w. dat ze de morele en menselijke principes die aan de basis liggen van het Burgerlijk Wetboek in het gedrang brengen (Brussel, 24 november 1971, Pasicrisie, 1972, II, 30).

Welke ook zijn keuze is, de wijze waarop de vrederechter de exceptie van internationale openbare orde hanteert, reveleert bewust of onbewust, maar niettemin onvermijdelijk, gaandeweg

aan hemzelf en aan derden beleidskeuzen. Die keuzen worden hierna getoetst aan enkele aspecten van het belang van de verstoten vrouw en van het belang van het kind.

### 1. De talaq (verstoting) en het belang van de vrouw

#### 1.1. de talaq in de Mudawwana

De Mudawwana omschrijft de talaq als de verklaring waardoor de echtgenoot een eind stelt aan het huwelijk (art. 44).

Het geldt een mondelinge of schriftelijke verklaring van de echtgenoot zelf of van zijn volmachtdrager (art. 46).

Hoewel niet op straf van nietigheid voorgeschreven, wordt die verklaring afgelegd in aanwezigheid van twee erkende getuigen, de adoul (art. 48).

Nadien wordt de akte van de adoul gehomologeerd door de kadi, die tenslotte voorlopige maatregelen beveelt, inzonderheid inzake bewaringsrecht en onderhoudsgeld (art. 179 van de wet op de procedure).

Opvallend is dat de echtgenote volkomen vreemd is aan de gehele procedure, terwijl de kadi vreemd blijft aan de verstoting en enkel ingrijpt op de gevolgen ervan.

In de praktijk is echter ook die ingreep uitzonderlijk. Wetten doorbreken nu eenmaal traag en ongelijkmatig eeuwenoude gebruiken en leefpatronen.

#### 1.2. de migrantenvrouw en de talaq

In het Belgisch procesrecht is de vrederechter inzonderheid bevoegd voorlopige maatregelen te bevelen ingeval van crisis binnen het gezin. Hij is dus een bevoorrecht getuige van de echtelijke relatie.

Die relatie valt op doordat veruit in het grootst aantal gevallen het de Marokkaanse vrouw is die het eerst haar beklag maakt over een verstoring van de echtelijke verstandhouding.

De klacht is onveranderlijk ingegeven door het verbod haar familie te ontmoeten, enkele uren uithuizig te zijn, boodschappen te doen, buitenhuis te werken, de weigering een passende geldelijke bijdrage te leveren in de huwelijkslasten, geweld en zelfs doodsb bedreigingen van de echtgenoot.

Het zijn geen dolle Mina's, maar eenvoudige, onderworpen vrouwen die de ontgoocheling en de vernedering niet meer de baas kunnen.

Uit de soms lange gesprekken met beide echtgenoten blijkt steeds hoe de verstoting, soms de vakantie-echtscheiding, wordt gehanteerd als laatste toevlucht van de man tegen een als weerbarstig ervaren vrouw.

Wellicht omwille van het exclusief mannelijk gezag, de sociaal-godsdienstige druk en het, althans theoretisch, gebruik dat de verstoten vrouw het huis van haar vader vervoegt, geeft de verstoting in Marokko weinig of geen aanleiding tot betwisting.

Ongetwijfeld mede omwille van de maatschappelijke opvattingen en gangbaar in het gastland, ervaart de verstoten vrouw echter het ongemotiveerd en willekeurig karakter van de talaq als een aanslag op haar menselijke waardigheid.

Bovendien dringt bij de vrouw het besef door dat de verstoting neerkomt op een volledige beroving, een plundering van have en goed: niet alleen eist de man immers uit eigendomsreflex de kinderen op, maar hij weigert eveneens steevast enig onderhoudsgeld te betalen voor de vrouw en/of zijn kinderen.

Gewis, voor de kinderen kan zij in rechte onderhoudsgeld vorderen van de vader. In de praktijk echter is niets zo hachelijk als het bekomen van dat onderhoudsgeld, daar de onderhoudsplichtige spoedig hertrouwt en zijn inkomsten het hem niet mogelijk maken het onderhoud van kinderen uit twee huwelijken te dragen.

