

## PDF hosted at the Radboud Repository of the Radboud University Nijmegen

The following full text is a publisher's version.

For additional information about this publication click this link.

<http://hdl.handle.net/2066/158631>

Please be advised that this information was generated on 2020-09-25 and may be subject to change.

## WPNR 2016/7090 Open normen en islamitische huwelijken in het Nederlandse recht



Publicatie	WPNR: Weekblad voor Privaatrecht, Notariaat en Registratie
Uitgever	Koninklijke Notariële Beroepsorganisatie
Jaargang	147
Publicatiedatum	16-01-2016
Afleveringsnummer	7090
Titel	Open normen en islamitische huwelijken in het Nederlandse recht
Auteurs	Mr. P.T.J. Wolters , Universitair docent burgerlijk recht en onderzoeker bij het Onderzoekcentrum Onderneming & Recht van de Radboud Universiteit. (P.Wolters@jur.ru.nl)
Samenvatting	Open normen stellen het Nederlandse recht in staat om rekening te houden met de islamitische achtergrond van een huwelijk. Dit gebeurt echter lang niet altijd op een bevredigende wijze.
Paginnummers	35-42
Rubriek	Artikel

### WPNR 2016(7090) Open normen en islamitische huwelijken in het Nederlandse recht

#### Open normen en islamitische huwelijken in het Nederlandse recht

##### 1. Inleiding

In Nederland is ongeveer 5% van de bevolking, ruim 800.000 mensen, moslim.<sup>1</sup> Dit deel van de bevolking heeft een geloof, cultuur, gewoonten en opvattingen die afwijken van het op de visie van de meerderheid gebaseerde Nederlandse recht. Hiermee is echter niet gezegd dat de islamitische regels ook in strijd zijn met het Nederlandse recht.<sup>2</sup> Het Nederlandse recht stelt grenzen. Binnen deze grenzen hebben moslims de vrijheid om hun leven in overeenstemming met het islamitische recht, de *sharia*, in te richten. Zij zijn onder andere vrij om islamitische huwelijken te sluiten.

Dit betekent niet dat islamitische huwelijken in ons rechtsbestel nooit tot problemen leiden. Rechters worden geconfronteerd met regels, begrippen, belangen en vraagstukken die geen rol spelen bij Nederlandse huwelijken. Zij kunnen de wet, en in het bijzonder de in de wet opgenomen open normen, toepassen in het licht van de islamitische achtergrond van het huwelijk. In deze bijdrage onderzoek ik aan de hand van twee leerstukken of deze benadering op een bevredigende wijze recht doet aan het islamitische karakter van een huwelijk. Een resultaat is in deze context 'bevredigend' als het rekening houdt met de islamitische elementen zonder afbreuk te doen aan de bescherming die uitgaat van dwingendrechtelijke Nederlandse regels. Ik beantwoord de volgende vraag: *in hoeverre zijn de Nederlandse open normen in staat om recht te doen aan het islamitische karakter van een huwelijk?*

De beantwoording van deze vraag is als volgt opgebouwd. Ik begin met een korte algemene beschouwing over de invloed van islamitisch recht op de invulling van open normen (§ 2). Vervolgens bespreek ik twee islamitische leerstukken die tot verschillende rechtszaken hebben geleid. Ik ga achtereenvolgens in op de bruidsgave (§ 3) en de verstoting (§ 4). Deze leerstukken laten zien dat de rechter de open normen gebruikt om rekening te houden met het islamitische karakter van het huwelijk. Zij maken echter ook duidelijk dat deze benadering niet altijd tot bevredigende resultaten leidt. In paragraaf 5 ga ik in op de betekenis van deze resultaten voor mogelijke toekomstige problemen rond islamitische huwelijken. Het artikel eindigt met een conclusie (§ 6).

In deze bijdrage onderzoek ik de rol van islamitische huwelijken in het *Nederlandse* recht. Het artikel bevat daarom geen gedetailleerde analyses van het internationaal privaatrecht.<sup>3</sup> Het bevat daarnaast geen uitgebreide beschrijving van het islamitische recht.<sup>4</sup>

## 2. De invloed van islamitisch recht op de invulling van open normen

Verschillende soorten normen beïnvloeden de invulling van open normen.<sup>5</sup> Art. 3:12 BW stelt dat bij de vaststelling van de eisen van de redelijkheid en billijkheid rekening moet worden gehouden met de ‘in Nederland levende rechtsovertuigingen’. Het hoeft hier echter niet te gaan om *algemeen* gedeelde overtuigingen. Uit de parlementaire geschiedenis blijkt dat ook de normen binnen een beperktere groep, zoals in Nederland levende vreemdelingen, van belang kunnen zijn.<sup>6</sup> De potentiële invloed van buitenlandse normen blijkt daarnaast uit HR

18 november 1983, NJ 1984, 345 (*Shu/Lam*). De Hoge Raad oordeelde in dit arrest dat de ‘gangbare Chinese maatstaven’ invloed kunnen uitoefenen op hetgeen de partijen uit elkaars verklaringen en gedragingen mochten afleiden.

Verschillende auteurs stellen dat ook islamitisch recht invloed kan uitoefenen op de invulling van open normen.<sup>7</sup> Deze invloed blijkt uit de jurisprudentie. Islamitische maatstaven kunnen bijvoorbeeld invloed uitoefenen op de omvang van de naar billijkheid vast te stellen immateriële schadevergoeding op grond van art. 6:106 BW<sup>8</sup> en het antwoord op de vraag of er sprake is van een dwingende reden voor ontslag in de zin van art. 7:678 lid 1 BW.<sup>9</sup>

Islamitische maatstaven vormen slechts een van de relevante factoren die de invulling van open normen beïnvloeden. Een beroep op islamitische maatstaven kan niet leiden tot resultaten die in sterk contrast staan met de Nederlandse rechtsorde. Dit kan worden geïllustreerd aan de hand van pres. Rb. Amsterdam 1 november 1984, RV 1984, 131.<sup>10</sup> Tijdens een bezoek aan Marokko heeft de man het paspoort en de verblijfskaart van zijn vrouw afgepakt. De vrouw vordert teruggave. De man verweert zich door te stellen dat de man in de islamitische samenleving uitmaakt waar zijn vrouw verblijft. Hij kan zijn vrouw de vrijheid niet teruggeven zolang zij geen echtscheiding heeft aangevraagd. Dit verweer slaagt niet. De president oordeelt dat ook een getrouwde vrouw een eigen recht heeft om uit te maken waar zij wil wonen. De man handelt onrechtmatig door de documenten achter te houden.

