

Sharia in Nederland

Een onderzoek naar de toepassing van islamitisch familierecht bij de burgerlijke stand



Niraja van Dijk

3473937

Masterscriptie Religie en Samenleving

Mei 2019

Beoordelaar:

dr. Nico Landman

dr. Mehdi Sajid

Voorwoord

Voor u ligt mijn masterscriptie. Een scriptie waarvan ik lange tijd niet geweten heb of die er ooit zou komen. Het schrijven van deze scriptie is een periode geweest die mij op zowel professioneel als persoonlijk vlak voor flinke uitdagingen gesteld heeft. Het schrijven van deze scriptie in combinatie met een baan en gezin is me niet altijd makkelijk afgegaan, maar heeft me wel veel gebracht op het gebied van mijn persoonlijke ontwikkeling. Door het schrijven van deze scriptie is het me eindelijk gelukt om mijn studie en werk bij elkaar te betrekken. Het is een erg leerzaam proces geweest waar ik met veel overtuiging aan gewerkt heb. Maar ik heb dit niet helemaal alleen gedaan. Er zijn dan ook een aantal mensen die mij in dit proces gesteund hebben die ik wil bedanken.

Allereerst mijn moeder die me altijd weer wist te motiveren maar ook vele uren voor mijn zoon heeft gezorgd zodat ik in alle rust aan dit onderzoek kon werken.

Daarnaast mijn begeleider Nico Landman en mijn collega's voor hun geduld, begeleiding en inhoudelijke adviezen. Met name de begeleiding door Nico Landman heb ik als erg prettig ervaren en heeft bijgedragen aan het succesvol afronden van deze scriptie.

Als laatste, en in het bijzonder, wil ik mijn grootouders bedanken. Zij zijn ook vele jaren na hun overlijden nog een inspiratie voor me. Ik heb met het afronden van mijn masterscriptie mijn belofte aan hun om mijn opleiding af te ronden ingelost.

Niraja van Dijk

Woudenberg, 15 mei 2019

Inhoudsopgave

Voorwoord	2
Abstract	4
Inleiding	5
<i>Doel en onderzoeksvragen</i>	5
<i>Methoden</i>	6
<i>Opzet</i>	7
1.Theoretisch Kader	8
1.1 <i>Sharia of islamitisch recht?</i>	8
1.2 <i>Codificatie van islamitisch recht</i>	9
1.3 <i>Universele mensenrechten</i>	11
1.4 <i>Arbitrage en geschilbeslechting</i>	12
1.5 <i>Botsende rechtsordes, botsende belangen</i>	14
1.6 <i>Internationaal privaatrecht</i>	16
1.7 <i>De openbare orde</i>	19
1.8 <i>'Bescherming van fundamentele mensenrechten'. Maar, van wie?</i>	21
1.9 <i>Evidence-based familierecht</i>	27
2. De rechtspraktijk	29
2.1 <i>Burgerlijke stand</i>	29
2.1.1. <i>Organisatie en bevoegdheden</i>	29
2.1.2. <i>Bronnen voor de ambtenaar burgerlijke stand</i>	30
2.1.3. <i>Werkwijze</i>	32
2.2 <i>De rechtbank</i>	46
3. Verhoudingen tussen de werkwijze van de ambtenaar burgerlijke stand en het maatschappelijk en wetenschappelijk debat	49
3.1 <i>Welke positie neemt de burgerlijke stand in?</i>	49
3.2 <i>Totstandkoming van beleid en wetenschappelijk onderzoek</i>	52
4. Conclusie	56
Bibliografie	61
Bijlagen	64

Abstract

In dit onderzoek staat de vraag centraal hoe de Nederlandse ambtenaar burgerlijke stand omgaat met de toepassing van islamitisch familierecht en hoe deze werkwijze zich verhoudt tot het maatschappelijk en wetenschappelijk debat omtrent de verenigbaarheid van islamitisch familierecht en universele mensenrechten. Om deze vraag te beantwoorden is gebruik gemaakt van een interdisciplinaire literatuurstudie naar de toepassing van islamitisch recht in Nederland vanuit de rechtsgeleerdheid, religiewetenschap en politieke wetenschappen. Daarnaast heb ik onderzoek verricht naar de inhoud van Burgerlijk Wetboek 1 en 10 en de handboeken die ambtenaren burgerlijke stand tot hun beschikking hebben bij hun werkzaamheden.

Uit het onderzoek is gebleken dat het wetenschappelijk en maatschappelijk debat zich op verschillende wijzen verhouden tot het vraagstuk over de toepassing van islamitisch familierecht in Nederland. De werkwijze van de burgerlijke stand typeert zich door enerzijds veel ruimte te bieden voor de toepassing van vreemd recht en daarmee aan te sluiten bij het wetenschappelijk debat, en anderzijds aan te sluiten bij het maatschappelijk debat door rechtsfeiten die te zeer afwijken van democratische basisprincipes te weren door middel van de openbare orde exceptie. De uitkomsten van dit onderzoek geven inzichten over de wijze waarin in Nederland omgegaan wordt met de inpassing van vreemde elementen uit het islamitisch recht in de seculiere samenleving en hoe dit van invloed is op de praktische uitvoering van de taak van de ambtenaar burgerlijke stand.

Inleiding

Binnen het Nederlandse integratiedebat in de 21e eeuw zijn er weinig onderwerpen die zo veel stof doen opwaaien als de mogelijke toepassing van de Sharia in Nederland. Toen in 2009 berichten in de media verschenen over Sharia rechtbanken in het Verenigd Koninkrijk, werden ook in de Nederlandse media en politiek vragen gesteld over het mogelijk bestaan van dit soort rechtbanken in Nederland. Uit onderzoek van de Radboud Universiteit Nijmegen in opdracht van het Wetenschappelijk Onderzoek- en Documentatiecentrum (WODC) van het ministerie van Justitie bleek dat dit soort rechtbanken in Nederland niet bestaan¹ en dat er onder de respondenten ook geen concrete behoefte was aan dit soort rechtbanken. Toch blijft het onderwerp een heet hangijzer in het maatschappelijke debat omtrent de integratie van Nederlandse moslims. In de woorden van Tariq Ramadan: *'In the West, the idea of Sharia calls up all the darkest images of Islam: repression of women, physical punishments, stoning and all other such things.'*² Bij de term sharia wordt al snel gedacht aan de door hem genoemde praktijken. De realiteit is echter dat bepaalde vormen van shariawetgeving in Nederland, zover de wet dat toestaat, al toegepast worden door onder andere rechters en ambtenaren burgerlijke stand. In een wereld die steeds transnationaler wordt kan islamitische wetgeving niet volledig genegeerd worden.

Doel en onderzoeksvragen

Dit onderzoek heeft als doel inzicht te geven in de wijze waarop de Nederlandse ambtenaar van de burgerlijke stand omgaat met islamitisch familierecht, en hoe dit zich verhoudt tot het wetenschappelijke debat over de toepassing van islamitisch familierecht in Nederland. Maatschappelijk is er veel weerstand tegen het toepassen van islamitisch familierecht in Nederland. Relevante onderwerpen zijn hierbij de gelijkheid tussen man en vrouw, de scheiding tussen kerk en staat en de aanpak van integratieproblemen. Dit onderzoek is deels gemotiveerd vanuit mijn werk als ambtenaar burgerlijke stand. Vanuit mijn beroep maak ik de dagelijkse praktijk mee van toepassing van islamitisch familierecht bij de Nederlandse burgerlijke stand. Doordat ik van dichtbij zie welke knelpunten kunnen ontstaan bij de toepassing van islamitisch familierecht bij de burgerlijke stand is mijn interesse gewekt om een dieper begrip te verkrijgen van de processen die de juridische rechtspraktijk beïnvloeden en de maatschappelijke en wetenschappelijke vragen die daar aan ten grondslag liggen.

Door dit onderzoek uit te voeren hoop ik inzichten te verwerven in de mate waarin het maatschappelijke debat aan de ene kant, en het wetenschappelijke debat aan de andere kant, van invloed zijn op de dagelijkse rechtspraktijk inzake toepassing van islamitisch familierecht. Daarbij staan de volgende hoofd- en deelvragen centraal:

¹ "Onderzoek: geen shariarechtbanken in Nederland" Ministerie van Justitie. Gepubliceerd op 23 april 2010 <https://www.recht.nl/proxycache.html?cid=93329>

² Tariq Ramadan, "Ijtihad and Maslaha: The Foundations of Governance" in *Islamic Democratic Discourse*, ed. Muhammad Abdul Muqtedar Khan (Oxford: Lexington Books, 2006), 3-20.

Hoofdvraag: Hoe wordt bij de Nederlandse burgerlijke stand omgegaan met islamitisch familierecht en hoe verhoudt deze werkwijze zich tot het maatschappelijk en wetenschappelijke debat over de verenigbaarheid van islamitisch familierecht en universele mensenrechten?

Deelvraag 1: Hoe verloopt het maatschappelijke en wetenschappelijke debat over de toepassing van islamitisch familierecht in Europa?

Deelvraag 2: Wat doet de ambtenaar van de burgerlijke stand en hoe krijgt de burgerlijke stand te maken met rechtsregels vanuit islamitisch recht?

Deelvraag 3: Hoe gaan de handboeken die de ambtenaar burgerlijke stand ter beschikking heeft om met islamitisch familierecht?

Deelvraag 4: Hoe past het antwoord op deelvraag 2 en 3 in het wetenschappelijke debat over toepassing van islamitisch familierecht in Nederland?

Methoden

Om dit onderzoek uit te voeren zal gebruik gemaakt worden van interdisciplinaire literatuurstudie waarin bronnen uit onder andere de rechtsgeleerdheid, religiewetenschappen en politieke wetenschappen. Daarnaast zullen voor het beantwoorden van deelvragen 2 en 3 gebruik gemaakt worden van wetboeken en handboeken voor de burgerlijke stand. De voornaamste zijn Burgerlijk Wetboek Boek 1, dat het personen- en familierecht beslaat, Burgerlijk Wetboek Boek 10, dat het internationaal privaatrecht beslaat, en de handboeken Handboek Burgerzaken Amsterdam en VIND Burgerzaken. Deze laatste twee bieden de ambtenaar burgerlijke stand praktische handvaten voor het omgaan met de regels zoals beschreven in de eerdergenoemde wetboeken en bieden oplossingen voor problemen die zich in de praktijk kunnen voordoen, waar geen expliciete regeling voor is opgenomen in de wetboeken. Door mijn beroep als ambtenaar burgerlijke stand heb ik gemakkelijk toegang tot deze handboeken en ben ik goed in staat wetteksten betreffende het onderwerp van dit onderzoek op de juiste wijze te interpreteren. Tegelijkertijd zit daarin ook de uitdaging om de twee rollen die ik hierin vervul als ambtenaar burgerlijke stand én onderzoeker goed van elkaar te scheiden.

Waar nodig zal de expertise ingeroepen worden van ervaren ambtenaren burgerlijke stand. Aan de hand van de literatuurstudie en het onderzoek naar de werkwijze van de ambtenaar burgerlijke stand zal ik deelvraag 4 beantwoorden door een analyse te maken over de vraag hoe de antwoorden op deelvraag 1,2 en 3 zich tot elkaar verhouden.

Als laatste wil ik nog het een en ander specificeren over de groep moslims die in dit onderzoek aan bod komt. Deze valt uit te splitsen in twee groepen die van elkaar onderscheiden moeten worden. Enerzijds bespreekt dit onderzoek literatuur over de toepassing van sharia in brede zin in een Europese democratische context en de wijze waarop met dit onderwerp wordt omgegaan in het politiek en maatschappelijk debat. Hierin gaat het om alle moslims die in Europa wonen. De andere groep is meer beperkt en komt voor in een meer specifieke situatie, namelijk wanneer de ambtenaar burgerlijke stand te maken krijgt met burgers met

een vreemde nationaliteit en door middel van de regels van het internationaal privaatrecht vreemd (islamitisch) familierecht op die personen van toepassing is.

Opzet

Hoofdstuk één omvat het theoretisch kader van dit onderzoek. In het theoretisch kader zal allereerst aandacht besteed worden aan de termen sharia en islamitisch recht. Wat betekenen deze termen, hoe worden ze gebruikt, in welke vormen komen ze voor in de Nederlandse context en hoe onderscheiden zij zich van elkaar? Ook zal de historische ontwikkeling van beide principes besproken worden. In het daaropvolgende deel zal onderzocht worden hoe in de wetenschappelijke literatuur wordt omgegaan met het spanningsveld tussen islamitisch familierecht en universele mensenrechten en welke cruciale rol het begrip openbare orde hierin inneemt. Afsluitend wordt een blik geworpen op het maatschappelijk debat omtrent islamitisch familierecht in Nederland.

In hoofdstuk twee wordt de rechtspraktijk waarin de ambtenaar burgerlijke stand zich bevindt. Welke bevoegdheden heeft deze en wat betekent dit voor de uitvoering van zijn of haar taak? Ook wordt aandacht besteed aan de bronnen die de ambtenaar burgerlijke stand tot zijn of haar beschikking heeft voor de uitvoering van de relevante taken en welke invloeden andere instanties daarop uitoefenen.

In het laatste hoofdstuk zal ik een kritische blik werpen op de verhoudingen tussen het wetenschappelijke en maatschappelijke debat en de werkwijze van de ambtenaar burgerlijke stand. In hoeverre is er sprake van overeenstemming tussen aan de ene zijde de theoretische benadering van de toepassing van islamitisch familierecht in Nederland aan de ene kant, en de praktische uitvoering aan de andere kant? Welke factoren beïnvloeden deze verhoudingen en zijn er ook realistische alternatieven?

1.Theoretisch Kader

1.1 Sharia of islamitisch recht?

Sharia is een omstrede term. Zoals in de inleiding al geïllustreerd met het citaat van Tariq Ramadan roept het bij veel niet-moslims beelden op van steniging, lijfstraffen en vrouwenonderdrukking. Maar wat is sharia precies? Het wordt vaak vertaald als islamitische wetgeving of islamitisch recht, wat de indruk wekt dat het één op één te vergelijken is met seculiere wetgeving, terwijl Sharia veel meer omvat dan alleen wetten zoals wij die in onze hedendaagse wetboeken kennen. Gregory Fealy en Virginia Matheson-Hooker omschrijven sharia als: '*It [sharia] is God's guidance for human beings in all aspects of their lives – in their worship of God and in their relationships with each other.*'³ Dit is een beschrijving van sharia als een alles omvattende set van richtlijnen voor de inrichting van alle aspecten van het leven van mensen. Deze set van richtlijnen omvat naast regels en wetten voor bijvoorbeeld handel, familiebetrekkingen en vermogenskwesaties ook geboden, verboden en aanbevelingen voor de aanbedding van God, sociale omgang tussen mensen en alledaagse onderwerpen als omgang met voedsel, kleding en persoonlijke hygiëne. Jan Otto geeft een uiteenzetting van vier verschillende betekenissen van sharia.

Divine, abstract sharia: Deze vorm komt het meest overeen met de omschrijving van Fealy en Hooker en omvat het gehele volmaakte plan van God voor de inrichting van het menselijk bestaan.

The classical sharia: Het geheel van islamitische leefregels zoals deze zijn geformuleerd door islamitische geleerden in de eerste twee eeuwen na het leven van de profeet Mohammed. Dit gebeurde voornamelijk op basis van *ijtihad*, het zelfstandig interpreteren van bronnen om tot oplossingen voor vraagstukken te komen. Na deze periode nam de mate waarin *ijtihad* werd toegepast flink af, men spreekt dan ook wel over *the closing of the gates of ijtihad*.

The historical sharia(s): Dit is het geheel van principes, regels en interpretaties zoals deze sinds *the closing of the gates of ijtihad* tot stand zijn gekomen in de gehele moslimwereld. Men kan spreken over sharia's als meervoud omdat deze principes, regels en interpretaties in verschillende tijden en in verschillende gemeenschappen hun eigen karakter vertonen. Deze sharia's zijn doorgaans gebaseerd op *the classical sharia*.

Contemporary sharia: Hieronder wordt het volledige spectrum aan interpretaties, regels en principes zoals deze in de huidige tijd worden ontwikkeld en toegepast in de islamitische wereld. Hierin spelen moderne media een grote rol en neemt de autoriteit van de klassieke rechtsscholen van de islam af omdat moslims steeds makkelijker zelf op zoek kunnen gaan antwoorden op vragen. Tevens speelt massamigratie en daaropvolgende ontmoeting tussen moslims die van oudsher tot verschillende

rechtsscholen behoren hierin een grote rol.⁴

³ Gregory Fealy en Virginia Matheson-Hooker. *Voices of Islam in Southeast Asia: A contemporary sourcebook*. (Singapore: Institute of South-East Asian Studies, 2006), 137-206

⁴ Jan Otto. *Sharia and National Law in Muslim Countries. Tensions and Opportunities for Dutch and EU Foreign Policy*.

Wát precies sharia is is een vraag waar geen consensus over bestaat. Mathias Rohe beschrijft twee tegenwoordig veel gebruikte definities van sharia die, zoals hij omschrijft, opvallend verschillend van elkaar zijn en daarom zorgen voor verwarring in het publieke debat.⁵ De eerste definitie is een brede definitie waarin sharia omschreven wordt als het gehele spectrum van regels binnen de islam. Hieronder vallen de richtlijnen voor de aanbidding van God, sociale omgangsnormen, vasten en het verrichten van liefdadigheid, maar ook regels voor familierecht en strafrecht. Deze definitie komt overeen met die zoals omschreven door Hooker & Hooker. De andere definitie die hij geeft is veel smaller en beperkt zich grotendeels tot wettelijke regels betreffende persoons- en familierecht, contractrecht, erfrecht en strafrecht.

Waar sharia zoals omschreven in de eerste definitie van Rohe vaak geen conflicten met seculier recht veroorzaakt omdat men sharia volgens die definitie vooral ziet als iets wat het privéleven van mensen en de manier waarop zij hun geloof belijden betreft, zorgt de tweede, smallere definitie al snel voor problemen in een multiculturele context. In islamitische wetgevingen die voortkomen uit sharia is rechtsongelijkheid tussen de seksen en aanhangers van verschillende religies veelvoorkomend. Hierdoor ontstaat al snel een botsing tussen shariarecht en de universele rechten van de mens.⁶ In het publieke debat worden de twee verschillende definities van sharia door elkaar heen gebruikt zonder dat duidelijk toegelicht wordt wát men op dat moment precies met sharia bedoelt. Hierdoor vertroebelt het debat inhoudelijk en ontstaan al snel spanningen tussen de verschillende deelnemende partijen. Daarnaast wordt in het publieke debat vaak onvoldoende onderscheid gemaakt tussen regels van de sharia in de brede zin, en wetten zoals die door de wetgevers van landen met een islamitische bevolkingsmeerderheid gecodificeerd zijn. Het is echter belangrijk voor dit onderzoek om onderscheid te maken tussen sharia en gecodificeerd islamitisch recht. Onder sharia wordt in dit onderzoek de brede definitie van sharia verstaan zoals die omschreven is door Hooker & Hooker. Onder gecodificeerd islamitisch recht verstaan we in dit onderzoek door overheden gecodificeerde wetten die in meerdere of mindere mate gebaseerd zijn op shariaprincipes.

1.2 Codificatie van islamitisch recht

In tegenstelling tot wat vaak gedacht wordt bestaat er niet zoiets als één uniforme sharia als alleenstaande wetgeving. Volgens Knut Vikør is een van de factoren waarop sharia zich onderscheidt van hedendaagse rechtssystemen het gegeven dat dé sharia nooit gecodificeerd is door een algemeen wetgevende autoriteit. Hierdoor is de sharia in zichzelf een ongecodificeerde wetgeving.⁷ Volgens Otto is het een veel voorkomende misvatting dat moslims, in het verleden en nu, onderworpen zijn geweest aan uitsluitend *classical sharia*. Sharia heeft historisch gezien altijd bestaan naast en samen met andere vormen van

(Leiden: Leiden University Press, 2008), 9-10.

⁵ Mathias Rohe, "Application of sharia rules in Europe. Scope and limits." *Die Welt des Islams* 44, no. 3 (2004): 323-350.

⁶ Ibid.

⁷ "The Shari'a and the nation state" Knut Vikør. Concept-artikel geraadpleegd 7 november 2018 https://www.academia.edu/2993248/The_Sharia_and_the_nation_state

wetgeving.⁸ Door de hele geschiedenis heen hebben islamitische rechtsgeleerden in meer of mindere mate onafhankelijk van de heersende politieke macht geopereerd.