Voor die vrouw en die kinderen rest dan nog de solidariteit van het gastland door middel van een beroep op het bestaansminimum (wet van 7 augustus 1974 die een gewaarborgd inkomen voor iedereen instelt), m.a.w. de bedelstaf.

### 1.3. de vrederechter en de talaq

Gelet op een dergelijk onheil kan van de vrederechter niet worden verwacht dat hij onder de indruk komt van het Marokkaans grondwettelijk discriminatieverbod op grond van het geslacht, van het recht van de Marokkaanse vrouw verder haar meisjesnaam te dragen, noch van haar recht eigen goederen te bezitten krachtens het wettelijk stelsel van scheiding van goederen.

1.3.1. Het feit dat de vrouw weliswaar kan scheiden, maar enkel door vóór de rechter een vordering tot echtscheiding op grond van een grove tekortkoming in te leiden geeft een idee van de maatschappelijke doordringingskracht van het grondwettelijk discriminatieverbod.

Immers, waar de man vormloos en willekeurig in de wachtkamer van de rechter kan scheiden, moet de vrouw motieven aanhalen en bewijzen en een moeizaam proces volhouden wat van haar psychische en geldelijke draagkracht eist. De echtscheiding op bepaalde grond is in Marokko overigens slechts goed voor 1% van de ontbindingen van de huwelijksband (de echtscheiding bij onderlinge toestemming is goed voor 15%).

1.3.2. Van alle aanspraken van de vrouw is het recht op haar meisjesnaam ongetwijfeld wat haar het minst ter harte ligt.

1.3.3. Dat het scheidingsstelsel alleen het fortuin van de zeldzame gegoede vrouwen beschermt en de andere belet te delen in de verrijking van de arbeidende man hoeft hier al lang geen betoog meer.

1.3.4. Ook in andere domeinen heeft de vrouw te lijden van ongelijkgerechtigdheid.

Haar godsdienstvrijheid is zo beperkt dat ze geen niet-muzelmanse man mag huwen en dat het bewaringsrecht van kinderen haar wordt ontnomen indien dezen niet in de Islam worden opgevoed (art. 108).

Kan de vrederechter daarom euvel worden geduid dat hij de verstoting ervaart als een diepe discriminatie, een grove onrechtvaardigheid, waaraan soms zelfs enkele graden worden toegevoegd.

Men denke aan het geenszins uitzonderlijk geval van de kroostrijke vrouw, de oudere vrouw die door een jongere wordt vervangen, de vrouw die zich van geen kwaad bewust na weken onrechtstreeks haar verstoting verneemt, soms nadat de man maandenlang afwezig bleef zonder enig nieuws, laat staan geld, te sturen.

Dat sommige officiële woordvoerders de zaak afdoen met de bemerking dat een man die zijn vrouw verstoot steeds ergens een goede reden daartoe heeft, maakt de zaak niet beter. Wel integendeel, immers dit betekent dat de verstoten vrouw maatschappelijk beladen wordt met een schuldvermoeden.

#### 1.4. de talaq en de internationaalprivaatrechtelijke openbare orde

1.4.1. De vrederechter onderzoekt of de verstotingsakte niet strijdig is met de internationaalprivaatrechtelijke openbare orde, hierna de internationale openbare orde (H. van Houtte, Overschrijving van buitenlandse vonnissen en akten, Instituut voor familierecht, K.U.L., aktuele problemen van de burgerlijke stand, Leuven, 22 februari 1979, nr 23).

Een wet die de interne openbare orde raakt, behoort eveneens tot de internationale openbare orde wanneer de wetgever de bekrachtiging beoogt van een voor de gevestigde morele, politieke of economische orde wezenlijk beginsel (Cassatie, 4 mei 1950, Pasicrisie, hierna Pas., 1950, I, 624; Fr. Rigaux, Précis de Droit international privé, Larcier, Brussel 1977, nr. 1736; Cassatie, 29 maart 1973, Journal des Tribunaux, hierna J.T., 1973, 389).