Deze uitspraak is een voorbeeld waarin het Nederlandse recht prima functioneert in de context van een islamitisch huwelijk. Hoewel het denkbaar is dat islamitische maatstaven ten aanzien van de relatie tussen de echtgenoten invloed uitoefenen op de onrechtmatigheid van een handeling, is het duidelijk dat dergelijke opvattingen geen beperking van iemands bewegingsvrijheid kunnen rechtvaardigen. Er is slechts ruimte voor islamitische normen binnen de grenzen van de Nederlandse rechtsstaat.

## 3. De bruidsgave

De bruidsgave, of *mahr* of *sadaq*, is een gift van de man aan de vrouw.<sup>11</sup> De *mahr* is een verplicht onderdeel van de huwelijksovereenkomst. Het is, afhankelijk van de rechtsschool,<sup>12</sup> een voorwaarde voor een geldige huwelijksovereenkomst of een rechtsgevolg van het huwelijk. In veel gevallen wordt bij het huwelijk slechts een gedeelte van de *mahr* gegeven. De rest van de bruidsgave wordt op een later moment uitbetaald.

De *mahr* heeft verschillende functies. De bruidsgave is in ieder geval opeisbaar bij een echtscheiding of de dood van een van de echtgenoten. Dit wijst op de alimentatie en erfrechtelijke aspecten van de *mahr*. De bruidsgave heeft daarnaast een huwelijksvermogensrechtelijke functie. De vrouw heeft bij een scheiding geen recht op een deel van het vermogen van de man. De *mahr* zorgt ervoor dat zij in deze gevallen toch een eigen vermogen heeft. De bruidsgave ontmoedigt ten slotte polygamie omdat een man bij ieder huwelijk verplicht is om een bruidsgave bij elkaar te brengen. Een Nederlandse rechter die wordt geconfronteerd met een bruidsgave moet deze overeenkomst uitleggen. Het veelzijdige karakter van de *mahr*, en haar afwezigheid in het Nederlandse recht, heeft geleid tot problematische en

tegengestelde beslissingen. Ik ga achtereenvolgens in op de relatie tussen de bruidsgave en alimentatie (§ 3.1) en de verknochtheid van de *mahr* aan de vrouw (§ 3.2).

### 3.1. De relatie tussen de bruidsgave en alimentatie

De *mahr* is in de Nederlandse rechtspraak op verschillende manieren gekwalificeerd.<sup>13</sup> Verschillende rechters wijzen op de alimentatiefunctie van de bruidsgave. Een uitgestelde *mahr* geeft de vrouw een vorderingsrecht op de man dat zij kan uitoefenen na een echtscheiding. In verschillende uitspraken kwalificeren de rechters de uitgestelde bruidsgave dan ook als een alimentatieovereenkomst.<sup>14</sup>

In Hof 's-Gravenhage 17 december 2008, ECLI:NL:GHSGR:2008:BG9476 oordeelde de rechter dat het Nederlandse recht van toepassing was op het huwelijksvermogensrecht en de gemaakte huwelijkse voorwaarden. In deze voorwaarden is niets gesteld over de *mahr*. De uitleg van de overeenkomst brengt daarom met zich dat de bruidsgave niet kan worden gekwalificeerd als huwelijksvermogensrechtelijke regeling of gift bij huwelijkse voorwaarden. Het hof acht het daarom redelijk en billijk om de bruidsgave te kwalificeren als een vorm van alimentatie. Het komt op grond van de afgenomen draagkracht van de man en de niet-bestaande behoefte van de vrouw tot de conclusie dat de man de bruidsgave niet hoeft te betalen.<sup>15</sup>

In Rb. 's-Gravenhage 1 februari 1999, NIPR 1999, 143 baseerde de rechter de kwalificatie van de *mahr* als alimentatieovereenkomst op het islamitische recht. De bruidsgave strekt volgens de rechtbank *onder meer* tot levensonderhoud na ontbinding van het huwelijk. Voor zover de uitgestelde *mahr* moet worden betaald bij de beëindiging van het huwelijk, dient de overeenkomst te worden gekwalificeerd als een overeenkomst tot het betalen van een bijdrage in de kosten van levensonderhoud. Het Nederlandse recht was van toepassing op de echtscheiding en de alimentatieverplichtingen. De behoefte van de vrouw staat vast. De man heeft niet bewezen dat hij geen draagkracht heeft. De rechtbank wijst de vordering tot betaling van de bruidsgave daarom toe. Zij stelt daarnaast dat een dergelijke alimentatieovereenkomst geen verdere bijdrage in het levensonderhoud toelaat. Zij wijst het verzoek tot toewijzing van een aanvullende maandelijkse bijdrage om deze reden af.

Er bestaat geen garantie dat een vergelijkbare casuspositie steeds tot hetzelfde resultaat leidt. De uitkomst is in dit type zaken afhankelijk van de draagkracht en behoefte van de echtgenoten. Het resultaat in de zaak van 1 februari 1999 steunt bovendien op de omstandigheid dat het *uitgestelde* deel *na ontbinding* is gevorderd. De huwelijksakte bepaalde echter dat dit deel op verzoek van de vrouw dient te worden voldaan. Jordens-Cotran stelt dat de uitkomst waarschijnlijk anders was geweest als de vrouw het uitgestelde deel van de bruidsgave staande het huwelijk zou hebben gevorderd. In dat geval zou de rechter waarschijnlijk het Iraanse recht hebben toegepast.<sup>16</sup> Dit zou gevolgen kunnen hebben voor de toewijsbaarheid van het verzoek tot vaststelling van een maandelijkse bijdrage in het levensonderhoud.

