

HET AFDWINGEN VAN EEN VERSTOTING BIJ DE NEDERLANDSE RECHTER

Maurits S. Berger

Er hebben zich onlangs twee rechtszaken voorgedaan waarin een Marokkaanse vrouw van de Nederlandse rechter vraagt haar Marokkaanse echtgenoot te dwingen haar te verstoten. Afgezien van deze ogenschijnlijk bizarre situatie verdienen deze arresten nadere aandacht omdat er allerlei kwesties aan de orde komen over het Marokkaanse recht en het Nederlandse internationaal privaatrecht. In dit artikel zal aan de hand van de arresten ingegaan worden op de misverstanden en misvattingen die zij oproepen. Na een enigszins uitvoerig overzicht van de arresten zal ik eerst de juridische achtergronden ervan schetsen en vervolgens ingaan op de verschillende onderdelen.

1 De arresten

1.1 Hof Amsterdam 5 oktober 1989¹

Een Marokkaans echtpaar is in Marokko naar Marokkaans recht gehuwd. Zij zijn vervolgens in Nederland komen wonen. Als de vrouw aankondigt te willen scheiden, brengt de man hun twee minderjarige kinderen naar Marokko, waar ze bij zijn grootouders worden ondergebracht. De echtgenoten scheiden in Nederland naar Nederlands recht en in het kader van de voorlopige voorzieningen wordt één van de twee kinderen aan de vrouw toegewezen. De man weigert echter het kind af te geven. Zelfs een rechterlijke gijzeling van totaal 132 dagen kon hem hier niet toe dwingen. Om de impasse te doorbreken wordt de man tot voogd benoemd en de vrouw tot toezien voogdes, met als motivatie dat de kinderen dan toch maar beter de vader kunnen zien dan geen van beide ouders.

Ondertussen speelt zich een ander drama af. De man heeft in Marokko zijn vrouw laten veroordelen wegens onttrekking aan haar huwelijkse plichten -zij zijn volgens Marokkaans recht immers nog getrouwd- en wegens overspel, omdat zij in Nederland weer was hertrouwd. De vrouw riskeert bij een bezoek aan Marokko dus gevangenisstraf. De vrouw eist daarom ontbinding van het "Islamitische huwelijk" dat zij nog heeft met de man. De man zegt hiertoe wel bereid te zijn, maar dat deze ontbinding dan voor de Marokkaanse rechter of op het Marokkaanse consulaat in Nederland moet plaatsvinden. Het is echter -aldus de man, die zich hiervoor beroept op zijn advocaat in Marokko- niet mogelijk om een huwelijksontbinding rechtsgeldig op het consulaat te laten plaatsvinden wegens het Marokkaanse vonnis tegen de vrouw. Bovendien is zij hertrouwd terwijl zij volgens Marokkaans recht nog niet gescheiden is.

¹ Hof Amsterdam 5 oktober 1989, NIPR 1990, nr. 394; *Migrantenrecht* 1990, nr. 2, 29 A en B.

De vrouw vraagt de Nederlandse rechter om de man te dwingen mee te werken aan "een echtscheiding naar Islamitisch (Marokkaans) recht op het Marokkaanse consulaat in Nederland" met als argument dat zijn onwil daartoe onrechtmatig is. De man voert aan dat de onmogelijkheid tot echtscheiding niet zijn onwil is, maar een juridisch feit. Bovendien, aldus de man, heeft de vrouw geen belang bij een dergelijke echtscheiding omdat zij naar islamitisch recht haar kinderen in Marokko wél mag bezoeken.

De rechtbank meent dat de vrouw bij een eventueel bezoek aan Marokko, ondanks de islamitische rechtsregels, toch het risico loopt op onaangename wijze in aanraking te komen met de Marokkaanse justitie. Afgezien daarvan heeft de vrouw er belang bij dat haar huwelijk ook in Marokko als ontbonden wordt beschouwd, aldus de rechtbank. Het verweer van de man dat een consulaatsverstoting juridisch niet mogelijk zou zijn wordt door de rechtbank verworpen omdat dit verweer slechts steunt op de uitspraak van een niet met name genoemde advocaat. De rechtbank is daarom van oordeel dat "(...) de zorgvuldigheid welke gedaagde in het maatschappelijk verkeer ten opzichte van eiseres in acht dient te nemen (...)" met zich meebrengt dat de man moet meewerken aan een echtscheiding naar Marokkaans recht op het Marokkaans consulaat.

Het Hof neemt het vonnis van de rechtbank over en voegt daar nog aan toe dat het belang van de vrouw om haar kinderen te kunnen opzoeken zwaarder weegt dan de eventuele bezwaren van de man tegen een verstoting, waarvan in de procedure immers niets is gesteld of gebleken.

1.2 Hoge Raad 10 november 1989²

Een Marokkaans echtpaar is naar Marokkaans recht getrouwd. Kort daarop verhuizen ze naar Nederland, waar twee van de drie kinderen geboren worden. In 1984 vordert de vrouw echtscheiding naar Nederlands recht. De vordering wordt toegewezen en de vrouw wordt benoemd tot voogdes van de kinderen, de man tot toezienend voogd. Zowel de man als de vrouw blijven na de echtscheiding in Nederland wonen.