De hedendaagse rechtsleer en jurisprudentie beperken het begrip openbare orde, in het bijzonder inzake de erkenning van buitenlandse echtscheidingen, inzonderheid onder invloed van de wet van 27 juni 1960 die het beginsel vestigt van het overwicht van de lex fori ongeacht de nationaliteit van de partijen (G. van Hecke en Fr. Rigaux, "Examen de jurisprudence", Revue critique de jurisprudence belge, hierna R.C.J.B., 1965, 353; Gent, 5 juni 1968, Pas., 1968, II, 242; Liège, 23 april 1970, Pas., 1970, II, 183; Brussel, 30 juni 1972, J.T., 1973, 143).

1.4.2. Het is de vraag of de instelling zelf van de verstoting de internationale openbare orde schendt. Een deel van de rechtsleer en van de jurisprudentie beantwoordt die vraag ontkennend (Brussel, 30 juni 1972, J.T., 1973, 143; Brussel, 17 december 1974, J.T., 1975, 279; Brussel, 13 maart 1974, J.T., 1975, 171; J. Lenoble, La répudiation en droit international privé belge, M.T., 1975, 167, nr. 21; J.Y. Carlier, La reconnaissance en Belgique des répudiations unilatérales intervenues au Maroc ou l'orde public répudié, J.T. 1985, p. 105, nr. 24). een tweede deel beantwoordt die vraag bevestigend, terwijl een derde deel de erkenning weigert door de omweg van de exceptie van schending van het verdedigingsrecht, begrip dat eigenlijk een toepassingsgeval uitmaakt van het begrip internationale openbare orde (Vred. St-Jans-Molenbeek, 17 februari 1978, J.T., 1979, 255; Vred. Brussel I, 3 mei 1978, Tijdschrift van de Vrederechters, hierna T. Vred., 1979, 4; Philonenko, la notion d'ordre public international, clunet, 1952, 780; Cassatie Frankrijk, 19 februari

1952, Jurisclasseur périodique, II, 7009, noot Chaveau).

Het geldt een kiese vraag. De toepassing van de internationale openbare orde komt immers in samenloop met de bekommernis een permanente en eenvormige werking te verzekeren van staat en bekwaamheid uitgedrukt in het beginsel dat, voorzover hij door een regelmatige titel verworven werd, de staat van een persoon zijn bezit blijft waar hij zich ook bevindt, daar de staat zich vereenzelvigd met de persoon (Brussel, 17 december 1974, J.T., 1975, 279; J. Erauw, Het openbare orde-begrip en de erkenningsleer m.b.t. buitenlandse echtscheidingen, Rechtskundig Weekblad, hierna R.W., 1976-77, col. 1994).

Art. 570 Gerechtelijk Wetboek bekrachtigt het beginsel van de extraterritoriale werking van het persoonlijk statuut en maakt de laatste rem uit op de erkenning van de vonnissen inzake staat en bekwaamheid waarvan de wetgever de erkenning in de hand heeft willen werken.

De aldus vergemakkelijkte erkenning kan daarom niet als argument worden ingeroepen teneinde kritiekloos te aanvaarden wat uit het buitenland komt. Anderzijds zal de rechter soms moeten oordelen dat het minder storend en onrechtvaardig voorkomt afwijkend sommige verworven rechten te erkennen eerder dan een gestolde rechtstoestand te breken.

1.4.3. De geldigheid van de verstoting aanvaarden strookt o.i. niet met een soepele toepassing van het begrip openbare orde inzake echtscheiding, maar impliceert in werkelijkheid het verdwijnen van elke openbare orde (zie tevens de noot van Y. Loussouarn onder trib. de la Seine, 26 octobre 1959, Rev. crit. droit international privé, 1953, p. 119; noot P. Foriers onder Ber. Brussel, 22 mei 1956, J.T. 492; in dezelfde zin Lalive, Clunet, 1965, p. 920).

Ons verzet beoogt niet zozeer het mechanisme zelf van de verstoting, dan wel het feit dat ze ontoegankelijk is voor de vrouw, dat de ongemotiveerde wegzending samen met het maatschappelijk schuldvermoeden van de vrouw haar waardigheid in het gedrang brengt. Het feit dat de verstoten vrouw ten slotte in geen geval enige aanspraak op levensonderhoud kan doen gelden bevestigt nog haar onbeduidendheid.

