

Mevr. Mr. M. Sumampouw

Hoofd afdeling Internationaal Privaatrecht  
T.M.C. Asser Instituut  
's-Gravenhage

INTERNATIONAAL PRIVAATRECHTELIJKE ASPECTEN BIJ GEZAGSVOOR-  
ZIENING EN DE ISLAM: DE GELDENDE RECHTSpraak IN NEDERLAND

Onder gezag versta ik de ouderlijke macht en voogdij; ook gezagsvormen gevestigd door specifieke kindbeschermingsmaatregelen op privaatrechtelijk gebied. Het overgrote deel van de Nederlandse internationaal privaatrechtelijke rechtspraak betreft de regeling van het gezag in het kader van echtscheiding en scheiding van tafel en bed. In circa één op de tien van deze gevallen wordt de rechter gekonfronteerd met rechtsverhoudingen waarop het Islamitisch recht op grond van de nationaliteit van partijen toepassing pretendeert. Opmerkelijk is dat in bijna alle gevallen betreffende kindbeschermingsmaatregelen partijen afkomstig zijn uit een Islamitisch land, m.n. Marokko. Het is ook meestal met het Marokkaans Islamitisch recht, dat de Nederlandse rechter in de overige zaken wordt gekonfronteerd(1). Ik zal me in mijn voordracht tot dit recht beperken en wel zoals het gecodificeerd is in de Mudawwana(2).

Een belangrijk onderdeel van het geschreven Nederlandse IPR op het gebied van de gezagsvoorziening is het Haagse Verdrag betreffende de bevoegdheid der autoriteiten en de toepasselijke wet inzake de bescherming van minderjarigen, van 5 oktober 1961 (3). Vaak is het juist op grond van dit verdrag dat de rechter te maken krijgt met het nationale Islamitische recht van partijen. Hoe de rechter deze verwijzing naar het Islamitisch recht verwerkt wil ik belichten aan de hand van enkele uitspraken betreffende het gezag na echtscheiding en uitspraken inzake kindbeschermingsmaatregelen.

Voordat ik hiertoe overga zal ik eerst enkele bepalingen van de Mudawwana en het Haagse Kinderbeschermingsverdrag uitlichten die relevant zijn voor mijn betoog. De opzet is echter niet een gedetailleerde uitleg daarvan te geven.

## I. De Mudawwana

De bepalingen van dit wetboek zijn van toepassing op Marokkaanse Moslims. Met uitzondering van enkele bepalingen is de Mudawwana ook van toepassing op Marokkanen die noch Moslim noch Jood zijn. De Marokkaanse Joden hebben hun eigen Marokkaans Joods wetboek (4).

Kinderen die nog geen 21 jaar zijn staan vanaf hun geboorte van rechtswege onder de voogdij van hun vader, de wettelijke voogd. De vader is verplicht deze voogdij uit te oefenen. Zijn voogdij wordt niet opgeheven door ontbinding van het huwelijk. Hij kan ten behoeve van zijn minderjarig kind een testamentaire voogd benoemen. De moeder kan nimmer wettelijke voogd worden. Wel kan de vader haar tot testamentaire voogd benoemen en als zodanig kan zij op haar beurt een testamentaire voogd benoemen. Bij overlijden van de vader moet de testamentaire voogdij door de rechter worden gehomologeerd. Bij gebreke aan een wettelijke en een testamentaire voogd benoemt de rechter een voogd. Testamentaire en datieve voogd moeten Moslim zijn. Een moeder die geen Moslim is kan derhalve niet tot voogd worden benoemd (5).

De voogdij omvat de zorg voor de persoon en het vermogen van de minderjarige. De voogd, wettelijk, testamentair of datief is de wettelijke vertegenwoordiger van de minderjarige. In de voogdijbepalingen van de Mudawwana treft men slechts één regeling inzake de persoon van de minderjarige aan. Deze luidt: De vader oefent de wettelijke voogdij uit over de persoon en het vermogen van de handelingsonbekwame, totdat deze handelingsbekwaam wordt. De overige bepalingen betreffen het vermogen van de minderjarig.

De rechter heeft een belangrijke rol bij de uitoefening van de voogdij. Hij wordt hierin bijgestaan door een adviesorgaan benoemd door de Minister van Justitie. Bepaalde handelingen van de testamentaire en datieve voogd vereisen zijn toestemming. De rechter kan de testamentaire en datieve voogd ontzetten, maar er is geen bepaling die de bevoegdheid geeft ook de vader als voogd te ontzetten. Wel kan de rechter een vader die geen eigen inkomsten of vermogen heeft verbieden het vermogen van zijn kind aan te tasten. Indien de rechter vreest dat de vader ondanks het verbod daartoe over zal gaan benoemt hij een "toeziend" voogd. Enkele bepalingen inzake de testamentaire en datieve voogdij vermelden uitdrukkelijk dat het belang van de handelingsonbekwame, i.c. de minderjarige als toetsingsnorm geldt (art. 154 no. 3, art. 155 nos. 2,3, art. 157 no. 2).

Naast het instituut van de wettelijke voogd kent het Islamitisch recht de hadana als onderdeel van de voogdij ten aanzien van het kind. De hadana ook wel met verzorgingsrecht vertaald omvat simpel gezegd de verzorging en opvoeding van het kind. Tijdens het huwelijk oefenen de ouders gezamenlijk het hadanarecht uit. Er is geen konfliktregel in de Mudawwana indien beide ouders van mening verschillen. Art. 1 lid 2 vermeldt echter wel uitdrukkelijk dat het huwelijk ten doel heeft o.a. een gezinsleven onder leiding van de man. Na echtscheiding eindigt de gezamenlijke plicht van de ouders m.b.t. de uitoefening van de hadana.

