

Mr. Chr.A.J.F.M. Hensen

Wetenschappelijk medewerker Internationaal Juridisch Instituut, 's-Gravenhage

## ISLAMITISCH RECHT IN EN BUITEN RECHTE; DE BEHANDELING VAN TURKSE EN MAROKKAANSE BOEDELS

### Inleiding

De omschrijving van het onderwerp van mijn voordracht "Islamitisch recht in en buiten rechte; de behandeling van Turkse en Marokkaanse boedels" zal voor menig een in dit gezelschap, dat niet geheel uit juristen bestaat, enigszins cryptisch zijn. Ik zal het daarom nader omschrijven. Aan het begrip Islamitisch recht ga ik voorbij; in dit gezelschap laat ik de vraag 'wat is Islamitisch recht' maar liever onbeantwoord. Het onderscheid in rechte versus buiten rechte is misschien niet iedereen duidelijk. Dit onderscheid ziet op het gegeven dat in de samenleving veel rechtshandelingen, bijvoorbeeld een betaling, een scheiding en deling van een ontbonden huwelijksgemeenschap of de verdeling van een nalatenschap, tot stand kunnen komen zonder tussenkomst van de rechter, dit geschiedt dan buiten rechte. Het kan ook zo zijn, dat is een minderheid van de gevallen, dat de partijen zich tot de rechter wenden om de gewenste rechtsgevolgen in het leven te roepen. Soms moet dit op grond van een wettelijk voorschrift,

bijvoorbeeld een echtscheiding. In andere gevallen wordt de rechter erbij betrokken omdat de partijen het niet met elkaar eens kunnen worden. Dit zal zich kunnen voordoen bijvoorbeeld in geval van een verdeling van een nalatenschap. In deze gevallen wordt het recht in rechte toegepast.

Het lijkt zo te zijn dat rechtstoepassing in rechte in de rechtswetenschap een groter aanzien heeft dan de rechtstoepassing buiten rechte.

Rechterlijke beslissingen worden gepubliceerd, er verschijnen boeken over (1).

Beslissingen buiten rechte hebben dat aanzien niet. Ten onrechte, het getal van de beslissingen is hoger, de inhoud is niet minder fundamenteel en ik denk dat de kwaliteit niet minder is.

Ik zal het verder hebben over de behandeling van Turkse en Marokkaanse boedels. Daaronder is in het kader van deze voordracht veelal te verstaan het roerend en onroerend vermogen behorend aan hier te lande woonachtige Turkse en Marokkaanse families.

De behandeling betreft al datgene wat moet gebeuren indien zo'n boedel verdeeld moet worden. Dit doet zich in concreto voor na echtscheiding of na overlijden. Buiten rechte is bij de behandeling dan veelal de notaris betrokken. Veel beslissingen buiten rechte worden door deze autoriteit genomen. De inhoud van deze beslissingen wordt nooit gepubliceerd. Ik zal proberen een tipje van de sluier op te lichten voorzover dit betreft de behandeling van Turkse en Marokkaanse boedels.

Aan de orde dient dan dus te komen het huwelijksvermogensrecht en het erfrecht.

In Nederland en niet alleen in Nederland geldt dan de, naar veelal wordt aangenomen, vaste en moeilijk aantastbare regel dat in het geval dat de betrokkenen een vreemde nationaliteit hebben, toepasselijk is het recht

van die nationaliteit. In concreto wil dit zeggen dat ingeval van een echtscheiding tussen Turken, het Turkse huwelijksvermogensrecht bepalend is voor de vraag of en op welke wijze de boedel verdeeld moet worden. Dezelfde gedachtengang leidt ertoe dat de vererving van de boedel van een hier te lande overleden Marokkaan dient te geschieden naar Marokkaans recht. Hierna kom ik nog terug op deze zogenaamde verwijzingsregel.

Dit soort regels van Nederlands internationaal privaatrecht (2), welke ertoe leiden dat in familierechtelijke verhoudingen de buitenlandse wet moet worden toegepast indien betrokkenen van buitenlandse nationaliteit zijn worden vaker veronachtzaamd dan menigeeen denkt. In rechte gebeurt dit misschien nog niet zo vaak, buiten rechte evenwel steeds meer. Daarnaast signaleer ik een trend om deze regel te veronachtzamen ingeval volgens de regel Islamitisch recht of een ander 'moeilijk' rechtstelsel toepasselijk is.

Ik zal het vandaag vooral hebben over de veronachtzaming van deze regel, in en buiten rechte, en ik zal dat soms zelfs verdedigen. Dit lijkt mij een interessant onderwerp voor een vereniging als de RIMO, aangezien het toch zo is dat de bestudering van het Islamitisch recht minder relevant is als het niet wordt toegepast.

In de titel van mijn voordracht en ook hierna beperk ik mij tot het Turkse en Marokkaanse recht. Beide zijn aan te merken als -de een minder de ander meer- door het Islamitisch recht beïnvloede rechtstelsels. De reden hiervan is geen andere dan dat daar de meeste ervaring mee is, door het grote aantal in Nederland van juist dié nationaliteiten. Niettemin kan veel van hetgeen ik hierna opmerk over het Marokkaanse recht worden geprojecteerd op gevallen waarbij bijvoorbeeld Algerijnen of Tunesiërs zijn betrokken.

De omvang van de boedels van Marokkanen en Turken hier in Nederland is als regel niet zo groot. Een geschillenbeslechting voor de rechter zit er veelal niet in, met andere woorden, de boedelbehandeling vindt niet plaats in rechte maar buiten rechte. De niet rechterlijke autoriteit die hier te lande bij de boedelbehandeling is betrokken is veelal de notaris. Het Internationaal Juridisch Instituut verkeert in de gelukkige omstandigheid gehuisvest te zijn in dezelfde ruimte als het wetenschappelijk bureau van het Nederlandse notariaat, wat mij de gelegenheid heeft gegeven om te zien hoe het Nederlandse notariaat omgaat met Turkse en Marokkaanse boedels.