De tegen de erkenning van de Marokkaanse verstoting ingeroepen exceptie van internationale openbare orde kan dus anders worden verwoord als exceptie van ongelijkgerichtigheid of van ernstige discriminatie.

- a. Dit cliché komt beter tot zijn recht naast de Tunesische talaq. Deze verschilt grondig van de Marokkaanse. Immers "de rechtbank spreekt de echtscheiding (lees: verstoting) uit op vordering van de man of van de vrouw; in dat geval, doet hij uitspraak over de schadevergoeding die aan de vrouw toekomt tot herstel van de door haar geleden schade of over de schadevergoeding die ze aan haar echtgenoot verschuldigd is" (art. 31, 3°, van de Magalla, het Tunesisch persoonlijk statuut).

De Tunesische jurisprudentie heeft een belangwekkende wending genomen: wanneer een echtgenoot eenzijdig die echtscheiding zonder wettige redenen aanhangig maakt, vermoedt de rechter een rechtsmisbruik. Is het immers mogelijk een handeling met dergelijke ernstige gevolgen te verrichten zonder haar op enigerlei wijze te staven?

Het bedrag wordt gerechtvaardigd op grond van de maatschappelijke stand van de vrouw en van het feit dat haar een gelukkig huwelijksleven ontzegd wordt.

De gehele schade door de abusieve echtscheiding-verstoting veroorzaakt is voor vergoeding vatbaar, inzonderheid gelet op de duur van het huwelijk, de aanwezigheid van kinderen, de bijzondere toestand van de echtgenoten, de omstandigheden van het geval en de psychische schok voortvloeiend uit de echtscheiding (M. Borrman, *Divorce et abus de droit en Tunisie*, Revue de l'Institut des Belles Lettres Arabes, 1967, p. 271-272).

Die overwegingen geput uit de Tunesische jurisprudentie geven blijk van een genuanceerde bekommernis een echte gelijkheid te vestigen niettegenstaande een diep geankerde strijdige muzelmanse traditie.

In de mate waarin het procesverloop de verdedigingsrechten eerbiedigde, en op het eerste gezicht is daartoe geen reden tot twijfel voorhanden, mag de Tunesische verstoting erkend worden.

- b. Wellicht stond de Tunesische verstoting model voor de nieuwe Belgische echtscheidingsprocedure op grond van feitelijke scheiding (art. 232 B.W.: vooralsnog van vijf jaar). Die echtscheiding recupereert het mechanisme van de islamitische talaq die het mogelijk maakt de veelal pijnlijke echtscheidingsprocedure te herleiden tot een wegzendingswoord. In tegenstelling echter tot de Marokkaanse talaq is deze procedure ook toegankelijk voor de

vrouw en weegt bovendien een wettelijk omkeerbaar vermoeden van schuld op de eiser. Daaruit vloeit voort dat de verweerder lastens de eiser op levensonderhoud aanspraak kan maken.

Zowel de waardigheid als de geldelijke belangen van de verweerder blijven dus gespaard.

- c. Enigszins aarzelend tussen de Marokkaanse en Tunesische talaq staat de Algerijnse talaq (wet van 9 juni 1984).

Uitsluitend aan de man komt het verstotingsrecht toe. De talaq maakt wel het voorwerp uit van een vonnis dat voorafgegaan wordt door een gerechtelijke verzoeningspoging (art. 48, 49 en 51).

Klaarblijkelijk geldt het hier evenwel slechts een gerechtelijk vernis, daar de rechter in feite geen andere rol wordt toebedeeld dan akte te nemen van de verstoting. Indien de man echter misbruik maakt van het verstotingsrecht, kent de rechter aan de vrouw een vergoeding toe voor de door haar geleden schade (art. 52).

Het past de reactie af te wachten van de Algerijnse rechter geroepen tot het sanctioneren van het misbruik van verstoting.

Scepticisme lijkt wel geboden: de vrouw moet de vordering aanhangig maken vóór de rechter en het moeilijke bewijs leveren van het rechtsmisbruik en van haar schade.

In afwachting dat de daadwerkelijke gelijkheid in rechte van man en vrouw wordt aangetoond, moet daarom de Algerijnse verstoting worden afgedaan als strijdig met de internationale openbare orde.