Bij de vraag aan wie de hadana wordt toegekend na ontbinding van het huwelijk gaat men er kennelijk van uit dat er verschil bestaat tussen mannelijke en vrouwelijke tederheid jegens het kind. De Mudawwana maakt hierbij geen onderscheid tussen ontbinding door het overlijden van één der ouders en ontbinding door echtscheiding. Vrouwen, en op de eerste plaats de moeder, worden de meest geschikte personen geacht om het kind gedurende zijn jongste jaren te verzorgen. De Mudawwana geeft een specifieke rangorde van verwanten aan wie de hadanatoekomt. De moeder komt als eerste in aanmerking. De mannelijke verwanten komen pas na de vrouwelijke in aanmerking. De vader wordt in deze volgorde geheel niet genoemd. Colomer meent dat dit een omissie van de wetgever is. Hij acht het onaannemelijk dat de vader ten achter wordt gesteld bij de broer van het kind en andere verwanten. Hij verwijst ook naar art. 111 inzake de omgangsregeling, waaruit men zou konkluderen dat de hadana ook aan de vader kan worden toegekend (6).

Anderen menen dat de wetgever bewust de vader niet als potentiële titelhouder van de hadana heeft genoemd om het gemarchandeerd van de beide ouders in het kader van Khul-echtscheidingen, waarbij de hadana vaak inzet is, te voorkomen (7).

De genoemde rangorde van personen is dwingend. Toch kan kennelijk het belang van het kind deze rangorde doorbreken. Immers de Mudawwana bepaalt dat slechts diegenen voor de hadana in aanmerking komen die daartoe geschikt zijn of, indien er meer in gelijke rang zijn: de meest geschikte persoon, door de rechter aan te wijzen. Aannemelijk is dat de hadana van rechtswege aan een persoon toekomt en bij onenigheid de rechter beslist.

De vraag of er een verschoningsrecht geldt m.b.t. hadana is niet in de Mudawwana geregeld (8).

Het belang van het kind als toetsingsnorm wordt uitdrukkelijk vermeld in de verhouding tussen de rechten van de voogd

en van de persoon die de hadana uitoefent. Zo heeft de vader of welke andere voogd ook het recht om toezicht te houden op de opvoeding en het schoolbezoek van het kind, maar het kind moet in de woning van degene die de hadana uitoefent slapen. De rechter kan echter in het belang van het kind anders beslissen. Indien de persoon die de hadana uitoefent naar een andere stad verhuist waardoor het de vader of voogd onmogelijk wordt gemaakt zijn toezicht te houden op de opvoeding van het kind en zijn plichten te vervullen, verliest die persoon het verzorgingsrecht.

Ook bij de omgangsregeling wordt het belang van het kind uitdrukkelijk vermeld. De ouder aan wie de hadana is toegekend mag de andere ouder niet beletten om het kind te bezoeken en zich over de toestand van het kind te laten informeren. Voorts kan de rechter op verzoek van de ouder aan wie de hadana niet is toegekend en voorzover het belang van het kind zich daartegen niet verzet bepalen dat die ouder de mogelijkheid wordt gegeven het kind minstens één maal per week op bezoek te hebben.

De duur van de hadana is verschillend naar gelang de sekse van het kind. Bij een jongen geldt de hadana tot zijn puberteit en bij een meisje tot zij gehuwd is.

Het Moslim-zijn speelt ook bij de hadana een belangrijke rol, maar voor de moeder wordt een uitzondering gemaakt. Indien de persoon die de hadana uitoefent niet de moeder van het kind is en een andere geloofsbelijdenis heeft dan de vader, kan zij het hadanarecht slechts gedurende de eerste vijf jaren van het kind uitoefenen. De genoemde beperkingen gelden echter niet voor de moeder van het kind. Zij kan het hadanarecht onbeperkt uitoefenen, maar wel onder de voorwaarde dat zij dit recht niet benut om het kind in een ander geloof dan dat van zijn vader op te voeden.

Een andere oorzaak waardoor een vrouw het hadanarecht verliest is indien zij hertrouwt met een man die geen naaste verwant noch voogd van het kind is.

Konkluderend zou men de volgende aspecten uit kunnen lichten.

1. Ten aanzien van gelijkheid tussen man en vrouw. Met betrekking tot de wettelijke voogdij die van rechtswege tot stand komt, neemt de man een bevoorrechte positie in zowel staande als na ontbinding van het huwelijk. Met betrekking tot de hadana hebben man en vrouw gelijke rechten en plichten staande huwelijk, althans voorzover tussen hen beiden geen onenigheid is. Bij ontbinding van het huwelijk heeft de vrouw een privilege op de man bij de toekening van de hadana.

2. Het belang van het kind. Dit is uitdrukkelijk toetsingsnorm bij enkele zaken met betrekking tot de hadana, de testamentaire en datieve voogdij. Met betrekking tot de vader-voogdij is in de Mudawwana weinig of bijna niets geregeld.
3. Het Islamitisch geloof en opvoeding spelen een belangrijke, zo niet dominerende rol met betrekking tot de voogdij en de hadana.