De opzet van mijn betoog zal zijn dat ik mij concentreer op het huwelijksvermogensrecht en het erfrecht.

Aan de hand van het geldende Nederlands internationaal privaatrecht zal ik steeds nagaan onder welke omstandigheid Turks of Marokkaans recht of een ander Islamitisch rechtstelsel toegepast zou moeten worden. Bovendien zal ik nagaan of die regels van Nederlands internationaal privaatrecht in en buiten rechte ook werkelijk worden gehanteerd. Ik heb al even aangegeven dat dit niet op de laatste plaats wordt bepaald door de inhoud van dat recht. Dat wordt dus ook besproken.

## Huwelijksvermogensrecht

### De Nederlandse verwijzingsregel

Het huwelijksvermogensregime dat geldt tussen twee echtgenoten met beiden dezelfde vreemde nationaliteit, zal zich in de regel richten naar het land waarvan zij de nationaliteit gemeen hebben. Tenzij een rechtskeuze door de echtgenoten is gedaan dient immers, volgens het

bekende arrest inzake Chelouche/Van Leer, de gemeenschappelijke nationaliteit als eerste subsidiaire aanknopingspunt in aanmerking te worden genomen (3). Deze aanknopingspunt aan Turks recht doet zich ook voor in geval van huwelijken tussen Turkse echtgenoten die zijn gesloten vóór 1976, de datum van het Chelouche/Van Leer arrest. De Hoge Raad heeft namelijk beslist dat de regels van het Chelouche/Van Leer arrest terugwerkende kracht hebben (4).

Bij gemengd Islamitisch-Nederlandse huwelijken zal Nederlands huwelijksvermogensrecht van toepassing zijn indien de echtgenoten zich na het huwelijk in Nederland vestigen. Dit zogenaamde eerste huwelijksdomicilie wordt in het Chelouche/Van Leer arrest als tweede subsidiaire aanknopingspunt genoemd, na de gemeenschappelijke nationaliteit. Op dit soort huwelijken hoef ik niet nader in te gaan omdat dan geen Islamitisch rechtstelsel toepasselijk is.

Voor ik inga op de vraag of deze regel door de Nederlandse rechtsbeoefenaars werkelijk in acht wordt genomen zal ik eerst nader ingaan op de inhoud van de voor Nederlandse verhoudingen meest van belang zijnde varianten van Islamitisch huwelijksvermogensrecht, te weten het Turkse en het Marokkaanse.

### Het Turkse huwelijksvermogensrecht

Bepalend is hier het Turks Burgerlijk Wetboek van 1926 (hierna TBW). Het TBW is in grote lijnen een vertaling in het Turks van de Franstalige tekst van het Zwitserse Wetboek. Bedoeld is hier de oorspronkelijke versie van het Zwitserse Wetboek (Per 1 januari 1988 is het Zwitserse huwelijksgoederen- en erfrecht gemoderniseerd.). Een belangrijke afwijking is dat in Turkije is gekozen voor de *scheiding van goederen* als wettelijk regime. Zwitserland kent een beperkte gemeenschap, de

zogenaamde *goederenverbinding*, als wettelijk regime. De Turkse oplossing volgt de Islamitische traditie.

Een belangrijke kenbron -zeker voor het notariaat- van het buitenlandse huwelijksvermogensrecht en erfrecht is het boekwerk: *Régimes Matrimoniaux, Successions et Libéralités* (5). Dit werk laat de gebruiker voor wat betreft de beschrijving van het Turkse recht echter zeer in de steek. Zo is de beschrijving van het ipr achterhaald door de invoering, in 1982, van de nieuwe ipr-wet. Ernstiger is het dat de beschrijving van het huwelijksvermogensrecht op veel plaatsen onbegrijpelijk of onjuist is. Op veel plaatsen rijst het vermoeden dat de schrijvers, gesteld voor de taak een opstel in de Franse taal te maken, het zich gemakkelijk wilden maken door Franstalige commentaren op het Zwitserse huwelijksvermogensrecht als basis voor hun eigen verhandeling te nemen. Dit leidde tot opmerkingen die alleen in het licht van het in Zwitserland geldende wettelijk regime zijn te begrijpen. De schrijvers verraden zichzelf door op zeker moment bij verwijzing naar wetsartikelen de nummering van het Zwitserse Wetboek in plaats van het Turkse te volgen!

Voor kennisneming van de bepalingen van het Turks Burgerlijk Wetboek was hier te lande de meest toegankelijke bron de vertaling in het Duits die is opgenomen in *Bergmann/Ferid* (6). Deze vertaling volgt mutatis mutandis het Zwitserse Burgerlijk Wetboek en houdt rekening met de "vertaling" in het Frans die in 1926 bij *John A. Rizzo* in Constantinopel is verschenen (7). Dit laatste werk is in Nederland vrijwel niet te verkrijgen. In feite is de uitgave van Rizzo geen vertaling maar wordt teruggerepen op de Franse tekst van het Zwitserse Wetboek. Dit teruggrijpen leidt op enige plaatsen tot een verkeerde weergave van het Turkse Wetboek. Een waarschuwing tegen het

gebruik van deze vertaling, ook in de vorm waarin deze door *Bergmann/Ferid* wordt gepresenteerd, is daarom op zijn plaats. Bovendien geeft *Bergmann/Ferid* geen vertaling van de artikelen 170-240 TBW betreffende het huwelijksvermogensrecht, doch slechts een samenvatting.