- d. Dit betekent helemaal niet dat geen enkele Marokkaanse talaq wordt erkend.

In feite treft de weigering van erkenning enkel die verstotingen die niet uitdrukkelijk aanvaard worden door de vrouw, hetzij vóór de ambtenaar van de burgerlijke stand die de passende wijzigingen moet aanbrengen op bestuurlijke bescheiden, hetzij vóór de rechter.

Wanneer de vrouw de verstoting aanvaardt, wordt deze als een vorm van echtscheiding bij onderlinge toestemming beschouwd en erkend.

Wanneer de vrouw zich geruime tijd niet verzet heeft tegen de verstoting, wordt deze als een versteende, verworven toestand erkend.

### 1.5 de talaq en het recht van verdediging

De exceptie van schending van het verdedigingsrecht (art. 570, 2°, Gerechtelijk Wetboek) is de andere sluis waar de vrederechter de erkenning van de Marokkaanse talaq kan weigeren.

Met verdedigingsrecht wordt bedoeld de vraag of het proces ingeleid werd door een regelmatige gedinginleidende akte of de pleiter behoorlijk vertegenwoordigd was en of het debat tegensprekelijk verliep.

In voorkomend geval onderzoekt de rechter de omstandigheden waarin een verstekvonnis werd gewezen (A. Fettweis, De bevoegdheid, Standaard, Antwerpen-Utrecht, 1971, p. 238 nr. 432).

1.5.1. Welnu, zowel bij de talaq als bij de homologatie ervan door de kadi wordt met de vrouw, die zelfs niet aanwezig hoeft te zijn, niet de minste rekening gehouden. Wanneer de kadi bovendien, overeenkomstig artikel 179 van de wet op de procedure, ambtshalve maatregelen beveelt nopens het onderhoudsgeld van de vrouw tijdens haar wachttijd, eventueel haar verblijfplaats tijdens die tijdsperiode, haar afscheidsgeschenk (mout'a), de betaling van een achterstallige huwelijksgift, het onderhoudsgeld en het bewaringsrecht van de kinderen en het omgangsrecht van de vader, dan is er noch gedinginleidende akte, noch tegenspraak, noch verhaal. Wel kan elke benadeelde partij een vordering in de gewone vorm aanhangig maken vóór een rechtbank die de zaak dan op tegenspraak behandelt.

Er kan dan ook bezwaarlijk worden voorgehouden dat de verdedigingsrechten van de vrouw geëerbiedigd werden.

Deze vaststelling heeft dan ook bepaalde jurisprudentie ertoe geleid de erkenning van de talaq langs die weg te weigeren.

1.5.2. Hoe wezenlijk ook, het begrip "verdedigingsrecht" komt nochtans niet als relevant voor. Immers, indien vaststaat dat de verstoting volkomen onverenigbaar is met het begrip "verdedigingsrecht" van de vrouw, waarvan nu geweten is dat ze voor niets telt in die procedure, toch zou een

aanpassing ervan, teneinde aan de formele vereisten van het verdedigingsrecht te voldoen nog geen ander resultaat opleveren voor de vrouw.

Zolang de vrouw geen toegang krijgt tot de verstoting, dat die verstoting, uit eerbied voor de waardigheid van de verstoten persoon, lastens hem die de verstoting uitspreekt geen vermoeden wekt van rechtsmisbruik bij gebrek aan gegronde redenen, en dat dit misbruik niet gesanctioneerd wordt door een billijke vergoeding, wordt een zware discriminatie begaan, strijdig met de internationale openbare orde.

## 2. De afstamming en het belang van het kind

### 2.1 de Mudawwana

De Mudawwana kent in de regel enkel de wettige afstamming ten opzichte van de vader. Natuurlijke afstamming is wel denkbaar ten opzichte van de moeder, maar ze sorteert eigenlijk dezelfde gevolgen als de wettige afstamming, echter uitsluitend tegenover de moeder.

Erkenning en adoptie bestaan niet (art. 83).

Wanneer een kind geen gekende afstammingsband heeft, kan een man weliswaar een kind als zijn wettige afstammeling erkennen (art. 92).