## II. Het Haagse Kinderbeschermingsverdrag

Dit verdrag regelt de rechterlijke bevoegdheid van de autoriteiten in de verdragsstaten, het toepasselijk recht en de erkenning van hun wederzijdse beslissingen inzake de gezagsvoorzieningen. Het verdrag is van toepassing op kinderen die hun gewone verblijfsplaats hebben in een verdragsstaat en minderjarig zijn zowel naar hun nationale recht als naar het recht van het verdragsland waar zij hun gewone verblijfsplaats hebben. Dit compromis tussen nationaliteits- en domicilieprincipe treft men in diverse bepalingen aan van het verdrag en is ook vaak de oorzaak van diverse interpretatieproblemen.

De verdragsstaten kunnen een voorbehoud maken dat het verdrag alleen toepasselijk is op minderjarigen die de nationaliteit hebben van een verdragsstaat (art. 13 lid 3). Nederland had dit voorbehoud bij de ratifikatie van het verdrag gemaakt. Na tien jaar ervaring heeft Nederland het ingetrokken. De intrekking is op 30 maart 1982 in werking getreden(9). Een vraag van overgangsrecht deed zich voor naar aanleiding van de zaak HR 1 juli 1982 (NJ 1983, 201; NIPR 1984 nr. 64) (10).

Verdragsstaten zijn naast Nederland: de Duitse Bondsrepubliek, Frankrijk, Luxemburg, Oostenrijk, Portugal en Zwitserland. Staten die niet hebben deelgenomen aan de totstandkoming van het verdrag kunnen tot dit verdrag toetreden. Hun toetreding heeft echter slechts effect in de verhouding tot de overige verdragsstaten voorzover deze zich met die toetreding akkoord hebben verklaard (art. 21). Een voorbeeld hiervan is Turkije dat tot het verdrag is toegetreden. Alle verdragsstaten hebben zich daarmee akkoord verklaard behalve Nederland en Zwitserland. Tot nu toe geldt het verdrag dus niet in de verhouding Turkije-Nederland en Turkije-Zwitserland.

Een belangrijk uitgangspunt van het verdrag is dat het de gezagsvoorziening niet koppelt aan de rechterlijke bevoegdheid inzake de ontbinding van het huwelijk. Op dit punt kunnen partijen een voorbehoud maken (art. 15 lid ). Nederland dat dit voorbehoud had gemaakt samen met dat van art. 13 lid 3 eerder genoemd, heeft dit voorbehoud - na tien jaar bittere ervaring - eveneens terzelfder tijd ingetrokken(11).

De hoofdregel met betrekking tot de bevoegdheid is dat de autoriteiten van het land waar het kind zijn gewone verblijfplaats heeft bevoegd zijn om een gezagsvoorziening of maatregel van kinderbescherming te treffen (art. 1). Dit echter - en hier duikt het kompromis weer op - onder drie voorbehouden, waarvan ik in verband met de opzet van deze voordracht slechts twee zal vermelden. Het eerste is dat de autoriteit van het land waarvan het kind de nationaliteit heeft eveneens bevoegd is een maatregel te treffen indien hij het in het belang van het kind noodzakelijk acht (art. 4 lid 1). Zijn maatregel vervangt dan alle eventueel eerder genomen maatregelen van de rechter van de gewone verblijfplaats van het kind (art. 4 lid 4). De laatste kan echter weer op zijn beurt de nationale rechter met een andere maatregel overtroeven. Het vereiste is hierbij wel dat de persoon of het vermogen van het kind ernstig gevaar dreigt (art. 8 lid 1). Nu zou men kunnen verwachten dat een dergelijke maatregel juist des te meer aanleiding geeft in het belang van het kind tot een erkenningsplicht in de andere verdragsstaten. Het verdrag bepaalt echter het tegenovergestelde: de autoriteiten van de andere verdragsstaten zijn niet verplicht een maatregel op grond van art. 8 lid 1 getroffen te erkennen (art. 8 lid 2) (12). Het tweede voorbehoud waaraan de rechter van de gewone verblijfplaats van het kind is gebonden bepaalt dat hij een ex-lege gezagsverhouding overeenkomstig het nationale recht van het kind moet erkennen. Het is deze, in art. 3 genoemde bepaling die de meeste interpretatieproblemen geeft. Het is ook vanwege deze bepaling dat de Nederlandse rechter, indien bevoegd krachtens de gewone verblijfplaats van het kind, gekonfronteerd wordt met het Islamitisch recht, in de hier te bespreken gevallen het Marokkaanse recht. De interpretatievraag is of de rechter van de gewone verblijfplaats van het kind gebonden is in die zin dat deze rechter geen enkele maatregel meer kan treffen volgens zijn eigen recht (art. 2), behalve in die bijzondere gevallen dat er ernstig gevaar dreigt voor de persoon of het vermogen van het kind (art. 8 lid 1). Aan gezien de letterlijke tekst van art. 3 vermeldt dat die ex-lege verhouding in alle verdragsstaten moet worden erkend (cursief m.s.), zou die vraag ook gelden voor de nationale

rechter van het kind. Deze zou dan een volgens zijn eigen recht bestaande ex-lege gezagsverhouding ook niet meer kunnen opheffen of wijzigen.

Het is buiten kijf dat de bepaling van art. 3 in de verhouding tot art. 1 jo. art. 2 een produkt is van het eerder genoemde kompromis tussen nationaliteit- en domicilieprincipe dan gerechtvaardigd wordt met de verklaring dat het de opzet is om de continuïteit van het gezag te handhaven in het belang van het kind als doelstelling, maar het bloed kruipt waar het niet gaan kan.