Gelukkig is in Nederland in de gesignaleerde gebrekkigheid voorzien door de vertaling van *Nauta* van de delen van het Turks BW betreffende het echtscheidingsrecht. Deze vertaling is als aanhangsel opgenomen bij mijn publikatie: Een "Turkse" echtscheiding (8).

Ik beperk mij hierna tot een bespreking van het stelsel van goederenscheiding, omdat het overeenkomen bij huwelijksovereenkomst van een ander regime dan het wettelijke regime van scheiding van goederen in Turkije zeer ongebruikelijk is. De praktijkervaringen van het Internationaal Juridisch Instituut en het Notarieel Juridisch Bureau, waar een geval waarin een ander regime is overeengekomen zich nog nooit heeft voorgedaan, geven een aanwijzing dat ook ten aanzien van hier te lande woonachtige Turkse echtgenoten kan worden aangenomen dat zij vrijwel altijd in het wettelijk stelsel gehuwd zijn (9).

Ik merk nog op dat ook indien de echtgenoten een van de twee keuzestelsels -dit zijn de goederenverbinding en de gemeenschap van goederen- zijn overeengekomen, van rechtswege het stelsel van goederenscheiding tussen hen zal gelden ingeval van insolventie en faillissement (artikel 174 TBW). Voorts geeft de wet de rechter de bevoegdheid om in bepaalde gevallen de scheiding van goederen uit te spreken. Dit kan zich voordoen ingeval van echtscheiding (artikel 146 TBW), maar is ook mogelijk onder handhaving van de huwelijksband in de gevallen van de artikelen 175, 176 en 177 TBW.

De genoemde artikelen passen systematisch niet goed in de opzet van het Turkse huwelijksvermogensrecht dat als uitgangspunt immers de scheiding van goederen kent. Hier verraadt zich de ontlening aan het Zwitserse Wetboek en een onvoldoende aanpassing aan de Islamitische traditie.

In het bijzonder artikel 146 lijkt ook door veel Turkse rechtbanken onjuist geïnterpreteerd te worden; het wordt namelijk toegepast in gevallen waar reeds een scheiding van goederen bestaat. Dit blijkt bijvoorbeeld uit een uitspraak de dato 24 december 1981, waar het hoogste Turkse rechtscollege een beslissing vernietigt waarin artikel 146 TBW is toegepast terwijl de echtgenoten volgens het wettelijke regime -dus met scheiding van goederen- waren gehuwd (10).

Onder de goederenscheiding behoudt ieder der echtgenoten de eigendom, het bestuur en het genot van zijn eigen vermogen (artikel 186-1 TBW). De ene echtgenoot heeft niet het recht om over het vermogen van de andere echtgenoot te beschikken. Beiden zijn gerechtigd tot de inkomsten uit eigen vermogen of arbeid (artikel 189 TBW). De man is verplicht te voorzien in de kosten van het huishouden, in beginsel is hij aansprakelijk voor wat betreft de schulden die daarvoor zijn aangegaan (artikel 187-1 TBW). De man kan evenwel van zijn vrouw verlangen dat een redelijk deel van de huishoudelijke kosten door haar worden gedragen (artikel 190-1 TBW). Indien ten behoeve van het huishouden schulden worden gemaakt door de man of de vrouw dan is ook de vrouw aansprakelijk ingeval de man insolvent blijkt te zijn (artikel 187-2 TBW).

De strikte vermogensscheiding die in de regel tussen Turkse echtgenoten bestaat, maakt een boedelscheiding na huwelijksontbinding overbodig. Dit heeft tot gevolg dat de bepaling in het Turks Burgerlijk

Wetboek (artikel 146 TBW), betreffende de boedelscheiding, door de Turkse rechter niet wordt toegepast indien de echtgenoten zijn gehuwd in het wettelijke stelsel van scheiding van goederen.

Toch vindt er in de Nederlandse praktijk wel degelijk met regelmaat een scheiding en deling plaats van de gemeenschap die tussen Turkse echtgenoten aanwezig wordt geacht.

Het komt mij voor dat het ofwel een gevolg kan zijn van een veronachtzaming van de Nederlandse verwijzingsregel, met andere woorden Nederlands huwelijksvermogensrecht wordt zonder ipr-overweging toegepast. Natuurlijk kan het ook zijn dat men een verkeerd oordeel heeft over de inhoud van het Turkse huwelijksvermogensrecht. Scheidingen en delingen als sequel van een echtscheiding wordt nog wel eens in de hand gewerkt door het gebruik dat de eisende partij een scheiding en deling van de gemeenschap *voorzover aanwezig* vordert. Die vordering zal worden toegewezen als de gedaagde zich daar niet tegen verzet. Deze toewijzing noopt de ex-echtgenoten ten onrechte tot een bezoek aan de notaris. Dit lijkt een veronachtzaming van het Nederlandse internationaal privaatrecht. De scheiding en deling doet vermoeden dat Nederlands recht gehanteerd wordt terwijl volgens de verwijzingsregel Turks recht toepasselijk is. Toch denk ik dat deze handelwijze misschien te verdedigen is. Sinds het Chelouche/Van Leer arrest staat immers vast dat echtelieden het toepasselijk huwelijksvermogensrecht mogen kiezen. Ik vraag mij af of de onweersproken stelling van de eisende partij dat een gemeenschap bestaat niet als een rechtskeuze voor Nederlands recht kan worden aangemerkt.