In de beginperiode van de islam was wetgeving gebaseerd op gewoonterecht van de verschillende stammen, en daarna op besluiten van vorsten en bestuurders. Dit komt onder andere voort uit het principe van *siyasa*. Dit is de bevoegdheid van wetgevers om wetten te formuleren zolang deze niet strijdig zijn met de sharia.⁹ Zo ontstond een duaal rechtssysteem waarin de politieke heerser de bevoegdheid had om wetten te formuleren, maar deze altijd afhankelijk was van de steun van islamitische rechtsgeleerden. Andersom formuleerden deze geleerden op hun beurt weer wetten en regels, maar waren zij afhankelijk van de politieke heerser om deze regels te handhaven. Hierdoor ontstond een machtsevenwicht tussen deze twee.

Een andere factor is dat de islamitische wereld historisch gezien vele verschillende politieke machthebbers gekend heeft en verschillende rechtsscholen kent die in de interpretatie van de bronnen van elkaar kunnen verschillen. Om onder andere deze redenen is er nooit sprake geweest van een volledig gecodificeerde uniforme shariawetgeving. Weer later werden veel moslims onderworpen aan wetten van koloniale machten. Deze machten hebben doorgaans wetgeving gebaseerd op sharia grotendeels in stand gehouden, en waar aanpassingen gemaakt werden werden deze geleidelijk gemaakt en in delen van de wetgeving die toch al niet sterk nageleefd werden zoals het strafrecht.

Het personen- en familierecht echter is historisch een sterk onderdeel van shariawetgeving geweest, en deze is door koloniale machten ook grotendeels in stand gehouden. In deze periode nam het islamitisch recht langzaam de vorm aan van het gecodificeerde islamitisch recht zoals we dat in de huidige tijd kennen. Wetgeving werd gecodificeerd naar een Europees model. Deze Europese wetsmodellen refereerden niet naar sharia als zijnde de basis voor de wet waardoor een expliciete link met religie verdween, en de sharia geen expliciete bron van rechtvaardiging voor de wetgeving meer vormde.¹⁰ Dit verklaart veel over gecodificeerd familierecht zoals dit vormgegeven is in veel landen met een islamitische bevolkingsmeerderheid. In de periode van 1920 tot 1960 codificeerden de meeste islamitische landen hun familierecht. Deze gecodificeerde wetten droegen allen de naam 'islamitisch recht' maar konden onderling van elkaar verschillen en doen dat nu nog steeds. Dit is ook logisch aangezien er historisch gezien al nooit sprake was van een uniforme sharia en de vormgeving van deze wetten dus onderhevig is geweest aan invloed van culturele en politieke factoren.

Een van de gevolgen van deze codificatie van de sharia is de afnemende macht van de traditionele islamitische rechtsgeleerden (*ulama*), en de toenemende macht van rechtbanken en politieke machthebbers. Rechters hebben hierdoor de bevoegdheid gekregen om zelfstandig *ijtihad* toe te passen binnen de grenzen

⁸ Jan Otto. *Sharia and National Law in Muslim Countries. Tensions and Opportunities for Dutch and EU Foreign Policy*. (Leiden: Leiden University Press, 2008), 9-10.

⁹ Maurits Berger, *Klassieke sharia en vernieuwing* (Amsterdam: Amsterdam University Press, 2006), 15.

¹⁰ "The Shari'a and the nation state" Knut Vikør . Concept-artikel geraadpleegd 7 november 2018
https://www.academia.edu/2993248/The_Sharia_and_the_nation_state pp. 232.

van het gecodificeerde recht. Deze rechters en politieke machthebbers hebben volgens Berger op deze manier een rechterlijk monopolie op de interpretatie van de gecodificeerde sharia verkregen.¹¹ Later zal ik een beschrijving doen van de wijze waarop in enkele landen met een islamitische bevolkingsmeerderheid het islamitisch familierecht gecodificeerd is en welke factoren daar invloed op hebben (gehad).

1.3 Universele mensenrechten

In 2003 oordeelde het Europese Hof voor de Rechten van de mens (hierna: het Europese Hof), dat een op sharia gebaseerd regime niet compatibel is met het Europees Verdrag voor de Rechten van de Mens. Het Europese hof benoemde hierin expliciet dat deze uitspraak specifiek betrekking had op onder andere de positie van de vrouw.¹² Berger beschrijft dat in nagenoeg alle landen met een gecodificeerd personen- en familierecht dat gebaseerd is op de sharia enkele elementen voorkomen die ook in de klassieke sharia beschreven worden. Voorbeelden hiervan zijn het recht van de man om meerdere vrouwen te huwen, eenzijdig en zonder opgaaf van reden van zijn vrouw te scheiden en te huwen met een christelijke of joodse vrouw. Deze rechten zijn er niet voor de vrouw. In huidige gecodificeerde wetgeving zijn veel landen die hun personen- en familierecht op shariaprincipes gebaseerd hebben wel een ontwikkeling aan het doormaken waarin steeds meer voorzieningen geregeld worden die de positie van de vrouw beschermen. Echter, zo zegt Berger, is desalniettemin de rechtspositie van de vrouw nog steeds zwakker dan die van de man.¹³ De rechtspositie van de vrouw in het gecodificeerde islamitisch familierecht wijkt dusdanig af van het principe van seksegelijkheid zoals dat in het verdrag van de rechten van de mens is opgenomen dat gesproken kan worden van onoverbrugbare verschillen. Tevens hebben vrouwen te maken met verschillende rechtsposities tegelijkertijd. De eerste is haar rechtspositie in de klassieke sharia, de volgende is de rechtspositie in de wet van het land waar ze woont en de laatste is het gewoonterecht van haar sociale omgeving.¹⁴ In een transnationale context kan de situatie nog complexer worden. Een islamitische vrouw die een andere nationaliteit bezit dan die van haar gewone verblijfplaats of die in bezit is van twee of meer nationaliteiten kan te maken krijgen met verschillen tussen die twee wetgevingen. Overigens is dit niet alleen een probleem waar vrouwen tegenaan lopen maar worden ook mannen hier mee geconfronteerd. In een steeds transnationaler wordende wereld is het echter niet altijd mogelijk of wenselijk om een strakke lijn te trekken in de vraag of elementen uit islamitisch familierecht die in strijd zijn met familierecht naar Europees model wel of niet erkend moeten worden. Later in dit onderzoek zal beschreven worden hoe de Nederlandse wetgever omgaat met deze kwestie. De positie van de vrouw is, samen met het onderscheid dat op sharia gebaseerde rechtssystemen vaak maken tussen verschillende religies, ook een belangrijk thema in het publieke debat over islamitisch recht in Europa. Hierin staat nationaal staatsrecht vaak op gespannen voet met beginselen uit de klassieke sharia. Europees nationaal staatsrecht wordt sterk beïnvloed door het

¹¹ Maurits Berger, *Klassieke sharia en vernieuwing* (Amsterdam: Amsterdam University Press, 2006), 58-59.

¹² "Annual Report 2003" Europees Hof voor de Rechten van de Mens. Gepubliceerd mei 2014
https://www.echr.coe.int/Documents/Annual_report_2003_ENG.pdf

¹³ Maurits Berger, *Klassieke sharia en vernieuwing* (Amsterdam: Amsterdam University Press, 2006), 82-83.

¹⁴ Ibid.

Europees Verdrag voor de Rechten van de mens. Die spanning tussen islamitisch familierecht en Europees nationaal staatsrecht doet zich vooral voor met betrekking tot (on)gelijkheid tussen de verschillende geslachten, (on)gelijkheid tussen aanhangers van verschillende religies, vrijheid van religie en vrijheid van meningsuiting.¹⁵ Ook strafrechtelijke elementen uit de klassieke sharia zijn een belangrijk thema in het publieke debat. Op deze onderwerpen zou islamitisch recht zo sterk verschillen van nationaal staatsrecht en universele mensenrechten dat zij volgens sommige deelnemers aan het debat zo veel mogelijk beperkt moeten worden, zo niet afgeschaft. Omdat strafrechtelijke elementen uit de klassieke sharia slechts in enkele landen gecodificeerd zijn in het strafrecht en de vrijheid van meningsuiting en vrijheid van religie slechts zeer beperkt relevant zijn voor de burgerlijke stand, en dus dit onderzoek, wordt hier vooral aandacht besteed aan de ongelijkheid tussen man en vrouw en ongelijkheid tussen aanhangers van verschillende religies. Mensenrechten hebben echter een dubbele functie wanneer het gaat om religie. Volgens Susan Rutten bieden universele mensenrechten niet alleen bescherming tegen de in Europa als onwenselijk geziene elementen uit het islamitisch recht, maar beschermen universele mensenrechten tegelijkertijd in bepaalde mate elementen uit dit islamitisch recht.¹⁶ Zo garandeert het Europees Verdrag voor de Rechten van de Mens bijvoorbeeld dat eenieder zijn religie zowel in de privésfeer als in het openbaar vrij mag beoefenen, en dat hier geen beperkingen aan opgelegd mogen worden tenzij deze door de wet zijn voorzien of in het belang zijn van de openbare orde.¹⁷ Het garandeert ook dat moslims dezelfde rechten kunnen genieten als andere religieuze groeperingen. Zo kan het dus niet zijn dat aan christenen een bepaald recht verleend wordt, dat aan moslims wordt onthouden. Daar staat tegenover dat universele mensenrechten ook bescherming bieden tegen sommige elementen vanuit het islamitisch recht. Dit zijn elementen die door de meerderheid van de samenleving gezien worden als in strijd met de fundamentele waarden van onze samenleving. Hierbij valt bijvoorbeeld aan te denken bij eenzijdige verstoting, kindhuwelijken, en polygame huwelijken.¹⁸

1.4 Arbitrage en geschilbeslechting

Een belangrijk onderscheid dat gemaakt moet worden in het onderzoek naar de toepassing van islamitisch familierecht in een Europese context is dat tussen arbitrage en bemiddeling aan de ene kant -beide zijn vormen van geschilbeslechting- en de toepassing van islamitisch familierecht door Nederlandse rechtsfiguren aan de andere kant. Hierbij valt bijvoorbeeld te denken aan toepassing van islamitisch recht door de rechter of de toepassing van islamitisch recht in het kader van internationaal privaatrecht door de ambtenaar van de burgerlijke stand. Dit is een belangrijk onderscheid om te maken omdat bij arbitrage sprake is van vrijwillige deelname aan advisering door een derde partij, terwijl een uitspraak van de rechter of een beslissing van de ambtenaar burgerlijke stand een bindend en dwingend karakter heeft. De rechter en ambtenaar burgerlijke

¹⁵ Maurits Berger, *Klassieke sharia en vernieuwing* (Amsterdam: Amsterdam University Press, 2006), 81-82.

¹⁶ Susan Rutten. *Gegeven de betekenis van islamitisch familierecht: Samenloop van Europese en islamitische familierechtsordes; Nederland als voorbeeld*. Rede uitgesproken aan Universiteit Maastricht op 31 maart 2017

¹⁷ “Verdrag tot bescherming van de rechten van de mens en de fundamentele vrijheden, Rome, 04-11-1950” Wettenbank Overheid.nl Geraadpleegd op 9 november 2018 <https://wetten.overheid.nl/BWBV0001000/2010-06-10>

¹⁸ Susan Rutten. *Gegeven de betekenis van islamitisch familierecht: Samenloop van Europese en islamitische familierechtsordes; Nederland als voorbeeld*. Rede uitgesproken aan Universiteit Maastricht op 31 maart 2017

stand werken binnen de vaste kaders van de wet, terwijl hier bij arbitrage geen sprake van hoeft te zijn. In het publieke debat wordt vaak gesproken over sharia-rechtbanken, maar shariarechtbanken bestaan niet in Nederland. De term 'rechtbank' impliceert dat dit instituut rechtsprekende macht zou hebben om gedane uitspraken af te dwingen en daar is in Nederland geen sprake van. Uit onderzoek van Bakker et al. blijkt dat Nederlandse moslims bij geschillen vooral advies in winnen van familie en vrienden, een imam, het internet en in uitzonderlijke gevallen speciaal daarvoor samengestelde gelegenheidsorganen. Zij vonden één permanente commissie die zich bezig houdt met geschilbeslechting.¹⁹ Hoewel al deze bronnen die Nederlandse moslims raadplegen bij geschillen slechts kunnen voorzien in juridisch niet-bindende adviezen, kan het natuurlijk wel zijn dat een uitspraak of advies van een imam of zo'n soort geschillencommissie in een bepaalde sociale groep wel degelijk als bindend wordt ervaren. Een vorm van bemiddeling met een meer bindend karakter dan dit is arbitrage. Arbitrage is een vorm van bemiddeling waarin mensen hun geschillen laten beslechten door een particulier of commissie. De uitspraak van voornoemde heeft een bindend karakter maar deelname aan arbitrage is vrijwillig en betrokkenen kunnen zich ook op elk moment nog terug trekken uit de bemiddeling. In Ontario, Canada, was het enige tijd mogelijk om geschillen te laten beslechten door middel van islamitische arbitrage. Onder grote druk van mensenrechtenorganisaties heeft Canada de wet herzien en zijn alleen uitspraken die in overeenstemming zijn met Canadese wetgeving nog rechtsgeldig. In het Verenigd Koninkrijk vindt islamitische arbitrage nog wel plaats onder de naam Sharia Councils. Met in het achterhoofd de gedachte dat in het islamitisch familierecht vrouwen vaak een zwakkere rechtspositie hebben dan mannen zou men zich kunnen afvragen waarom een vrouw vrijwillig naar een Sharia Council zou gaan. Machteld Zee deed onderzoek naar deze Sharia Councils en kwam er tijdens haar onderzoek achter dat ongeveer 95% van de zaken die de Sharia Councils behandelen aangespannen worden door vrouwen die een religieuze echtscheiding verzoeken.²⁰ Dit is te verklaren vanuit de verschillende rechtsposities waar islamitische vrouwen mee te maken kunnen krijgen zoals die eerder beschreven zijn vanuit het onderzoek van Maurits Berger. Wanneer de sociale omgeving van een vrouw haar door een seculiere rechtbank uitgesproken echtscheiding niet accepteert als geldig, kan zij terecht komen in een situatie van huwelijkse gevangenschap. Volgens het staatsrecht is zij gescheiden, maar wanneer haar sociale omgeving de autoriteit van een seculiere rechter niet erkent wordt zij nog altijd aangemerkt als gehuwd. Hierdoor kan het voor haar moeilijk zijn om te hertrouwen en loopt ze het risico dat haar familie en schoonfamilie haar behandelen als zijnde nog gehuwd met haar ex-echtgenoot. Als deze ex-echtgenoot niet bereid is om mee te werken aan de echtscheiding is haar enige optie om aan deze vorm van huwelijkse gevangenschap te ontsnappen om een religieuze echtscheiding door een Sharia Council te verzoeken.

Zee beschrijft vijf strategieën die seculiere overheden kunnen toepassen bij het benaderen van het fenomeen shariarechtbank.

¹⁹ "Sharia in Nederland. Een studie naar islamitische advisering en geschilbeslechting bij moslims in Nederland" Bakker, L.G.H. et al. . Geraadpleegd 12 november 2018 https://www.wodc.nl/binaries/volledige-tekst_tcm28-71180.pdf

²⁰ Machteld Zee. "Five Options for the Relationship between the State and Sharia Councils." *Journal of Religion and Society* 16 (2014): 1-18.

- De eerste strategie is om shariarechtbanken volledige rechtsprekende (bindende) macht te geven en ze volledig zelfstandig te laten opereren.
- De tweede strategie is om ze gedeeltelijk onafhankelijk te laten opereren. Shariarechtbanken mogen in dit geval afwijken van staatswetten en seculiere rechters erkennen en handhaven uitspraken van de shariarechtbanken.
- De derde strategie staat shariarechtbanken toe om uitspraken te doen zolang deze niet in strijd zijn met het staatsrecht, en ook in dit geval worden uitspraken van shariarechtbanken gehandhaafd door seculiere rechtbanken.
- Bij de vierde strategie stelt de overheid zich neutraal op tegenover shariarechtbanken. Shariarechtbanken mogen zelfstandig opereren, maar de uitspraken van zo'n rechtbank worden door de seculiere rechtbanken niet erkend of gehandhaafd.
- De laatste strategie is er een waarin de seculiere staat de enige rechtsprekende macht is en shariarechtbanken niet zijn toegestaan.

In het Verenigd Koninkrijk is volgens Zee sprake van een situatie waarin de Sharia Councils los van seculiere rechtbanken opereren. Echter, zij behandelen voornamelijk zaken betreffende religieuze echtscheidingen. Voor dit soort zaken kunnen de partijen niet terecht bij een seculiere rechtbank en in die zin is er geen sprake van keuzevrijheid voor de partijen en valt er ook niks te erkennen of handhaven door de seculiere rechtbanken omdat dit een type rechtszaak is dat in de seculiere rechtbanken simpelweg niet voorkomt. Zee beschrijft dat dit in haar optiek dus valt onder de vierde strategie, waarin de staat zich neutraal opstelt tegenover de shariarechtbanken en uitspraken van deze rechtbanken verder geen gevolgen hebben in een seculiere rechtbank.²¹

De situatie zoals die in Nederland is lijkt niet helemaal te passen binnen deze vijf strategieën omdat, zoals eerder beschreven, er in Nederland geen sprake lijkt te zijn van zoiets als georganiseerde shariarechtbanken. Desalniettemin is het onderwerp ook voor de Nederlandse context relevant. Later in dit onderzoek zal aan bod komen hoe in Nederland wordt omgegaan met islamitisch familierecht, en hoe deze aanpak past binnen deze vijf strategieën.

1.5 Botsende rechtsordes, botsende belangen

Het huwelijk is een goed voorbeeld van situaties waarin religieuze burgers en burgers met een migratieachtergrond met verschillende rechtsordes te maken kunnen krijgen, en de problemen die ze daardoor kunnen ondervinden. In Nederland worden net als in andere landen religieuze huwelijken gesloten, waaruit voortvloeit dat er óók religieuze echtscheidingen worden uitgesproken. Een religieuze huwelijksvoltrekking wordt door de wetgever niet als problematisch gezien zolang die huwelijksvoltrekking

²¹ Ibid.

voorafgegaan is door een burgerlijk huwelijk bij de burgerlijke stand, danwel de daartoe bevoegde buitenlandse rechtsfiguur.²² Een religieuze echtscheiding is in principe evenmin problematisch. Deze heeft immers juridisch geen gevolgen, en vindt plaats buiten het domein van de seculiere wetgever. Er doen zich echter situaties voor waarin de verbintenis met verschillende rechtsordes wél problematisch wordt. Een voorbeeld hiervan is de vrouw die juridisch gezien naar de seculiere wetten van het land waar ze verblijft gescheiden is, maar waarvan de echtgenoot weigert medewerking te verlenen aan een religieuze scheiding. De vrouw is dan weliswaar juridisch gezien gescheiden en vrij om opnieuw een huwelijk aan te gaan en een gezin te stichten, maar kan door haar omgeving nog altijd aangemerkt worden als gehuwd met haar ex-man. Het aangaan van een nieuw huwelijk zal door haar sociale kring aangemerkt worden als overspel en bigamie. Ook kan het voorkomen dat zij vanuit haar eigen religieuze overtuiging een religieuze echtscheiding verlangt, omdat zij zolang zij dit niet heeft verkregen zichzelf ook nog als gehuwd beschouwt. Wanneer een imam of shariarechtbank hierin geen oplossing wil of kan bieden heeft de vrouw nog de mogelijkheid om zo'n religieuze echtscheiding via de seculiere rechter af te dwingen. Rutten beschrijft aan de hand van een aantal praktijkvoorbeelden welke belangenafweging een seculiere rechter maakt in dit soort rechtszaken. Ze beschrijft een voorbeeld van een zaak die in Canada plaatsvond, waarbij een rechter bij de ontbinding van het civiele huwelijk van een joods echtpaar in de uitspraak had opgenomen dat de man direct na ontbinding zou meewerken aan een religieuze echtscheiding naar joods recht. Dit waren de partijen ook schriftelijk met elkaar overeengekomen. De man weigerde echter in de praktijk dit te doen en beriep zich op zijn recht op vrije uitoefening van zijn godsdienst. Hij was van mening dat het afdwingen van een religieuze echtscheiding in strijd was met zijn recht om vrij zijn godsdienst te belijden. De zaak kwam uiteindelijk voor bij *the supreme court*. De rechters moesten een belangenafweging maken tussen aan de ene kant het recht van de man om zijn godsdienst vrij te beoefenen, en aan de andere kant het recht van de vrouw op gelijke behandeling en het recht om vrij te huwen en een gezin te stichten. Zowel de rechten van de vrouw als de rechten van de man zijn onderdeel van de Universele Rechten van de Mens, maar zorgen in zo'n kwestie voor een belangenconflict. Rutten beschrijft tevens een soortgelijke zaak die bij een Nederlandse rechter is voorgekomen. In beide gevallen oordeelde de rechtbank dat het belang van de vrouw en haar recht op gelijke behandeling en het stichten van een gezin zwaarder woog dan het recht van de man om zijn godsdienst vrij uit te oefenen.²³

Men kan zich echter afvragen hoe geaccepteerd een dergelijke uitspraak van een seculiere rechter zal zijn in een sociale omgeving die in de eerste instantie de civiele echtscheiding al niet als religieus geldig beschouwt. Het is niet ondenkbaar dat zij een religieuze echtscheiding onder dwang van een seculiere rechter ook als religieus ongeldig zullen beschouwen. In dat opzicht kunnen in sommige gevallen shariarechtbanken zoals die in het Verenigd Koninkrijk bestaan een uitkomst bieden.