Drie jaar later wil de vrouw met een andere man "volgens de islamitische zede" in het huwelijk treden. Aangenomen moet worden dat zij volgens het Marokkaanse recht echter nog steeds getrouwd is met de man van wie zij naar Nederlands recht is gescheiden. Herhaaldelijk heeft zij deze (voormalige) echtgenoot verzocht aan een huwelijksontbinding naar islamitisch recht mee te werken. Deze verzoeken bleven onsuccesvol. Daarom vordert zij van hem in kort geding een verstoting: "Partijen zijn naar Islamitisch recht gehuwd en derhalve dient ook naar Islamitisch recht een echtscheiding te volgen". De man, die inmiddels wél hertrouwd is -de Marokkaanse wet staat polygamie van de man toe- voert hier tegen aan dat een rechtsgeldige verstoting alleen op het Marokkaanse consulaat kan plaatsvinden, mits aan de voorwaarden van het consulaat is voldaan. Deze voorwaarden worden door het Marokkaanse Consulaat in Amsterdam in een brief aan de man als volgt geformuleerd: een echtscheiding volgens islamitisch recht, namelijk de verstoting door de man, komt in Marokko voor erkenning in aanmerking als deze verstoting in het bijzijn van twee 'udul op het Consulaat wordt uitgesproken, mits partijen het over alle

onderdelen eens zijn. Zijn partijen het niet eens over alle onderdelen, dan hebben zij geen andere keus dan in Marokko een echtscheiding aan te vragen. De man zegt nu slechts aan de echtscheiding op het consulaat te willen meewerken als de vrouw en hij het eens zijn over de voogdij van de kinderen. Volgens de Marokkaanse wet komt deze namelijk in beginsel toe aan de vader. Bovendien verwijt de man de vrouw een onislamitische levenswandel die haar ongeschikt zou maken voor het voogdijschap.

De president van de rechtbank wijst de vordering van de vrouw af:

"3.8. Het zou niet juist zijn de gedaagde te dwingen tot iets, wat hij niet wil en waardoor hij rechten zou moeten prijsgeven. Daar komt nog bij dat het hier gaat om een beslissing met definitieve onherroepelijke gevolgen, waarvan terecht is betoogd dat daarmee de bevoegdheid van de kort geding rechter zou worden overschreden."

De vrouw gaat in hoger beroep. Het Hof wijst haar vordering toe:

"4.2. (...) Het hof stelt voorop dat de vrouw er een gerechtvaardigd belang bij heeft te kunnen trouwen zoals met haar opvatting - binnen de kaders van de Nederlandse openbare orde en goede zeden - in overeenstemming is, dat wil zeggen nadat haar huwelijk met geïntimeerde ook naar Marokkaans recht is ontbonden.

Tegen dat belang van de vrouw weegt niet op het belang dat de man beweert te hebben bij een voortbestaan van dat huwelijk naar Marokkaans recht wat er overigens van de daarvoor door de man ter motivering van dat belang aangevoerde gronden zij. Aldus handelt de man onrechtmatig jegens de vrouw door te weigeren mee te werken aan de ontbinding naar Marokkaans recht van het reeds naar Nederlands recht ontbonden huwelijk. (...)"

De man gaat in cassatie. De Hoge Raad vernietigt het vonnis van het Hof: "3.2.2. (...) Zowel in eerste aanleg als in hoger beroep heeft de man het verweer gevoerd dat hij zich niet verzet tegen een echtscheiding naar Islamitisch recht, maar dat een door de vrouw van hem verlangde echtscheiding door middel van verstoting op het consulaat niet kan worden geëffectueerd, zolang partijen het niet eens zijn over alle onderdelen van de echtscheiding, waaronder de regeling met betrekking tot de verzorging en de opvoeding van hun kinderen. (...)

Aan dit verweer van de man, dat bezwaarlijk anders kan worden verstaan dan dat partijen het niet eens zijn over alle onderdelen van de door de vrouw gewenste echtscheiding, had het Hof in het licht van het hiervoor in 3.2.1 aangenomen uitgangspunt, dat volgens Marokkaans recht een echtscheiding door verstoting op het consulaat niet tot stand kan komen als partijen geen overeenstemming hebben bereikt op alle onderdelen van de echtscheiding, niet zonder nadere motivering kunnen voorbijgaan."

2 De juridische achtergronden

Om de problematiek van deze arresten in perspectief te zien moet eerst nader ingegaan worden op het Marokkaanse echtscheidingsrecht en enkele regels van het internationaal privaatrecht zoals die in Nederland van kracht zijn.

² HR 10 november 1989, NJ 1990 nr. 112; RvdW 1989 nr. 250.

2.1 Ontbinding van het huwelijk volgens het Marokkaanse recht³

Over dit onderwerp is al veel geschreven⁴. Een kort overzicht is voor dit artikel nochtans noodzakelijk.

Het Marokkaanse recht kent in feite slechts één algemene vorm van huwelijksontbinding: de *ṭabīq* (art. 44 Mud.). Deze echtscheidingsvorm krijgt in het Marokkaanse recht op drie manieren gestalte: als de verstoting door de man (*ṭabīq*), de verstoting met wederzijds goedvinden (*khūf*) en de echtscheiding voor de rechter (*ṭatīq*).

De *ṭabīq* is het recht van de echtgenoot. Hij kan dit recht onvoorwaardelijk en willekeurig uitoefenen en daarom wordt het ook vertaald met "verstoting". De vrouw kan bij de huwelijksvereenkomst echter bedingen dat dit verstotingsrecht aan haar wordt overgedragen⁵.

De *khūf* (artt. 61-65 Mud.) wordt in het algemeen vertaald met "verstoting met wederzijds goedvinden". Dit suggereert een gelijkwaardigheid tussen partijen die ontorecht is. De *khūf* is namelijk de verstoting (*ṭabīq*) die de vrouw van haar echtgenoot afkoopt door hem een geldsom te betalen of ten gunste van hem afstand te doen van bepaalde rechten. De man is dus degene die op verzoek van de vrouw bepaalt of hij al dan niet zal verstoten.

De *ṭatīq* is een *ṭabīq* die de rechter in plaats van de man over de vrouw uitspreekt. De vrouw kan deze *ṭatīq* bij de rechter vorderen op grond van de gevallen die de wet limitatief opsomt⁶.