Ook buiten gevallen van echtscheiding kunnen vragen van huwelijksvermogensrecht rijzen. In geval van overlijden van een gehuwde man of vrouw wordt de omvang van de nalatenschap bepaald

door het toepasselijk huwelijksvermogensrecht. In Nederlandse verhoudingen gaat als regel een scheiding en deling aan de erfrechtelijke verdeling vooraf. In negen van de tien gevallen is dat niet meer dan het in de helft delen van de gemeenschap. Deze helft vormt dan de te verdelen nalatenschap.

Tussen Turkse echtgenoten zou dat niet mogen gebeuren. Een indicatie van de veronachtzaming, in geval van een erfrechtelijke afwikkeling, van de volgens Nederlands internationaal privaatrecht toepasselijke huwelijksvermogensrecht is te ontlenen aan een publikatie van mevrouw *De Gier* (11). Door Turkse echtgenoten was een hier te lande gelegen huis aangekocht op naam van de man alleen. Volgens Turks huwelijksvermogensrecht staat dan vast dat het huis behoort tot het privé-vermogen van de man. Zijn echtgenote is in 1980 overleden. Enkele jaren later, als de man het huis wil verkopen, blijkt uit de recherche bij de openbare registers dat na het overlijden het onroerend goed op naam staat van de man en zijn twee kinderen. De kinderen hebben derhalve krachtens erfrecht van hun moeder iets verkregen dat hun moeder nooit heeft toebehoord. Dat kon gebeuren doordat kennelijk werd aangenomen dat tussen Turkse echtgenoten een algehele gemeenschap naar Nederlands recht bestond.

Toch heb ik de indruk dat ik hier uitzonderingen constateer. Het is mijn ervaring dat zeker bij het notariaat de verwijzingsregel van het *Chelouche/Van Leer* arrest erin gebakken zit. Met betrekking tot Turkse echtgenoten passen zij dus Turks-huwelijksvermogensrecht toe. Dit recht houdt in een algehele scheiding van goederen. Voor de praktijk is dat het eenvoudigste stelsel omdat een scheiding en deling in huwelijksvermogensrechtelijke zin niet nodig is.

Voor de notaris dus alle reden om hier het Nederlandse internationaal privaatrecht en bijgevolg het Turkse recht niet te veronachtzamen.

## Marokkaans huwelijksvermogensrecht

Mijn beschouwing over het Turkse huwelijksvermogensrecht ving aan met een klaagzang over het beperkte bronnenmateriaal. Voor het Marokkaanse recht is de situatie iets minder zorgelijk omdat van de Marokkaanse wetgeving al langer betrouwbare, franstalige, tekstedities bestaan. Bovendien kunnen de Nederlandse rechtsbeoefenaars zich sinds kort verheugen op het bestaan van een integrale vertaling in het Nederlands van de *Mudawwanah*, het Marokkaanse wetboek inzake personen-, familie- en erfrecht (12).

Bepalingen op het gebied van huwelijksvermogensrecht in eigenlijke zin zijn vrijwel niet opgenomen in de *Mudawwanah*. Ik citeer de meest relevante bepaling, dit is artikel 35 lid 4 (in de vertaling van *Berger en Kaldenhoven*):

"De vrouw heeft de volledige vrijheid te beschikken over haar vermogen, zonder toezicht van de echtgenoot, aangezien de echtgenoot niet het beheer voert over het vermogen van zijn echtgenote."

Dit leidt tot de conclusie dat in Marokko een stelsel van scheiding van goederen bestaat. Met dit uitsluitingsregime volgt Marokko de Islamitische traditie (13). De oorspronkelijkheid van de Marokkaanse codificatie maakt dat de Marokkaanse wetgever aanzienlijk minder woorden nodig heeft om dat aan te geven dan de Turkse wetgever. Waar niets is hoeft weinig geregeld te worden. De Turken nemen als uitgangspunt het Zwitserse Wetboek, dat uitgaat van goederenverbinding en zagen zich tot taak dat bouwwerk af te breken tot het traditionele uitsluitingsstelsel.

Ik zal niet zeggen dat een uitsluitingsstelsel rechtvaardiger is dan enigerlei vorm van gemeenschap, maar het is vaak wel gemakkelijker hanteerbaar. In geval van uitsluiting is een scheiding en deling van de gemeenschap niet noodzakelijk. Wel zal er soms een feitelijke gemeenschap zijn. Van tal van goederen zal immers niet meer bepaald kunnen worden aan welk der echtgenoten deze nu feitelijk zal hebben toebehoren. Dit is een vraag die zich zal kunnen voordoen in alle gevallen van huwelijksontbinding dus zowel na echtscheiding als na overlijden van de huwelijkspartner. Ikzelf heb de indruk dat dit soort kwesties onder Marokkanen in eigen kring geregeld wordt. Lukt dat niet in der minne dan zijn van belang artikel 39 en 40 van de Mudawwanah welke goederenrechtelijke conflicten tussen echtgenoten betreffen. De bepalingen, in de vertaling van *Berger en Kaldenhoven* luiden als volgt:

#### *Artikel 39*

"Indien de beide echtelieden van mening verschillen over de huisraad en geen van beiden kan bewijs leveren, dan wordt de echtgenoot geloofd op zijn eed over wat volgens gebruik van mannen is, en de vrouw wordt op haar eed geloofd over wat volgens gebruik van vrouwen is. Indien het handelsgoederen betreft, wordt diegene van hen beiden die de handel drijft geloofd op grond van bewijs. Gaat het om wat volgens gebruik van mannen en vrouwen samen is, dan leggen zij beiden de eed af en verdelen het."

#### *Artikel 40*

"Wanneer een van beide echtelieden overlijdt en er een conflict rijst tussen de langstlevende en de erfgenamen van de overledene over de huisraad, dan geldt voor de erfgenaam wat voor de erflater zou gelden volgens het vorige artikel."