Verschillende auteurs betogen dat de kwalificatie van een *mahr* als alimentatieovereenkomst problematisch is. De bovenstaande uitspraken laten zien dat de kwalificatie kan leiden tot een beperking van de afgesproken bruidsgave. In het geval van een lage of symbolische *mahr* kan zij daarnaast leiden tot een beperking van het recht op alimentatie doordat er geen ruimte is voor toekenning van een bijdrage in het levensonderhoud naast de afgesproken bruidsgave. Deze uitkomsten zijn niet in overeenstemming met het karakter van de *mahr* en de bedoelingen van de partijen ten tijde van de overeenkomst.<sup>17</sup> In het islamitische recht is de bruidsgave immers niet afhankelijk van een recht op alimentatie. Een rechter die rekening wil houden met de islamitische achtergrond van de *mahr*, en recht wil doen aan de verwachtingen en bedoelingen van de partijen, dient de bruidsgave in ieder geval niet als een alimentatieovereenkomst te kwalificeren.<sup>18</sup>

De in deze subparagraaf besproken problemen worden voorkomen indien de kwalificatie van de *mahr* tot de toepassing van een buitenlands rechtstelsel leidt. In verschillende uitspraken was het Nederlandse recht, als het recht van de staat waar de alimentatiegerechtigde haar gewone verblijfplaats heeft, van toepassing op een eventuele toekenning van alimentatie terwijl de andere aspecten van het huwelijk, zoals het huwelijksvermogensregime, werden beheerst door een ander rechtstelsel.<sup>19</sup> De kwalificatie van

de *mahr* als alimentatieovereenkomst leidt in die gevallen tot toepassing van het Nederlandse recht. Een andere kwalificatie zorgt voor de toepassing van een ander stelsel.

De uitspraken Rb. Utrecht 10 december 2008, ECLI:NL:RBUTR:2008:BH3018 en Hof 's-Gravenhage 26 februari 2014, ECLI:NL:GHDHA:2014:486 illustreren hoe vergelijkbare casusposities tot wisselende resultaten kunnen leiden. In beide zaken was het recht van Iran van toepassing op het huwelijksvermogensregime. Het Nederlandse recht was van toepassing op een eventuele toekenning van alimentatie. Beide huwelijkscontracten bevatten een bepaling die de vrouw bij echtscheiding in bepaalde gevallen recht gaf op de helft van het vermogen van de man. De rechters oordeelden daarom dat een kwalificatie van de bruidsgave als huwelijksvermogensbestanddeel niet voor de hand ligt.

De contracten bevatten geen bepalingen over het levensonderhoud van de vrouw. De rechtbank kwalificeerde de bruidsgave daarom als een bijdrage in haar levensonderhoud. Naar Nederlands recht moet een verzoek om levensonderhoud worden beoordeeld naar maatstaven van (onder andere) draagkracht en behoefte. Het afzonderlijke alimentatieverzoek van de vrouw was op grond van deze maatstaven reeds afgewezen. De rechtbank wees het verzoek tot betaling van de bruidsgave daarom af.

Het hof kwam tot een andere conclusie. Het stelde dat een kwalificatie als alimentatie niet passend zou zijn omdat de *mahr* in die gevallen geen betekenis zou hebben. Het recht op alimentatie is in het Nederlandse recht immers mede afhankelijk van de draagkracht en de behoefte van de partijen. De bruidsgave was bovendien opeisbaar tijdens het huwelijk. Dat het contract geen andere bepaling bevatte over het levensonderhoud van de vrouw maakt dit niet anders. De vordering tot betaling van de *mahr* was daarom toewijsbaar.

In Hof Arnhem-Leeuwarden 24 december 2013, ECLI:NL:GHARL:2013:9906 gaat de rechter nader in op de verhouding tussen de bruidsgave en alimentatie. Het hof oordeelt dat de vordering tot betaling van de bruidsgave toewijsbaar is en nevenvoorzieningen zoals partneralimentatie onverlet laat. Wel besluit het hof om de bruidsschat te matigen van € 58.627,35 tot € 40.000. Het gaat hiertoe over omdat de partijen slechts drie jaar hebben samengeleefd, de vrouw alimentatie ontvangt en zij in Nederland, anders dan in Iran, zelfstandig een positie kan bekleden. Daarnaast merkt het hof op dat, hoewel de *mahr* niet als partneralimentatie kan worden gekwalificeerd, de betaling van de bruidsschat de behoefte en draagkracht van de partijen beïnvloedt. Het hof laat zien oog te hebben voor de bedoeling en achtergrond van de partijen.<sup>20</sup> Door de *mahr* niet als alimentatieovereenkomst te kwalificeren, voorkomt het de hiervoor besproken problemen. De uitspraak laat echter ook zien dat hiermee nog niet alle onduidelijkheden zijn opgelost. In hoeverre is de matiging in overeenstemming met de Iraanse en islamitische achtergrond van de bruidsgave? Hoe beïnvloeden alimentatie en een bruidsgave elkaar in het recht van Iran? Berust de overweging dat een vrouw in Nederland, anders dan in Iran, zelfstandig een positie kan bekleden niet op een vooroordeel over Iran? Of getuigt zij juist van een onderschatting van de problemen waar moslima's in Nederland tegenaan lopen? De rechter gaat niet in op deze kwesties. De samenloop van een *mahr* en alimentatie blijft vragen oproepen.

### 3.2. De verknochtheid van de bruidsgave

Uit de vorige subparagraaf blijkt dat de *mahr* niet als een alimentatieovereenkomst dient te worden gekwalificeerd. De typering als huwelijksvermogensbeding of als beding met een eigen karakter leidt in veel gevallen tot de toepassing van een buitenlands rechtstelsel. De rechter moet zich in die situaties buigen over de rechtsgevolgen van de bruidsgave onder het buitenlandse recht.