Als de vrouw bij de huwelijksvereenkomst geen overdracht van de *ṭabīq*-bevoegdheid heeft bedongen, is zij voor een scheiding dus overgeleverd aan de wil van haar echtgenoot of de rechter.

2.2 Echtscheidingen van Marokkanen in Nederland

De erkenning van de Marokkaanse echtscheiding in Nederland⁷

In het Marokkaanse echtscheidingsrecht wordt onderscheid gemaakt tussen de rechterlijke verstoting, de *ṭatīq*, die op aanvraag van de vrouw uitgesproken kan worden, en de eenzijdige verstoting, uitgesproken door de man, de *ṭabīq*. De rechterlijke verstoting wordt altijd in Nederland erkend, of zij nu door een Nederlandse of een Marokkaanse rechter is uitgesproken. Zij voldoet namelijk aan het Nederlandse vereiste dat een rechter over de echtscheiding beslist.

Erkenning van de *ṭabīq*, de eenzijdige verstoting door de man, is afhankelijk van de plaats waar zij is uitgesproken⁸. Is zij in Marokko uitgesproken dan wordt zij in Nederland alleen erkend als gebleken is dat de vrouw hier (stilzwijgend) mee heeft ingestemd. Wordt zij daarentegen in Nederland uitgesproken dan wordt zij niet erkend. Dit is vastgesteld in een arrest van de Hoge Raad waarin negatief geantwoord werd op de vraag of een verstoting op het consulaat in Nederland in aanmerking zou komen voor erkenning⁹. De reden voor dit afwijzende oordeel was dat de tussenkomst van de rechter bij echtscheidingen in Nederland tot regel van openbare orde behoort en dus ook geldt voor buitenlands recht.

Concluderend kunnen we zeggen dat erkenning van de echtscheidingsmogelijkheid van de Marokkaanse vrouw in Nederland geen moeilijkheden oplevert, maar dat het de Marokkaanse man in zijn (enige) echtscheidingsmogelijkheid zeer moeilijk of zelfs onmogelijk wordt gemaakt om voor erkenning in aanmerking te komen.

Echtscheiding van Marokkanen naar Nederlands recht

Mits voldaan is aan bepaalde voorwaarden van de artikelen 1 en 2 WCE kunnen Marokkanen een echtscheiding naar Nederlands recht aanvragen. Met name Marokkaanse vrouwen maken van deze mogelijkheid gebruik omdat een echtscheiding naar Nederlands recht hun enkele voordelen oplevert. Zo kan hun een recht op alimentatie en de voogdij over de kinderen toegewezen worden. Deze rechten verschaft het Marokkaanse recht hun niet.

Er kleeft echter ook een groot nadeel aan een dergelijke echtscheiding: zij wordt in Marokko namelijk niet erkend. Naar Marokkaans recht blijft het huwelijk dus nog voortbestaan. Dat dit juridische feit met name voor de vrouw nare praktische gevolgen kan hebben blijkt uit de bovenstaande arresten: hertrouwen naar Marokkaans recht is voor haar onmogelijk (de man mag dat wél) en terugkeer naar Marokko kan haar in aanraking brengen met justitie omdat zij zich onttrokken heeft aan haar huwelijks plichten. Als zij in Nederland hertrouwd is maakt zij zich bovendien schuldig aan het strafbare feit van overspel.

³ Ik baseer mij in het navolgende op *De Mudawwanah. Marokkaans wetboek inzake personen-, familie- en erfrecht, vertaald uit het Arabisch* door M.S. Berger en J.H. Kaldenhoven, Ars Aequi Libri, Nijmegen, 1989.

⁴ Zie o.a. conclusie van P.G. Berger bij HR 31 oktober 1986, NJ 1987, 924, en de noot van Prof.mr. Th.M. de Boer in *AAe* 37 (1988) 3, pp.182-190; beiden bevatten uitgebreide literatuurverwijzingen. Evenzo de artikelenreeks "De ontbinding van het Marokkaanse huwelijk" (I t/m IV) van mw.mr. L. Jordens-Cotras in *Migrantenrecht* 1990-1991.

⁵ Deze verstotingsoverdracht kent drie vormen:
samlīk: zowel de man als de vrouw hebben het verstotingsrecht;
safwīd: alleen de vrouw heeft het verstotingsrecht;
sakhyr: de man stelt de verstoting afhankelijk van de toestemming van zijn vrouw.
Zie "De zelfverstoting in het islamitisch familierecht in Marokko" van L. Boumans in *Migrantenrecht* jrg.5 (1990).

⁶ De vrouw kan echtscheiding van de rechter vragen als haar echtgenoot zijn onderhoudspflicht niet aankomt, een verborgen gebrek heeft, zijn vrouw schade of leed toebrengt, langdurig afwezig is, één van de othoudingsformules uitgesproken (art. 53-58 Mud.). Zij kan ook een echtscheiding vragen als haar echtgenoot zich niet heeft gehouden aan de huwelijksvoorwaarde die in de huwelijksakte is opgenomen dat hij geen tweede vrouw zou trouwen (art. 31 Mud.).

⁷ Zie voor nadere informatie het artikel "De ontbinding van het Marokkaanse huwelijk (IV)" door mw.mr. L. Jordens-Cotras in *Migrantenrecht* 1991 nr. 5.

⁸ Art. 3 Wet Conflictrecht Echtscheidingen (WCE) van 1981.

⁹ HR 31 oktober 1986, NJ 1987, 924, nr. J.C. Schutts. Zie ook de begeleidende conclusie van P.G. Berger en de noot van Prof.mr. Th.M. de Boer in *AAe* 37 (1988) 3, pp. 182-190.