In de Nederlandse rechtspraak wordt niet altijd onderkend dat ingeval van een uitsluitingsregime toch nog wel een vorm van (vrije) mede-eigendom mogelijk is welke na huwelijksontbinding gescheiden kan worden (14).

De Rechtbank Alkmaar laat zien dat het anders kan (15). Gelet op het bepaalde in artikel 39 aanhef en laatste zin van de Mudawwanah is deze Rechtbank van oordeel dat het geschil door een verdeling in de verhouding 1:1, zoals uit de laatste zin van die bepaling voortvloeit, kan worden opgelost.

Het wordt tijd voor een voorlopige conclusie. In het Marokkaanse recht geldt materieel hetzelfde stelsel als in het Turkse. Dat houdt in dat de huwelijksluiting geen vermogensrechtelijke gevolgen heeft. Een dergelijk stelsel heeft evenmin vermogensrechtelijke gevolgen in geval van ontbinding van de huwelijksband. Bijgevolg is iedere beslissing in of buiten rechte, die nieuwe vermogensverhoudingen in het leven roept, overbodig. Wordt een dergelijke beslissing wel genomen dan is er reden om te veronderstellen dat de Nederlandse verwijzingsregels zijn genegeerd. Deze veronachtzaming lijkt evenwel niet gebruikelijk te zijn.

### **Erfrecht**

#### **De Nederlandse verwijzingsregel**

In Nederland geldt dat de vererving -hiermee bedoel ik de vraag wie krijgt wat- beheerst wordt door het nationale recht van de erflater. Dit geldt voor het gehele vermogen van de erflater, zowel roerend als onroerend vermogen. Deze hoofdregel kent enkele min of meer officiële uitzonderingen. Ik noem de volgende:

Ten eerste het geval dat tussen erflater en het land van zijn nationaliteit geen reële banden van enige betekenis meer bestonden. Als tweede het geval dat de erflater heeft gekozen voor de toepasselijkheid van een ander recht. Deze laatste uitzondering, de rechtskeuze, zal ik verder niet bespreken. Een rechtskeuze zal onderdeel moeten zijn van een testament. Naar mijn indruk worden door de hier te lande woonachtige Turken of Marokkanen vrijwel geen testamenteën gemaakt.

Wat overblijft is dan het geval dat tussen erflater en zijn nationaliteit geen reële banden bestaan. Over criteria die hier moeten worden aangelegd is weinig te zeggen. Het erfrecht is bij uitstek het terrein waar niet veel wordt geprocedeerd. Dit blijkt bijvoorbeeld uit het rechtspraakoverzicht van mevrouw *Rutten* (16), waar geen enkele rechterlijke beslissing inzake erfrecht wordt genoemd. Als ik verder terugga in het verleden dan mevrouw *Rutten* kon doen dan stuit ik op de *cause célèbre* van de Turkse uit *Vleuten* (17). Dit was een uitspraak waarin juist werd afgeweken van de hoofdregel omdat tussen deze Turkse en Turkije geen reële banden aanwezig werden geacht. Dat was dan ook evident het geval. Deze zaak betrof een erflater, oorspronkelijk van Nederlandse nationaliteit, die door haar huwelijk met een Turkse man de Turkse nationaliteit heeft verkregen. In Turkije zelf heeft ze vrijwel niet gewoond. Op het moment van overlijden was haar man zijn Turkse nationaliteit ontnomen.

De vraag is nu of deze jurisprudentie toch van belang kan zijn voor de vraag onder welke omstandigheid van de erfrechtelijke hoofdregel kan worden afgeweken ingeval van overlijden van een hier te lande woonachtige modale Marokkaan of Turk.

Ik denk dat de betekenis gering is. De Turkse uit *Vleuten* wijkt te zeer van de standaard af. De Turkse uit *Vleuten* had een testament gemaakt

en zij kon als vermogend worden beschouwd. Bovendien was haar betrokkenheid met het land van haar nationaliteit uiterst gering. Beide elementen ontbreken bij die Turken of Marokkanen die wij in dit betoog in gedachte hebben.

De conclusie is dat de rechtspraak ons op het gebied van het internationaal erfrecht bij Islamitische gevallen weinig te bieden heeft (18). Wij zullen dus moeten zien hoe de zaken buiten rechte worden behandeld. Ik heb al laten merken dat buiten rechte de behandelaar bij zijn beslissing welk recht hij toepasselijk acht vooraf met een scheef oog naar de inhoud van dat andere recht kijkt. Als de uitkomst hem bevalt dan zal hij het eerder toepassen. Het is dus gerechtvaardigd om eerst nader in te gaan op de inhoud van het Turkse en Marokkaanse erfrecht.

### Het Turkse erfrecht

Informatie in een toegankelijke taal met betrekking tot het Turkse erfrecht is niet in ruime mate voorhanden. Het eerder genoemde *Régimes Matrimoniaux, Successions et Libéralités* is uiterst summier. *Ferid/Firsching* (19) leunt zwaar op verwijzingen naar het Zwitserse recht. Het meest bruikbaar is naar mijn oordeel het overzicht in de *Juris Classeur de Droit Comparé* (20).

Belangrijk zou zijn een betrouwbare vertaling van de Turkse wettelijke bepalingen inzake het erfrecht. Deze bepalingen zijn opgenomen in het derde boek van het Turks Burgerlijk Wetboek. De vertaling in het Frans van de *Rizzo* uitgave (21) is gebrekkig. Anders dan in de Turkse tekst wordt in deze vertaling bijvoorbeeld in het sleutelartikel 439 een erfdeel aan de ouders van de erflater toegekend, ook indien de erflater kinderen heeft.