²² Joanne van der Leun en Avalon Leupen, "Informeel huwelijken in Nederland: in het echt verbonden?" *Tijdschrift voor criminologie* 55, no. 2(2013): 192-205.

²³ Susan Rutten, "Het recht van de gescheiden vrouw om verlost te worden uit het huwelijk." *NJCM Bulletin: Nederlands tijdschrift voor de mensenrechten* 33, no. 6 (2008): 755-769.

Rutten wijst er in haar onderzoek tevens op dat de manier waarop een rechter een afweging maakt of hij of zij zich wel of niet kan mengen in religieuze aangelegenheden mede afhankelijk is van de opvatting over de scheiding van Kerk en Staat en de manier waarop deze opvatting is vormgegeven in de rechtsorde. In landen, zoals Nederland, waar religie in de publieke sfeer wordt geduld zullen rechters zich ook sneller durven mengen in religieuze kwesties dan in landen waar religie uit de publieke sfeer wordt geweerd. Voor de Nederlandse rechter lijkt de grondslag van de vordering zelf belangrijker te zijn dan het religieuze karakter van de vordering. Zo kan het ook zijn dat de rechter een uitspraak doet over het wel of niet toestaan van een besnijdenis of het uitbetalen van de islamitische bruidsschat. De religieuze grondslag is hierbij voor de Nederlandse rechter vaak geen reden om zich te onthouden van het doen van een uitspraak. De rechter kan als het ware het religieuze karakter los koppelen van de inhoud van het verzoek, en zo tot een uitspraak komen zonder dat het de scheiding van kerk en staat in de weg staat.²⁴ De rechter kan ook in andere gevallen dan huwelijksontbinding ervoor kiezen om in zijn of haar uitspraken rekening te houden met de culturele of religieuze achtergrond van betrokken partijen. Dit geldt voor alle kwesties waarvoor wettelijk geen vaste kaders zijn vastgelegd. In zo'n geval heeft de rechter de vrijheid om naar eigen inzicht, uiteraard binnen de grenzen van de wet en de openbare orde, tot een uitspraak te komen. In de praktijk gebeurt dit ook met regelmaat. Bijvoorbeeld wanneer in een bepaalde culturele of religieuze kring een gedraging de norm is, en hiervoor in de wet geen dwingende kaders zijn vastgelegd. In zo'n geval kan een rechter ervoor kiezen om bijvoorbeeld in het belang van een kind of op verzoek van partijen de uitspraak aan te passen aan de normen die in die religieuze of culturele kring gebruikelijk zijn.²⁵ Wanneer een burger dus te maken krijgt met verschillende rechtsordes zoals die eerder beschreven zijn aan de hand van het onderzoek van Maurits Berger kan de rechter er in sommige gevallen voor kiezen om in het belang van partijen en/of hun gezinsleden het gewoonterecht van de culturele of religieuze groepering te volgen bij zijn of haar uitspraak.

1.6 Internationaal privaatrecht

Toepassing van sharierecht in Nederland is pas in de afgelopen paar decennia een onderwerp geweest dat veel aandacht heeft gekregen in het politieke en maatschappelijke debat. Hierin is sprake van meerdere definities van sharia en islamitisch recht, en meerdere definities van rechtspraak. Zoals eerder al aangehaald is kan shariarechtspraak namelijk ook plaatsvinden buiten gevestigde en wettelijk erkende rechtsinstellingen om. In de gevestigde rechtspraak spelen vragen omtrent de toepassing van islamitisch familierecht echter al langer een rol. Een tak van de rechtspraak die veel te maken heeft met gecodificeerd islamitisch familierecht is die van het internationaal privaatrecht.

Het internationaal privaatrecht omvat veel meer dan alleen het personen- en familierecht, maar ik zal mij daartoe beperken omdat dit het meest relevante onderdeel van het internationaal privaatrecht is voor dit

²⁴ Ibid.

²⁵ Susan Rutten. *Gegeven de betekenis van islamitisch familierecht: Samenloop van Europese en islamitische familierechtsordes; Nederland als voorbeeld*. Rede uitgesproken aan Universiteit Maastricht op 31 maart 2017

onderzoek. In tegenstelling tot de associatie die de term internationaal privaatrecht bij de leek wellicht oproept is het internationaal privaatrecht geen wetgeving die samenhangt met internationale regels en afspraken betreffende personen- en familierecht. De regels van het internationaal privaatrecht wijzen slechts het toepasselijk recht toe. Het zijn regels die bepalen welk nationaal recht in welke situatie van toepassing is, en of een in het buitenland tot stand gekomen rechtsfeit erkend kan worden in Nederland. De regels voor internationaal privaatrecht zijn onderdeel van het Nederlands recht, en elk land heeft zijn eigen wetten en regels voor het omgaan met internationaal privaatrecht. Wel is het zo dat internationale verdragen en verordeningen van de Europese Unie een belangrijke rol spelen in het internationaal privaatrecht. Afspraken uit verdragen en verordeningen hebben voorrang op Nederlandse rechtsregels.²⁶

Het internationaal privaatrecht zoals dat heden ten dage wordt toegepast is voor het grootste deel gecodificeerd in Boek 10 van het Burgerlijk Wetboek (hierna Boek 10 BW) in 2012.²⁷ De regels van het internationaal privaatrecht voor het personen- en familierecht zoals beschreven in Boek 10 BW beschrijven niet zozeer in detail wat het eindresultaat van een beslissing betreffende een bepaalde zaak moet zijn, maar wel naar welk recht deze beslissing genomen dient te worden en in hoeverre beslissingen die buiten Nederland zijn genomen in aanmerking komen voor erkenning in Nederland. Praktijkvoorbeelden hiervan zijn welk recht van toepassing is op bijvoorbeeld de afstamming en de naam van een in Nederland geboren kind waarvan een of beide ouders een vreemde nationaliteit bezitten. Of in hoeverre een huwelijk dat in het buitenland voltrokken is in aanmerking komt voor erkenning in Nederland. Boek 10 BW beschrijft dus welk nationaal recht van toepassing is op een rechtsfeit. Voor het personen- en familierecht is dat gedetailleerd beschreven voor verschillende rechtsfeiten.

Nederlandse bestuursorganen zoals de rechtbank en de ambtenaar van de burgerlijke stand maken bij het bepalen van het toepasselijk recht op een rechtsfeit, en het bepalen of een in het buitenland tot stand gekomen rechtsfeit in aanmerking komt voor erkenning in Nederland, gebruik van een aantal vaste kaders die gebruikt worden om tot een beoordeling te komen.

De bevoegdheidsregels: De bevoegdheidsregel geeft antwoord op de vraag of een bepaalde autoriteit bevoegd is om een akte op te maken of een uitspraak te doen. De Nederlandse rechter zal zich in sommige zaken tussen burgers moeten afvragen of hij of zij wel bevoegd is om een uitspraak te doen. Een uitspraak van de rechter betreffende een scheiding van twee burgers van een andere nationaliteit zal weinig zin hebben als naar het recht van hun nationaliteit de rechter niet bevoegd is om een echtscheiding uit te spreken. De echtscheiding is in dat geval in het land waar de beide partijen de nationaliteit van dragen niet rechtsgeldig. De verwijzingsregels: Ook wel de conflictregels genoemd. Deze regels verwijzen naar het op een rechtsfeit toepasselijke rechtsstelsel. Hiervoor wordt gebruik gemaakt van de zogenoemde 'aanknopingsladder' die stapsgewijs aangeeft onder welke omstandigheden welk recht van toepassing is op een rechtsfeit.

²⁶ "IPR: Algemeen" Handboek Amsterdam. Geraadpleegd op 15 januari 2019 https://hba.amsterdam/IPR/IPR_-_Algemene-informatie/IPR_-_Algemeen#top_hba_pagina

²⁷ Wettenbank Overheid.nl. "Burgerlijk Wetboek Boek 10" Gepubliceerd op 29 januari 2019. <https://wetten.overheid.nl/BWBR0030068/2019-01-29>

De erkenningsregels: Deze regels stellen vast wanneer een in het buitenland tot stand gekomen rechtsfeit wel of niet in aanmerking komt voor erkenning in Nederland. Het rechtsfeit moet in ieder geval voldoen aan drie voorwaarden: het is tot stand gebracht door een bevoegde instantie, er moet een goede rechtsprocedure plaatsgevonden hebben en het rechtsfeit mag niet in strijd zijn met de openbare orde. Indien aan een van de drie voorwaarden niet voldaan is komt het rechtsfeit niet in aanmerking voor erkenning in Nederland.²⁸

Verondersteld wordt dat burgers een nauwe band hebben met het land waarvan ze de nationaliteit dragen, en zich het meest betrokken voelen bij de rechtscultuur van dat land. Het uitgangspunt is dan ook om rechtsfeiten zo veel mogelijk tot stand te laten komen naar de rechtsregels van de nationaliteit van de betrokken partijen. Dit draagt er aan bij dat rechtsfeiten zo veel als mogelijk tot stand komen volgens het recht zoals de betrokken persoon dat gewend is en dat rechtsfeiten makkelijker erkend zullen worden in het land van zijn of haar nationaliteit. Een ander belangrijk streven binnen het internationaal privaatrecht is om te voorkomen dat hinkende situaties ontstaan. Een hinkende situatie is de situatie waarin een rechtsfeit dat in een ander land dan het land van de nationaliteit van de persoon tot stand is gekomen, niet erkend wordt in het land waar de persoon de nationaliteit van draagt. Hinkende situaties zijn ongewenst, maar kunnen niet altijd voorkomen worden.

De veronderstelling dat personen zich het meest verbonden voelen met het land waar zij de nationaliteit van dragen, en dus ook willen dat rechtsfeiten tot stand komen volgens het recht van dat land, is echter volgens Frans van der Velden een simplificatie van de werkelijkheid.²⁹ In een situatie van bijvoorbeeld een gastarbeider die voornemens is in de toekomst terug te keren naar zijn of haar land van herkomst zal dit meestal wel het geval zijn. Er zijn echter talloze situaties te noemen waarin het niet zo eenvoudig als dat is. Hierbij valt bijvoorbeeld te denken aan personen die reeds voor een lange periode hun gewone verblijfplaats hebben in een ander land dan het land waar ze de nationaliteit van dragen. Of personen die zich om andere persoonlijke redenen niet meer verbonden voelen aan het land van hun nationaliteit. Een voorbeeld uit de praktijk is een vader met de Irakese nationaliteit die aangifte van geboorte van zijn dochter kwam doen. Hij vroeg aan de ambtenaar burgerlijke stand welke nationaliteit zijn dochter zou krijgen. Het kind kreeg de Nederlandse nationaliteit, omdat de moeder de Nederlandse nationaliteit bezat. Toen de man er op gewezen werd dat hij wel de mogelijkheid had zijn dochter te registreren bij de Irakese autoriteiten en zo het Irakese staatsburgerschap voor zijn dochter aan te vragen gaf hij aan daar geen behoefte aan te hebben, omdat hij door persoonlijke ervaringen liever geen banden met Irak meer wilde onderhouden. Nog een andere mogelijkheid is dat door verkrijging van een nieuwe nationaliteit de vorige nationaliteit verloren is gegaan, terwijl de persoon zelf wel de meeste emotionele en culturele binding ervaart met het land waarvan de nationaliteit verloren is gegaan. Dat personen zich het meest verbonden voelen met het land waar zij de nationaliteit van dragen is dus bij lange na niet in alle gevallen waar.

Een andere categorie waarvoor dit niet op gaat zijn personen die meer dan één nationaliteit dragen, en in

²⁸ "IPR: Algemeen" Handboek Amsterdam. Geraadpleegd op 15 januari 2019 https://hba.amsterdam/IPR/IPR_-_Algemene-informatie/IPR_-_Algemeen#top_hba_pagina

²⁹ Frans van der Velden, "Multicultureel familierecht in Nederland: ja?, en hoe?" Rechtsgeleerd magazijn *Thermis* 5 (2004) 228-240.

sommige gevallen meerdere nationaliteiten dragen maar in geen van die landen hun gewone verblijfplaats hebben. Boek 10 BW heeft ook voor die gevallen richtlijnen vormgegeven om te bepalen volgens welk recht een rechtsfeit tot stand komt. Dit worden de conflictregels of verwijzingsregels genoemd. De wetgever heeft gepoogd om voor zo veel mogelijk situaties die voor kunnen komen een oplossing te bieden. De wetgever heeft dan ook de verwijsregels zo opgesteld dat voor bijna elke situatie een goede uitkomst te vinden is. Rechtsfeiten komen op deze wijze tot stand in de rechtbank, maar ook bij de ambtenaar van de burgerlijke stand. De hoedanigheid waarin de ambtenaar burgerlijke stand deze verwijzingsregels kan en mag toepassen verschilt van die van de rechter, daar zal later in dit onderzoek nog op terug gekomen worden.

1.7 De openbare orde

Zoals eerder beschreven is een van de uitgangspunten van het internationaal privaatrecht dat buitenlandse rechtsfeiten zo veel als mogelijk erkend worden en dat Nederlandse rechtsfeiten ook in het buitenland erkend worden. De regels van het internationaal privaatrecht bepalen welk recht in een bepaalde situatie van toepassing is. Wanneer rechtsfeiten tot stand kunnen komen naar vreemd recht, wordt de wetgever echter ook voor de vraag gesteld wat te doen met elementen van dat vreemde recht die zo afwijken van wat maatschappelijk en politiek aanvaardbaar wordt geacht dat zij niet verenigbaar zijn met de Nederlandse rechtsorde. In dit soort gevallen kan de wetgever zich beroepen op de onverenigbaarheid met de openbare orde.

Maar wat is de openbare orde precies? De openbare orde is niet alleen van toepassing op het personen- en familierecht, maar ook op zaken zoals openlijke geweldpleging of vernieling, hooliganisme, burenruzies, huiselijk geweld en terrorisme. De benadering tussen de openbare orde in deze laatstgenoemde zin, en de openbare orde in het kader van het personen- en familierecht is verschillend. Voor dit onderzoek is ervoor gekozen alleen te kijken naar de openbare orde in het kader van het personen- en familierecht.

De openbare orde is een breed begrip dat vaag kan lijken. Een eenduidige definitie van wat de openbare orde precies is en welke handelingen precies in strijd zijn met de openbare orde lijkt te ontbreken. Volgens Luc Willemarck is dit juist een belangrijk kenmerk van de openbare orde.³⁰ Door slechts een algemeen kader te stellen biedt de wetgever de rechtsprekende macht de mogelijkheid om per concreet geval te bepalen wanneer er wel of juist geen sprake is van een situatie die in strijd is met de openbare orde.

Voor alle specifieke gevallen beschrijven wanneer er wel of geen sprake is van strijd met de openbare orde is niet alleen onwenselijk omdat veel factoren van invloed kunnen zijn op deze afweging, maar er zijn ook praktische bezwaren. Het is bijna onmogelijk om elk specifiek geval dat zich kan voordoen te beschrijven en daar op voorhand al een regeling voor te treffen. Dit is in het bijzonder het geval wanneer de openbare orde-toets toegepast moet worden in situaties waarin internationaal privaatrecht toegepast moet worden. Hiervoor zou het immers nodig zijn om niet alleen alle actuele wetten en gewoonten van alle wetgevingen van andere

³⁰ Luc Willemarck "De Exceptie van Openbare orde in Het Internationaal Privaatrecht. Een Juridisch Middel om Essentiele Waardeconflicten op te Lossen en Fundamentele Cultuurtegenstellingen te Overbruggen." *R & R* 32 (2003): 97-123.

landen te kennen, maar zouden aan de hand daarvan ook nog alle mogelijke knelpunten geïdentificeerd moeten worden.³¹

In zijn algemeenheid is in Boek 1 BW en Boek 10 BW opgenomen dat rechtsfeiten die kennelijk in strijd zijn met de Nederlandse openbare orde in Nederland niet tot stand kunnen komen en rechtsfeiten die kennelijk in strijd zijn met de Nederlandse openbare orde die in het buitenland tot stand zijn gekomen niet voor erkenning in Nederland in aanmerking komen. Dit zijn vrij algemene wetsartikelen omdat vervolgens aan de rechter danwel de ambtenaar van de burgerlijke stand te beoordelen is of er in een specifieke situatie sprake is van kennelijke strijd met de openbare orde. Er zijn echter wel bepaalde veelvoorkomende situaties binnen het personen- en familierecht, waarover de consensus bestaat dat deze in strijd zijn met de openbare orde. Sommigen van deze situaties zijn dan ook expliciet opgenomen in Boek 10 BW. Zo stelt artikel 31 van Boek 10 BW bijvoorbeeld dat een huwelijk dat gesloten is in een andere staat en voldoet aan de aldaar geldende voorwaarden voor een rechtsgeldig huwelijk, in Nederland erkend wordt.³² Direct daarna, in artikel 32 van Boek 10 BW volgt een exceptieregel, namelijk:

'Ongeacht artikel 31 van dit Boek wordt aan een buiten Nederland gesloten huwelijk erkenning onthouden, indien deze erkenning kennelijk onverenigbaar is met de openbare orde en in ieder geval indien een der echtgenoten op het tijdstip van de sluiting van dat huwelijk:[...]'

Onderdeel a tot en met e van dit artikel bevatten de vaststelling dat in ieder geval het huwelijk dat in het buitenland gesloten is niet in Nederland erkend kan worden als het een huwelijk betreft van personen die reeds met een ander gehuwd zijn, in te nauwe verwantschap aan elkaar staan, minderjarig zijn, geestelijk niet in staat zijn toestemming te geven of indien het huwelijk niet uit vrije wil gesloten is tenzij de aanvraag van erkenning van dit huwelijk wel vrijwillig geschiedt.³³

In artikel 57 en 58 van Boek 10 BW stelt de wetgever, betreffende de eenzijdige echtscheiding of verstoting, dat deze alleen voor erkenning in aanmerking komt wanneer deze wijze van huwelijksontbinding mogelijk is volgens het recht van de echtgenoot die de eenzijdige ontbinding in gang zet en wanneer het duidelijk is dat de andere echtgenoot uitdrukkelijk of stilzwijgend instemt met deze ontbinding. In het daarop volgende artikel 59 Boek 10 BW wordt daar aan toegevoegd dat in aanvulling van artikel 57 en 58 Boek 10 BW erkenning van een huwelijksontbinding geweigerd kan worden indien de erkenning hiervan kennelijk in strijd is met de openbare orde.³⁴

Sommige specifieke gevallen zijn dus in het Burgerlijk Wetboek expliciet vastgelegd als zijnde in strijd met

³¹ Ibid.

³² “Burgerlijk Wetboek Boek 10, artikel 31” Wettenbank Overheid.nl. Gepubliceerd op 19 september 2018. <https://wetten.overheid.nl/BWBR0030068/2018-09-19>

³³ “Burgerlijk Wetboek Boek 10, artikel 32” Wettenbank Overheid.nl. Gepubliceerd op 19 september 2018. <https://wetten.overheid.nl/BWBR0030068/2018-09-19>

³⁴ “Burgerlijk Wetboek Boek 10, artikel 57 t/m 59” Wettenbank Overheid.nl. Gepubliceerd op 19 september 2018. <https://wetten.overheid.nl/BWBR0030068/2018-09-19>

de openbare orde. De onderbouwing hiervoor is onder andere dat deze rechtsfeiten in strijd zijn met de universele mensenrechten. In het volgende hoofdstuk zal ik uiteenzetten waarom het waarborgen van mensenrechten in het kader van personen- en familierecht soms gecompliceerder ligt dan op het eerste gezicht evident is.