2.3 Dilemma's voor de Marokkaanse vrouw

Men kan voor de Nederlandse rechter maar één keer scheiden. Is een echtpaar gescheiden naar Nederlands recht en willen zij vervolgens ook nog scheiden naar Marokkaans recht -of omgekeerd- dan zal de Nederlandse rechter deze tweede vordering afwijzen omdat de echtscheiding al een feit is. De Marokkaanse vrouw in Nederland staat dus voor een dilemma: of ze kiest voor een echtscheiding naar Nederlands recht en profiteert van de voordelen die deze biedt maar blijft gehuwd naar Marokkaans recht met alle problemen van dien, of zij kiest voor het Marokkaanse recht en mist de voordelen van alimentatie en voogdij¹⁰.

In bovenstaande gevallen wilde de vrouw beide: zij was al gescheiden naar Nederlands recht en wilde nu alsnog een scheiding naar Marokkaans recht die in Marokko erkend zou worden. Zou zij voor de tweede maal naar de Nederlandse rechter gaan en een *taliq* aanvragen dan zou deze vordering afgewezen worden. De enige andere mogelijkheid was dat de man zijn *taliq* over haar zou uitspreken. Deze verstoting wordt in Nederland weliswaar niet erkend, maar het doel was immers dat er een echtscheiding tot stand zou komen die door Marokko erkend zou worden. Het consulaat heeft verklaard dat de enige wijze waarop een verstoting, uitgesproken in Nederland, voor erkenning in Marokko in aanmerking komt is als partijen het over alles eens zijn en de verstoting op het consulaat plaatsvindt. De man zegt nu wel de verstoting op deze wijze tot stand te willen brengen, maar meent dat hij en de vrouw het nog niet op alle punten eens zijn. Zo wil hij dat er een (andere) regeling komt over de voogdij van de kinderen, alvorens hij bereid is de verstoting uit te spreken. De vrouw moet dus eerst tegen haar zin aan bepaalde voorwaarden voldoen voordat zij de gewenste echtscheiding naar Marokkaans recht kan verkrijgen. Om deze afhankelijke positie te omzeilen grijpt zij naar een ander middel: zij vraagt de Nederlandse rechter om de man te dwingen haar te verstoten.

3 Misverstanden en misvattingen in de arresten

3.1 Marokkaans of islamitisch recht?

Gedurende de opeenvolgende procedures zijn de termen *islamitisch recht* en *Marokkaans recht* willekeurig door elkaar gebruikt. Het is onjuist om deze begrippen als uitwisselbaar te beschouwen. Hoewel het dooreen gebruiken van deze termen niet van wezenlijk belang is geweest voor de bovenstaande procedures, heeft het wel bijgedragen tot de nodige verwarring. Het *islamitisch recht* of *Sharia* is het geheel van Koranische regels, uitspraken van de Profeet Muhammad, rechtsgeleerde literatuur van de rechtsscholen en het gewoonterecht. Deze elementen verschaffen het islamitisch recht zijn dualistisch karakter: enerzijds is het religieus en van goddelijke oorsprong, anderzijds is het puur juridisch en van rechtsgeleerde oorsprong.

¹⁰ Een uitzondering op de noodzaak tot keuze is de uitspraak van de rechtbank van Den Haag van 28 november 1989 (NIPR 8, 1990, nr. 238), waarin de echtscheidingszaak van de man tegen de vrouw en de afzonderlijke echtscheidingszaak van de vrouw tegen de man gevoegd werden. In de zaak van de man werd een echtscheiding naar Nederlands recht uitgesproken en in de zaak van de vrouw een echtscheiding naar Marokkaans recht.

Als we spreken over *Marokkaans recht*, dan wordt daarmee het huidige recht van het Koninkrijk van Marokko bedoeld dat in de loop van de 20e eeuw gecodificeerd is. Het grootste deel van het Marokkaanse recht is afgeleid van het Franse recht. Vooral het Marokkaanse familie- en erfrecht heeft echter het islamitische karakter behouden. In de periode 1957-58 heeft de wetgever de familie- en erfrechtsregels van de malikitische rechtsschool gedestilleerd tot wetsartikelen die samen de zogenaamde Mudawwanah vormen. Het Marokkaanse recht dat in de Mudawwanah is vervat zou men dus een onderdeel van het islamitische recht kunnen noemen.

De moslim(se) die voor de Nederlandse rechter echtscheiding naar *islamitisch recht* vraagt zal daarmee in het algemeen de religieuze dimensie van deze echtscheiding willen benadrukken. De echtscheiding wordt immers in de Koran omschreven en in de Tradities van de Profeet en in de rechtsgeleerde literatuur tot in de details uitgewerkt. Bij familierechtelijke vorderingen naar islamitisch recht kan de Nederlandse rechter zich echter niet wenden tot het complexe geheel van islamitische rechtsregels, maar moet zich beperken tot de wetstekst die de Marokkaanse wetgever hiervan heeft samengesteld. Mijns inziens hoeft de rechter zich niet in te laten met allerlei discussies over de religieuze aspecten van de vordering, omdat deze discussies al in het Marokkaanse parlement zijn gevoerd en hebben geresulteerd in de artikelen van de Mudawwanah. De Nederlandse rechter zal zich dus tot dit wetboek moeten beperken. Om deze reden ben ik het eens met de A.G. Strikwerda als hij in zijn conclusie bij het arrest van de Hoge Raad zegt dat de verstoting een religieuze betekenis heeft die niet te overzien is, maar ik ben het niet met hem eens dat de verstoting een religieuze vorm van huwelijksontbinding is¹¹: de verstoting wordt door de Mudawwanah in een wettelijke vorm aan de Nederlandse rechter gepresenteerd en die kan en mag haar dus alleen in haar burgerlijkrechtelijke betrekkingen beschouwen.