Naar Turks recht vindt de ab-intestaat vererving plaats volgens het parentele stelsel. Dat wil zeggen dat de nabestaanden worden verdeeld



in groepen (parentelen). Het stelsel is daardoor enigszins vergelijkbaar met het hier te lande geldende stelsel. De eerste groep van gerechtigden bestaat volgens artikel 439 TBW uit de descendanten van erflater. De erfrechtelijke positie van de echtgenote wordt afzonderlijk geregeld in artikel 444 TBW, waaruit blijkt dat het erfdeel van de langstlevende echtgenote afhankelijk is van de vraag naast welke parenteel zij gerechtigd is.

Op grond van artikel 444 TBW heeft de langstlevende echtgenoot de keuze tussen één-kwart van de nalatenschap in volle eigendom, dan wel de helft van de nalatenschap in vruchtgebruik. Deze regel geldt overigens alleen wanneer de erflater een echtgenote met kinderen achterlaat.

Daarnaast bepaalt artikel 5 van de Wet op Hypotheekregisters 1934 dat, wanneer een erfgenaam de keuze heeft tussen enerzijds eigendomsrecht en anderzijds het recht van vruchtgebruik, deze in een termijn van één week, die hem door het gerecht dat de verklaring van erfrecht afgeeft wordt gegeven, moet verklaren welke keuze hij maakt. Antwoordt hij binnen deze termijn niet, dan wordt aangenomen dat de erfgenaam voor het eigendomsrecht heeft gekozen. Kiest de langstlevende echtgenoot voor het vruchtgebruik, dan is hij op grond van artikel 540 TBW niet aansprakelijk voor de schulden van de nalatenschap.

Naast de mogelijkheid om in Turkije bij de bevoegde rechterlijke instanties zodanige keuze uit te brengen neem ik aan dat deze keuze eveneens aan de notaris hier te lande die de verklaring van erfrecht opmaakt zal kunnen worden medegedeeld.

De ouders van de erflater vormen de tweede parenteel.

Erft de echtgenote naast erfgenamen uit de groep van de ouders dan heeft zij recht op een kwart van de nalatenschap in eigendom plus de helft in vruchtgebruik. Erft zij naast erfgenamen uit de groep van grootouders dan krijgt zij de helft van de nalatenschap in eigendom en

een kwart in vruchtgebruik. De langstlevende echtgenoot erft alles indien er geen afstammelingen uit de groep van de grootouders aanwezig zijn.

Het Turkse erfrecht is een getrouwe copie van het Zwitserse. Het kan daarmee een modern erfrecht worden genoemd en het is praktisch hanteerbaar. Hierna zal ik een bespreking wijden aan het Marokkaanse erfrecht, dat is een voorbeeld van een stelsel dat de Islamitische erfrechtelijke traditie volgt. Het is mij wel eens opgevallen dat ik vanuit het Turkse weinig kritiek op de Turkse erfwet hoor in die zin dat dit erfrecht in strijd zou zijn met de Islamitische Wet. Zo heb ik bijvoorbeeld nog nooit gehoord van een Turk die door het maken van een testament probeert te bewerkstelligen dat zijn nalatenschap zal vererven volgens de Islamitische Wet. Integendeel, in mijn praktijk ben ik nog nooit een Turks testament tegengekomen. Ik heb al even gezegd dat het Turkse erfrecht modern is. Dat is het onder meer doordat man en vrouw voor wat betreft de vererving volstrekt gelijk worden behandeld. Dit is anders bij het nu te bespreken Marokkaanse erfrecht. Dat volgt de Islamitische traditie. Ik vind het niet modern en het maakt een vergaand onderscheid in erfrechtelijke positie tussen man en vrouw.

### **Het Marokkaanse erfrecht**

Het erfrecht in het Islamitische recht is zeer ingewikkeld en een uitvloeisel van de casuïstische werkwijze van de Islamitische geleerden. Mohammed zelf onderkende reeds de complexiteit van het erfrecht zoals blijkt uit het volgende citaat (22):

"Muslims jurists gave a great deal of importance to the laws of inheritance (fara'id), and they were never tired of repeating the

saying of the Prophet: Learn the laws of inheritance, and teach them to the people; for they are one half of useful knowledge ....."

Het Marokkaanse recht maakt ook ten aanzien van het erfrecht onderscheid naar gelang men de islamitische of een andere godsdienst belijdt. Het erfrecht geldend voor islamieten is geregeld in Boek 6 van de Mudawwanah. In deze code wordt onderscheid gemaakt tussen erfgenamen 'fardh' en de erfgenamen 'asaba'. Erfgenamen 'fardh' zijn erfgenamen die slechts een deel van de nalatenschap, dat wil zeggen een vast breukdeel van de nalatenschap -na aftrek van de schulden- erven. Erfgenamen 'fardh' worden ook wel aangeduid als koranische erfgenamen. Hun erfrecht ontlenen zij namelijk aan een aanwijzing in de Koran (23). Erfgenamen 'fardh' gaan vóór de erfgenamen 'asaba', ook wel aangeduid als agnatische erfgenamen. Deze laatste groep erfgenamen wordt gerechtigd, indien er geen enkele erfgenaam 'fardh' aanwezig is, dan wel de erfdelen 'fardh' niet de volledige nalatenschap betreffen. Bij het bepalen van de delen, die toekomen aan de erfgenamen 'fardh' dan wel aan de erfgenamen 'asaba', is het van belang te weten of de kinderen van de erflater zonen of dochters zijn. Tevens moet bekend zijn of de erflater nog ouders of grootouders nalaat. Tenslotte geldt voor elke erfgenaam, dat deze Islamiet moet zijn. De erfgenamen 'fardh' kunnen bestaan uit de volgende personen: dochters, kleindochters (zoonsdochters), de vader, de moeder, de mannelijke voorouders, de vrouwelijke voorouders (ten aanzien van de beide laatstgenoemde groepen van erfgenamen kent men echter weer bijzondere bepalingen), zusters en halfzusters van vaders zijde, halfbroers en halfzusters van moeders zijde, de echtgenoot en de echtgenote. De erfgenamen 'asaba' worden verdeeld in drie groepen: de erfgenamen 'asaba' uit eigen hoofde, bestaande uit mannelijke erfgenamen die met