Deze uitzonderlijke hypothese beoogt eigenlijk het kind gewekt bij de maîtresse of slavin.

In deze drie gevallen waarin de afstammingsband vaststaat krijgt het kind, naar Marokkaans recht, de nationaliteit van de vader (eerste en derde hypothese) of van de moeder (tweede hypothese).

### 2.2. natuurlijke afstamming in Marokko

In de Marokkaanse praktijk worden natuurlijke kinderen systematisch gewettigd door recognitieve of retroactieve huwelijksverklaringen, uiteraard voorzover een huwelijk tussen partners bestaat. Het huwelijk is louter consensueel zodat de echtgenoten, met twaalf getuigen, steeds kunnen bewijzen dat ze eigenlijk reeds gehuwd waren zes maand vóór de geboorte van het kind (L. Milliot, Introduction à l'étude du droit Musulman, Sirey, Paris, 1971, nr. 425; Linant de Bellefonds, Traité de droit musulman comparé, t. III, nr. 1134-1135).

Behoudens bedrog stoot de receptie van dergelijke recognitieve akten op geen bezwaar (Vred. St-Gillis, 23 december 1983, H.t. St.G., Tijdsch. Vrederechters, 1985, 275).

### 2.3. natuurlijke afstamming in België

In België kan de Marokkaanse man geen recognitieve akte laten opstellen en zijn persoonlijk statuut belet de erkenning van natuurlijke afstamming. Die erkenning zou overigens niet worden aanvaard door Marokko.

Niettemin vertoont de Belgische rechtspraak een tendens geïnspireerd door het verdrag van München van 5 september 1980, waarin een optierecht wordt verleend tussen de wet van de woonplaats van het kind of van de auteur van de erkenning ten gunste van de geldigheid van de afstammingsband (Ber. Gent, 8 juni 1967, Rechtsk. Weekbl., 1967-68, 87; Rb. Brussel, 18 februari 1967, Journ. Trib., 1967, 370).

Bovendien, sedert het Marckx-arrest van het Europees Hof voor de Rechten van de Mens, moet worden aanvaard dat de personen recht hebben op de bescherming van hun familiaal leven op een niet-discriminatoire basis (J. Erauw en L. de Foer, Overzicht rechtspraak 1965-1984 Internationaal Privaatrecht, Tijdsch. Priv. Recht, 1984, p. 1399, nr. 109).

Aldus, zelfs indien de Marokkaanse wet geen erkenning van natuurlijke afstammingsband toelaat, past het niettemin het grondrecht toe te staan op de erkenning van een afstammingsband gegrond op een bewijsbare bloedband, dit krachtens een dwingende norm van het E.V.R.M. en onze internationale openbare orde (Ber. Brussel, 30 juni 1981, Journ. Trib., 1981, 723, noot N. Watté; Rb. Antwerpen, 2 november 1983, noot J. Erauw, Tijdsch. Vrederechters, 1986, 114).

Dergelijke erkenning van natuurlijke afstamming zal door Marokko enkel kunnen worden aanvaard indien in Marokko een recognitieve huwelijksakte wordt opgesteld.

Adoptie door een Marokkaan is en blijft onmogelijk in België (Jeugdrb. Brussel, 15 april 1985, Tijdsch. Vrederechters, 1986, 18, met noot J. Erauw).

### 3. De hadhana (bewaringsrecht) en het belang van het kind

Vanaf zijn geboorte staat het Marokkaans kind onder de wettelijke voogdij van zijn vader; tijdens het gemeenschappelijk leven van de ouders oefenen ze echter beiden de

hadhana uit (art. 99).

3.1. N.a.v. een scheiding van de echtgenoten wordt het bewaringsrecht dikwijls litigieus. Hoewel het vaderschap in de Islam nog ervaren wordt als een vorm van eigendom, terwijl het gezag niet anders dan eenhoofdig en bovendien een mannelijk voorrecht is, wijst de Mudawwana in dat geval het bewaringsrecht in de eerste plaats toe aan de moeder.

Dit zou onze argwaan niet wekken tenware de Mudawwana tegelijk bepaalt dat dit onderstelt dat de moeder er geen gebruik van maakt om het kind in een andere godsdienst dan die van de vader op te voeden (art. 108).