Het mag duidelijk zijn dat ik mij in het navolgende zal baseren op de Mudawwanah, het Marokkaanse familie- en erfrecht, en niet op het ruimere islamitische recht.

3.2 Het consulaat

De rol van het Marokkaanse consulaat in verstotingszaken is onduidelijk. In beide rechtszaken was het de man die stelde dat een verstoting in Nederland naar Marokkaans recht alleen rechtsgeldig op het consulaat kon plaatsvinden. Deze stelling werd niet weersproken en moest daarom door de rechter overgenomen worden.

In eerste aanleg had de man advies over verstotingen in Nederland ingewonnen bij het consulaat te Amsterdam. Hij kreeg te horen dat, als de echtgenoot in tegenwoordigheid van twee *wu'ul* (notariële getuigen) "ik scheid jou" uitspreekt, naar islamitisch recht een geldige echtscheidingsprocedure wordt gevoerd. De erkenning van deze in Nederland uitgesproken verstoting door Marokko kan echter problemen opleveren. Deze erkenning is echter verzekerd als men de echtscheidingsprocedure op het consulaat uitvoert, *mits* beide partijen het over alle onderdelen eens zijn¹². Het is deze consulaire voorwaarde die de man in het arrest van de Hoge Raad tegenover de

¹¹ R.o. 2.21. van zijn conclusie bij HR 10 november 1989.

¹² Zoals in par. 2.2 reeds is vermeld wordt deze 'consulaatsverstoting' door Nederland niet erkend: HR 31 oktober 1986, NJ 1987, 924.

vordering tot verstoting van de vrouw stelde: hij was bereid aan een verstoting mee te werken, mits de vrouw instemde met de toepassing van het Marokkaanse recht op het voogdijschap want volgens de Mudawwanah is de man na de echtscheiding voogd over de kinderen.

De consulaatsverstoting

De enige verstoting die het consulaat zegt te accepteren is die waarover de echtelieden het eens zijn. Dit komt overeen met de hierboven vermelde *khul'*-verstoting. Het consulaat erkent daarmee slechts één van de huwelijksontbindingsvormen die de Mudawwanah vermeldt. Normaliter spreekt de man de *khul'*-verstoting uit op verzoek van de vrouw. In dat geval zal hij vaak om een (financiële) vergoeding vragen. Wil de man in Nederland op eigen initiatief zijn vrouw verstoten dan zal hij niet kunnen volstaan met een *ṭalaq*, waarmee hij het huwelijk eenzijdig kan ontbinden zonder rekening te hoeven houden met de wensen van de vrouw hierin. Het consulaat stelt als geldigheidsvereiste voor een huwelijksontbinding naar Marokkaans recht dat het plaatsvindt in de vorm van een *khul'*. Nu moet dus niet alleen de vrouw, maar ook de man instemming hebben van de ander als zij hun huwelijk willen ontbinden. De Marokkaanse man kan echter, zoals uit het arrest blijkt, zijn medewerking aan een consulaatsverstoting weigeren omdat volgens hem nog niet op andere punten overeenstemming is bereikt. Deze weigering is binnen het raamwerk van de consulaatsverstoting dus wel degelijk legitiem.

Twee redenen worden aangevoerd voor het consulaire vereiste. De eerste reden is een praktische: de *khul'* is onherroepelijk, in tegenstelling tot de *ṭalaq* die herroepelijk is. Door alleen de *khul'* als rechtsgeldig te accepteren vermijdt het consulaat de administratieve rompslomp die komt kijken bij verstotingen die alsnog herroepen worden. Als Marokkanen op het consulaat gaan scheiden is dat dus definitief.

De tweede reden is een politieke: door alleen een *khul'* als rechtsgeldige huwelijksontbinding te accepteren komt het Marokkaanse consulaat tegemoet aan de Nederlandse opvatting dat een eenzijdige verstoting onaanvaardbaar is. Dat deze concessie van het consulaat niet heeft bijgedragen tot begrip of erkenning van Nederlandse zijde is al gebleken.

De 'udūl en de akte van verstoting¹³

Wat gebeurt er nu precies op het consulaat als een Marokkaans echtpaar daar hun huwelijk komt ontbinden door middel van een *khul'*? Hierboven is reeds gezegd dat een *khul'* in feite een *ṭalaq* is, met als enig verschil dat beide echtelieden het erover eens zijn dat deze *ṭalaq* uitgesproken moet worden. Een *ṭalaq* is pas rechtsgeldig als twee notariële getuigen (*'udūl*) hiervan akte opgemaakt hebben. Deze akte moet vervolgens gehomologeerd worden door een *qāḍī at-tawḥīq*, "de rechter van de homologatie". Deze functionaris en de *'udūl* houden zich slechts bezig met de vormvereisten van de aktes en hebben geen bevoegdheid invloed uit te oefenen op de

inhoud ervan. Noch de "rechter van de homologatie", noch de *'udūl* hebben dus de bevoegdheden van een rechter zoals Nederland die kent.

De echtgenoten geven nu ten overstaan van twee *'udūl* te kennen dat zij het er beiden over eens zijn dat de man de *ṭalaq* over zijn echtgenote zal uitspreken. Tevens geven zij aan over welke zaken zij overeenstemming hebben bereikt, zoals bijvoorbeeld het bedrag dat de vrouw aan de man zal betalen ter compensatie van de verstoting. Dit wordt allemaal door de *'udūl* geregistreerd in de *khul'*-akte en vervolgens door de "rechter van de homologatie" gehomologeerd. Op dat moment is het huwelijk naar Marokkaans recht ontbonden.