de erflater uitsluitend via de mannelijke lijn verwant zijn; de ergenamen 'asaba' door een ander, te weten bepaalde vrouwelijke erfgenamen die normaal erfgenamen 'fardh' zijn, maar erfgenamen 'asaba' kunnen worden, wanneer zij tezamen erven met bepaalde erfgenamen 'asaba' uit eigen hoofde; en, de erfgenamen 'asaba' naast een ander, te weten de zusters en halfzusters van vaders zijde, wanneer zij tezamen erven met dochters of kleindochters van een zoon.

In het algemeen worden eerst alle 'fardh' aandelen uitgekeerd, waarna het restant onder de erfgenamen 'asaba' wordt verdeeld. Hoewel dochters tot de zogenaamde 'fardh' groep behoren en zij recht hebben op een vast 'fardh' aandeel, vervalt dit recht op een 'fardh' aandeel wanneer zij gelijk met zonen van de erflater erven, en wordt dit vervangen door een erfdeel als 'asaba'-erfgenaam. Zonen erven dan tweemaal zoveel als dochters.

Hiermee kom ik dan op een naar mijn opvatting gewichtig punt. Dit is het aanmerkelijke verschil in erfrechtelijke positie dat in het Islamitische erfrecht en dus ook in het Marokkaanse erfrecht tussen man en vrouw wordt gemaakt. Een verschil dat altijd in het nadeel van de vrouw uitpakt. Ik zal op deze plaats niet meer ingaan op de aard en omvang van dit probleem (24).

Wat ik wel aan de orde wil stellen is de vraag of dit onderscheid geen gevolgen heeft voor de toepasbaarheid hier te lande van het Marokkaanse erfrecht. Wat dan ter sprake moet komen is het begrip openbare orde in de zin van het Nederlandse internationaal privaatrecht. Dit wordt gehanteerd onder de omstandigheid dat de toepassing van het buitenlandse recht dat door de Nederlandse verwijzingsregel is aangewezen, in strijd komt met fundamentele

waarden in onze samenleving. Ik zal dat illustreren met twee voorbeelden.

Ik begin met het meest evidente.

Ook ten aanzien van de bevoegdheid een huwelijk aan te gaan geldt in Nederland de regel dat het nationale recht van de aanstaande echtgenoten bepalend is. Neem nu het geval dat twee Zuidafrikanen hier te lande in het huwelijk willen treden. Een is blank, een is zwart. Het Zuidafrikaanse recht verbiedt dan dit huwelijk. Moet onze ambtenaar van de burgerlijke stand zich aan dit huwelijksverbod houden? Daar is geen sprake van; het internationaal privaatrecht is geen instrument om dit soort abjecte rechtsfiguren onze samenleving binnen te smokkelen. Een tweede voorbeeld betreft de echtscheiding tussen Turkse echtgenoten. Als regel is ook hier weer het nationale recht, dus het Turks recht, toepasselijk. Volgens het sinds mei 1988 vervallen artikel 142 van het Turks Burgerlijk Wetboek diende de echtscheidingsrechter een termijn van tenminste één jaar te bepalen gedurende welke de schuldige echtgenoot niet mocht hertrouwen. In de tijd dat deze regel nog deel van het Turkse recht was heeft de Nederlandse rechter meermalen beslist dat de wachttijd in strijd komt met de Nederlandse openbare orde omdat daardoor de huwelijksvrijheid wordt aangetast (25). Dit voorbeeld laat zien dat een beroep op de openbare orde ook kan slagen in minder evidente gevallen, als de buitenlandse rechtsfiguur een niet al te grote inbreuk maakt op onze rechtsbeginselen. Ikzelf heb de wachttijd ex artikel 142 Turks BW nooit zo onaanvaardbaar gevonden. In het Nederlands recht leidt een lange duur van de procedure in veel gevallen tot een langere wachttijd. Hoe kunnen we nu de ongelijke behandeling tussen man en vrouw die in het Marokkaanse erfrecht aanwijsbaar is, aanmerken? Ikzelf denk dat gelijkheid een fundamenteel beginsel is in de Nederlandse samenleving,

een norm die niet alleen voortkomt uit ons eigen recht maar ons ook op grond van internationale verdragen wordt 'opgelegd'. Daarmee is naar mijn oordeel de mogelijkheid geopend voor een geslaagd beroep op de openbare orde (26).