Er zijn diverse theorieën met betrekking tot de toepassing van deze controversiële bepaling. Mij lijkt de meest zinvolle interpretatie dat de rechter van de gewone verblijfplaats van het kind een volgens het nationale recht van het kind bestaande ex-lege gezagsverhouding erkent, voorzover het belang van het kind geen aanleiding geeft om een maatregel te treffen, die de ex-lege gezagsverhouding opheft c.q. wijzigt. Ik mag hier volstaan met te verwijzen naar de conclusie van A-G Franx bij HR.1 juli 1982 (NJ 1983, 201) boven genoemd, die deze interpretatie ook voorstaat en waar één en ander nader uiteen wordt gezet(13).

De regel met betrekking tot het toepasselijke recht komt hierop neer dat de rechter steeds zijn eigen recht toepast (art. 2 en art. 4 lid 1). Naast de genoemde bepalingen inzake bevoegdheid en toepasselijk recht regelt het verdrag ook de wederzijdse erkenning van beslissingen gewezen in de verdragsstaten. Indien echter een beslissing een exequatur behoeft wordt de erkenning en de tenuitvoerlegging van deze beslissing niet door het verdrag geregeld, maar door het kommune recht (art. 7). Tenslotte geeft dit verdrag zoals alle Haagse IPR-verdragen de mogelijkheid om op grond van de openbare orde de bepalingen van dit verdrag niet toe te passen.

### III. Gezagsvoorziening na echtscheiding

Uitspraken op dit gebied betreffen met name geschillen tussen de ouders van het kind. Dat deze geschillen zich ook reeds in de tijd van de Profeet afspeelden volgt uit een beslissing die de Profeet zou hebben gegeven. Een vrouw beklagde zich als volgt: "Oh, Gezant van Allah, mijn buik heeft dit kind beschut, mijn borst heeft het gevoed, mijn armen hebben het beschermd en nu heeft zijn vader mij ver-

stoten en wil het uit mijn armen halen." De Profeet besliste hierop: "De hadana over dit kind, komt jou toe, zolang je niet hertrouwt"(14). Maar hoe beslist de Nederlandse rechter? Hij heeft te maken met het Haagse Kinderbeschermingsverdrag dat hem gelast het Marokkaanse recht te erkennen, maar dat hem ook de bevoegdheid geeft zijn eigen recht, de lex fori, toe te passen. Stel dat hem een voogdijverzoek wordt voorgelegd door de gescheiden moeder van het kind, van Marokkaanse nationaliteit en dat h.t.l. zijn gewone verblijfplaats heeft en dat de vader, moeder's ex-echtgenoot, verweer voert. Op grond van de eerdergenoemde interpretatie van art. 3 Haags Kinderbeschermingsverdrag, zal de rechtbank, bevoegd krachtens dit verdrag, het naar Marokkaans recht bestaand ex-lege gezag dienen te erkennen, te weten de wettelijke voogdij van de vader en de hadana van de moeder - aannemende dat het laatste na ontbinding van het huwelijk van rechtswege aan de moeder toekomt. Er is derhalve geen openstaande voogdij en het verzoek moet worden opgevat als één tot wijziging van het bestaande gezag. Ingevolge art.2 van het verdrag is op dat (wijzigings-) verzoek het Nederlandse recht van toepassing, m.n. art. 1:162 BW. jo. art. 929a Rv. De rechtbank zal derhalve moeten onderzoeken of de omstandigheden in het belang van het kind een wijziging in het bestaande gezag toelaten.

In de zaak van HR 18 november 1982 (NIPR 1984 nr. 102; NJ 1984, 343) was het huwelijk van de Marokkaanse ouders door verstoting in Marokko ontbonden. De verstoting is in Nederland door de ambtenaar van de burgerlijke stand "erkend" (15). Beide ouders zijn hertrouwd. De vader wil de moeder het hadanarecht over hun vijf-jarige dochter betwisten. Over de redenen moeten we gissen. In elk geval verzoekt hij de rechtbank hem tot voogd te benoemen c.q. vaststelling dat hij voogd is en zonodig benoeming van de moeder tot toeziend-voogdes. Zijn Marokkaanse wens in Nederlandse verpakking, wordt in alle drie instanties niet gehonoreerd. Daarentegen wordt het verzoek van de vrouw die verweer heeft gevoerd toegewezen: zij wordt voogdes en de man toeziend-voogd. In hoger beroep en in cassatie stelt de man dat toch Marokkaans recht toegepast had moeten worden. Maar terecht heeft de rechtbank, zich bevoegd verklarend krachtens art. 1 Haags Kinderbeschermingsverdrag, allereerst vastgesteld dat de verzoeken van de man zijn te verstaan als wijziging van het naar Marokkaans recht van rechtswege bestaand gezag en dat op die verzoeken het Nederlands recht van toepassing is. Het Hof Den Haag 27 mei 1983 bekrachtigt het vonnis. Men mist echter de overweging dat het Haags Kinderbeschermingsverdrag de mogelijkheid open laat om een naar het nationale

recht van de minderjarige bestaande ex-lege gezagsverhouding te wijzigen en dat op deze wijziging Nederlands recht van toepassing is, nu de minderjarige hier in Nederland haar gewone verblijfplaats heeft.