In andere situaties is het Nederlandse recht echter ook van toepassing op het huwelijksvermogensrecht en de andere aspecten van het huwelijk. Moslims hebben dikwijls (ook) de Nederlandse nationaliteit, hun gewone verblijfplaats in Nederland en een nauwere band met Nederland. In deze gevallen moet de rechter de *mahr* uitleggen met toepassing van het Nederlandse recht. In Hof 's-Hertogenbosch 17 januari 2006, ECLI:NL:GHSHE:2006:AV5175 vorderde de vrouw de betaling van de bruidsgave. Het Nederlandse recht was van toepassing op het huwelijksvermogensrecht. De kantonrechter besteedt aandacht aan het Marokkaanse recht.<sup>21</sup> Hij concludeert dat de *mahr* afdwingbaar is. De bruidsgave is niet slechts een natuurlijke verbintenis.<sup>22</sup>

De procedure bij het hof legt echter een ander probleem bloot. Op grond van het Nederlandse huwelijksvermogensrecht bestaat er een gemeenschap van goederen. Het Marokkaanse recht biedt geen grondslag om de *mahr* buiten de gemeenschap te houden. Ook de redelijkheid en billijkheid leidt niet tot een ander resultaat. Ook in andere zaken oordeelt de rechter dat de bruidsgave binnen de gemeenschap valt.<sup>23</sup> In Hof 's-Gravenhage 19 april 2006, ECLI:NL:GHSGR:2006:AY5780 oordeelde de rechter dat de 'huwelijkscadeaus' niet verknocht zijn in de zin van art. 1:94 lid 3 BW. Turkse en islamitische gebruiken zijn onvoldoende om verknochtheid aan te nemen.

De literatuur is kritisch over deze uitspraken. Het islamitische recht kent geen gemeenschap van goederen. De bruidsgave komt in het islamitische recht exclusief toe aan de vrouw. In een huwelijk waar de bruidsschat een aanzienlijk deel van het vermogen van de echtgenoten vertegenwoordigt, is de vrouw daarom gebaat bij de toepassing van het huwelijksvermogensrecht van een islamitisch land. De *mahr* is bijvoorbeeld geen deel van het te verdelen vermogen in het Marokkaanse recht.<sup>24</sup> De toepassing van het Nederlandse vermogensrecht leidt tot resultaten die niet in overeenstemming zijn met de islamitische achtergrond van het huwelijk en van de *mahr* in het bijzonder.<sup>25</sup>

De rechter kan deze discrepantie op verschillende manieren vermijden. Allereerst zou hij bij het bepalen of de bruidsgave verknocht is in de zin van art. 1:94 lid 3 BW meer invloed kunnen toekennen aan de islamitische achtergrond van de bruidsgave. De beantwoording van de vraag of de verknochtheid van een goed zich ertegen verzet dat het in de gemeenschap valt, is afhankelijk van de omstandigheden van het geval, waaronder de aard van het goed en de schuld, zoals deze mede door maatschappelijke opvattingen worden bepaald.<sup>26</sup> De maatschappelijke opvattingen van de betrokken minderheden wijzen sterk in de richting van verknochtheid. De bruidsgave komt volgens deze opvattingen immers exclusief toe aan de vrouw. De rechter zou daarom, anders dan in de hiervoor besproken uitspraken, kunnen concluderen dat de *mahr* wel degelijk verknocht is aan de vrouw.

De rechter zou daarnaast kunnen oordelen dat de bruidsgave geen onderdeel is van de gemeenschap op grond van een uitsluitingsclausule in de zin van art. 1:94 lid 2 sub a BW. Deze oplossing wordt gebruikt in het erfrecht. In de meeste buitenlandse rechtsstelsels is het uitgangspunt dat een erfrechtelijke verkrijging in het privévermogen van de verkrijgende echtgenoot valt. Een uitsluitingsclausule is in die stelsels niet nodig en zal dikwijls niet in het testament zijn opgenomen. Indien de ontvanger van de erfenis in een Nederlandse gemeenschap van goederen is getrouwd, kan dit ertoe leiden dat de nalatenschap onbedoeld in de gemeenschap valt. Om deze uitkomst te voorkomen is het mogelijk om het resultaat aan te passen door middel van de redelijkheid en billijkheid of het 'inlezen' van een uitsluitingsclausule via de interpretatie van de uiterste wilsbeschikking.<sup>27</sup>

Deze oplossing kan ook worden gebruikt in de context van islamitische huwelijken. De *mahr* moet hiervoor worden uitgelegd als een gift waarbij is bepaald dat zij buiten de gemeenschap valt.<sup>28</sup> Deze interpretatie sluit aan bij de bedoeling van de partijen en de islamitische achtergrond van de bruidsgave. De *mahr* wordt immers mede overeengekomen met het oog op de situatie na de ontbinding van het huwelijk.

Het is bij toepassing van het Nederlandse recht ten slotte mogelijk om een met het islamitische recht strijdige resultaat te corrigeren via de redelijkheid en billijkheid.<sup>29</sup> In HR 19 maart 1993, NJ 1994, 187 oordeelde de Hoge Raad dat het beroep van de man op de gemeenschap van goederen naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar was omdat de partijen zich jarenlang consequent hadden gedragen alsof het Rhodessische recht van toepassing was op hun huwelijksvermogensregime. Onder dit stelsel zou er geen gemeenschap van goederen bestaan. Met andere woorden: de man heeft zijn recht om zich te beroepen op de gemeenschap van goederen verwerkt.