1.8 'Bescherming van fundamentele mensenrechten'. Maar, van wie?

In het personen- en familierecht, en ook het internationaal privaatrecht, spelen mensenrechten een belangrijke rol. Deze dienen gewaarborgd en beschermd te worden. Politiek gezien is er met name veel aandacht voor de bescherming van de rechten van vrouwen en waarborging van gelijke behandeling tussen de seksen. Deze bescherming van rechten van vrouwen en de gelijke behandeling van de seksen worden beschouwd als fundamenteel onderdeel van de Nederlandse nationale identiteit en afwijking hiervan wordt beschouwd als zijnde in strijd met de openbare orde. Volgens Conny Roggebrand en Mieke Verloo heeft er in het einde van de 20e en het begin van de 21e eeuw in Nederland een verschuiving plaatsgevonden in de maatschappelijke en politieke ideeën over wat goede integratie van minderheden inhoudt.³⁵ Een steeds belangrijker onderdeel van integratie is het begrijpen en respecteren van de normen van de Nederlandse samenleving. Gelijkheid van de seksen wordt vaak genoemd als een van de kernnormen van de Nederlandse samenleving. De emancipatie van moslimvrouwen is een essentieel onderdeel geworden van het Nederlandse integratiedebat, en het vergroten van de integratie en het versterken van de gelijkheid van islamitische vrouwen is naar voren geschoven als dé oplossing voor vele migratieproblemen. De overheid heeft sindsdien dan ook maatregelen genomen met het beoogde doel deze integratie en gelijkheid tussen mannen en vrouwen met een migratieachtergrond te vergroten. Voorbeelden hiervan zijn het moeilijker maken van huwelijksmigratie en wettelijke maatregelen ter bescherming van vrouwen die voor hun verblijfsrechtelijke status in Nederland afhankelijk zijn van hun echtgenoot.³⁶

Paul Vlaardingebroek geeft meer inzicht in hoe de Nederlandse overheid zich steeds meer is gaan bemoeien met de huwelijksaangelegenheden van niet-Nederlandse immigranten en Nederlanders met een migratieachtergrond.³⁷ Hij beschrijft hoe de overheid in aanvulling op de reeds bestaande, en op iedereen toepasselijke, huwelijksvereisten ook de normen heeft aangescherpt betreffende het voorkomen van schijnhuwelijken. Onder een schijnhuwelijk wordt verstaan een huwelijk dat gesloten wordt met als enig oogmerk het verkrijgen van een verblijfstitel, danwel het versterken van het reeds bestaande verblijfsrecht. Andere maatregelen die genomen zijn zijn onder andere het tegengaan van dwanghuwelijken, neef-

nichthuwelijken en het strenger aanpakken van bigamie en polygamie.

³⁵ Conny Roggebrand en Mieke Verloo "Dutch women are liberated, migrant women are a problem: The evolution of policy frames on gender and migration in the Netherlands, 1995–2005." *Social policy & administration* 41, no. 3 (2007): 271-288.

³⁶ Ibid.

³⁷ Paul Vlaardingebroek "Twee nationaliteiten op één kussen, daar slaapt de (Nederlandse) overheid tussen?!" *Tijdschrift voor familie- en jeugdrecht* 3, no. 27 (2011): 57-64.

Een voorbeeld van deze maatregelen is de in 2015 in werking getreden Wet Tegengaan Huwelijksdwang. Door de invoering van deze wet is er een verbod gekomen op het huwelijk waarbij beide of een van de partijen minderjarig is. Erkenning van huwelijken van minderjarigen werd na inwerkingtreding van deze wet pas mogelijk nadat beide huwelijkspartijen de leeftijd van 18 jaar bereikt hebben. Ook kwam er een vereiste dat bij een neef-nichthuwelijk de partijen onder ede moeten verklaren dat zij uit vrije wil met elkaar in het huwelijk treden en werden bigame en polygame huwelijken die in het buitenland zijn voltrokken uitgesloten van erkenning in Nederland.³⁸

Vlaardingerbroek vraagt zich af of deze maatregelen niet botsen met het grondrecht van burgers om naar eigen wil te huwen en een gezin te stichten. Ook de staatscommissie heeft zich hier al in 2010, toen deze maatregelen slechts nog een voornemen waren, kritisch over uitgelaten. Belangrijkste knelpunt lijkt te zijn dat de maatregelen in strijd zouden kunnen zijn met artikel 8 van het Europees Verdrag voor de Rechten van de Mens, waarin het recht om vrij te huwen en het stichten van een gezin zijn opgenomen. Tevens stelt de staatscommissie dat men voorzichtig moet omgaan met zich beroepen op strijd met de openbare orde, gezien de verregaande gevolgen die zo'n beroeping kan hebben op het leven van betrokken partijen.³⁹

De Nederlandse overheid heeft in de afgelopen decennia meerdere instrumenten ingezet om de rechten van vrouwen te beschermen. Dit levert echter in het kader van universele mensenrechten enkele complicaties op, in het bijzonder in de toepassing van internationaal privaatrecht.

Iris Sportel beargumenteert ook dat de Nederlandse nationale identiteit nauw verbonden is met ideeën over genderpolitiek, en dat het politieke debat over seksegelijkheid en de integratie van islamitische minderheden een direct effect heeft gehad op de wijze waarop in het Nederlandse rechtstelsel omgegaan wordt met van het Nederlands recht afwijkende rechtsregels uit voornamelijk het islamitisch familierecht. De bescherming van de rechten van vrouwen neemt hierbij een belangrijke rol in. Dit zou men kunnen zien als een logisch gevolg van de achtergestelde rechtspositie die vrouwen vaak hebben binnen het islamitisch familierecht. Aan de hand van een aantal voorbeelden zal ik uiteenzetten hoe deze versterking van de positie van de vrouw kan leiden tot hinkende situaties, nadelige uitkomsten voor gezinnen en een respectievelijk zwakkere rechtspositie van mannen.⁴⁰

Volgens Sportel, en ik volg deze constatering, zijn twee onderwerpen met name controversieel in het maatschappelijk debat over islamitisch familierecht; polygamie en *talaq* (eenzijdige verstoting van de vrouw door de man). Het huwelijk is in Nederland vastgelegd als zijnde een overeenkomst tussen twee personen van verschillend danwel gelijk geslacht en een persoon kan slechts met één persoon tegelijkertijd door het

³⁸ "Aanpak huwelijksdwang" Rijksoverheid. Geraadpleegd op 17 januari 2019

<https://www.rijksoverheid.nl/onderwerpen/huwelijksdwang/huwelijksdwang-voorkomen>

³⁹ Paul Vlaardingerbroek "Twee nationaliteiten op één kussen, daar slaapt de (Nederlandse) overheid tussen?!" *Tijdschrift voor familie- en jeugdrecht* 3, no. 27 (2011): 57-64.

⁴⁰ Iris Sportel "Who's Afraid of Islamic Family Law? Dealing with Shari 'a-based Family Law Systems in the Netherlands." *Religion & Gender* 7, no. 1 (2017): 53-69.

huwelijk verbonden zijn.⁴¹

Katharina Boele-Woelki et al. merken op dat in recente literatuur weinig achtergrond te vinden is over de reden achter het polygamieverbod. Ze nemen aan dat de gedachte achter het verbod is om het monogame huwelijk te beschermen, dat van oudsher een belangrijk kenmerk is van het Nederlandse familierecht, beïnvloed door de christelijke achtergrond van de Nederlandse samenleving.⁴² Vast staat dat bigamie en polygamie politiek en maatschappelijk als dusdanig in strijd met de openbare orde gezien worden dat het ook als expliciet in strijd zijnde met de openbare orde is opgenomen in het Burgerlijk Wetboek.⁴³

De *talaq* is om twee redenen controversieel. De eerste reden is dat de *talaq* zonder behoorlijke rechtspraak kan plaatsvinden. De *talaq* kan uitgesproken worden zonder proces of aanwezigheid van een rechter of andere ambtenaar. De tweede reden is dat de *talaq* doorgaans een recht van de man is, en aan de vrouw niet hetzelfde recht wordt toegekend. Deze sekseongelijkheid is de reden dat eenzijdige verstoting geacht wordt in strijd te zijn met de Nederlandse openbare orde en dus niet voor erkenning in aanmerking komt tenzij de vrouw nadrukkelijk heeft verklaard in te stemmen met de ontbinding van het huwelijk of op andere manieren blijkt in te stemmen met de ontbinding (bijvoorbeeld wanneer zij verzoekt tot inschrijving van de verstoting, of wanneer zij opnieuw in het huwelijk treedt met een andere man). Dit betekent echter niet dat vrouwen geen mogelijkheid hebben om van hun man te scheiden. Andere voorkomende wijzen van ontbinding van een huwelijk zijn de *khul'*, verstoting op verzoek van de vrouw in ruil voor compensatie aan de man, en *tatliq*, een procedure waarbij de vrouw een rechter verzoekt haar huwelijk te ontbinden op grond van het niet nakomen van de huwelijkse verplichtingen door haar man. Deze laatste vorm is uitsluitend toegankelijk voor vrouwen. Sportel merkt op dat uit stukken van de rechtbanken blijkt dat Nederlandse rechters minder moeite hebben met de erkenning van deze laatste vorm van echtscheiding, dan met een echtscheiding die het exclusieve recht van de man is. In de praktijk kan dit betekenen dat vrouwen die de nationaliteit hebben van een land waar deze vormen van echtscheiding gebruikelijk zijn wanneer zij in Nederland wonen in feite méér mogelijkheden hebben om hun huwelijk te laten ontbinden naar hun eigen nationale recht dan de man. Een eenzijdige verstoting komt dus niet in aanmerking voor erkenning in Nederland, tenzij de vrouw instemt met de verstoting. Dit lijkt een principiële keuze van de Nederlandse wetgever te zijn. Hier kunnen een aantal kritische kanttekeningen bij geplaatst worden. De eerste heeft te maken met het gebrek aan behoorlijke rechtspleging. Een *talaq* kan immers uitgesproken worden zonder tussenkomst van de rechter. Ik heb de landeninformatie van Handboek Amsterdam en VIND Burgerzaken er op nageslagen. Hierbij heb ik voor deze vraag een keuze gemaakt voor Marokkaans recht, Syrisch recht en Somalisch recht omdat dit wetgevingen betreft waar we, door grote groepen burgers met deze nationaliteit die zich in Nederland

⁴¹ “Burgerlijk Wetboek 1, artikel 30 en 33” Wettenbank Overheid.nl. Gepubliceerd op 19 september 2018. <https://wetten.overheid.nl/BWBR0002656/2018-09-19>

⁴² Katharina Boele-Woelki et al. “*De juridische status van polygame huwelijken in rechtsvergelijkend perspectief*” (Utrecht: Utrecht Centre for European Research into Family Law, 2009), 20.

⁴³ “Burgerlijk Wetboek Boek 10, artikel 32” Wettenbank Overheid.nl. Gepubliceerd op 19 september 2018. <https://wetten.overheid.nl/BWBR0030068/2018-09-19>

gevestigd hebben, in het kader van internationaal privaatrecht regelmatig mee in aanraking komen in Nederland. Uit de landeninformatie van het handboek blijkt dat in alle drie de landen de mannelijke echtgenoot toestemming van de rechter nodig heeft voordat hij de *talaq* mag uitspreken, danwel de *talaq* zal moeten inschrijven bij de rechtbank voordat deze rechtsgevolgen heeft. De ongelijkheid tussen mannen en vrouwen in de mogelijkheden om tot een echtscheiding te komen is inderdaad in strijd met het principe van seksegelijkheid. Maar ook hier valt een kanttekening bij te plaatsen. Het is immers naar Nederlands recht wel mogelijk om eenzijdig het huwelijk te beëindigen.⁴⁴ Een man die naar Marokkaans recht zijn ex-echtgenote verstoten heeft kan zijn echtscheiding alleen voor erkenning in Nederland in aanmerking laten komen als zijn ex-echtgenote hier schriftelijk mee instemt. Dezelfde man had als hij naar Nederlands recht die echtscheiding had aangevraagd dit gewoon eenzijdig kunnen doen, zonder toestemming van zijn echtgenote. Indien deze man geen toestemming van zijn ex-echtgenote kan verkrijgen voor de erkenning van zijn Marokkaanse echtscheiding ontstaat de volgende situatie: doordat de Nederlandse wetgever met het oog op bescherming van vrouwenrechten zijn echtscheiding door middel van verstoting in Marokko niet voor erkenning in aanmerking laat komen, wordt de man zelf geschaad in zijn recht om te huwen en een gezin te stichten. Als hij naar Nederlands recht zou proberen te huwen zou dit door de ambtenaar van de burgerlijke stand geweigerd worden omdat hij naar beschouwd wordt als zijnde nog steeds gehuwd is met zijn Marokkaanse ex-echtgenote. En indien hij zou beslissen om in Marokko of een ander land opnieuw in het huwelijk te treden zou hij zich schuldig maken aan bigamie, aangezien zijn eerdere echtscheiding niet erkend wordt. Op deze wijze is de man in deze situatie terecht gekomen in een vorm van huwelijkse gevangenschap waar weinig aandacht voor is in het debat over gendergelijkheid.

Dat sekseongelijkheid in de toegang tot gerechtelijke procedures geacht wordt in strijd te zijn met de openbare orde is evident. De beslissing om een buitenlands rechtsfeit van erkenning in Nederland te onthouden kunnen gevolgen hebben die nog veel verder gaan dan de schending van deze man zijn recht om te huwen en een gezin te stichten. Het kan tot effect hebben dat indien hij alweer hertrouwd is hij zich onbedoeld schuldig maakt aan bigamie, de afstamming van zijn kinderen uit zijn tweede huwelijk teruggedraaid wordt en dat hij mogelijk zijn verblijfsstatus kan verliezen. Men zou zich kunnen afvragen of de gevolgen die de openbare orde-exceptie heeft op de persoonlijke levenssfeer van betrokkenen in zo'n geval in het kader van de bescherming van universele mensenrechten wel ondergeschikt zou moeten zijn aan de bescherming van gelijke rechten tussen de seksen. De ex-echtgenote ontleent immers geen enkel voordeel aan de weigering van de Nederlandse autoriteiten om haar echtscheiding te erkennen, daar zij mogelijk nog in Marokko woont en voor de Marokkaanse wet wel degelijk gescheiden is. Het niet erkennen van de verstoting brengt geen bescherming van haar gelijke rechten als vrouw met zich mee, omdat in het rechtssysteem waar zij zich in bevindt de verstoting al een voldongen feit is.

Een ander probleem betreffende de bescherming van fundamentele rechten is dat van de niet-officiële huwelijken. Het verbod op het huwelijk tussen meer dan twee personen weerhoudt mensen er niet helemaal

⁴⁴ “Burgerlijk Wetboek 1, artikel 150” Wettenbank Overheid.nl. Gepubliceerd op 19 september 2018.
<https://wetten.overheid.nl/BWBR0002656/2018-09-19>

van om toch dit soort relaties met elkaar aan te gaan. Een man kan wettelijk gezien met één vrouw getrouwd zijn, maar door religieus te huwen zonder wettelijk huwelijk op een officieuze wijze nog een vrouw huwen. Hetzelfde geldt voor de man uit het eerder genoemde voorbeeld wiens echtscheiding niet voor erkenning in aanmerking komt. Als hij niet wettelijk mag huwen, ligt voor hem nog de mogelijkheid open om dan een religieus huwelijk aan te gaan zonder wettelijk huwelijk.

Artikel 68 van Boek 1 van het burgerlijk wetboek bepaalt dat een religieuze huwelijksvoltrekking niet toegestaan is voordat er een wettelijk huwelijk heeft plaatsgevonden ten overstaan van de ambtenaar van de burgerlijke stand. Desalniettemin komen ze wel voor, al is moeilijk vast te stellen om wat voor aantallen het gaat.⁴⁵ De redenen voor het aangaan van zo'n informeel huwelijk lopen volgens Joanne van der Leun en Avalon Leupen uit van het legitimeren van een relatie terwijl betrokken partijen nog niet klaar zijn voor een burgerlijk huwelijk, tot het zich afzetten tegen de seculiere maatschappij. In enkele gevallen binnen het onderzoek was het probleem dat een van of beide betrokkenen niet de juiste papieren hadden om een burgerlijk huwelijk aan te gaan of dat het ging om een intentioneel polygaam huwelijk. Vooral die laatste twee motivaties voor het aangaan van een informeel religieus huwelijk zijn voor dit onderzoek relevant. Bij de openstelling van het huwelijk voor partijen van gelijk geslacht is de vraag gerezen of het huwelijk wellicht ook opengesteld moest worden voor meer dan twee personen. De destijds verantwoordelijke minister achtte dit overbodig, aangezien volgens hem burgers die de behoefte hebben om een samenlevingsvorm vast te leggen met meer dan 1 persoon daarvoor een samenlevingscontract bij de notaris kunnen afsluiten.⁴⁶

Een notarieel samenlevingscontract heeft echter voor veel mensen emotioneel gezien een andere status dan het huwelijk, en is niet voldoende gelijk aan het instituut huwelijk om te kunnen spreken van bescherming van het universele mensenrecht om te mogen huwen en een gezin te stichten. Er zijn verdere complicerende factoren in de weigering verstotingen en bigame of polygame huwelijken te erkennen, en een notarieel samenlevingscontract als de oplossing te bieden.

Het is een simplificatie van de juridische werkelijkheid om te stellen dat de mogelijkheid om een notarieel samenlevingscontract te sluiten met meer dan een persoon, of in dit geval met een andere persoon dan degene met wie men door het huwelijk verbonden is of verbonden acht te zijn, altijd een passende oplossing biedt voor partijen. Tegenwoordig kan in een notarieel samenlevingscontract veel vastgelegd worden dat in dezelfde lijn ligt als de rechten en plichten van huwelijkspartners. Zo kunnen partijen met elkaar afspraken maken over het al dan niet voeren van een gemeenschap van goederen, financiële afspraken vastleggen over alimentatie bij verbreking van de relatie en kunnen ze, door naast het samenlevingscontract een testament op te stellen, vastleggen wat er met de bezittingen gebeurt bij het overlijden van een van de partijen en komen

⁴⁵ Joanne van der Leun en Avalon Leupen, "Informeel huwelijken in Nederland: in het echt verbonden?" *Tijdschrift voor criminologie* 55, no. 2(2013): 192-205.

⁴⁶ Katharina Boele-Woelki et al. "*De juridische status van polygame huwelijken in rechtsvergelijkend perspectief*" (Utrecht: Utrecht Centre for European Research into Family Law, 2009), 20.

ze in aanmerking voor een hogere vrijstelling van de erfbelasting. Financieel is een en ander dus goed af te dekken. Dit draagt echter wel veel hogere kosten met zich mee dan een huwelijk en kan voor lage inkomensgroepen een drempel vormen om stappen te ondernemen om hun rechten en plichten naar elkaar goed vast te leggen.

Voor burgers met verblijfsrecht in Nederland biedt een notarieel samenlevingscontract een mogelijkheid om juridische en financiële zaken te regelen buiten het huwelijk om. Voor personen waarbij verblijfsrechtelijke kwesties een rol spelen ligt de situatie echter gecompliceerder. Het is volgens het Vreemdelingenbesluit mogelijk om rechtmatig verblijf in Nederland te verkrijgen als familie- of gezinslid indien voldaan is aan de daarvoor geldende voorwaarden. Een van die voorwaarden is dat de aanvrager door een exclusieve relatie verbonden is aan een in Nederland verblijvende referent met een verblijfsvergunning of de Nederlandse nationaliteit. Een exclusieve relatie is volgens het Vreemdelingenbesluit een huwelijk, geregistreerd partnerschap of een duurzame en exclusieve relatie. Het huwelijk moet een volgens de Nederlandse regels van het internationaal privaatrecht rechtsgeldig huwelijk betreffen. Indien tussen de personen geen sprake is van een huwelijk of geregistreerd partnerschap kan een verblijfsvergunning aangevraagd worden indien er sprake is van een exclusieve en duurzame relatie met de referent.⁴⁷

In de Vreemdelingencirculaire worden de voorwaarden voor het verkrijgen van verblijfsrecht op grond van een exclusieve relatie met een referent met een verblijfsrechtelijke status verder gespecificeerd. Een van de voorwaarden is dat de aanvrager (de persoon die de verblijfsvergunning wil aanvragen) kan aantonen in het land van herkomst ongehuwd te zijn.⁴⁸

Indien een aanvrager niet in staat is een verklaring van ongehuwd zijn te overleggen of niet in de mogelijkheid is zijn of haar huwelijk te ontbinden danwel van de ex-echtgenote een verklaring te bemachtigen dat deze ontbinding plaatsgevonden heeft met instemming van de ex-echtgenote of dat deze in de ontbinding berust. Het laatste is een van de voorwaarden om naar Nederlands internationaal privaatrecht een huwelijksontbinding te kunnen erkennen in Nederland. Later in dit onderzoek zal hier nog op terug gekomen worden.