Met betrekking tot de overwegingen van het Hof het volgende: De beschikking van het Hof vermeldt dat de vader ter terechtzitting heeft verklaard dat het niet zijn bedoeling is zijn dochter bij de moeder weg te halen, doch dat hij haar af en toe eens wil zien. Voorts vermeldt die beschikking dat beide ouders verklaren dat zij de verzorging en opvoeding van het kind aan de moeder willen overlaten. Deze verklaringen komen m.i. praktisch daarop neer dat de man zijn verzoek om de moeder haar hadanarecht te ontnemen intrekt en dat hij slechts de bedoeling heeft dat er een omgangsregeling wordt getroffen door de rechter. Het laatste is zowel naar Nederlands als naar Marokkaans recht mogelijk. Voorts ging het hier om een dochter, zodat de moeder haar hadanarecht kan blijven uitoefenen, m.a.w. het meisje zou bij de moeder blijven wonen, tot haar huwelijk.

De rechtbank, bekrachtigd door Hof, heeft de vader tot toeziend voogd benoemd. Dit betekent dat hij ook nog een vorm van gezag zal uitoefenen, op de eerste plaats op het gebied van het vermogen van het kind. Dit echter behoort ook tot de rechten van de vader als wettige voogd naar Marokkaans recht. Overigens zal dat aspect van het gezag van weinig belang zijn indien het kind geen vermogen bezit. Voorts oefent de toeziende voogd ook nog een bepaald gezag ten aanzien van de persoon van het kind. M.n. heeft de minderjarige de toestemming nodig van haar toeziend voogd om te huwen (art. 1:35 lid 3 BW) (16).

Men vraagt zich dan af welke omstandigheden en verschillen tussen wettige voogdij en de hadana enerzijds en de voogdij en de toeziende voogdij anderzijds ertoe hebben geleid dat de rechtbank, bekrachtigd door het Hof, het noodzakelijk achtte in het belang van het kind om bestaande Marokkaanse ex-lege gezagsverhouding te wijzigen in de genoemde voogdij en toeziende voogdij.

Het cassatieberoep van de man is verworpen omdat zijn cassatiemiddel Marokkaans recht toegepast wil zien, en dat is - zoals ik eerder stelde - terecht afgewezen.

In een andere beslissing van Rb. Den Haag 31 januari 1985 (NIPR 1985 nr. 358) was het huwelijk van de Marokkaanse ouders eveneens in Marokko ontbonden, dit keer door "rechtscheiding." De dochter was toen één jaar oud. Vier maanden later

hertrouwde de moeder in Marokko. Zij heeft inmiddels de Nederlandse nationaliteit. De beschikking zegt niet op grond waarvan, maar kennelijk gebeurde dit in het kader van haar tweede huwelijk. In Nederland verzoekt zij de kinderrechtster haar tot voogd te benoemen en haar nieuwe echtgenoot (een man met Europese achternaam en Arabische voornamen) tot toezien voogd. Het kind is inmiddels vier jaar. De vader is behoorlijk opgeroepen, aldus de kinderrechtster, maar hij is niet verschenen en heeft ook niets van zich laten horen. De moeder verklaart dat zij in het geheel geen contact meer heeft met de vader van het kind en ook onbekend is met zijn adres in Marokko.

De kinderrechtster constateert dat "naar Marokkaans recht de verzorging en opvoeding aan de moeder is opgedragen", dat de rechtbank krachtens art. 1 en art. 2 van het Haagse Kinderbeschermingsverdrag bevoegd is in het gezag over de minderjarige te voorzien overeenkomstig Nederlands recht. Gelet op het voorgaande acht de rechtbank het vervolgens in het belang van het kind dat het verzoek van de moeder wordt toegewezen.

Waarom wordt slechts een deel van het Marokkaanse gezag gekonstateerd, m.n. de hadana en niet ook de wettige voogdij? Immers het is deze ex-lege gezagsverhouding in zijn geheel die de rechtster krachtens art. 3 van het Haagse verdrag moest erkennen. Ging de rechtster van een openstaande voogdij uit? In de beschikking wordt geheel niet aan de bepaling van art. 3 gerefereerd. Overigens wordt in meer uitspraken van de lagere rechtster deze bepaling doodgezwegen.

In het geval van Hof Amsterdam 21 maart 1984 (NIPR 1985 nr. 333) waren de partijen eveneens Marokkaanse ex-echtgenoten, wier huwelijk in Marokko was ontbonden. Beiden wonen thans in Nederland. Het verzoek van de Marokkaanse vrouw haar - zo nodig naar Nederlands recht - te belasten met de voogdij over haar kinderen, werd niet ontvankelijk verklaard, "nu in het - te dezen toepasselijke - Marokkaanse recht bij ontbinding van het huwelijk van rechtswege in de zorg voor de persoon en het vermogen van de kinderen is voorzien." Het Hof bekrachtigde hiermee de beschikking van de lagere rechtster. De reden dat het Hof niet nader onderzocht of het belang van het kind eventueel een wijziging van het gezag noodzakelijk maakte lag wel hierin dat de kinderen, die oorspronkelijk ook in Nederland woonden, een maand na de beslissing van de rechtbank naar Marokko zijn gegaan en sindsdien (oktober 1983) bij de grootvader van moederszijde wonen. Indien de kinderen niet in Nederland hun gewone verblijfplaats hebben en de echtscheiding van de ouders in het buitenland is uitgesproken

is er geen bevoegde rechtster in Nederland (art. 929a Rv.) (17)

Er is in dit soort zaken (nog) niet geschermd met het beginsel gelijke rechten man en vrouw, c.q. met het voorbehoud van de Nederlandse openbare orde (art. 16 Haagse Kinderbeschermingsverdrag). Dit zal ook niet nodig zijn omdat het belang van het kind meestal wel het overwicht zal hebben. Een beroep op de openbare orde alleen vanwege de inhoud van het buitenlandse recht zal niet slagen. Het is tevens het resultaat in konkreto van de toepassing van dat buitenlandse recht dat in strijd moet zijn met de openbare orde wil een beroep daarop mogelijk slagen.