Dit is een mogelijkheid die perspectieven opent voor de Nederlandse rechtstoepasser. In het erfrecht denken we dan vooral aan de notaris. De notaris zal bij strijd met de openbare orde immers het Nederlandse erfrecht in plaats van het Marokkaanse erfrecht mogen gebruiken. Wegens zijn grotere bekendheid daarmee zal hij dat ook liever doen. De eerlijkheid gebiedt te zeggen dat de toepassing van Nederlands erfrecht in dit soort gevallen ook eerder door gemakzucht lijkt te zijn ingegeven dan door de zorg over de achtergestelde positie van de vrouw. Maar zo werkt het internationaal privaatrecht wel vaker; dit rechtsgebied is als een toverhoed waaruit praktisch hanteerbare oplossingen worden gehaald. De Nederlandse rechtspraak inzake het huwelijksverbod ex artikel 142 Turks BW zou ik als een voorbeeld daarvan willen aanmerken. De strijd met de openbare orde die dienaangaande in de Nederlandse rechtspraak werd vastgesteld heb ik altijd wat gezocht gevonden. Buiten rechte is de notariële praktijk inzake Marokkaans of meer algemeen inzake Islamitisch erfrecht een aardig voorbeeld.

Ik kom aan het eind van mijn betoog. Ik heb U laten zien, dat volgens de regelen der kunst, dat zijn de regels van het Nederlandse ipr, een Islamitisch rechtstelsel toegepast moet worden.

Ik heb U tevens laten zien dat veel Nederlandse rechtsbeoefenaars, vooral buiten rechte, dat niet doen. Vaak wordt zonder meer het Nederlandse recht toegepast: Voor degenen die het Islamitische recht serieus willen nemen een onthutsende conclusie. Toch zie ik hierin geen reden de studie van Islamitische rechtstelsels te verwaarlozen of zelfs

onbelangrijk te achten. De oorzaak van het niet in acht nemen van Islamitisch recht is immers gelegen in het Islamitische recht zelf; ik heb gesteld dat het soms in strijd is te achten met de Nederlandse openbare orde. Welnu dat is toch enig nader onderzoek waard.

Tot slot, de conclusie dat het Islamitische recht wel in strijd zal zijn met de Nederlandse openbare orde, lijkt te zijn ingegeven door de onbekendheid met de modaliteiten van deze rechtsstelsels; het spreekwoord onbekend maakt onbemind zien wij hier toegepast. Dat is dan een tweede reden om het islamitische recht te bestuderen. De vereniging RIMO heeft nog een grote taak voor zich.

#### NOTEN

1. Voor de beoefenaren van het Islamitische recht kan als voorbeeld worden genoemd *S.W.E. Rutten*, Moslims in de Nederlandse rechtspraak, Kok Kampen 1988.
2. Voor een uitleg van het begrip 'internationaal privaatrecht' zij verwezen naar *G.R. de Groot*, Juridische vragen bij Nederlands-Islamitische huwelijken, in: *Recht van de Islam* 1, 1984, pp. 43-58.
3. Hoge Raad 10 december 1976, NJ 1977, 275.
4. Hoge Raad 7 april 1989, RvdW 1989, 101.
5. *M. Verwilghen* (direction), Régimes Matrimoniaux, Successions et Libéralités, Droit international privé et droit comparé, Neuchatel, 1979.
6. *Bergmann/Ferid*, Internationales Ehe- und Kindschaftsrecht, Frankfurt a.M., losbladig.
7. Code Civil Turque, Editions Rizzo, La Législation Turque, Constantinople 1926.
8. *Chr.A.J.F.M. Hensen*, Een "Turkse" Echtscheiding, in: *Eenvormig en Vergelijkend Privaatrecht* (eindredactie Kokkini-Iatridou/Van der Velden), 1988, pp. 303-328.
9. Met eenzelfde conclusie: *Aydir Zevkliler*, Dissolution of Marriage and the Estate of the Woman in Family in Turkish Society, Ankara 1985, p. 373.
10. Een vertaling van deze uitspraak van de hand van Nauta is opgenomen in : Een "Turkse" Echtscheiding, zie noot 8.
11. *M.C. de Gier*, Turks recht of de openbare registers in de fout, in: *WPNR* 5901 (1989), pp. 50-51.
12. *M.S. Berger/J.H. Kaldenhoven*, De Mudawwanah: Marokkaans wetboek inzake personen-, familie- en erfrecht (vertaling uit het Arabisch), *Ars Aequi Libri* Nijmegen 1989.
13. Vergelijk *A.L.G.A. Stille*, Islamitisch Huwelijksvermogensrecht, in: *Recht van de Islam* 5, 1987, pp. 78-97.
14. Bijvoorbeeld *Rechtbank Roermond* 15 oktober 1987, *NIPR* 1988, 462.
15. *Rechtbank Alkmaar* 8 september 1988, *NIPR* 1988, 510.
16. Zie noot 1.
17. *Rechtbank Utrecht* 12 november 1954, NJ 1955, 372.
18. Opmerkelijk is dat ook in een andere rechterlijke uitspraak inzake het internationaal erfrecht bij Islamitische gevallen (Rb Amsterdam 24 maart 1970, NJ 1970, 401) de rechter (door een kunstgreep?) de toepasselijkheid van het Islamitische erfrecht weet te voorkomen.

19. *Ferid/Firsching*, Internationales Erbrecht. München. losbladig, hoofdstuk Türkei.
20. *B. Goldman* (direction), *Juris Classeur de Droit Comparé*, Paris, losbladig.
21. Zie noot 7.
22. *A.A.A. Fyzee*, *Outlines of Muhammedan Law*, 4e druk 1978, p. 387.
23. Vergelijk *Berger/Kaldenhoven*, a.w., aantekening 19 bij artikel 230.
24. Hiervoor verwijs ik naar *Abdernazah Moulay Rchid*, *La condition de la femme au Maroc*, Rabat 1984, pp. 436-450.
25. Vergelijk *Hensen*, a.w., pp. 309-310.
26. Vergelijk *Engel*, *Ausstrahlungen der Europäischen Menschenrechtskonvention auf das Kollisionsrecht*, in: *Rabelszeitschrift* 1989, pp. 3-51.