#### 4. Verstoting

Een islamitisch huwelijk kan op verschillende manieren worden ontbonden.<sup>30</sup> De verstoting, of *talaq*, is de grondvorm.<sup>31</sup> Het is het recht van de man om het huwelijk te beëindigen. Het is een 'normaal' recht waar de man vrij over kan beschikken. Hij kan zich bijvoorbeeld bij overeenkomst tegenover zijn vrouw verplichten om haar te verstoten. Deze overeenkomst kan onder andere worden gesloten op initiatief van

de vrouw. De vrouw levert hierbij een tegenprestatie (*khulc* of *khoel*). Deze tegenprestatie kan onder andere bestaan uit afstand van de bruidsgave, de alimentatie tijdens de wachttijd en de schadeloosstelling. De man kan echter ook nog meer eisen.<sup>32</sup> De man kan daarnaast een volmacht verlenen waarin hij een ander, zoals zijn vrouw, het recht geeft om het verstotingsrecht uit te oefenen.<sup>33</sup>

Zonder een van deze verstotingsvormen eindigt het religieuze huwelijk niet, ook niet als het burgerlijk huwelijk is ontbonden. Het voortbestaan van het islamitische huwelijk kan tot verschillende problemen leiden. Het beperkt de mogelijkheden van de vrouw om opnieuw te trouwen naar islamitisch recht. Daarnaast is het mogelijk dat de echtscheiding niet wordt erkend in het islamitische land van herkomst. De vrouw kan in die gevallen geen nieuwe relatie aangaan zonder het risico te lopen om in dat land strafrechtelijk vervolgd te worden.<sup>34</sup>

Deze problematiek speelt ook bij joodse huwelijken. Deze religieuze huwelijken eindigen alleen indien de man zijn vrouw een echtscheidingsbrief, *get*, geeft.<sup>35</sup> In het Nederlandse recht biedt de maatschappelijke betamelijkheid een oplossing. In HR 22 januari 1982, NJ 1982, 489 oordeelde de Hoge Raad dat de weigering van een man om mee werken aan het tot stand brengen van een rabbinale echtscheiding onrechtmatig kan zijn. De omstandigheden van het geval bepalen het antwoord op de vraag of dit zo is. Het enkele feit dat het rabbinaat in Nederland de man niet kan dwingen om een *get* af te geven, maakt zijn gedrag niet rechtmatig.

Uit HR 10 november 1989, NJ 1990, 112 blijkt dat deze weg ook te bewandelen is bij islamitische huwelijken. De echtgenoten waren naar islamitisch recht getrouwd op het Marokkaanse consulaat. Het huwelijk is naar Nederlands recht ontbonden. De vrouw vordert dat de man door middel van een dwangsom wordt gedwongen om mee te werken aan de echtscheiding naar Marokkaans recht. Het hof wijst de vordering toe. Het stelt dat de vrouw een gerechtvaardigd belang heeft bij de mogelijkheid om te trouwen op een manier die in overeenstemming is met haar opvattingen. De Hoge Raad wijst de klachten tegen dit oordeel af. Hij casseert de uitspraak echter omdat het hof niet is ingegaan op de stelling van de man dat een echtscheiding op het Marokkaanse consulaat slechts mogelijk is als de partijen het over alle onderdelen van de echtscheiding met elkaar eens zijn. In dit conflict twisten de partijen over de voogdij van de kinderen.

De arresten van de Hoge Raad laten zien dat de open norm van de maatschappelijke betamelijkheid verbetering brengt in de positie van de vrouw. Zij leggen echter ook een probleem bloot. Uiteindelijk bepalen de joodse of islamitische regels of het religieuze huwelijk is ontbonden. Het bevel om mee te werken hoeft niet te leiden tot een succesvolle religieuze echtscheiding.

De succesvolle ontbinding van een joods huwelijk vereist dat de man vrijwillig meewerkt. Een onder dwang gegeven *get* is niet geldig.<sup>36</sup> Ook in het islamitische recht mag een scheiding niet onder dwang worden verricht.<sup>37</sup> Braun stelt dat niet alle imams bereid zijn om mee te werken aan de verstoting als de man hiertoe wordt gedwongen op straffe van verbeurte van een dwangsom.<sup>38</sup> Ondanks deze religieusrechtelijke bezwaren, lijkt de vordering tot medewerking aan de ontbinding van een religieus huwelijk wel degelijk tot bevredigende resultaten te leiden. Berger stelt dat de consulaten van islamitische landen en joodse rechtbanken in de praktijk meestal meewerken aan de scheiding die wordt afgedwongen door middel van een dwangsom.<sup>39</sup>

De Nederlandse rechter heeft de man in verschillende conflicten bevolen om mee te werken aan de ontbinding van een islamitisch huwelijk.<sup>40</sup> In Rb. Rotterdam (vzr.) 8 december 2010, ECLI:NL:RBROT:2010:BP8396 oordeelde de voorzieningenrechter dat de man onrechtmatig handelde door na de ontbinding van het burgerlijke huwelijk te weigeren om het religieuze huwelijk door verstoting te beëindigen. Dat een dergelijke ontbinding niet nodig is in het Pakistaanse recht, doet hier niet aan af. Dit zegt niets over de islamitische gebruiken en de rituelen die nodig zijn om het religieuze huwelijk te beëindigen.

In Rb. Amsterdam (vzr.) 2 april 2014, ECLI:NL:RBAMS:2014:1644 vorderde de vrouw medewerking aan de totstandkoming van een *talaq*. Zij vordert uitdrukkelijk geen *khulc*. De man wil slechts meewerken aan de *khulc*. Hij stelt dat dit de juiste vorm van ontbinding volgens het islamitische recht is,

omdat de echtscheiding op verzoek van de vrouw heeft plaatsgevonden. De voorzieningenrechter oordeelt dat de vorm van echtscheiding in dit geval niet uitmaakt. De partijen zijn naar Nederlands recht gehuwd, en gescheiden, en hebben geen huwelijkse voorwaarden opgesteld. Een religieus huwelijk en de ontbinding daarvan hebben naar Nederlands recht geen vermogensrechtelijke rechtsgevolgen. De *khulc* is in dit conflict de juiste vorm van ontbinding. Hij wijst de vordering tot medewerking aan de totstandkoming van een *talaq* daarom af.

De voorzieningenrechter stelt terecht dat de *khulc* volgens islamitisch recht beter bij de situatie past. Dat de keuze voor de *khulc* of *talaq* niet uitmaakt, is hiermee echter niet gegeven. De uitspraak maakt slechts duidelijk dat de man heeft toegezegd om mee te werken aan de totstandkoming van de *khulc*. Zij geeft niet aan of de man ook heeft beloofd om in te stemmen met een *khulc* tegen een niet-bestaande of beperkte vergoeding. Het is dus mogelijk dat de man een tegenprestatie bedingt. De uitspraak stelt de man op deze manier in staat om afbreuk te doen aan de rechten van de vrouw na de ontbinding van het burgerlijke huwelijk naar Nederlands recht.