Hierboven is al opgemerkt dat deze "consulaatsverstoting" door Nederland niet wordt erkend. Dat wil zeggen dat de burgerlijke stand zal weigeren om deze echtscheiding in te schrijven. De echtgenoten worden nog beschouwd als gehuwd, tenzij zij (ook) naar Nederlands recht zijn gescheiden. Als reden voor de weigering van deze erkenning heeft de Hoge Raad aangevoerd dat de tussenkomst van een rechter vereist is bij een huwelijksontbinding in Nederland. De rechter waarborgt namelijk dat bij de huwelijksontbinding eventuele voorzieningen worden getroffen, zoals alimentatie, omgangsregeling, gezagsvoorziening, huisvesting en dergelijke¹⁴. Op het consulaat wordt nu aangevoerd dat er wél sprake is van tussenkomst van een rechter. We hebben echter gezien dat deze "rechter van de homologatie" slechts administratieve bevoegdheden heeft en geen invloed kan uitoefenen op eventuele voorzieningen. Het treffen van voorzieningen behoort volgens het Marokkaanse recht immers tot de contractsvrijheid van de scheidende partijen. De rechter in Nederland kan daarentegen een veel actievere rol spelen bij het treffen van voorzieningen en het is om die reden dat de Hoge Raad zijn tussenkomst bij echtscheidingen noodzakelijk acht. Als de Hoge Raad spreekt over de rechter bedoelt zij daarmee dus niet iemand die slechts een lijdelijke rol heeft, zoals de "rechter van de homologatie" op het Marokkaanse consulaat.

Afgezien hiervan blijft er nog een vraag open over de bevoegdheden van de *'udūl*. De *'udūl* die werkzaam zijn op het consulaat hebben namelijk een administratieve competentie en zij kunnen slechts (...) overeenkomstig de wetten en de Marokkaanse regels die hierop van toepassing zijn burgerrechtelijke contracten voor Marokkaanse burgers opmaken, mits dit niet in strijd is met de wetten en regelingen van de staat van vestiging¹⁵. Het Marokkaanse recht beschouwt de ontbinding van het huwelijk als de ontbinding van een (burgerrechtelijke) overeenkomst welke de uitsluitende bevoegdheid is van de betrokken partijen. Volgens het Nederlandse recht rust de bevoegdheid hiertoe uitsluitend bij de rechter. Het opmaken van verstotingsakten is dus in strijd met de wetten en regelingen van Nederland. Volgens hun eigen wet handelen de *'udūl* op de consulaten in Nederland dienen overeenkomstig onbevoegd... Deze vaststelling zal in de praktijk echter geen gevolgen hebben: zolang het consulaat zegt dat zij de enige plaats in Nederland is waar men naar Marokkaans recht kan scheiden zullen de mensen die hier gebruik van willen maken daar geen bezwaar tegen maken. En zolang men een dergelijke huwelijksontbinding niet inschrijft bij de Burgerlijke Stand zal ook Nederland hier geen bezwaar tegen maken.

¹⁴ HR 31-10-1966, NJ 1967, 924; *Arx Aequi* 37 (1968) 3, pp. 182-190.

¹⁵ Art. 2 van het Besluit nr. 266.646 van 29 januari 1970 voor de toepassing van het Koninklijk Decreet nr. 421.66 van 20 oktober 1969: "De bevoegdheeden van de diplomatieke assistenten en de consuls werkzaam in het buitenland".

¹³ Zie voor nadere informatie over de positie en de bevoegdheden van de *'udūl* het artikel van drs. L.P.H.M. Buskens in deze bundel.

3.3 Voogdij over de kinderen

De voogdij van de minderjarige kinderen is de inzet van de verstotingszaak die diende voor de Hoge Raad. Het begrip voogdij heeft echter verschillende betekenissen in het Nederlandse en Marokkaanse recht. Wat het Nederlandse recht onder voogdij verstaat wordt in het Marokkaanse recht onderverdeeld in *wilāya* ("voogdij") en *ḥaḍīna* ("verzorging"). De *wilāya* behoort zowel tijdens als na het huwelijk toe aan de vader (artt. 147-149 Mud.). Na het huwelijk komt de *ḥaḍīna* in eerste instantie toe aan de moeder (art. 99 j^o 102 Mud.). In principe wordt een dergelijke gezagsverhouding die van rechtswege voortvloeit uit de interne wet van de staat waarvan de minderjarige onderdaan is door de Nederlandse rechter erkend¹⁶. De Nederlandse rechter had een voorziening inzake de voogdij (in de letterlijke zin van het woord) dus onbeslist kunnen laten omdat daarin al voorzien wordt door de Mudawwanah. De Hoge Raad heeft ooit echter beslist dat op grond van de beginselen van hetzelfde verdrag de rechter van de woonplaats van de minderjarige op grond van zijn interne wet maatregelen kan nemen als die meer in het belang van de minderjarige zijn dan die welke diens nationale wet biedt¹⁷. We mogen aannemen dat dit in de Nederlandse echtscheidingszaak in het bovenstaande geding ook is gebeurd: de Nederlandse rechter vond het in het belang van het kind beter aan de voogdijbepalingen van de Mudawwanah voorbij te gaan en de voogdij op grond van de Nederlandse regelingen aan de vrouw toe te kennen. De man heeft zich hier niet mee kunnen verenigen, maar had het advies gekregen om op een later tijdstip alsnog te proberen via een aparte procedure een voogdijwijziging te verkrijgen¹⁸. Toen de vrouw echter een verstoting vorderde zag hij zich gerechtvaardigd om pas in te stemmen met deze echtscheiding naar Marokkaans recht als dit recht ook van toepassing zou zijn op één van de gevolgen van deze echtscheiding, namelijk de voogdij.