In deze situatie biedt een notariële samenlevingsovereenkomst dus weliswaar de mogelijkheid om financiële zaken binnen de relatie te regelen, maar kan op basis hiervan geen gezinsleven in Nederland opgebouwd worden.

In transnationale gezinnen doen zich nog aanvullende problemen voor. Niet elk land kent of erkent het notarieel samenlevingscontract. In het land van herkomst kunnen betrokkenen geconfronteerd worden met diverse problemen omtrent vermogen, erfenissen, afstamming van kinderen en gezamenlijk verblijf of zelfs vrije dagelijkse omgang met elkaar als officieel ongehuwde partners. Een huwelijk in het betreffende land aangaan zou een oplossing kunnen bieden als dat volgens het huwelijksrecht en het internationaal

⁴⁷ "Vreemdelingenbesluit 2000, artikel 3.14 en 3.15" Wettenbank Overheid.nl Geraadpleegd op 3 februari 2019. <https://wetten.overheid.nl/BWBR0011825/2019-03-14?VergelijkMet=BWBR0011825%3fg%3d2018-09-19%26v%3d0>

⁴⁸ "Vreemdelingenbesluit 2000 (B), 3.8.1. Familie- of gezinsleven" Wettenbank Overheid.nl Gepubliceerd op 12 februari 2019. https://wetten.overheid.nl/BWBR0012289/2019-02-12#Circulaire.divisieB7_Circulaire.divisie5

privaatrecht van dat land mogelijk is. Echter doet al snel het volgende probleem zich voor wanneer de partijen of een van de partijen woonachtig is in Nederland. Op grond van artikel 44 van de Wet Basisregistratie Personen (hierna: Wet BRP) is een ingezetene verplicht om alle rechtsfeiten betreffende de burgerlijke staat die buiten Nederland hebben plaats gevonden te melden bij de woongemeente.⁴⁹

Het nieuw gesloten huwelijk komt niet in aanmerking voor erkenning in Nederland op grond van strijd met de openbare orde zolang de eerdere buitenlandse echtscheiding niet erkend wordt, en in gevolge van artikel 237 van het Wetboek van Strafrecht riskeren de betrokkenen gevangenisstraf en een geldboete voor het aangaan van een bigaam huwelijk.⁵⁰

Het beschermen van mensenrechten blijkt dus in de praktijk een moeilijk streven te zijn. Een van de oogmerken van de openbare orde exceptie lijkt te zijn om fundamentele mensenrechten te beschermen. Door de prominente plaats die het principe van gendergelijkheid inneemt in de beleving van de maatschappelijke identiteit in het politieke en maatschappelijke debat is de nadruk erg komen te liggen op bescherming van de rechten van vrouwen. Door de rechten van de een te beschermen, kunnen die van de ander juist weer in het gedrang komen. Een pasklare oplossing lijkt moeilijk te vinden te zijn. Een omslag in dit denken over gendergelijkheid lijkt in de nabije toekomst niet te gaan plaatsvinden. En zelfs dan zou een pasklare oplossing moeilijk te bewerkstelligen zijn, omdat in elke situatie de precieze omstandigheden van invloed zijn. Als absolute bescherming van ieders individuele rechten niet haalbaar is, zou wellicht de grootste winst te behalen zijn in het toepassen van maatwerk waarin alle omstandigheden in ogenschouw genomen worden en aan de hand daarvan een zorgvuldige afweging gemaakt wordt welke rechten in dat specifieke geval voor de betrokkenen het grootste belang hebben bij bescherming. Dit vergt echter, naast een grote aanpassing in het maatschappelijke denken over toepassing van islamitisch familierecht, een grote verandering in wetgeving en bevoegdheden en organisatie van ambtenaren en rechtbanken.

1.9 Evidence-based familierecht

Dit theoretisch kader heeft zich voornamelijk toegespitst op twee veel voorkomende academische benaderingen van de bestudering van de verenigbaarheid van islamitisch familierecht en Europees democratisch familierecht. De eerste benadering is er een die de sharia als fenomeen bestudeert en beschrijft op welke wijze sharia zich in verschillende historische, politieke en regionale contexten manifesteert. De tweede is een meer juridische benadering die de praktische toepasbaarheid van islamitisch familierecht in een Europese context bestudeert en onderzoekt in hoeverre de toepassing van islamitisch familierecht verenigbaar is met fundamentele democratische beginselen.

Ik zou graag nog kort een derde benadering willen bespreken, namelijk die van sociaal-wetenschappelijk onderzoek naar de effecten van beleid op het gebied van personen- en familierecht. Het gaat hierbij niet specifiek om beleid omtrent de toepassing van islamitisch familierecht, maar om de mate waarin bij

⁴⁹ “Wet Basisregistratie personen artikel 44” Wettenbank Overheid.nl. Gepubliceerd op 28 juli 2018. <https://wetten.overheid.nl/BWBR0033715/2018-07-28>

⁵⁰ “Wetboek van Strafrecht artikel 237” Wettenbank Overheid.nl. Gepubliceerd op 1 januari 2019. <https://wetten.overheid.nl/BWBR0001854/2019-01-01>

totstandkoming van beleid door beleidsmakers rekening wordt gehouden met resultaten vanuit sociaal-wetenschappelijk onderzoek naar de gevolgen van beleid.

Het Integraal afwegingskader voor beleid en regelgeving is een in 2011 ingevoerde werkwijze van de rijksoverheid die de eisen van beleidsvorming verscherpt heeft. Volgens het integraal afwegingskader moet beleid efficiënt, proportioneel, rationeel en *evidence-based* zijn.

Masha Antokolskaia heeft onderzoek gedaan naar de mate waarin beleidsmakers rekening houden met resultaten vanuit sociaal-wetenschappelijk onderzoek.⁵¹ Uit haar onderzoek naar de regelingen voor co-ouderschap in diverse landen en in hoeverre deze wet- en regelgeving in lijn is met uitkomsten van wetenschappelijk onderzoek naar de effecten van co-ouderschap op de betrokken gezinsleden, blijkt echter dat bij de voorbereiding van familierechtelijke maatregelen in Nederland niet altijd aandacht lijkt te zijn voor wetenschappelijke resultaten. Wetgeving betreffende het personen- en familierecht is volgens haar doorgaans voornamelijk sterk politiek en ideologisch beïnvloed. Het onderzoek van Antokolskaia is niet direct te vergelijken met de vraagstukken die uit het onderzoek waar deze scriptie over gaat naar voren komen. Het roept echter wel de vraag op in hoeverre het huidige personen- en familierecht, met name wanneer het gaat om de toepassing van islamitisch personen- en familierecht, *evidence-based* is.⁵²

⁵¹ Masha V. Antokolskaia “Van politiek gestuurde wetgeving naar evidence-based wetgeving.” *Gedrag en privaatrecht* (2013): 173-207.

⁵² Ibid.

2. De rechtspraak

In dit hoofdstuk zal ik onderzoeken hoe in de praktijk wordt omgegaan met de toepassing van islamitisch familierecht in Nederland. Dit zal ik doen door de werkwijze van een aantal instanties in het bijzonder te onderzoeken. De eerste is de burgerlijke stand. Dit is voor het beantwoorden van de onderzoeksvragen de belangrijkste. Echter zijn enkele andere ook van belang. Zo wordt de wijze waarop bij de burgerlijke stand met buitenlandse rechtsfeiten wordt omgegaan sterk beïnvloed door uitspraken van de rechtbank en de Hoge Raad der Nederlanden, en geeft de wijze waarop rechters omgaan met kwesties van islamitisch familierecht een goed beeld van de verschillende afwegingen die gemaakt dienen te worden bij het komen tot beslissingen over toepassing van islamitisch familierecht in de Nederlandse context. Verder zullen ook de Immigratie en Naturalisatiedienst (hierna: IND) en de Nederlandse consulaire diensten en ambassades in het buitenland een enkele keer aan de orde komen vanuit hun controlerende rol en de invloed die beslissingen betreffende islamitisch familierecht kunnen hebben op de verblijfsrechtelijke status van betrokkenen.

2.1 Burgerlijke stand

2.1.1. Organisatie en bevoegdheden

De registratie van rechtsfeiten betreffende de persoonlijke staat van burgers is in Nederland een taak van de ambtenaar burgerlijke stand. In andere landen zien we dat deze werkzaamheid vaak ook ondergebracht wordt bij de rechtbank. Verderop in dit hoofdstuk zal toegelicht worden wat in Nederland de rol van de rechter is in de registratie van rechtsfeiten. De burgerlijke stand bestaat uit verschillende registers, te weten de registers van: geboorte, huwelijk, geregistreerd partnerschap en overlijden. Voor dit onderzoek zijn met name de registers van geboorte, huwelijk en geregistreerd partnerschap van belang. Islamitisch recht speelt in het register van overlijden een zeer beperkte en niet noemenswaardige rol, aangezien de ambtenaar van de burgerlijke stand geen internationaal privaatrecht toepast op een overlijden. In het Haags Erfrechtverdrag is vastgelegd welk recht in welke situatie van toepassing is op erfenissen waarin transnationaliteit een rol speelt.⁵³ De mogelijkheid om een erfenis af te handelen volgens een ander recht dan het Nederlandse erfrecht heeft echter geen invloed op de wijze waarop de ambtenaar burgerlijke stand omgaat met het opmaken van overlijdensaktes en heeft ook geen gevolgen voor persoonsgegevens in de BRP. Op het opmaken van de overlijdensakte is altijd Nederlands recht van toepassing.

De regels betreffende het internationaal privaatrecht zoals vastgelegd in Boek 10 BW zijn wel van toepassing op de registers van geboorte, huwelijk en geregistreerd partnerschap. Hoe gaat de ambtenaar burgerlijke stand in de praktijk te werk met zaken waarbij islamitisch familierecht een rol speelt?

De functie van de ambtenaar van de burgerlijke stand heeft een zelfstandig karakter. De ambtenaar burgerlijke stand staat niet in een hiërarchische verhouding tot het college van Burgemeester en Wethouders

⁵³ “Verdrag inzake het recht dat van toepassing is op erfopvolging, 's Gravenhage, 01-08-1989” Wettenbank Overheid.nl. Geraadpleegd op 17 januari 2019 <https://wetten.overheid.nl/BWBV0002000/1989-08-01>

van de gemeente waarvoor hij of zij werkzaam is. Alleen de rechter kan dwingend bepalen hoe de ambtenaar burgerlijke stand te werk moet gaan. Lokale politieke tendensen hebben dan ook geen invloed op de wijze waarop de ambtenaar burgerlijke stand zijn of haar werkzaamheden uitvoert. Dit neemt natuurlijk niet weg dat de ambtenaar burgerlijke stand gebonden is aan alle voor zijn of haar beroep relevante wet- en regelgeving.⁵⁴

De meeste van deze wetten zijn vastgelegd in Boek 1 en 10 van het Burgerlijk wetboek. Enkele andere relevante wetgevingen zijn de wet BRP en de Rijkswet op het Nederlandschap (hierna RWN). Hoewel de ambtenaar burgerlijke stand een zelfstandige positie heeft is het aan te raden, en in de praktijk ook gebruikelijk, om rekening te houden met de BRP en RWN. Zowel de overheid als burgers zijn er niet bij gebaat rechtsfeiten op een zodanige manier vast te leggen dat er een conflict ontstaat met de wet BRP en RWN. Tegelijkertijd heeft de ambtenaar burgerlijke stand in sommige gevallen wel de bevoegdheid om af te wijken van wat in de BRP geregistreerd staat. Hierbij valt te denken aan de bepaling van de afstamming van een kind waarvan het huwelijk van de ouders (nog) niet geregistreerd is in de BRP. Wanneer bij de aangifte van een geboorte de aangever documenten kan tonen waaruit blijkt dat de moeder gehuwd is en de ambtenaar burgerlijke stand zich ervan overtuigd heeft dat de documenten echt zijn en het huwelijk in aanmerking komt voor erkenning in Nederland, kan de echtgenoot van de moeder opgenomen worden in de geboorteakte van het kind als zijnde de vader. De vader wordt ook op de persoonslijst van het kind geregistreerd, en het kind op de persoonslijst van de vader. Het huwelijk van de ouders wordt echter niet geregistreerd in de BRP zolang zij daarvoor niet de juiste documenten en bijbehorende legalisaties hebben overhandigd aan de woongemeente.⁵⁵ Gebruikelijk is dat de ambtenaar burgerlijke stand dan ook een melding doet naar de woongemeente van de ouders om de woongemeente op de hoogte te stellen dat de ouders gehuwd zijn. De ambtenaar burgerlijke stand opereert dus wel zelfstandig, maar houdt altijd rekening met de BRP. In de praktijk is het gebruikelijk dat de ambtenaar burgerlijke stand tevens BRP-ambtenaar is. Ze zijn dus doorgaans goed op de hoogte van gevolgen die beslissingen betreffende het opmaken van een akte burgerlijke stand verder kunnen hebben voor de BRP en betrokken partijen.

2.1.2. Bronnen voor de ambtenaar burgerlijke stand

Er zijn naast het Burgerlijk Wetboek nog een aantal andere bronnen die de ambtenaar burgerlijke stand kan raadplegen. Vooral de kennisbanken VIND Burgerzaken en Handboek Amsterdam worden veel gebruikt door ambtenaren burgerlijke stand. VIND Burgerzaken is een kennisbank die geschreven is en bijgehouden wordt door een team ambtenaren burgerlijke stand, hoogleraren, beleidsmedewerkers en docenten in het burgerzaken vak. Handboek Amsterdam is de kennisbank voor burgerzaken ambtenaren binnen de gemeente Amsterdam, maar wordt ook door de meeste andere gemeenten gebruikt. Wanneer ook de kennisbanken geen

⁵⁴ Leon Evers en Henk Vat, Inleiding tot de burgerlijke stand (Alphen aan den Rijn: Wolters Kluwer Nederland B.V., 2014), 60.

⁵⁵ "Afstamming uit huwelijk vaststellen bij geboorteaangifte – OM 2002-1", Handboek Amsterdam. Geraadpleegd op 22 januari 2019 https://hba.amsterdam/?obj_id=143286505

gepast antwoord bieden op een vraag kan de ambtenaar burgerlijke stand zich nog richten tot het adviesbureau van de Nederlandse Vereniging voor Burgerzaken. De vereniging is nauw betrokken bij de ontwikkeling van een van de kennisbanken, maar kan desalniettemin van advies voorzien indien de informatie uit de kennisbank onvolledig of onduidelijk is.

Islamitisch familierecht is relevant voor de burgerlijke stand. Door steeds verder toenemende migratie komt de ambtenaar burgerlijke stand tegenwoordig, veel vaker dan in het verleden, in aanraking met rechtsprincipes die afwijken van het Nederlands familierecht. In wetteksten wordt geen specifieke aandacht besteed aan islamitisch familierecht. Dit is te verklaren vanuit het neutraliteitsstandpunt van de overheid. Onderscheid in wetteksten op basis van onder andere ras, religie en geslacht is in strijd met de grondwet. De overheid stelt in de wetteksten algemene principes en regels op zonder het onderscheid te maken tussen specifieke levensovertuigingen. In de handboeken van de burgerlijke stand wordt echter wel specifieke aandacht besteed aan verschillende religieuze familiewetgevingen, en islamitisch familierecht in het bijzonder. Een onderbouwing voor de vraag waarom aan islamitisch familierecht in het bijzonder aandacht besteed wordt in de handboeken heb ik vanuit de handboeken zelf niet kunnen vinden. Ik veronderstel echter dat dit te verklaren is vanuit praktisch oogpunt: er wonen in Nederland relatief veel burgers met een migratie achtergrond in Nederland bij wie in het land van herkomst islamitisch familierecht een relevante factor is. Daardoor zullen ambtenaren burgerlijke stand vaker met islamitisch familierecht in aanraking komen dan met andere wetgevingen met een religieuze achtergrond. Ook veronderstel ik dat het huidige maatschappelijke en politieke klimaat tot gevolg heeft dat er meer aandacht is voor de toepassing van islamitisch familierecht dan voor bijvoorbeeld joods familierecht.

De achtergrondinformatie die door de handboeken verschaft wordt betreffende islamitisch familierecht is aan de ene kant soms beperkt en onvolledig, terwijl tegelijkertijd aandacht besteed wordt aan facetten van het islamitisch familierecht die te beoordelen zijn als irrelevant voor de correcte uitvoering van de werkzaamheden van de ambtenaar burgerlijke stand.

VIND Burgerzaken wijdt een gehele pagina aan het thema 'religieus recht' waarin het niet alleen islamitisch recht bespreekt, maar ook recht behorende tot andere godsdiensten aan bod komt. Opvallend is dat de informatie op de desbetreffende pagina betreffend het islamitisch religieus recht aanzienlijk meeromvattend is in verhouding tot de informatie betreffende het religieus recht van de andere omschreven godsdiensten. Ook komen thema's binnen de sharia aan bod waarvan onduidelijk is wat de relevantie is voor de afdeling burgerzaken, zoals het strafrecht en de *hadana* (het moederlijke zorgrecht).⁵⁶ Hoewel de gepubliceerde informatie in zichzelf geen gebreken bevat en interessant kan zijn om te lezen, is onduidelijk wat de relevantie ervan is.

Een soortgelijke presentatie van het islamitisch familierecht vinden we ook terug in het Handboek Amsterdam. Deze is echter meer toegespitst op voor burgerzaken relevante thema's zoals huwelijk, huwelijksontbinding en afstamming van kinderen. Op de pagina's met landeninformatie staat informatie

⁵⁶ "Religieus recht" VIND Burgerzaken. Geraadpleegd op 3 februari 2019.
<https://portal.vindburgerzaken.nl/doc/268272/>

betreffende het familierecht in specifieke landen. Dit is de informatie die de ambtenaar burgerlijke stand raadpleegt wanneer hij of zij moet bepalen op welke wijze bijvoorbeeld afstamming en naamsbepaling tot stand komen volgens het nationale recht van de burger. Ook verleent het inzicht in wettelijke voorschriften die noodzakelijk zijn om te beoordelen of een rechtsfeit in aanmerking komt voor erkenning in Nederland. De landeninformatie kan echter verschillen tussen de kennisbanken. Zo komt het geregeld voor dat op de ene kennisbank de informatie over een onderwerp erg summier is, terwijl de andere kennisbank er uitgebreid over uitweidt. De ambtenaar burgerlijke stand zal in de praktijk bij twijfel beide raadplegen, en op basis van de gecombineerde informatie tot een uitkomst komen.

2.1.3. Werkwijze

Hoe de ambtenaar burgerlijke stand tot de juiste manier om een akte op te maken komt is voor de meest voorkomende situaties nauwkeurig vastgelegd. Ik zal hieronder een uitzetting geven over de werkwijze betreffende geboorte (afstamming), huwelijk en echtscheiding. Ik zal mij niet alleen beperken tot de burgerlijke stand, maar ook de BRP en de RWN in ogenschouw nemen, omdat rechtsfeiten die in het buitenland plaats hebben gevonden doorgaans door de BRP-ambtenaar worden beoordeeld met betrekking tot de mogelijkheid tot erkenning van het rechtsfeit in Nederland. De RWN is relevant omdat de keuzes die de ambtenaar burgerlijke stand maakt van invloed kunnen zijn op verblijfsrechten van burgers.