In Rb. Rotterdam 22 februari 2010, ECLI:NL:RBROT:2010:BN1643 twistten de partijen in een verzoekschriftprocedure over de afwikkeling van hun huwelijk. De vrouw verzoekt medewerking aan de totstandkoming van de echtscheiding naar islamitisch recht. De rechtbank wijst dit verzoek af. Het is geen nevenvoorziening die is vermeld in art. 827 lid 1 Rv. De behandeling van het verzoek zou tot vertraging leiden en kan daarom ook niet worden toegekend op grond van sub f. Het verzoek kan ook niet worden toegekend op grond van onrechtmatige daad. De vrouw had de man daarvoor moeten dagvaarden. De verzoekschriftprocedure biedt geen ruimte voor deze vordering.<sup>41</sup>

De behandelde jurisprudentie laat zien dat het Nederlandse recht, en de maatschappelijke betamelijkheid in het bijzonder, de positie van de vrouw versterkt. Zij laat echter ook zien dat religieuze echtscheidingen nog steeds tot problemen leiden. De effectiviteit van het bevel tot medewerking aan een joodse of islamitische echtscheiding is mede afhankelijk van de opstelling van de religieuze autoriteiten. Daarnaast is het mogelijk dat onbekendheid over de verschillen tussen de islamitische verstotingsvormen ook in de toekomst tot onbevredigende beslissingen gaat leiden. De vrouw is ten slotte verplicht om de medewerking te vorderen in een aparte procedure. Zij kan het niet eisen als nevenvoorziening bij het verzoek tot echtscheiding.

De maatschappelijke betamelijkheid is niet de enige norm die kan leiden tot een bevel tot medewerking aan de ontbinding van het religieuze huwelijk. De vordering tot medewerking aan een echtscheiding kan ook worden gebaseerd op de huwelijksovereenkomst. Deze huwelijksovereenkomst kan een bepaling bevatten waarin de partijen zich verplichten om mee te werken aan de totstandkoming van de religieuze echtscheiding. Als een dergelijk beding ontbreekt, kan de verplichting worden gebaseerd op een uitleg van de overeenkomst. De Amerikaanse rechter heeft deze oplossing gebruikt in verschillende conflicten over de ontbinding van joodse huwelijken.<sup>42</sup>

De benadering kan ook worden gebruikt bij islamitische huwelijken. In Hof 's-Hertogenbosch 17 januari 2006, ECLI:NL:GHSHE:2006:AV5175 bepaalde de huwelijksakte bijvoorbeeld dat de man de vrouw huwde “overeenkomstig het Boek en de Tradities van de profeet”. Een rechter kan deze bepaling interpreteren met behulp van het islamitische recht. Hij kan op deze manier verplichtingen vaststellen die voortvloeien uit het islamitische recht maar niet expliciet in de overeenkomst zijn opgenomen.

## 5. Analyse

In deze bijdrage beantwoord ik de volgende vraag: *in hoeverre zijn de Nederlandse open normen in staat om recht te doen aan het islamitische karakter van een huwelijk?* De vorige paragrafen laten aan de hand van twee leerstukken zien dat de open normen het Nederlandse recht in staat stellen om rekening te houden met de islamitische achtergrond. Toch gebeurt dit niet altijd op een bevredigende wijze.

De problemen rond de relatie tussen de bruidsgave en de alimentatie illustreren dit. De vrouw kan haar recht op de bruidsgave verliezen als de rechter de *mahr* als een alimentatieovereenkomst interpreteert (§



3.1). In de recente uitspraken interpreteren de rechters de *mahr* dan ook niet langer als alimentatieovereenkomst.

Ook de kwalificatie van de bruidsgave als een beding met een eigen karakter of als een huwelijksvermogensbeding leidt tot problemen (§ 3.2). In de rechtspraak is de spanning tussen het karakter van de *mahr* en het Nederlandse stelsel van gemeenschap van goederen nog niet op een bevredigende wijze opgelost. De subparagraaf laat echter zien dat verschillende open normen de gesignaleerde discrepantie kunnen verhelpen.

Processuele belemmeringen en onduidelijkheid over de verschillende verstotingsvormen en de toelaatbaarheid van afgedwongen scheidingen leiden er toe dat moslima's in Nederland niet altijd van een religieus huwelijk af kunnen komen (§ 4). Toch zorgt de maatschappelijke betamelijkeheid wel degelijk voor een verbetering van de positie van de vrouwen. Zij houdt rekening met de belangen van islamitische vrouwen, en vergroot hun mogelijkheden om het islamitische huwelijk te ontbinden.

Gezien het grote aantal in Nederland levende moslims valt het te verwachten dat het inzicht in het islamitische recht zal toenemen. Nederlandse rechters zullen steeds beter in staat zijn om op een bevredigende wijze rekening te houden met het islamitische karakter van het huwelijk. Het is daarom mogelijk dat de in dit artikel behandelde problemen in de toekomst zijn opgelost. Tegelijkertijd valt te verwachten dat er nieuwe problemen aan het licht zullen komen. Ook hierbij geldt dat de rechter deze problemen kan oplossen door bij de invulling van de open normen rekening te houden met het islamitische karakter van het huwelijk. De vorenstaande paragrafen maken echter duidelijk dat de oplossing van dergelijke problemen tijd kan kosten.<sup>43</sup>

## 6. Conclusie

Open normen stellen het Nederlandse recht in staat om rekening te houden met de islamitische achtergrond van een huwelijk. Uit de praktijk blijkt echter dat dit lang niet altijd op een bevredigende wijze gebeurt. In verschillende uitspraken komt de rechter tot een resultaat dat niet in overeenstemming is met het islamitische karakter.

De open normen bieden ruimte voor vooruitgang. De in deze bijdrage besproken leerstukken laten echter zien dat de verbeteringen veel tijd kosten. Er bestaat een grote kans dat ook de in de toekomst opkomende vragen rond het islamitische karakter van een huwelijk niet direct op een bevredigende wijze zullen worden beantwoord. De in Nederland levende moslims kunnen er daarom niet op vertrouwen

dat een Nederlandse rechter bij de invulling van de open normen op een juiste en voorspelbare manier rekening houdt met de islamitische achtergrond van hun huwelijk.