#### IV. Kinderbeschermingsmaatregelen

Bij het onderwerp inzake gezag na echtscheiding constateerde ik dat het geschil vrijwel altijd een strijd was tussen enerzijds de vader van het kind en anderzijds de moeder van het kind, de natuurlijke ouders. Bij het onderhavige onderwerp is de strijd, kan men zeggen, tussen enerzijds de natuurlijke ouder(s) van het kind en anderzijds de derde ouder van het kind: de staat. Deze derde ouder heeft een sterkere positie dan de natuurlijke ouders indien partijen van mening verschillen omtrent het belang van het kind. De inzichten van de staat hebben voorrang op die van de ouders. Maar het kind heeft nog een vierde of super-ouder, de Europese Commissie en het Europese Hof van de Rechten van de Mens, althans voor wat de situatie in Nederland betreft en de andere lidstaten van het Europese Verdrag van Rome inzake de Rechten van de Mens (EVRM), 4 november 1950 (Trb 1951, 154; NIPR 1986 nr. 2).

De geschillen tussen de staat en de ouders kunnen in twee categorieën worden onderscheiden. De eerste worden veroorzaakt doordat de ouders tekort schieten in hun ouderplichten. In de beslissing van Rb. Amsterdam 10 januari 1984 (NIPR 1984 nr. 264) werd een Marokkaanse moeder ontzet en haar Marokkaanse echtgenoot ontheven uit het "gezagsrecht dat zij naar Marokkaans recht" hebben over hun vierjarige dochter. Het kind was door de moeder mishandeld en grof verwaarloosd. Gevreesd werd dat het kind opnieuw slachtoffer zou worden van deze mishandelingen. De Marokkaanse vader was niet in staat het kind daartegen te beschermen. Het kind werd in een pleeggezin geplaatst.

De rechtbank verklaarde zich terecht bevoegd op grond van

art. 1 Haags Kinderbeschermingsverdrag. Het kind was in Nederland geboren en heeft sindsdien h.t.l. gewoond. Over de verhouding van art. 1 tot art. 3 van dit verdrag verwijs ik naar hetgeen eerder is betoogd.

De ouders gingen in hoger beroep maar werden niet-ontvankelijk verklaard wegens te laat ingesteld appel. Ten overvloede gaat het Hof nader in op de zaak en konkludeert dat het verzoek ook zou zijn afgewezen indien verzoekers ontvankelijk zouden zijn verklaard. Zonder overigens het Haagse Kinderbeschermingsverdrag specifiek te noemen ging het Hof in zijn overwegingen ook terecht uit van de bevoegdheid van de Nederlandse rechter en de toepasselijkheid van het Nederlandse recht. Voorts overwoog het Hof dat in de te erkennen (Marokkaanse) gezagsverhouding door een maatregel kan worden ingegrepen die noodzakelijk blijkt ter bescherming van de minderjarige.

De ouders hadden een andere oplossing, waarschijnlijk met de zorg omtrent de Moslimse opvoeding van hun dochter in het achterhoofd. Een beroep op art. 27 van het Internationaal Verdrag inzake burgerrechten en politieke rechten, 19 december 1966 (Trb. 1969, 99 en 1978, 177), wordt door Rechtbank en Hof verworpen. Het Hof meent wel "dat indien een maatregel van kinderbescherming noodzakelijk is, bij de keuze en de uitvoering daarvan zoveel mogelijk het in het genoemde art. 27 neergelegde recht moet worden gerespecteerd." Het Hof neemt echter tevens in aanmerking dat het kind een moeilijk opvoedbaar meisje is, dat door de gedragingen van de moeder veel heeft geleden, zodat zij op korte termijn veel begeleiding nodig heeft, waartoe een professioneel pleeggezin is aangewezen. Een geschikt Marokkaans gezin is niet beschikbaar, aldus het Hof, daargelaten dat het meisje geen Marokkaans spreekt. Het Hof overweegt dat het pleeggezin, waarin het meisje sinds kort verblijft, "open staat voor de Marokkaanse cultuur en mee wil werken aan een regelmatig contact tussen het meisje en haar ouders in het bijzonder ook op Islamitische feestdagen."

Voor het meisje valt nu verder te hopen dat hiermede niet een situatie wordt geschapen als die in de uitspraak van HR 1 juli 1982 hieronder.

In de beslissing van Rb. Maastricht 5 oktober 1984 gedeeltelijk vernietigd door Hof den Bosch 7 juni 1985 (NIPR 1985 nr. 383) werd een Marokkaanse man, die tot vier jaar gevangenisstraf was veroordeeld, ontzet uit het gezag over zijn veertienjarige dochter uit zijn eerste huwelijk met een

eveneens Marokkaanse vrouw. Dit huwelijk was in 1973 in Marokko ontbonden. Hij woont sinds 1977 in Nederland en is inmiddels hertrouwd met een Nederlandse vrouw. Het meisje, in 1977 door de vader meegenomen naar Nederland en toen 7 jaar oud, woont sindsdien in het nieuwe gezin van de vader.