Afstamming naar Nederlands recht:

Wanneer een kind in Nederland geboren wordt, wordt hiervan aangifte gedaan bij de ambtenaar burgerlijke stand van de geboortegemeente. De eerste vraag die de ambtenaar burgerlijke stand zich moet stellen is wat de afstamming van het kind is. Als moeder wordt altijd in de akte opgenomen de vrouw uit wie het kind geboren is. De vader, of in sommige gevallen de duomoeder, is (naar Nederlands recht) de man of vrouw die op het moment van de geboorte met het kind gehuwd is, de man of vrouw met wie de moeder gehuwd was maar met wie het huwelijk door overlijden van de man of vrouw is ontbonden binnen 306 dagen voor de geboorte of de man of vrouw die het kind erkend heeft. Wanneer is vastgesteld met wie het kind in familierechtelijke betrekkingen komt te staan wordt bepaald wat de nationaliteit van het kind is.⁵⁷ Indien minimaal een van de ouders ten tijde van de geboorte van het kind de Nederlandse nationaliteit bezit, is het kind Nederlander en is op dat kind Nederlands recht van toepassing. Dit is onder andere van belang voor het bepalen van de naam van het kind. Doorgaans is bij kinderen van wie een van de ouders de Nederlandse nationaliteit heeft het opmaken van de geboorteakte en registratie in de BRP een standaardprocedure. Ook voor vreemdelingen met een verblijfsstatus asiel wordt de persoonlijke staat, waaronder de afstamming,

⁵⁷ Leon Evers en Henk Vat, Inleiding tot de burgerlijke stand (Alphen aan den Rijn: Wolters Kluwer Nederland B.V., 2014), 210-212.

bepaald naar Nederlands recht.⁵⁸

Afstamming en internationaal privaatrecht:

Ook de werkwijze bij toepassing van vreemd recht is goed vastgelegd, maar deze is in de toepassing ingewikkelder en vergt meer kennis en doortastendheid van de ambtenaar burgerlijke stand.

Voor de bepaling van de afstamming in situaties waarin internationaal privaatrecht toegepast moet worden wordt gebruik gemaakt van de zogenoemde 'aanknopingsladder'. Dit is een driestapsregel die bepaalt welk nationaal recht van toepassing is op de afstamming. De familierechtelijke betrekking tussen het kind en de (al dan niet ongehuwde) moeder uit wie het kind geboren is ontstaat altijd. Voor dit onderzoek laat ik de familierechtelijke betrekkingen tot de duomoeder buiten beschouwing, omdat in het islamitisch familierecht het huwelijk altijd een verbintenis is tussen een man en een vrouw, en het islamitisch familierecht het duomoederschap niet kent. Ook het geregistreerd partnerschap laat ik om die reden buiten beschouwing. Ik beperk me dus tot de vraag in welke omstandigheden de vader in familierechtelijke betrekkingen tot het kind komt te staan. De aanknopingsladder betreffende de afstamming bestaat uit drie stappen:

Stap 1 is het vaststellen of er een gemeenschappelijke nationaliteit is tussen de moeder en haar echtgenoot. Of een kind ook in familierechtelijke betrekkingen tot een vader komt te staan wordt in de eerste instantie bepaald door het recht van de gemeenschappelijke nationaliteit van de moeder en haar echtgenoot.

Stap 2 is die van de gewone verblijfplaats van de moeder en haar echtgenoot. Bij het ontbreken van een gemeenschappelijke nationaliteit, wordt gekeken naar het recht van de gemeenschappelijke gewone verblijfplaats van de moeder en haar echtgenoot.

Stap 3 is die van de gewone verblijfplaats van het kind. Indien ook die ontbreekt wordt de afstamming bepaald aan de hand van het recht van de gewone verblijfplaats van het kind.

Doorgaans is de man met wie de moeder gehuwd is ook de man tot wie het kind in familierechtelijke betrekkingen komt te staan. In tegenstelling tot het Nederlandse afstammingsrecht is het in veel islamitische landen een vereiste dat het huwelijk ook al een bepaalde tijd gaande is.⁵⁹ Zo is in het Marokkaans familierecht met betrekking tot de afstamming van kinderen bepaald dat het kind alleen in familierechtelijke betrekkingen tot de vader komt te staan wanneer de geboorte ten minste 6 maanden na de huwelijksdatum plaats vindt. Wordt het kind binnen die 6 maanden geboren, dan is er binnen het Marokkaans familierecht de mogelijkheid voor de vader om het kind te erkennen. Tevens komen in Marokko, anders dan in het Nederlandse afstammingsrecht, ook familierechtelijke betrekkingen tot stand tussen het kind en de ex-echtgenoot van de moeder wanneer het kind binnen een jaar na ontbinding van het huwelijk geboren wordt.⁶⁰

⁵⁸ "Burgerlijk Wetboek Boek 10, artikel 17" Wettenbank Overheid.nl. Gepubliceerd op 19 september 2018. <https://wetten.overheid.nl/BWBR0030068/2018-09-19>

⁵⁹ "IPR: Afstammingsrecht" Handboek Amsterdam. Geraadpleegd op 22 januari 2019 https://hba.amsterdam/IPR/Afstamming/IPR_-_Afstammingsrecht

⁶⁰ " Marokko – landeninformatie" Handboek Amsterdam. Geraadpleegd op 22 januari 2019

Vergelijkbare bepalingen vinden we in het Syrisch en Egyptisch familierecht.

In een enkel geval is het moeilijk om vast te stellen welk nationaal recht van toepassing is op de afstamming. Dit doet zich bijvoorbeeld voor in gevallen waarin onduidelijk is wat de nationaliteit van de moeder is, of wanneer naar het recht van haar (vermoedelijke) nationaliteit het afstammingsrecht kenmerken vertoont die ongebruikelijk zijn. Een voorbeeld hiervan is het Somalische afstammingsrecht bij een kind van een Somalische moeder die niet de verblijfsstatus asiel heeft. Wanneer de moeder of haar echtgenoot wel de verblijfsstatus asiel hebben wordt Nederlands recht toegepast op de afstamming van het kind. Handboek Amsterdam heeft voor de ambtenaar burgerlijke stand een schema gepubliceerd aan de hand waarvan de afstamming van het kind bepaald kan worden.⁶¹

Het Somalisch recht kent een bijzondere bepaling, namelijk dat de echtgenoot van een vrouw niet in familierechtelijke betrekkingen tot het kind komt te staan wanneer het onmogelijk geacht wordt dat hij in de periode van de conceptie van het kind geslachtsgemeenschap met de moeder gehad heeft. In zo'n geval wordt hij dus niet als vader op de geboorteakte van het kind opgenomen. Het is echter erg lastig voor de ambtenaar burgerlijke stand om vast te stellen of dit het geval is. Daarvoor moet hij of zij zich ervan overtuigen dat het niet aannemelijk is dat er fysiek contact geweest zou kunnen zijn tussen de moeder van het kind en haar echtgenoot. Hiervoor kan gebruik gemaakt worden van verhoren van de IND, landelijke informatievoorzieningen waaruit blijkt dat de echtgenoot nooit geregistreerd is in de BRP en het onderzoeken van het reisgedrag van de moeder.⁶²

Sommige mensen hebben meerdere nationaliteiten, hetgeen het gebruik van de aanknopingsladder gecompliceerder maakt. Hiervoor bestaat de effectiviteitstoets. Deze bestaat uit het overwegen van alle omstandigheden, en aan de hand daarvan bepalen wat de effectieve nationaliteit van een persoon is. Inzake de afstamming mag de effectiviteitstoets niet toegepast worden.⁶³ Deze toets wordt echter wel toegepast op de (geslachts)naam van het kind indien het kind door afstamming meer dan één nationaliteit krijgt. In de praktijk wordt in de eerste instantie niet gekeken naar de effectieve nationaliteit, maar vraagt de ambtenaar burgerlijke stand welke (geslachts)naam zij wensen voor het kind en toetst dan of dit naar een van de nationaliteiten van het kind mogelijk is. De keuze van de ouders voor een bepaalde geslachtsnaam geeft aan in welke mate zij verbonden zijn met een van hun nationaliteiten en is ook een indicatie van de effectieve nationaliteit.

De kennisbanken bieden de ambtenaar burgerlijke stand in veel gevallen niet alleen inzage in wet- en regelgeving naar vreemd recht, maar ook praktische handvatten in gevallen waarin slechts een overzicht van deze vreemde afstammingsregels wellicht niet tot een correcte uitkomst leidt. Dit voorkomt ook dat door verschillende interpretaties van de toepasselijke afstammingsregels soortgelijke situaties een andere uitkomst

https://hba.amsterdam/main.php?obj_id=789565017#afstammingsrecht

⁶¹ Zie bijlage 1 "Schema afstamming Somaliërs"

⁶² "Somalië – landeninformatie" Handboek Amsterdam. Geraadpleegd op 24 januari 2019

https://hba.amsterdam/main.php?obj_id=138376942#afstammingsrecht

⁶³ "IPR-aspecten in het afstammingsrecht" VIND Burgerzaken. Geraadpleegd op 24 januari 2019

<https://portal.vindburgerzaken.nl/doc/264675/>

krijgen.

Tot stand komen familierechtelijke betrekkingen door erkenning van het (ongeboren) kind:

In dit onderzoek komt in twee verschillende vormen het begrip 'erkenning' aan de orde. De ene vorm is die van erkenning van in het buitenland tot stand gekomen rechtsfeiten. De andere vorm is de erkenning van de ongeboren vrucht of de erkenning van een kind. Dit is een rechtshandeling waardoor familierechtelijke betrekkingen ontstaan tussen het kind en een ouder, meestal de vader. Om verwarring te voorkomen zal ik wanneer het gaat om de laatstgenoemde betekenis van erkenning, expliciet spreken van erkenning van het kind of ongeboren kind.

Indien er geen familierechtelijke betrekkingen tussen vader en kind ontstaan door het huwelijk van de vader met de moeder, dan kan in de meeste gevallen de vader het kind erkennen. Een van de uitgangspunten van het afstammingsrecht is dat het in het emotionele, psychologische en financiële belang van het kind is om twee juridische ouders te hebben. Dit is doorgaans ook in het belang van de vader. De Nederlandse wet kent een alleen juridisch ouderschap. De juridische ouder van een kind hoeft niet ook de biologische ouder te zijn. Wanneer er sprake is van een 'family life' en er geen zwaarwegende redenen zijn om de vader te onthouden van het juridische ouderschap geeft de wetgever in principe nagenoeg altijd de voorkeur aan erkenning van het vaderschap.⁶⁴ Om die reden zijn in het afstammingsrecht en in het IPR de regels voor erkenning van kinderen door hun vader zo soepel opgesteld dat erkenning bijna altijd mogelijk is.

Belangrijkste uitzonderingen zijn de situatie waarin het kind al in familierechtelijke betrekkingen staat tot twee ouders, bijvoorbeeld doordat de moeder gehuwd (geweest) is met een andere man dan de erkenner en het kind daardoor al een juridische vader heeft, of waarin de man op grond van een te nauwe bloedverwantschap niet met de moeder zou kunnen huwen.

Ook bij de erkenning van het (ongeboren) kind wordt gekeken naar het op de erkenning toepasselijk recht. Dit toepasselijk recht wordt bepaald aan de hand van artikel 95 van Boek 10 BW. Ook hiervoor bestaat een zogenaamde 'aanknopingsladder'. Is erkenning mogelijk naar het recht van de nationaliteit van de erkenner, dan wordt dat recht op de erkenning toegepast. Indien de erkenner meer dan één nationaliteit bezit, wordt de nationaliteit toegepast die erkenning mogelijk maakt. Is ook dan erkenning niet mogelijk, dan wordt het recht toegepast van de gewone verblijfplaats van het kind. Daarna van de nationaliteit van het kind en daarna van de gewone verblijfplaats van de erkenner.⁶⁵ Hierdoor is erkenning van een kind bijna altijd mogelijk, ook als de erkenner gehuwd is met een andere vrouw dan de moeder van het kind.

De bepaling dat het niet mogelijk is om het kind te erkennen dat reeds in familierechtelijke betrekkingen staat tot twee ouders geeft echter wel moeilijkheden. Zo komt het met enige regelmaat voor dat een kind niet

⁶⁴ Wendy Schrama "Vervangende toestemming voor erkenning: een analyse van recente rechtspraak." *Tijdschrift voor Familie-en Jeugdrecht* 2015, no. 9 (2015): 176-181.

⁶⁵ "Burgerlijk Wetboek Boek 10, artikel 95" Wettenbank Overheid.nl. Gepubliceerd op 19 september 2018. <https://wetten.overheid.nl/BWBR0030068/2018-09-19>

in familierechtelijke betrekkingen komt te staan tot de man die de biologische vader is of met wie de moeder een relatie heeft, maar tot de ex-echtgenoot van de moeder.

Voorbeeld:

Een Egyptische vrouw is 11 maanden na haar scheiding van haar tevens Egyptische ex-echtgenoot in Nederland bevallen van haar kind. De ambtenaar van de burgerlijke stand moet op de afstamming Egyptisch recht toepassen en het kind komt dus in familierechtelijke betrekkingen te staan tot de ex-echtgenoot van de moeder. Het kind kan niet erkend worden door de Nederlandse partner (tevens de biologische vader en verzorger van het kind) omdat het kind reeds in familierechtelijke betrekking staat tot twee ouders. De ambtenaar van de burgerlijke stand heeft geen andere keus dan de ex-echtgenoot als vader op de geboorteakte op te nemen. Ook wanneer de vader reeds voor de geboorte van het kind het kind had willen erkennen zou deze erkenning van het kind door de ambtenaar burgerlijke stand geweigerd zijn omdat het kind al in familierechtelijke betrekking tot twee ouders zou komen te staan. Hij adviseert het stel een advocaat in de armen te nemen en via de rechter ontkenning van het vaderschap aan te vragen.⁶⁶ Als en wanneer de rechter hiermee akkoord gaat, dan kan de biologische vader het kind erkennen. Een ander regelmatig voorkomend probleem is wanneer de moeder niet de benodigde stukken kan overhandigen waaruit de afstamming van haar kind blijkt.

Voorbeeld:

Een Syrische vrouw is in Nederland bevallen van haar kind. Uit stukken van de IND blijkt de vrouw in het eerste en nader gehoor van de IND verklaard te hebben in Syrië gehuwd te zijn, maar na aankomst in Europa via vernomen te hebben dat haar echtgenoot tijdens een gevecht in Syrië om het leven gekomen is. Van het overlijden van de echtgenoot kan zij geen bewijsstukken overleggen, en de bronnen die de vrouw overlegt heeft worden door de BRP-ambtenaar van de woongemeente niet als voldoende waarheidsgetrouw beoordeeld. De vrouw wordt geacht gehuwd te zijn, en haar vermoedelijk overleden echtgenoot wordt als vader van het kind in de geboorteakte opgenomen.

De afstamming van kinderen die binnen een bigaam huwelijk worden geboren is een discussiepunt binnen het vak. De bronnen lijken zich hierover tegen te spreken. Aan de ene kant kan men aanvoeren dat in het kader van het welzijn van het kind erkenning wel kan plaatsvinden in geval een kind geboren wordt uit een bigaam huwelijk. De strijd met de openbare orde is in dit geval alleen van toepassing op het huwelijk van de ouders, en niet op de erkenning van het uit het bigame huwelijk geboren kind. Het huwelijk wordt in verband met strijd met de openbare orde niet erkend. De vrouw is daardoor formeel niet gehuwd, en de man kan haar kind erkennen. Zijn andere huwelijk vormt geen obstakel, omdat een man naar Nederlands recht ook een

⁶⁶ "Nederlands recht en ontkenning ouderschap" Handboek Amsterdam. Geraadpleegd op 24 januari 2019 https://hba.amsterdam/main.php?obj_id=82339251

kind kan erkennen bij een andere vrouw dan de vrouw met wie hij gehuwd is.⁶⁷ Het Handboek Amsterdam spreekt zichzelf echter elders tegen. Op een andere pagina stelt het handboek namelijk op basis van een advies van het adviesbureau van de Nederlandse Vereniging voor Burgerzaken dat de erkenning geweigerd dient te worden op grond van strijd met de openbare orde.⁶⁸ Ook VIND Burgerzaken neemt de stelling in dat de erkenning in strijd is met de openbare orde, en dat erkenning pas kan plaats vinden na de opheffing van de bigame situatie.⁶⁹ Ik acht het aannemelijk dat, gezien in de bronnen slechts in een geval aangegeven wordt dat erkenning mogelijk is, erkenning van een kind geboren uit een bigaam huwelijk niet mogelijk is en in de praktijk ook niet wordt toegestaan. Wanneer de bigame situatie opgeheven wordt door ontbinding van het eerste huwelijk, komt het bigame huwelijk en de afstamming van daaruit geboren kinderen wel voor erkenning in aanmerking. Hierover heb ik navraag gedaan bij het adviesbureau van de Nederlandse Vereniging Voor Burgerzaken (Hierna: NVVB) en dit is door hen bevestigd.⁷⁰ Tevens wil ik daar de opmerking maken dat het ook aannemelijk is dat veel bigame situaties niet bekend zijn, omdat een of meerdere huwelijken van betrokkenen niet geregistreerd zijn in de BRP. De bigamie komt vaak per toeval aan het licht, bijvoorbeeld wanneer betrokkenen een aanvraag voor een Nederlands paspoort doen bij een buitenlandse ambassade.

Er zijn uitzonderlijke gevallen waarin de ambtenaar burgerlijke stand ervoor kan kiezen om de afstamming tot de vader van een in een bigaam huwelijk geboren kind wél te erkennen. Dit zijn situaties waarin geen sprake kan zijn van strijd met de Nederlandse openbare orde omdat de Nederlandse rechtsorde er helemaal niet bij betrokken is.

Voorbeeld:

Een Saudische man is met zijn drie echtgenotes op vakantie in Nederland. Zijn derde echtgenote, met wie hij door een polygaam huwelijk naar Saudisch recht verbonden is, is op het moment van de vakantie zwanger. Onverwachts wordt de baby veel eerder dan verwacht in Nederland geboren. De ouders van het kind bezitten beiden uitsluitend de Saudische nationaliteit, zijn woonachtig in Saudi-Arabië en zijn voornemens zo snel mogelijk terug naar huis te keren.

In dit soort situaties kan de afstamming naar de vader, mits betrokken partijen de benodigde documenten kunnen tonen, wel erkend worden. Van strijd met de openbare orde is geen sprake, omdat de Nederlandse rechtsorde niet betrokken is bij deze personen.⁷¹ Een weigering om de afstamming van het kind tot de vader niet te erkennen zou de Nederlandse openbare orde niet beschermen, maar zou bij terugkomst in Saudi-Arabië wel leiden tot veel administratieve problemen voor het betrokken partijen.

⁶⁷ "Voorwaarden erkenning Nederlands recht" Handboek Amsterdam. Geraadpleegd op 24 januari 2019 https://hba.amsterdam/Afstamming/Erkenning-ouderschap/Nederlands-recht/Voorwaarden-Ned-recht/Voorwaarden-erkenning-Nederlands-recht#top_hba_pagina

⁶⁸ "Afstamming: Algemeen (Nederlands+Vreemd recht+IPR). Geraadpleegd op 24 januari 2019 https://hba.amsterdam/main.php?obj_id=827741572#AfstammingBigamie

⁶⁹ "Erkenning" VIND Burgerzaken. Geraadpleegd op 24 januari 2019 <https://portal.vindburgerzaken.nl/doc/20006220/>

⁷⁰ Zie bijlage 2

⁷¹ Zie bijlage 3

Het al dan niet erkennen van familierechtelijke betrekkingen tussen vaders en kinderen in geval van bigamie heeft wanneer de Nederlandse rechtsorde wel betrokken is verregaande gevolgen voor de toekenning van het Nederlanderschap voor het kind. Hier zal ik later verder op ingaan.

Huwelijk:

Een huwelijk wordt in Nederland gesloten ten overstaan van de ambtenaar burgerlijke stand. Om een huwelijk aan te kunnen gaan moeten de voorgenomen huwelijkspartners aan bepaalde voorwaarden voldoen. De voorwaarden voor een huwelijk naar Nederlands recht staan beschreven in Boek 1 van het Burgerlijk Wetboek, Titel 5. In het kort gelden de volgende voorwaarden: beide partijen moeten minimaal 18 jaar oud zijn, beide partijen moeten wilsbekwaam zijn, een persoon kan slechts met één persoon gelijktijdig getrouwd zijn, de partijen mogen geen huwelijk aangaan wanneer ze al met iemand verbonden zijn door een geregistreerd partnerschap, wanneer een van de partijen onder curatele staat kan deze persoon alleen trouwen met toestemming van de curator of kantonrechter en er mag geen te nauwe familiale band zijn tussen de twee huwelijkskandidaten.