1

H. Schmeets & C. van Mensvoort, *Religieuze betrokkenheid van bevolkingsgroepen, 2010-2014*, CBS: 2015, p. 4; CBS Bevolking; kerncijfers 26 augustus 2014 (beide beschikbaar op [www.cbs.nl](http://www.cbs.nl)).

2

M. Berger, *Sharia. Islam tussen recht en politiek*, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2006, p. 273-277; M. Berger, 'Sharia in Nederland is vaak keurig Nederlands', *AA* 2007, p. 506; L.G.H. Bakker e.a., *Sharia in Nederland. Een studie naar islamitische advisering en geschilbeslechting bij moslims in Nederland*, Nijmegen: Radboud Universiteit Nijmegen 2010, p. 41.

3

Zie hiervoor bijvoorbeeld S.W.E. Rutten, *Moslims in de Nederlandse rechtspraak*, Kampen: Kok 1988, p. 24-121; P.M. Kruiniger, *Marokkaanse verstotingsvormen in de Nederlandse rechtspraak. Een juridische beschouwing over de Marokkaanse khulc en talaq in het kader van erkenning in Nederland*,

Tilburg: Celsus juridische uitgever 2008, p. 125-201; B. Reinhartz, 'Invloed van islamitische rechtsfiguren in het civiele recht in Nederland', in: K. Heinze-Briesemeister & B. Reinhartz, *Invloed van islamitische rechtsfiguren in het civiele recht in Duitsland en Nederland* (Preadvis voor de Nederlandse Vereniging voor Rechtsvergelijking), Oosterwijk: Wolf Legal Publishers 2012, p. 27-31, 36, 47-48 en 50-53.

4

Zie voor een uitgebreidere omschrijving onder andere F.J.A. van der Velden, 'Betekenis van de islam en het islamitisch recht voor het Nederlandse familie- en jeugdrecht', *FJR* 2004[a], p. 58-63; Berger 2006; Kruiniger 2008, p. 7-124; J.M. Otto (red.), *Sharia Incorporated. A comparative Overview of the Legal systems of Twelve Muslim Countries in Past and Present*, Amsterdam: Leiden University Press 2010.

5

P.T.J. Wolters, *Alle omstandigheden van het geval. Een onderzoek naar de omstandigheden die de werking van de redelijkheid en billijkheid beïnvloeden* (diss. Nijmegen, Serie Onderneming & Recht deel 77), Deventer: Kluwer 2013, p. 59-103.

6

*Parl. Gesch. Boek 3*, p. 1036-1037 (MvT Inv.); C.W. Dubbink, 'De redelijkheid en billijkheid volgens artikel 3:12 NBW', *WPNR* 1990/5963 en 5964, p. 377; S. Rutten, 'In Nederland levende rechtsovertuigingen', *AA* 2003, p. 526.

7

Rutten 2003, p. 22; Van der Velden 2004a, p. 63-64; R.P.J.L. Tjittes, 'Islamitisch financieren in Nederland', *RMThemis* 2008, p. 144; Reinhartz 2012, p. 28.

8

Rb. Zwolle 28 augustus 1996, *NJ* 1997, 537 (*Erbilici/Van der Sluis Verenigde Tabaks en Sigarenfabrieken*); Rutten 2003, p. 26.

9

HR 30 maart 1984, *NJ* 1985, 350 (*Venhorst/Inan*); Rutten 1988, p. 198-201.

10

Zie over deze uitspraak ook Rutten 1988, p. 125-127.

11

Zie voor een uitgebreidere beschrijving van de *mahr* in het islamitische recht ook L. Jordens-Cotran, 'De kwalificatie van de bruidsgave. Rb. Den Haag 29 oktober 1997, *NIPR*1999, 142', *NIPR* 2000, p. 391-392; S.W.E. Rutten, 'De bruidsgave: op zoek naar goud', *NIPR* 2007, p. 101-102; Kruiniger 2008, p. 18-21; S.W.E. Rutten, 'Een andere aanpak van de Islamitische bruidsgave', *FJR* 2009, p. 329; Reinhartz 2012, p. 26-27; A-G Niessen, ECLI:NL:PHR:2014:583 (conclusie bij HR 3 oktober 2014, ECLI:NL:HR:2014:2874).

12

Het islamitische recht kent verschillende scholen. Zie hierover Van der Velden 2004a, p. 60; Berger 2006, p. 24-26. Zie over de verschillen in de context van de bruidsgave Jordens-Cotran 2000, p. 391-393; Van der Velden 2004a, p. 60-61; Kruiniger 2008, p. 18-19; Reinhartz 2012, p. 26.

13

Jordens-Cotran 2000, p. 391 en 393-394; Rutten 2007, p. 101; Reinhartz 2012, p. 38.

14

Zie ook Rutten 2009, p. 330; Reinhartz 2012, p. 31-36.

15

In deze zin ook Rb. 's-Gravenhage 24 januari 1996, *NIPR* 1996, 69.

16

Jordens-Cotran 2000, p. 395.

17

Jordens-Cotran 2000, p. 393; Van der Velden 2004a, p. 61; Rutten 2009, p. 331-332; Reinhartz 2012, p. 31; A-G Niessen, ECLI:NL:PHR:2014:583, overweging 4.27-38.

18

Zie over de kwalificatie van een bruidsgave ook Jordens-Cotran 2000, p. 392 en 395; A.-G. Niessen, ECLI:NL:PHR:2014:583, overweging 4.49; Rutten 2007, p. 101; Rutten 2009, p. 330-331.

19

De art. 10: 90 BW en 3 lid 1 Protocol inzake het recht dat van toepassing is op onderhoudsverplichtingen. Zie voor andere voorbeelden Rb. Gelderland 10 november 2014, ECLI:NL:RBGEL:2014:8200; Hof 's-Hertogenbosch 13 februari 2014, ECLI:NL:GHSHE:2014:3132. Vergelijk ten slotte HR 3 oktober 2014, ECLI:NL:HR:2014:2874 en de conclusie van advocaat-generaal Niessen, ECLI:NL:PHR: 2014:583.