N.a.v. het overlijden van de vader rijst het probleem opnieuw: alleen de vader, wettelijke voogd, en de testamentaire voogd kunnen een testamentaire voogd aanstellen (art. 148 en 151). De niet-muzelmanse moeder kan echter geen testamentaire voogdes noch bewaringsgerechtigde worden (art. 108).

Het belang van het kind heeft dus veel te maken met het behoren van het kind tot de vaderlijke familie alleen en het belijden van de vaderlijke godsdienst.

3.2. Vraag is of de aanstelling van een ander dan de langstlevende moeder als testamentaire (door de vader of door een testamentaire voogd) of datieve (door de rechter) voogdes dan wel het eventueel verval van dergelijke aanstelling of van een aanspraak op het bewaringsrecht omwille van confessionele overwegingen duldbaar is.

Immers, in ons recht is de gelijkheid van vader en moeder t.a.v. de ouderlijke gezagsuitoefening een wezensbestanddeel van het opvoedingsrecht. Verder geldt de wettelijke toewijzing van de voogdij aan de langstlevende echtgenoot als een natuurrecht en is daarom de aanwijzing van een testamentaire voogd een exclusief voorrecht van de langstlevende ouder (art. 397 B.W.).

Tenslotte is de godsdienstvrijheid een fundamentele regel in het maatschappijbestel en wordt elke discriminatie op grond van geloof grondwettelijk veroordeeld.

Gelet op het feit dat vermelde discriminaties van de vrouw schendingen uitmaken van voor onze gevestigde morele en politieke orde wezenlijke regelen, moeten ze als strijdig met

de internationale openbare orde worden beschouwd.

Indien daarom de vooroverleden vader een andere dan de langstlevende moeder als testamentaire voogd heeft aangesteld, kan die keuze, die door de rechter moet worden gehomologeerd (art. 151, 2°), dan ook niet worden geëerbiedigd en past het in de regel dat hij een datieve voogd aanstelt in de persoon van de langstlevende moeder (art. 152).

Hetzelfde geldt bij betwisting omtrent de toewijzing van het bewaringsrecht na scheiding van de echtgenoten. De Mudawwana wijst de moeder aan als eerste gerechtigde (art. 99); verval omwille van confessionele overwegingen is onduldbaar (art. 108).

Indien de vader, eerder dan de moeder, geschikt lijkt voor de toewijzing van het bewaringsrecht, biedt artikel 100 de mogelijkheid daartoe. Dit vloeit voort uit zijn uitdrukkelijk exclusief voogdijrecht en impliciet uit artikel 111. Het feit dat zijn naam niet vermeld staat in artikel 99, dat de bewaringsgerechtigden opsomt, kan daarom slechts voortkomen uit een vergetelheid van de Marokkaanse wetgever.

### Besluit

Aangezien nergens meer dan in de beslotenheid van het gezin de godsdienst een rol speelt, treft het beleid van de vrederechter het innigste gevoelsleven van zijn rechtzoekenden. Bovendien is de vrederechter alleen zijn geweten reenschap verschuldigd. Zijn beleidskeuze vereist daarom van hem in de eerste plaats een eerbiedig en verwonderd, steeds dieper vertoeven in de nabijheid van de Koran, ziel van de Islam.

Zijn keuze vereist in de tweede plaats van de vrederechter een onverminderde trouw aan zijn eigen wetten, de ziel van zijn volk. De vrederechter, erfgenaam van Leidse peisregter en geliefkoosd kind en spiegel van de Franse Revolutie, vertoef daarom in de nabijheid van het gelijkheidsideaal: zonder gelijkheid, geen gerechtigheid.

Aan de hand van de exceptie van internationale openbare orde begeleidt de vrederechter aldus de integratie van de Moslimmigranten en de uitstraling van de Islam naar een Westerse Islam, waar inzonderheid het statuut van de vrouw en van het kind zou verschillen van de gangbare opvattingen van de Oosterse Islam.

Wie beter dan een Westerse Islam zou dan de Oosterse Islam van binnenuit kunnen begeleiden naar een transtraditionele theologische houding die niettemin kritisch de moderniteit tegemoet gaat.