Wat deze laatste voorwaarde betreft is een huwelijk tussen familieleden in de opgaande en neergaande lijn (ouders, grootouders, kinderen en kleinkinderen) of tussen broers en zussen op geen enkele manier mogelijk. Indien het een huwelijk tussen neef en nicht betreft is dit alleen mogelijk als de partijen bij de ambtenaar burgerlijke stand een verklaring afleggen waarin zij aangeven uit vrije wil met elkaar te willen trouwen.⁷² Als aan een van deze genoemde voorwaarden niet voldaan blijkt te zijn, kan door de partijen, hun ouders, het openbaar ministerie of andere personen met een gerechtvaardigd belang verzocht worden om het huwelijk nietig te verklaren.⁷³

Wanneer het bruidspaar een melding voorgenomen huwelijk indient bij de ambtenaar burgerlijke stand controleert deze of aan alle voorwaarden voldaan is. Hiervoor worden onder andere de BRP en het curateleregister geraadpleegd. Als blijkt dat de gegevens op de persoonslijst van een van de betrokkenen niet volledig zijn of een van de partijen niet in de BRP ingeschreven staat verzoekt de ambtenaar burgerlijke stand de partijen om aanvullende stukken in te leveren waaruit deze gegevens wel blijken. Dit kan bijvoorbeeld een geboorteakte zijn van een persoon die niet in Nederland geboren is en waarvan geen oudergegevens bekend zijn. Deze gegevens zijn nodig om vast te kunnen stellen of de huwelijkspartijen geen te nauwe familieband met elkaar hebben.

Wanneer in ieder geval een van de partijen op huwbare leeftijd in het buitenland gewoond heeft zal deze persoon ook nog een verklaring van burgerlijke staat moeten overleggen afkomstig uit het desbetreffende land. Dit is nodig om vast te stellen of er geen sprake is van een voorgenomen polygaam huwelijk.⁷⁴

⁷² “Burgerlijk Wetboek 1, artikel 31 t/m 42” Wettenbank Overheid.nl. Gepubliceerd op 19 september 2018. <https://wetten.overheid.nl/BWBR0002656/2018-09-19>

⁷³ “Burgerlijk Wetboek 1, artikel 69” Wettenbank Overheid.nl. Gepubliceerd op 19 september 2018. <https://wetten.overheid.nl/BWBR0002656/2018-09-19>

⁷⁴ “Huwelijk en huwelijksvoltrekking” VIND Burgerzaken. Geraadpleegd op 10 februari 2019 <https://portal.vindburgerzaken.nl/doc/264707/huwelijk-en-huwelijksvoltrekking---burgerlijke-stand/>

In sommige gevallen kunnen de partijen de benodigde stukken niet van hun autoriteiten krijgen. Dit is bijvoorbeeld het geval wanneer in een land een oorlog gaande is of er in het verleden gebeurtenissen hebben plaatsgevonden waarbij aktes en documenten verloren zijn gegaan. In dat geval kunnen de partijen een verklaring onder ede afleggen. Ook kan de ambtenaar burgerlijke stand stukken opvragen van de IND waaruit blijkt wat zij over hun burgerlijke staat verklaard hebben bij vestiging in Nederland.

Het huwelijk wordt, ook als een of beide partijen niet de Nederlandse nationaliteit bezitten, altijd voltrokken naar Nederlands recht. Als er in het huwelijksrecht van het land waarvan ze de nationaliteit bezitten redenen zijn waarom ze niet een huwelijk aan zouden kunnen gaan is dat in Nederland geen reden om een huwelijksluiting te weigeren. Hierbij kan gedacht worden aan huwelijken tussen twee mensen van gelijk geslacht of het huwelijk van een vrouw die in het land waar zij de nationaliteit van draagt na haar echtscheiding of het overlijden van haar echtgenoot een wachtperiode heeft die nog niet afgelopen is waardoor zij aldaar nog niet in het huwelijk zou mogen treden. Deze omstandigheden zijn geen reden voor de Nederlandse ambtenaar burgerlijke stand om een huwelijksvoltrekking van deze persoon te weigeren.⁷⁵ Waar echter wel rekening mee gehouden dient te worden is dat een dergelijke huwelijksvoltrekking kan leiden tot een hinkende situatie. Het gesloten huwelijk is in het land waarvan de betrokkene de nationaliteit draagt niet rechtsgeldig. Dit kan leiden tot diverse problemen omtrent, onder andere, de afstamming van kinderen en vermogenskwesies van de huwelijkspartners. Het verdient de aanbeveling dat de ambtenaar burgerlijke stand de rechtsgeldigheid van het huwelijk in het land van de nationaliteit onderzoekt en de betrokken partijen hierover van goede informatie voorziet. In sommige gevallen kan het aan te raden zijn de huwelijksvoltrekking tijdelijk uit te stellen totdat een situatie ontstaat waarin het huwelijk wel rechtsgeldig is in het desbetreffende land.

Erkenning van naar islamitisch recht gesloten huwelijken:

De beoordeling of een naar islamitisch familierecht in het buitenland gesloten huwelijk in aanmerking komt voor erkenning in Nederland is primair niet een taak van de ambtenaar burgerlijke stand, maar van de BRP-ambtenaar. Toch is het onderwerp relevant voor dit onderzoek, omdat het verder inzicht biedt in de wijze waarop de Nederlandse overheid omgaat met kwesies waarin islamitisch familierecht betrokken raakt bij de Nederlandse rechtsorde. Daarnaast komt het zeer regelmatig voor dat de functie van ambtenaar burgerlijke stand en ambtenaar BRP door dezelfde persoon uitgevoerd wordt.

Het uitgangspunt is dat een huwelijk dat buiten Nederland voltrokken is volgens de aldaar geldende voorwaarden in Nederland erkend wordt.⁷⁶ Voorwaarde is wel dat de huwelijksvoltrekking niet in strijd mag zijn met de openbare orde. Volgens artikel 32 van Burgerlijk Wetboek 10 is in ieder geval sprake van strijd met de openbare orde indien een van de partijen op het moment van de voltrekking van het huwelijk

⁷⁵ “IPR: Huwelijk en Geregistreerd Partnerschap” Handboek Amsterdam. Geraadpleegd op 9 februari 2019 https://hba.amsterdam/main.php?obj_id=468962963#Voltrekking_huwelijk_in_Nederland

⁷⁶ “Burgerlijk Wetboek 10, artikel 31” Wettenbank Overheid.nl. Gepubliceerd op 29 januari 2019. <https://wetten.overheid.nl/BWBR0030068/2019-01-29>

Nederlander was of in Nederland de gewone verblijfplaats had en op dat moment reeds met iemand anders getrouwd of geregistreerd partner was, er een te nauwe bloedverwantschap tussen de echtgenoten is, een van de echtgenoten nog geen 18 jaar oud was op het moment van de voltrekking, het huwelijk onder dwang plaatsgevonden heeft of een van de partijen op het moment van de huwelijksvoltrekking niet wilsbekwaam was. Indien de beletselen op het moment van de aanvraag van de erkenning van het huwelijk niet meer bestaan, komt het huwelijk echter wel voor erkenning in aanmerking. Een echtpaar dat op 17-jarige leeftijd gehuwd is naar islamitisch recht kan vanaf het moment dat zij 18 jaar oud zijn dus wel om erkenning van het huwelijk in Nederland vragen.

Een laatste voorwaarde die niet in het Burgerlijk Wetboek opgenomen is, maar volgens de handboeken wel in strijd met de openbare orde wordt geacht te zijn, is het tijdelijke huwelijk. Het tijdelijk huwelijk is een huwelijksvorm die voorkomt bij sjiitische moslims, waarbij het huwelijk na een door de echtgenoten afgesproken tijdsduur van rechtswege wordt beëindigd. Beide handboeken vermelden deze strijd met de openbare orde^{77 78} maar helaas vermeldt geen van de handboeken op grond van welk wetsartikel of uitspraak van de rechtbank deze strijd met de openbare orde gebaseerd is. Een tijdelijk huwelijk komt door de strijd met de openbare orde niet in aanmerking voor erkenning in Nederland. Uit de handboeken blijkt ook niet welke stappen de betrokkenen dienen te nemen om het huwelijk wel voor erkenning in Nederland in aanmerking te laten komen. Een mogelijke oplossing zou kunnen zijn om het huwelijk in het land van huwelijksluiting om te zetten in een huwelijk voor onbepaalde tijd.

Relevante factoren in het islamitisch huwelijksrecht:

Het huwelijk naar Nederlands recht wijkt op een aantal belangrijke punten af van het huwelijk naar islamitisch recht. Ik zal aan de hand van de landeninformatie uit de handboeken de belangrijkste verschillen identificeren en bespreken waarom deze verschillen relevant zijn voor personen die bij verschillende rechtsordes te maken hebben.

In de handboeken wordt ook expliciet gesproken over islamitisch familierecht. Veel meer dan er gesproken wordt over bijvoorbeeld joods of Hindu familierecht. De verklaring hiervoor is hoogst waarschijnlijk dat er grotere aantallen migranten (al dan niet tweede- of derde generatie) moslims met de Nederlandse rechtsstaat in aanraking komen dan joden en hindu's, en dat hun nationale familierecht in verhouding niet of veel minder knelpunten heeft met het Nederlandse familierecht. Ook is niet uit te sluiten dat maatschappelijke en politieke tendensen invloed hebben op de speciale aandacht die er is voor het islamitisch familierecht in Nederland.

Handboek Amsterdam heeft een pagina gepubliceerd die het huwelijk naar islamitisch recht beknopt

⁷⁷ "Huwelijk naar Islamitisch recht" Handboek Amsterdam. Geraadpleegd op 9 februari 2019
https://hba.amsterdam/?obj_id=919352046#tijdelijk

⁷⁸ "Landeninformatie Iran" VIND Burgerzaken. Geraadpleegd op 10 februari 2019
<https://portal.vindburgerzaken.nl/doc/355380/>

beschrijft⁷⁹ en VIND Burgerzaken heeft een pagina gepubliceerd over religieus recht in het algemeen, met daarin een apart hoofdstuk genaamd 'Sharia'.⁸⁰ In de laatstgenoemde wordt ook aandacht besteed aan afstamming en gezag van kinderen en het islamitisch namenrecht. De informatie in beide bronnen is beknopt en erg algemeen. Op zichzelf gezien bieden ze de ambtenaar burgerlijke stand en/of de BRP ambtenaar een vluchtige blik op het islamitisch familierecht, maar gaan zij te weinig op de materie in om het islamitisch familierecht echt te kunnen begrijpen.

De inhoud duidt echter wel op enkele begrippen binnen het islamitisch familierecht die moeilijk te controleren zijn wanneer een Nederlandse ambtenaar probeert te beoordelen of een naar islamitisch recht gesloten huwelijk in aanmerking komt voor erkenning in Nederland. Zo staat op de genoemde pagina van VIND Burgerzaken beschreven dat zoogverwantschap naar islamitisch recht een huwelijksbelemmering vormt. Echter is het voor een Nederlandse ambtenaar nagenoeg onmogelijk om vast te stellen of tussen huwelijkspartijen geen zoogverwantschap bestaat. In bepaalde mate zal de behandelend ambtenaar ervan uit moeten gaan dat indien hij of zij kan vaststellen dat de door de partijen ingediende stukken ten behoeve van de erkenning van het huwelijk echt zijn, de bevoegde ambtenaar in het land waar de stukken vandaan komen een gedegen beoordeling heeft gedaan omtrent de vraag of de partijen inderdaad met elkaar mogen huwen. Veel voorwaarden zijn echter wel te controleren. En hoewel de algemene informatie betreffende het islamitisch familierecht beknopt en te algemeen is, staat op de pagina's met landeninformatie een meer gedetailleerde beschrijving van de voorwaarden voor huwelijksvoltrekking in specifieke landen. Ook kan er informatie gevonden worden over bevoegde autoriteiten. Dit is van belang omdat niet in elk land dezelfde instantie bevoegd is om een huwelijk te voltrekken. In Nederland wordt het huwelijk altijd voltrokken door de ambtenaar burgerlijke stand. Maar in andere landen kan de bevoegde instantie bijvoorbeeld de rechtbank zijn.

Ook kunnen Nederlandse ambtenaren te maken krijgen met huwelijksvormen die in Nederland niet bekend zijn. Het tijdelijke huwelijk werd eerder al besproken en komt niet in aanmerking voor erkenning wegens strijd met de openbare orde. Een andere vorm van het huwelijk die we in Nederland niet kennen is het informele huwelijk. Op grond van Burgerlijk Wetboek 1 artikel 68 is het in Nederland niet toegestaan een religieus huwelijk te sluiten voordat een burgerlijk huwelijk tussen de partijen voltrokken is. In andere landen is dit niet altijd het geval. De Nederlandse ambtenaar moet beoordelen of een informeel gesloten huwelijk rechtsgeldig is in het land van voltrekking en dus in aanmerking komt voor erkenning. Anders dan in Nederland zijn er landen waarbij een religieuze huwelijksvoltrekking wél rechtsgeldig is. Deze huwelijksvorm komt onder andere in Irak en Syrië voor. Er is vaak een vereiste om de informele huwelijksvoltrekking te registreren bij een instantie zoals de rechtbank. Het huwelijk is echter ook rechtsgeldig wanneer het (nog) niet geregistreerd is. In andere landen, zoals onder andere Tunesië, wordt deze vorm van huwelijksvoltrekking niet als rechtsgeldig gezien en in sommige gevallen zelfs strafbaar

⁷⁹ "Huwelijk naar Islamitisch recht" Handboek Amsterdam. Geraadpleegd op 9 februari 2019
https://hba.amsterdam/?obj_id=919352046

⁸⁰ "Religieus recht" VIND Burgerzaken. Geraadpleegd op 10 februari 2019
<https://portal.vindburgerzaken.nl/doc/353740/>

gesteld.⁸¹

Het is in de praktijk voor erkenning van een huwelijk in Nederland belangrijk dat de ambtenaar goed inzicht heeft in specifieke regels die gelden in het land van huwelijksvoltrekking. Een algemene stelregel betreffende islamitisch huwelijksrecht is in deze context moeilijk te geven. De reden hiervan is dat er niet zoiets bestaat als hét islamitisch huwelijksrecht, zoals in de voorbeelden aangegeven kunnen er grote verschillen zijn tussen de wetgeving betreffende het huwelijk in verschillende landen die een op sharia gebaseerd personen- en familierecht hebben.

In het kort moet de ambtenaar burgerlijke stand de volgende vragen beantwoorden: voldoet het getoonde document aan de voorwaarden? Is er sprake van een rechtsgeldig huwelijk volgens de wetten van het land waar het huwelijk voltrokken is? Is er sprake strijd met de openbare orde? Indien het huwelijk aan deze voorwaarden voldoet komt het in aanmerking voor erkenning in Nederland. De wetgeving betreffende het erkennen van huwelijken die in strijd zijn met de openbare orde heeft een pragmatisch karakter. Wanneer de in strijd met de openbare orde zijnde situatie wordt opgeheven, komt het huwelijk in aanmerking voor erkenning. Wanneer een Nederlandse man in het buitenland bigaam gehuwd is komt zijn bigame huwelijk niet in aanmerking voor erkenning. Op het moment dat zijn eerste huwelijk wordt ontbonden, is de strijd met de openbare orde opgeheven en komt het bigame huwelijk wel in aanmerking voor erkenning.⁸²

Tegengaan schijnhuwelijken en huwelijksdwang:

Zoals beschreven in hoofdstuk 2.8 van dit onderzoek heeft de Nederlandse overheid in de afgelopen decennia een aantal maatregelen genomen met het oog op de verbetering van integratie en bescherming van gelijke rechten tussen de seksen van burgers met een migratieachtergrond. Hiertoe is op 1 december 2015 de Wet tegengaan huwelijksdwang in werking getreden en zijn aanvullende maatregelen genomen om schijnhuwelijken te voorkomen. Welke werkwijze hanteert de ambtenaar burgerlijke stand hiervoor? Enkele van de maatregelen om huwelijksdwang tegen te gaan zijn helder te beoordelen en opgenomen in de algemene vereisten om een huwelijk aan te kunnen gaan. Voorbeelden hiervan zijn het verhogen van de minimumleeftijd om een huwelijk aan te kunnen gaan van 16 naar 18 jaar en de vereiste dat men met slechts één persoon gehuwd mag zijn. Ook is het niet meer mogelijk om een huwelijk te sluiten naar vreemd recht en worden alle huwelijken in Nederland gesloten naar Nederlands recht. Met inwerkingtreding van de wet is het ook niet meer mogelijk om bij een Nederlandse gemeente te trouwen voor twee personen die niet de Nederlandse nationaliteit bezitten en niet in Nederland woonachtig zijn. Deze maatregel is bedoeld om te voorkomen dat personen die in hun land van verblijf niet kunnen trouwen in Nederland kunnen 'huwelijksshoppen'.

Een aantal andere maatregelen zijn echter minder algemeen. Zo is het in principe niet toegestaan om met familieleden in de derde en vierde graad te huwen, tenzij beide aanstaande echtgenoten een verklaring

⁸¹ “Landeninformatie Tunesië” Handboek Amsterdam. Geraadpleegd op 10 februari 2019 https://hba.amsterdam/main.php?obj_id=146670486

⁸² “Verwerken in het buitenland gesloten huwelijk/geregistreerd partnerschap” Handboek Amsterdam. Geraadpleegd op 14 februari 2019 https://hba.amsterdam/main.php?obj_id=188429477

afleggen waaruit blijkt dat zij het huwelijk uit vrije wil aangaan. Tevens is er de mogelijkheid voor de ambtenaar burgerlijke stand om het huwelijk te stuiten wanneer hij of zij het vermoeden heeft dat een van de partijen niet uit vrije wil het huwelijk aangaat.⁸³ De laatstgenoemde maatregelen vertonen echter een aantal zwakke plekken waar ik een kritische kanttekening bij wil zetten.

Door de gedeeltelijke inwerkingtreding van de Wet elektronische dienstverlening is de traditionele ondertrouw komen te vervallen.⁸⁴ Een schriftelijke melding aan de ambtenaar burgerlijke stand van de gemeente waar het huwelijk voltrokken gaat worden heeft de ondertrouw in persoon op het gemeentehuis van de woonplaats vervangen.⁸⁵ Het is met de nieuwe regelgeving goed mogelijk dat de ambtenaar burgerlijke stand het bruidspaar pas voor het eerst in persoon ontmoet bij de huwelijksvoltrekking, of zelfs helemaal niet als het huwelijk voltrokken wordt door een buitengewoon ambtenaar burgerlijke stand. Dit is in de regel een andere persoon dan de ambtenaar burgerlijke stand die het de melding voorgenomen huwelijk controleert en de praktische kant van de huwelijksvoltrekking voorbereidt. Hierdoor zal de ambtenaar burgerlijke stand die het huwelijksdossier voorbereidt alleen kunnen afgaan op de feitelijke gegevens uit het dossier melding voorgenomen huwelijk en kan hij of zij niks meer opmaken uit de houding en het gedrag van de aanstaande echtgenoten. De gegevens in het dossier beperken zich tot de persoonsgegevens van de aanstaande echtgenoten, de gegevens over de plaats en datum van de huwelijksvoltrekking en gegevens betreffende de getuigen.⁸⁶ Dit zijn nauwelijks gegevens aan de hand waarvan een ambtenaar burgerlijke stand een vermoeden kan vormen dat er sprake is van een huwelijk onder dwang. Een erg jonge leeftijd of een groot leeftijdsverschil tussen de aanstaande echtgenoten zou een indicatie kunnen zijn, echter komen huwelijken uit vrije wil met dit soort kenmerken ook regelmatig voor. Bij een ondertrouw in persoon zou dan vaak het verschil merkbaar zijn tussen stellen die uit eigen overwegingen het huwelijk aangaan en stellen die dit onder dwang doen. Het onderbuikgevoel van de ambtenaar burgerlijke stand is vaak een eerste stap tot het ontdekken en bestrijden van misstanden. Een ambtenaar burgerlijke stand die het gevoel heeft dat een van de aanstaande echtgenoten niet uit vrije wil het huwelijk aangaat kan hierover vragen stellen, contact opnemen met het sociaal wijkteam van de woonplaats van betrokkene of contact opnemen met Veilig Thuis. Deze kans om dwanghuwelijken te onderscheppen is weggevallen met het vervallen van de traditionele ondertrouw. De verklaring van familieleden in de derde en vierde graad die een huwelijk met elkaar aangaan biedt ook niet veel houvast. Indien op een persoon dermate veel druk is uitgevoerd dat deze stappen onderneemt om tegen zijn of haar wil met een familielid in het huwelijk te treden zal het tekenen van een verklaring geen noemenswaardige drempels meer opwerpen.