20

In die zin ook N.C. van Oostrom-Streep, 'Juridische integratie: de inpassing van islamitische figuren in het Nederlandse recht blijkt een lastige zaak', *FTV* 2015/18.

21

De Marokkaanse wet, de *Mudawwana*, vertegenwoordigt een liberale interpretatie van het islamitische recht. Kruiniger 2008, p. 29 en 31; L. Buskens, 'Sharia and national law in Morocco', in: J.M. Otto (red.), *Sharia Incorporated. A comparative Overview of the Legal systems of Twelve Muslim Countries in Past and Present*, Amsterdam: Leiden University Press 2010, p. 109 en 113-118.

22

Zie ook Hof 's-Hertogenbosch 4 december 2002, *NIPR* 2003, 243 ; Rb. Maastricht 16 april 2003, ECLI:NL:RBMAA: 2003:AF9352.

23

Zie ook Rb. Haarlem 10 februari 2004, *NIPR* 2004, 126; Hof 's-Gravenhage 15 november 2006, ECLI:NL:GHSGR: 2006:AZ2935; HR 8 februari 2008, *RvdW* 2008, 205.

24

Rb. Haarlem 30 maart 2010, ECLI:NL:RBHAA:2010: BM5915.

25

Rutten 2007, p. 101 en 106-107; Reinhartz 2012, p. 40 en 43.

26

HR 15 februari 2008, *NJ* 2008, 275; HR 30 maart 2012, *NJ* 2012, 407; HR 7 december 2012, *NJ* 2013, 141.

27

Rb. Middelburg 6 december 2012, ECLI:NL:RBMID: 2006:BP4662; I.S. Joppe, 'Rechtsvragenrubriek', *WPNR* 1988/5894, p. 648; E. Cohen Henriquez, 'Uitleg van buitenlandse testamenten (meer speciaal in verband met artikel 1:94, lid 1 BW)', *WPNR* 1990/5954, p. 206; E.N. Frohn, 'De uitsluitingsclausule in IPR-perspectief', in: H.F.G. Lemaire & P. Vlas (red.), *Met recht verkregen* (Joppe-bundel), Deventer: Kluwer 2002, p. 58-61; Asser/Vonken 2012 (*10-II*), nr. 416. Dergelijke interpretaties zijn niet mogelijk bij in Nederland opgestelde testamenten. HR 17 november 2000, *NJ* 2001, 349.

28

Rutten 2007, p. 107; Reinhartz 2012, p. 40 en 43-44.

29

Zie ook Frohn 2002, p. 62; Reinhartz 2012, p. 40.

30

Zie voor een uitgebreidere beschrijving F.J.A. van der Velden, *Talaq in de rechtszaal? Verstoting en openbare orde* (oratie Amsterdam VU), Deventer: Kluwer 2003, p. 2-11; F.J.A. van der Velden, 'Het Marokkaanse huwelijksontbindingsrecht en het Nederlandse IPR', *WPNR* 2004[c]/6577, p. 351-354; Kruiniger 2008, p. 10-14 en 34-124.

31

Van der Velden 2003, p. 4; Van der Velden 2004c, p. 351; Kruiniger 2008, p. 10.

32

Van der Velden 2003, p. 6; Van der Velden 2004c, p. 352; Kruiniger 2008, p. 16-17, 21-22, 89-124.

33

Van der Velden 2003, p. 7-8; Kruiniger 2008, p. 52-53.

34

S.C. Braun, 'Gevangen in het huwelijk', *FJR* 2012, p. 214.

35

D.A. Wolf, 'Het joodse echtscheidingsrecht in Nederland en de New York Get Laws', *FJR* 1995, p. 178; N.D. Spalter, 'Gevangen in het huwelijk', *FJR* 2007, p. 37-38.

36

Wolf 1995, p. 178-180; Spalter 2007, p. 38 en 41.

37

M. Berger, 'Het afdwingen van een islamitisch verstoting', *Tijdschrift voor Religie, Recht en Beleid* (2) 2011-2, p. 101.

38

Braun 2012, p. 215.

39

Berger 2011, p. 103. Zie bijvoorbeeld Rb. Amsterdam (pres.) 17 november 1983, *KG* 1983, 359; Hof Amsterdam, 31 augustus 1989, ECLI:NL:GHAMS:1989:AD0874; Rb. Amsterdam (vzr.) 10 april 2012, ECLI:NL:RBAMS:2012:BW3800. Zie over het joodse recht ook Wolf 1995, p. 178-179; J.C. Al, *Overzicht van het Joodse Huwelijks- en Echtscheidingsrecht*, Nijmegen: Wolf Legal Publishers 2002, p. 146-155; H. Loonstein, 'De gedwongen Joodse echtscheiding: reactie op FJR 2007, 15', *FJR* 2009, p. 191-192; N.D. Spalter, 'Naschrift', *FJR* 2009, p. 194.

40

Zie Rb. 's-Gravenhage (vzr.) 21 oktober 2014, ECLI:NL: RBDHA:2014:14191 voor een ander voorbeeld.

41

Zie over dit probleem ook Braun 2012, p. 214.

42

Minkin v. Minkin, 180 N.J. Super. 260 (Ch. Div. 1981); Avitzur v. Avitzur, 58 N.Y.2d 108 (1983); Spalter 2007, p. 40.

43

Ter illustratie, de eerste en de laatste onderzochte uitspraak waarin de *mahr* als alimentatieovereenkomst werd uitgelegd waren Rb. 's-Gravenhage 24 januari 1996, *NIPR* 1996, 69 en Hof 's-Gravenhage 17 december 2008, ECLI:NL:GHSGR: 2008:BG9476. De oudste onderzochte uitspraak waarin een rechter oordeelde dat de *mahr* onderdeel is van de gemeenschap van goederen is Rb. Haarlem 10 februari 2004, *NIPR* 2004, 126.