De beslissing van de rechtbank luidde dat de man "wordt ontzet uit de voogdij" over zijn dochter. In hoger beroep probeert de man dit vonnis vernietigd te krijgen en zijn betoog komt hierop neer, dat zijn Marokkaanse voogdij niet omvat de zorg over de persoon van het kind zodat er geen grond is tot ontzetting. Het Hof, uitgaande dat krachtens art. 3 Haags Kinderbeschermingsverdrag de naar Marokkaans recht van rechtswege bestaande gezagsverhouding: wettige voogdij en hadana moet worden erkend, geeft de man in zoverre gelijk dat de Marokkaanse voogdij die de vader naar Marokkaans recht over zijn dochter uitoefent niet identiek is aan de Nederlandse voogdij. Het Hof meent wel dat een deel van de rechten en plichten van de Marokkaanse voogd gelijk te stellen zijn met die van de Nederlandse voogd. De beschikking van de rechtbank wordt bekrachtigd, echter voorzover dat gezag waarmee de man naar Marokkaans recht is belast, overeen stemt met de uitoefening van de Nederlandse voogdij. In overeenstemming hiermee krijgt de voogd benoemd overeenkomstig Nederlands recht alleen de bevoegdheden die de vader als Marokkaanse voogd uitoefende. Het Hof erkent namelijk het hadanarecht, dat i.c. wordt uitgeoefend door de grootmoeder van vaderszijde, die in Marokko woont. Dit hadanarecht is niet opgeheven door de ontzetting van de vader. De Raad van de Kinderbescherming heeft ook geen ontzetting gevraagd van de grootmoeder en er is ook geen grond tot ontzetting door de rechtbank ex art. 1:367 BW, aldus het Hof. De beslissing van de rechtbank wordt voor het overige bekrachtigd, dit is de benoeming van de toeziend voogdes en de afgifte van het kind aan de voogd, de Stichting voor Jeugd en Gezin in Eindhoven.

De beschikking van het Hof houdt dus in dat het meisje in Nederland blijft wonen. Volgens Marokkaans recht zou het meisje eigenlijk bij de grootmoeder in Marokko moeten wonen, maar de rechter kan anders beslissen in het belang van het kind. In dit geval had de vader het kind met toestemming van het Marokkaanse Openbaar Ministerie naar Nederland meegenomen. De Nederlandse rechter kan in de zin van het Marokkaans recht de woonplaats van het meisje bepalen.

Vermeld dient te worden dat het Hof anders dan de rechtbank die het Haagse Kinderbeschermingsverdrag geheel niet ver-

meldt, de bepalingen van dit verdrag m.i. op korrekte wijze heeft toegepast.

De tweede categorie geschillen tussen de ouders en de staat worden veroorzaakt niet doordat de ouders als zodanig hebben verzaakt, maar het geschil ligt daarin dat zij hun kinderen verzorgen en opvoeden volgens andere inzichten en normen dan in de staat gangbaar zijn of behoren te gelden. Het voorbeeld hiervan is het geval HR 1 juli 1982(NJ 1983 nr. 201, NIPR 1984 nr. 64). Het betreft een 16-jarig meisje uit een Marokkaans streng Islamitisch gezin. Het meisje, op 11-jarige leeftijd naar Nederland gekomen, ondervindt in die vijf jaar de invloed van de Nederlandse samenleving en verzet zich tegen de Marokkaans Islamitische opvoeding. Er komen botsingen en deze worden steeds sterker, m.n. met de vader. Het meisje loopt dan weg van huis en wil niet meer terugkeren. Zij is bang dat ze teruggestuurd wordt naar Marokko. De Raad van de Kinderbescherming konstateert dat een maatregel noodzakelijk is om schade aan psyche en lichaam van het meisje te voorkomen. Op verzoek van de Raad wordt ondertoezichtstelling met uit-huisplaatsing van het meisje bevolen. Deze uitspraak van de kinderrechtster wordt door het Hof Den Haag bekrachtigd.

In cassatie doet de vader een beroep op de erkenningsplicht van de Nederlandse rechter ten aanzien van de Marokkaanse gezagsverhouding overeenkomstig het Haagse Kinderbeschermingsverdrag. Voorts doet hij een beroep op art. 27 van het Internationale Verdrag inzake Burgerrechten en Politieke Rechten en art. 8 lid 1 en 2 EVRM.

Wat het Haagse Kinderbeschermingsverdrag betreft is allereerst van belang de vraag inzake het overgangsrecht in verband met de intrekking door Nederland van het destijds gemaakte voorbehoud van art. 13 lid 3. Het verdrag is hierdoor ook van toepassing op kinderen met de nationaliteit van niet-verdragsstaten, met het gevolg dat ook de Nederlandse rechter te maken krijgt met eventuele ex-lege gezagsverhoudingen overeenkomstig het recht van niet-verdragsstaten, i.c. bijvoorbeeld Marokko. De intrekking trad in werking nadat het Hof uitspraak had gedaan. De HR paste het nieuwe recht toe. De bepaling van art. 3 van het verdrag, erkenning van de ex-lege gezagsverhouding overeenkomstig het nationale recht van het kind, wordt toegepast in de zin zoals ik die eerder weergaf. De HR overwoog dat de Nederlandse rechter niet in strijd handelt met de erkenningsplicht van art. 3 indien hij een maatregel treft overeenkomstig zijn eigen recht, zulks in het belang van het kind. Deze maatstaf

"belang van het kind" is door het Hof in acht genomen, aldus de HR. De vraag echter of de maatregel noodzakelijk was is een feitelijke vraag en kan niet in cassatie worden getoetst.