Het is van belang te beseffen dat de man dus niet eist dat de vrouw afstand doet van haar voogdijschap dat haar door de Nederlandse rechter is toegewezen. Dit (Nederlandse) voogdijschap is helemaal niet aan de orde en wat de man zich voorstelt van wat er met dit voogdijschap zou moeten gebeuren is ook niet bekend. Wat hij eist is dat hem het (Marokkaanse) voogdijschap, de *wilāya*, wordt toegekend door toepassing van het Marokkaanse recht. Het is moeilijk te overzien wat de gevolgen zijn als de vrouw op deze eis in zou gaan. Volgens Marokkaans recht zou zij dan het verzorgingsrecht, de *ḥaḍīna*, behouden, zodat er ogenschijnlijk weinig zal veranderen aan de reeds bestaande situatie. Is de vader het echter oneens met de wijze van opvoeding van de moeder, of vestigt zij zich in een plaats die ver afgelegen is van die van de vader, dan heeft de vader het recht het kind aan haar verzorgingsrecht te onttrekken (artt. 107-109 Mud.). Dit zou dan op gespannen voet komen met de voogdijregeling zoals die door de Nederlandse rechter al was beslist.

Een andere mogelijkheid is dat de vrouw instemt met de eisen van de man en zij beiden vervolgens aan de Nederlandse rechter om een herziening van de voogdij

regeling vragen. De vraag is of de vrouw hiertoe bereid zal zijn als zij eenmaal haar felbegeerde huwelijksontbinding naar Marokkaans recht heeft verkregen.

Welke constructie de man (en de vrouw) ook kiezen om het voogdijschap van de kinderen te verkrijgen, en welk recht zij hier ook op van toepassing achten, de Nederlandse rechter zal maar één belang behartigen en dat is het belang van het kind. Dit zou wel eens tot heel andere resultaten kunnen leiden dan de ouders -en met name de man- voor ogen hadden.

4 Het afdwingen van een eenzijdige huwelijksontbinding bij de Nederlandse rechter

4.1 De rabbinale echtscheiding

Hierboven is reeds uiteengezet wat de aanleidingen zijn geweest die de betrokken Marokkaanse vrouwen naar de Nederlandse rechter voerden. De wijze waarop zij hun eisen hebben ingekleed vertoont grote gelijkenis met de twee rabbinale echtscheidingsvonnissen die geweest zijn in 1982 en 1989¹⁹.

Echtscheiding naar joods recht kan slechts plaatsvinden doordat de man ten overstaan van de rabbinale rechtbank een echtscheidingsbriefje, de zogenaamde "get", aan zijn vrouw geeft en de vrouw hiermee instemt. De afgifte van deze "get" is een eenzijdige handeling van de man en moet vrijwillig gebeuren. In bovenstaande arresten was een joods echtpaar wel naar Nederlands recht, maar nog niet naar joods recht gescheiden. In beide gevallen was de man echter onwillig om de "get" af te geven, zodat het huwelijk naar joods recht nog rechtsgeldig was. De vrouw eiste nu van de Nederlandse rechter dat hij de man op straffe van een dwangsom zou dwingen de "get" af te geven zodat zij ook naar joods recht gescheiden en dus weer huwbaar zou zijn.

Het is voor ons onderwerp van belang de uitspraken van de verschillende rechters na te lopen. In het eerste arrest wees de rechtbank de vordering van de vrouw af omdat het hier religieus recht betrof en de Nederlandse rechter het huwelijk slechts in haar burgerlijke betrekkingen beziet (art. 30 Boek 1 BW). Het Hof wees de vordering op andere gronden af, namelijk dat de Nederlandse rechter zich niet meer bevoegdheden zou mogen toekennen dan de betrokken instantie -in dit geval de rabbinale rechtbank- had. In haar conclusie meende de A.G. mr. Biegmán-Hartogh dat op grond van het feit dat de Israëliëse (burgerlijke) rechter de bevoegdheid had de man te dwingen een "get" af te geven de Nederlandse rechter dezelfde bevoegdheid zou moeten toekomen om een joodse man in Nederland geen onredelijk voordeel te geven. De Hoge Raad koos echter voor een andere benaderingswijze. Zij gaat voorbij aan de problematiek van religieus of burgerlijk recht, tornt evenmin aan de eenzijdigheid en vrijwilligheid van de afgifte van de "get", maar meent dat de weigering van de man om deze "get" af te willen geven "(...) jégens zijn vrouw onrechtmatig kan zijn, immers in strijd kan komen met de zorgvuldigheid die hij in het maatschappelijk verkeer ten aanzien van de persoon van zijn gescheiden echtgenote in acht behoort te

¹⁶ Art. 3 Haags Kinderbeschermings Verdrag van 5 Oktober 1961.

¹⁷ HR 1 juli 1982, NJ 1983, 201.

¹⁸ Memorie van Antwoord voor het Hof, grief 2.

¹⁹ HR 22 jan 1982, NJ 1982, 489 en Hof Amsterdam 31 aug 1989, NJ 1990, 679; NIPR jrg.7 (1989) nr. 679. Op de gelijkenis tussen de rabbinale echtscheiding en de Marokkaanse consulaire verstoting is reeds gewezen door P.G. Berger in zijn conclusie bij hierbovenvermeld consulaatsverstotingsarrest en door mw.mr. L. Jordens-Cotran in *Migrantenrecht* 1991, nr. 3/4 p. 60.

nemen. In dat geval zal de Nederlandse rechter hem ook kunnen veroordelen om zijn medewerking alsnog te verlenen." (r.o. 2.)

In het tweede geval had de man, nadat hij was veroordeeld om aan de ontbinding van zijn joodse huwelijk mee te werken, toegezegd de "get" te zullen afgeven. Eenmaal voor de rabbinale rechtbank zei hij echter onder dwang te handelen, met als gevolg dat de afgifte van de "get" niet geaccepteerd kon worden. Het Hof veroordeelde deze handelwijze van de man als onrechtmatig gezien de belangen die de vrouw had bij de huwelijksontbinding naar joods recht. Het Hof weegt dus het belang van de man om eenzijdig en vrijwillig tot echtscheiding te mogen besluiten af tegen het belang van de vrouw om naar joods recht te willen hertrouwen en beslist ten gunste van de vrouw.