Hoe is de feitelijke vraag door het Hof opgelost? Het Hof achtte de vrees van het meisje naar Marokko te worden teruggestuurd reëel, omdat het twee jaar jongere zusje onlangs naar Marokko is teruggestuurd, nadat ook deze dochter van huis was weggelopen. Deze vrees was voor het Hof doorslaggevend om een maatregel in het belang van het kind te treffen. Konkreet gezegd is het "belang van het kind" aldus ingevuld dat een 16-jarig kind het recht heeft naar eigen inzichten te beslissen over haar persoon, in strijd met die van de ouders(18).

Tot slot een opmerking naar aanleiding van art. 8 EVRM waarop de vader van het meisje in cassatie een beroep heeft gedaan, maar dat door de HR is verworpen.

Moet "gezinsleven" in art. 8 lid 1 aldus worden uitgelegd dat ook een Marokkaans Islamitisch gezinsleven wordt beschermd? Alkema in zijn noot onder deze uitspraak meent van wel(19). De HR kennelijk ook, immers het cassatiemiddel is verworpen niet omdat art. 8 lid 1 hier niet van toepassing zou zijn, maar op grond van de bepaling in lid 2 van dat artikel, die inmenging in het Marokkaans Islamitisch gezinsleven toelaat voorzover bij de wet voorzien ter bescherming van het kind, dat is in het belang van het kind. Deze "toeverformule: in het belang van het kind"(20) is door het Hof vastgesteld, en wel volgens het Nederlandse cultuurpatroon en niet volgens Marokkaans Islamitische normen en tradities. Begrijpelijk en ook terecht volgens het Haagse Kinderbeschermingsverdrag. Maar indien men uitgaat van art. 8 lid 1, is dit dan niet meten met twee maatstaven? Is art. 8 EVRM wel van toepassing op internationaal privaatrechtelijke rechtsverhoudingen in zaken van personen- en familierecht zoals het onderhavige? Het internationaal privaatrecht kent het voorbehoud van de openbare orde dat voldoende bescherming biedt om buitenlands recht in bepaalde gevallen te weren.



NOTEN

1. Deze gegevens baseer ik op de rechtspraak gepubliceerd in NIPR vanaf 1983.
2. Zie Bergmann/Ferid, Internationales Ehe- und Kind-Schaftsrecht, 42.Lieferung 31.3.1971, "Marokko", p. 21-p.381
3. Trb. 1963, 29 en 1968, 62
4. M. Borrmans, Statut personnel et famille au Maghreb de 1940 à nos jours, 1977, p. 242
5. A. Colomer, Droit Muselman, Tome I, Les Personnes - La famille, 1963, no. 26
6. Colomer, o.c. no. 195
7. Borrmans, o.c., p. 220, noot 115
8. Colomer, o.c. no. 198: Dit is geoorloofd volgens de Malikitische rechtsschool voor zover er een ander persoon is die in staat en bereid is de hadana te aanvaarden.
9. Zie A. Wendels, Enige aantekeningen bij de intrekking van de voorbehouden ex-artikel 13 en 15 van het Haagse Kinderbeschermingsverdrag 1961, in Trema 1984 p.93-99; M. Sumampouw, Die Rücknahme der Vorbehalte des Haager Minderjährigen-Schutzabkommens; einige Konsequenzen für das niederländische IPR, in IPR ax 4 (1984) p.170-174
10. Zie hoofdstuk IV
11. Zie noot 9
12. Voor de overige bevoegdheidsregels, zie artt. 5,9 en 15 lid 1
13. Zie voor recenter bronnen K. Siehr in Böhmer/Siehr, Das gesamte Familienrecht, Band 2: Das internationale Recht, Dritte Auflage, 7.Lieferung (September 1985), 7.5 Übereinkommen über die Zuständigkeit der Behörden und das anzuwendende Recht auf dem Gebiet des Schutzes von Minderjährigen vom 5 Oktober 1961: Literatur, p. 3-6a, Art. 3, p. 53-68
14. R. Sabbagh, L'évolution du droit de garde dans les pays du Maghreb; Revue Tunisienne de Droit 1969-1970, p. 49-65, p. 53
15. Zie voor het probleem inzake erkenning van verstotingen in Nederland, José J. Bolten, Verstotingen naar Nederlands Recht; Recht van de Islam 2, 1984, p. 27-44
16. G. Delfos en J.E. Dock, Voogdij en toeziende voogdij; Serie Jeugdrecht en Jeugdbeschermingsrecht nr. 3, 1984, p. 61 e.v.
17. Zie M. Sumampouw, noot 9
18. In de Duitse Bondsrepubliek heeft men in een vergelijkbaar geval de openbare orde gehanteerd. Zie KG 14.9.1984

- 1 W 427/84, DAVorm 1984, 338; zie ook W. Wengler, "Die Stellungnahme von Aufenhaltstaat und Heimatstaat zur elterlichen Sorgegewalt unter dem Haager Minderjährigenschutzabkommen", in IPRax 4 (1984) p.177-179; dezelfde, Nochmals: Die Entlaufenen Töchter der Islamischen Eltern, in IPRax 5 (1985) p. 334-335
19. NJ 1983, 201
  20. J. Goldstein, A. Freud, Albert J. Solnut, De toverformule: in het belang van het kind, 1979