In de verstotingsarresten was sprake van dezelfde situatie als in de rabbinale echtscheidingsarresten: de echtelieden zijn gescheiden naar Nederlands recht, maar de man, die als enige van de twee de echtscheiding naar religieus of nationaal recht tot stand kan brengen, weigert hieraan mee te werken. De vrouwen wenden zich in hun onmacht nogmaals tot de Nederlandse rechter. Ook is er sprake van dezelfde formulering van de vordering: de man handelt onrechtmatig door niet aan de huwelijksontbinding mee te werken.

Het belangrijke verschil met de rabbinale echtscheiding is dat in het geval van een consulaatsverstoting de echtgenoten het niet alleen eens moeten zijn over de echtscheiding, maar ook over eventuele bijkomende zaken. Bij de rabbinale echtscheiding was alleen de echtscheiding zelf in het geding - de voorzieningen waren reeds door de Nederlandse rechter getroffen. Bij de verstotingsarresten daarentegen wil de man enkele voorzieningen -met name de voogdij- óók op het consulaat geregeld hebben. Deze wens van de man komt overeen met de vereisten die het consulaat aan een verstoting stelt en maakt zijn weigering tot medewerking aan de verstoting dus niet zonder meer onrechtmatig.

4.2 Het afdwingen van een verstoting naar Marokkaans recht bij de Nederlandse rechter

Kan een verstoting afgedwongen worden?

Het Hof van Amsterdam dat in beide Marokkaanse verstotingszaken beslist heeft achtte zich bevoegd om de man op straffe van een dwangsom te verplichten zijn echtgenote op het consulaat te verstoten. De enige overweging die hierbij een rol heeft gespeeld is de afweging van belangen. Het Hof meende dat het belang van de vrouw om te kunnen hertrouwen naar Marokkaans recht of om veilig naar Marokko terug te keren zwaarder weegt dan het belang dat de man zou hebben om niet aangetast te worden in zijn exclusieve gebruiksrecht van de verstoting. Het Hof is vervolgens door de Hoge Raad teruggesloten omdat geen rekening was gehouden met de verklaring van de man dat hij wél bereid was aan de verstoting mee te werken, maar dat dan ook aan een bijkomende voorwaarde moest worden voldaan om de verstoting rechtsgeldig te laten zijn.

De Nederlandse rechter is de joodse of islamitische vrouw die afhankelijk is van de eenzijdige huwelijksontbinding van haar echtgenoot dus goedgezind. In het geval van

de Marokkaanse verstoting dat speelde voor de Hoge Raad wordt de belangenafweging die in de rabbinale echtscheiding zo succesvol was toegepast echter gefrustreerd door het consulaire vereiste, namelijk dat de echtgenoten het ook over bijkomende zaken eens moeten zijn. Zolang dit vereiste niet wordt bestreden -en dat is hier ook niet gebeurd- moet zij als vaststaand door de rechter aangenomen worden. In dat geval is het zeer waarschijnlijk dat de vrouw alsnog het onderspit zal delven, omdat de man dan in zijn recht staat als hij meent dat er nog onvoldoende reden is om tot de verstoting over te gaan. Dit zou anders zijn als de vrouw een mogelijkheid ziet om de Nederlandse rechter dit consulaire vereiste ongeldig te laten verklaren. Een reden hiervoor zou kunnen zijn dat door dit vereiste aan de belangen van de kinderen wordt voorbijgegaan. De overdracht van de voogdij is immers meer een soort ruilhandel tussen de ouders om overeenstemming te bereiken over de ontbinding van hun huwelijk dan dat het gericht is op de belangen van de kinderen. In de zaak die speelde voor het Hof kwam de kwestie van het consulaire vereiste niet aan de orde omdat de man zich niet daarop beriep maar op een advies van zijn Marokkaanse advocaat. Toen het Hof van mening was dat aan dit advies onvoldoende belang gehecht kon worden was de weg naar de belangenafweging verder vrij.

Is de afgedwongen verstoting geldig naar Marokkaans recht?

Nu blijkt dat een Marokkaanse vrouw die zich in allerlei juridische bochten wringt inderdaad een gerede kans heeft dat de Nederlandse rechter haar echtgenoot veroordeelt tot het uitspreken van een verstoting, resteert de belangrijkste vraag: wordt een dergelijke verstoting door Marokko erkend? Want daar was het de vrouw uiteindelijk om te doen. Het antwoord is in eerste instantie negatief: de Mudawwanah verklaart een verstoting die onder dwang is uitgesproken ongeldig (art. 49 Mud.). Als de man op het consulaat verklaart dat hij onder dwang van een rechterlijk vonnis handelt, dan zal zijn verstoting niet geregistreerd worden. Uit het rabbinale echtscheidingsarrest van 1989 is echter gebleken dat een dergelijke verklaring op zich ook al weer onrechtmatig kan zijn. Het is dus voorstelbaar dat een man onder de dreiging van de in omvang toenemende dwangsom besluit om eieren voor zijn geld te kiezen en toch maar tot de verstoting over te gaan zonder te vermelden dat hij die onvrijwillig verricht. Het laatste middel dat hij dan nog eventueel in de strijd zou kunnen werpen is dat hij ná deze verstoting de huwelijksontbinding ongeldig laat verklaren wegens dwang. Van het achteraf ongeldig verklaren van een verstoting staat niets vermeld in de Mudawwanah en is mij tot nog geen Marokkaanse jurisprudentie bekend. Over de rechtsgevolgen van een dergelijke handeling kan men vooralsnog dus uitsluitend speculeren.