⁸³ “Wet tegengaan huwelijksdwang: Informatie bij invoering” Handboek Amsterdam. Geraadpleegd op 14 februari 2019 https://hba.amsterdam/?obj_id=944354364

⁸⁴ “Invoering van de Wet elektronische dienstverlening burgerlijke stand Woensdag 27 Mei 2015” Nederlandse Vereniging Voor Burgerzaken. Geraadpleegd 14 februari 2019 <https://nvvb.nl/nl/communicatie/nieuwsberichten/invoering-van-de-wet-elektronische-dienstverlening/>

⁸⁵ “Burgerlijk Wetboek 1, artikel 43 en 44, oud recht voor 1 september 2015” Wettenbank Overheid.nl. Gepubliceerd op 1 juli 2015. <https://wetten.overheid.nl/BWBR0002656/2019-01-29?VergelijkMet=BWBR0002656%3fg%3d2015-07-01%26v%3d0>

⁸⁶ “Melding van voorgenomen huwelijk of partnerschap: Algemeen” Handboek Amsterdam. Geraadpleegd 18 februari 2019 https://hba.amsterdam/?obj_id=959450873

Ook bij de erkenning en registratie van huwelijken die in het buitenland zijn voltrokken wordt getoetst of dit huwelijk mogelijk onder dwang plaatsgevonden heeft. Dit is lastig te beoordelen. Een van de indicatoren of het een dwanghuwelijk betreft is het verzoek van de echtgenoten. Indien zij de registratie gezamenlijk verzoeken is dit vaak een indicatie dat het niet om een dwanghuwelijk gaat. Beweert een van de echtgenoten echter dat het wel een dwanghuwelijk betreft dan ligt de bewijslast daarvan bij de betrokkene en is alleen een verklaring niet voldoende grond om de erkenning en registratie van het huwelijk te weigeren. Het kan moeilijk zijn om bewijslast aan te leveren voor de dwang. In de praktijk zal deze kwestie aan de rechter overgelaten moeten worden.⁸⁷

Het schijnhuwelijk is eveneens moeilijk te beoordelen. Hierin speelt zeker een rol dat er weinig contact is tussen de ambtenaar burgerlijke stand en het bruidspaar, maar ook wanneer dit contact er wel is is het moeilijk om onomstotelijk vast te stellen dat het een schijnhuwelijk betreft.

Isik Kulu-Glasgow et al. beargumenteren dat de term schijnhuwelijk moeilijk te definiëren is.⁸⁸ In een westerse context wordt het huwelijk doorgaans gezien als een verbintenis om romantische redenen. Er zijn echter ook huwelijken die gebaseerd zijn op andere voordelen voor de huwelijkspartners. Belangrijk is om een duidelijk onderscheid te maken tussen verstandshuwelijken en schijnhuwelijken. Bij verstandshuwelijken kunnen financiën, wensen van familieleden of andere wederzijdse belangen zoals zorg of het welzijn van gezamenlijke kinderen een rol spelen. Een schijnhuwelijk wordt echter gedefinieerd als een huwelijk met als enige oogmerk het verkrijgen van verblijfsrechten voor een van de echtgenoten. In veel gevallen zal het verkrijgen van verblijfsrecht een rol spelen of een gunstige bijkomstigheid zijn, maar wanneer ook andere factoren een motivatie voor de relatie zijn is in deze gevallen geen sprake van een schijnhuwelijk. Ook komt het voor dat het huwelijk in de eerste instantie om romantische redenen gesloten is, maar bij beëindiging van de relatie de echtgenoten een bewuste keuze maken om het huwelijk voor een bepaalde duur nog niet te ontbinden totdat een van de echtgenoten in het bezit is van de Nederlandse nationaliteit of een verblijfsvergunning die niet afhangt van de relatie met de (ex-)partner. In dit geval is geen sprake van een schijnhuwelijk omdat het verkrijgen van een verblijfsrechtelijke status in de eerste instantie niet de reden was waarom de echtgenoten met elkaar in het huwelijk zijn getreden.⁸⁹

Wanneer de ambtenaar burgerlijke stand redenen heeft om te denken dat een te voltrekken huwelijk een schijnhuwelijk betreft kan deze weigeren tot de voltrekking van het huwelijk. Om de huwelijksvoltrekking te kunnen weigeren heeft de ambtenaar echter wel objectieve en duidelijke indicaties zijn dat het een schijnhuwelijk betreft. Deze zijn in de praktijk moeilijk te verkrijgen. Slechts het feit dat een van de echtgenoten niet over een verblijfsstatus beschikt is niet voldoende. Handboek Amsterdam heeft duidelijke richtlijnen opgesteld voor het instellen van het onderzoek. Zo kan de hulp van de politie worden ingeroepen om bijvoorbeeld een huisbezoek af te leggen en is onderdeel van de beslisprocedure om beide aanstaande

⁸⁷ “Trouwen onder dwang” Handboek Amsterdam. Geraadpleegd op 18 februari 2019
https://hba.amsterdam/main.php?obj_id=1062805136

⁸⁸ “Schijn bedriegt” Kulu-Glasgow, I. et al. pp. 28-32 Geraadpleegd 27 februari 2019
https://www.wodc.nl/binaries/cahier-2016-6-volledige-tekst-nw_tcm28-124356.pdf

⁸⁹ Ibid

echtgenoten te horen. De aanstaande echtgenoten kunnen bijvoorbeeld ondervraagd worden over de persoonlijke voorkeuren van de ander, de gezamenlijke woning, hun woonplaats, hun vrienden en hun relatiegeschiedenis.⁹⁰

Waar de onderzoeksmethode echter slechts beperkt rekening mee houdt is dat relatievorming niet in elke culturele en religieuze kring hetzelfde verloopt. In de laatste eeuw zijn over het algemeen gezien relatievormen in Nederland steeds vrijer geworden. Een huwelijksverbintenis is niet langer de norm om samen te kunnen leven en de aanloop naar het sluiten van een huwelijk is aanzienlijk langer geworden. Vaak wonen mensen al enkele jaren samen en krijgen gezamenlijke kinderen alvorens ze over gaan tot het vastleggen van de relatie door middel van een huwelijk. Deze Nederlandse relatiegebruiken schemeren ook door in het soort persoonlijke vragen die bij een onderzoek naar schijnhuwelijken vaak gesteld worden. In andere culturele kringen kan het echter veel minder gebruikelijk zijn dat voorafgaand aan een huwelijk de twee aanstaande echtgenoten veel persoonlijk contact met elkaar gehad hebben. Een gearrangeerd huwelijk voldoet al snel aan de criteria om een schijnhuwelijk of een huwelijk onder dwang te vermoeden, maar hoeft geenszins een van die dingen te zijn.

Ontbinding van het huwelijk:

De ambtenaar burgerlijke stand is bij de ontbinding van een huwelijk in Nederland weinig betrokken. De rechter ontbindt het huwelijk en de ambtenaar burgerlijke stand maakt daarvan slechts een aantekening op de huwelijksakte en brengt de woongemeente op de hoogte.

Bij de erkenning van een ontbinding van het huwelijk in het buitenland zal getoetst moeten worden of deze in aanmerking komt voor registratie. Hierbij is van belang dat betrokkene de juiste documenten aanlevert, de ontbinding tot stand is gekomen door behoorlijke rechtspleging (de wederpartij is opgeroepen, gehoord en heeft de mogelijkheid gehad zich te verweren) en dat deze bekrachtigd is door een aldaar daartoe bevoegde autoriteit. Bij de verstoting is het mogelijk dat de buitenlandse echtscheiding niet in aanmerking komt voor erkenning omdat er geen behoorlijke rechtspleging heeft plaatsgevonden, omdat de wederpartij niet gehoord is en de wederpartij geen verweer heeft kunnen voeren. Ook is het mogelijk dat de verstoting heeft plaatsgevonden zonder tussenkomst van een rechtsfiguur.⁹¹ Zo is het naar Egyptisch recht mogelijk voor een man om zijn vrouw te verstoten zonder tussenkomst van de rechter. De verstoting dient slechts binnen 30 dagen vastgelegd te worden door de notaris.⁹² De voorwaarden zijn echter geen zogenoemde absolute voorwaarden. Naar gelang de omstandigheden kan het voorkomen dat een buitenlandse echtscheiding die niet aan alle voorwaarden voldoet toch in aanmerking komt voor erkenning in Nederland. De voorwaarden zijn dat de verstoting mogelijk is naar het nationale recht van de man (een man die slechts de Nederlandse nationaliteit bezit kan zijn buitenlandse verstoting nooit laten erkennen in Nederland), de verstoting daar

⁹⁰ “Schijnhuwelijken/partnerschappen: Algemeen en onderzoek” Handboek Amsterdam. Geraadpleegd 3 maart 2019 https://hba.amsterdam/?obj_id=528539348#stappenplanschijnhuw

⁹¹ “Echtscheiding” VIND Burgerzaken. Geraadpleegd op 3 maart 2019 <https://portal.vindburgerzaken.nl/doc/264812/>

⁹² “Landeninformatie Egypte” Handboek Amsterdam. Geraadpleegd 3 maart 2019 https://hba.amsterdam/main.php?obj_id=214860271#Huwelijksontbinding

waar hij plaatsgevonden heeft rechtsgevolg heeft, de vrouw nadrukkelijk of stilzwijgend ingestemd heeft met de verstoting en de verstoting onherroepelijk is.

Niet in alle documenten betreffende ontbinding van een huwelijk door middel van verstoting is opgenomen of de vrouw instemt met de verstoting. Indien dit ontbreekt kan gekeken worden of zij stilzwijgend ingestemd heeft. Dit is bijvoorbeeld het geval als zij verzocht heeft om registratie van de ontbinding van het huwelijk of wanneer zij na de verstoting een huwelijk gesloten heeft met een andere man. Ontbreekt ook de stilzwijgende toestemming dan zal alsnog een verklaring van de vrouw verkregen moeten worden waarin zij aangeeft in te stemmen met ontbinding van het huwelijk.⁹³

De toestemming van de vrouw kan voor problemen zorgen voor de man. Als hij niet in contact kan komen met zijn voormalige echtgenote of zij weigert een verklaring af te geven komt hij in een situatie van huwelijkse gevangenschap terecht. Het is van uiterst belang dat de behandelend ambtenaar voorzichtig omgaat met de beoordeling van een echtscheiding naar islamitisch familierecht. Het kan voorkomen dat betrokkenen stukken aanlevert waarin gesproken wordt van een gerechtelijke echtscheiding, terwijl uit de details van de stukken blijkt dat het in werkelijkheid een verstoting betreft.

Een goede beoordeling door de behandelend ambtenaar is van belang voor de rechtspositie van betrokkenen. Een onjuiste beoordeling kan iemand ervan weerhouden opnieuw te huwen en kan ook gevolgen hebben voor de verblijfsrechtelijke status.

2.2De rechtbank

Hoewel de rechtbank een zijspoor is van de onderzoeksvraag is de werkwijze in enige mate toch wel relevant voor dit onderzoek. De Nederlandse overheid is georganiseerd volgens de zogenoemde 'trias politica' structuur. In deze structuur is de macht van de overheid verdeeld tussen drie autoriteiten. De wetgevende macht, de uitvoerende macht en de rechterlijke macht. In theorie is er een scheiding tussen deze drie machten, maar volgens Annemieke Strijers kan beter gesproken worden van een machtsevenwicht waarin de drie autoriteiten elkaar controleren. Zij beschrijft dat in de huidige pluriforme samenleving het steeds moeilijker wordt om scherpe en duidelijke wetten op te stellen. Dit heeft tot gevolg dat wetgeving, vaker dan in het verleden, open normen bevat. Het gevolg hiervan is dat de bestuurlijke macht de belangen van een bepaalde groep vaker betreft bij de besluitvorming, maar ook dat wanneer deze open normen leiden tot conflicten tussen burgers onderling of tussen de burgers en overheid de rechtsprekende macht steeds vaker de taak heeft deze open normen toe te passen op een specifieke casus.⁹⁴

Strijers concludeert dat de bestuurlijke macht zich bij open normen in een lastige positie bevindt. De bestuurlijke macht heeft tot taak om wet- en regelgeving uit te voeren, maar waar deze wetten en regels open normen bevatten of als 'slecht uitvoerbare wetten' aangemerkt kunnen worden kan het voor de bestuurlijke macht moeilijk zijn om wetgeving op een goede manier uit te voeren. Het gevolg hiervan kan zijn dat de wet

⁹³ “IPR: echtscheiding” Handboek Amsterdam. Geraadpleegd op 3 maart 2019
https://hba.amsterdam/main.php?obj_id=80751776#ipr

⁹⁴ “Belangenafweging in de rechtsstaat: drie casussen” Strijers, A. pp. 7-10. Geraadpleegd 3 maart 2019
<https://www.wrr.nl/publicaties/publicaties/2003/03/14/belangenafweging-in-de-rechtsstaat-drie-casussen>

niet correct uitgevoerd wordt, of er willekeur ontstaat en dezelfde situatie bij verschillende bestuurlijke organisaties tot andere uitkomsten kan leiden. Vooral het laatste is bij de burgerlijke stand zeer onwenselijk. Waar in de wetgeving open normen gelden wordt beoordeling van de situatie en de gepaste toepassing van de open norm vaak overgelaten aan de rechter. De rechter komt in dit soort gevallen in de positie van gedeeltelijke rechtsvormer terecht omdat aan de rechter de taak is de wetgeving te interpreteren en duidelijkheid te verschaffen.⁹⁵

Uitspraken van de rechter zijn betekenisvol voor dit onderzoek omdat ze een brug slaan tussen wetgeving aan de ene kant en maatschappelijke ontwikkelingen en behoeften aan de andere kant. Tevens geven uitspraken van rechters de bestuurlijke macht handvaten wanneer de toepassing van wetgeving in de praktijk voor conflicten zorgt.

De wet- en regelgeving die de burgerlijke stand organiseert bevat weinig open normen. Toch neemt de rechter een grote rol in bij de werkwijze van de ambtenaar burgerlijke stand. Eerder in dit hoofdstuk is beschreven dat de rechter de enige macht is die dwingend kan bepalen hoe de ambtenaar burgerlijke stand te werk moet gaan. Maar de rechter heeft niet alleen een controlerende en corrigerende functie voor de burgerlijke stand. In sommige gevallen vraagt de ambtenaar burgerlijke stand zelf toestemming aan de rechter om een correctie uit te voeren of adviseert de ambtenaar burgerlijke stand de burger om zelf zijn of haar situatie aan de rechter voor te leggen als de ambtenaar burgerlijke stand verwacht dat dit in het belang van de burger is, omdat het tot een beter resultaat voor de betrokken partijen zal leiden. Een verzoek van de ambtenaar burgerlijke stand aan de rechter heeft doorgaans tot resultaat dat de rechter zich buigt over de juridische feiten, terwijl bij een verzoek van een burger ook factoren zoals 'established family life', DNA en belang van kinderen meespelen. Afhankelijk van wie de verzoeker is en hoe het verzoek ingediend wordt kan de uitkomst verschillen. Dit vereist van de ambtenaar burgerlijke stand dat deze alvorens zelf stappen te ondernemen goed afweegt of dit wel de gewenste uitkomst zal hebben.

Ook komt het voor dat uitspraken van rechters direct invloed hebben op de werkwijze van de ambtenaar burgerlijke stand. Wanneer binnen de burgerlijke stand onduidelijkheid is over de uitvoering van een bepaald wetsartikel kunnen uitspraken van de rechter duidelijkheid bieden en nieuwe richtlijnen voor de praktische werkwijze en wijze van beoordeling tot stand brengen. Er doen zich situaties voor waarin voor kinderen van dezelfde ouders soms andere uitkomsten zijn. Een voorbeeld is een geval waarin er twee kinderen zijn van dezelfde ouders, maar het eerste kind geboren is toen het huwelijk van de ouders een bigaam huwelijk was. Het tweede kind is geboren nadat het eerste huwelijk van de vader was ontbonden en de bigame situatie niet meer bestond. Beide kinderen hebben volgens de Marokkaanse geboorteakte familierechtelijke betrekkingen met de vader. Het huwelijk van de ouders was ten tijde van de geboorte van het eerste kind in strijd met de openbare orde, maar ten tijde van het tweede kind niet. De Hoge Raad heeft geoordeeld dat de familierechtelijke betrekking van het eerste kind tot de vader weliswaar in de eerste instantie, door het bigame karakter van het huwelijk van de ouders, niet voor erkenning in aanmerking komt op grond van

⁹⁵ Belangenafweging in de rechtsstaat: drie casussen” Strijers, A. pp. 71-73. Geraadpleegd 3 maart 2019 <https://www.wrr.nl/publicaties/publicaties/2003/03/14/belangenafweging-in-de-rechtsstaat-drie-casussen>

kennelijke strijd met de Nederlandse openbare orde, maar dat na het vervallen van de bigame situatie de familierechtelijke betrekking wel in aanmerking komt voor erkenning.⁹⁶

Een ander voorbeeld is de erkenning van vaderschap buiten het huwelijk bij burgers van wie het nationale recht deze constructie niet kent. Uit de informatie van VIND Burgerzaken blijkt dat de rechter in veel gevallen besluit dat Nederlands recht van toepassing is op ontkenning van het vaderschap in gevallen waarbij volgens het islamitisch familierecht familierechtelijke betrekkingen tot stand kwamen tussen een kind en een man met wie er in feite geen praktische of biologische familierelatie bestond. Hieruit blijkt dat de rechter in zaken waarin naar zijn of haar inzicht de omstandigheden hierom verzoeken een afweging maakt tussen de navolging van de regels van het internationaal privaatrecht en, waar mogelijk en/of noodzakelijk, de belangen van burgers.⁹⁷

Door dit soort gerechtelijke uitspraken op te nemen in de handboeken worden de ambtenaar burgerlijke stand handvaten geboden om om te gaan met situaties die in de praktijk voor onduidelijkheid hebben gezorgd. Ook wordt het begrip en kennis van het karakter van de wet- en regelgeving hierdoor vergroot.

⁹⁶ “Erkenning” VIND Burgerzaken. Geraadpleegd 6 maart 2019 <https://portal.vindburgerzaken.nl/doc/20006220/>

⁹⁷ “Religieus recht” VIND Burgerzaken. Geraadpleegd 17 maart 2019 <https://portal.vindburgerzaken.nl/doc/268272/>

3. Verhoudingen tussen de werkwijze van de ambtenaar burgerlijke stand en het maatschappelijk en wetenschappelijk debat

3.1 Welke positie neemt de burgerlijke stand in?

Sharia en de toepassing van islamitisch familierecht staan centraal in het Nederlandse islamdebat. Dit debat vindt plaats op verschillende niveaus waarin verschillende belangen een rol spelen. In het maatschappelijk debat raakt het onderwerp het gevoel van mensen. Het debat omtrent sharia is voor mensen emotioneel beladen en roept sterke reacties op. De aanwezigheid van relatief nieuwe culturele en religieuze invloeden in de samenleving roept de vraag op welk effect deze invloeden hebben op de gevestigde cultuur en in hoeverre deze invloeden ruimte mogen krijgen in de samenleving.

Maatschappelijk gezien wordt religie beschouwd als een private aangelegenheid van burgers. Door de scheiding van kerk en staat is het maatschappelijke streven dat een overheid zich niet met religieuze aangelegenheden hoeft te bemoeien en vice versa. In zo'n verhouding tussen religie en staat is het weinig problematisch als burgers met een religieuze overtuiging zich op een bepaalde wijze willen kleden, willen bidden of andere rituelen willen uitvoeren zoals vasten. De spanning die ontstaat omtrent de toepassing van sharia of islamitisch familierecht is te verklaren vanuit de reikwijdte van de sharia zelf. Zoals eerder omschreven in hoofdstuk 1 van dit onderzoek behelst sharia niet slechts religieuze aangelegenheden van burgers maar organiseert sharia voor een deel ook politieke en juridische aspecten van de samenleving. Als er in de maatschappij ruimte gegeven wordt om ook deze onderdelen van sharia toe te laten passen roept dat de vraag op wat dat betekent voor de gevestigde politieke en juridische organisatie van de samenleving. Dit is echter een debat dat op maatschappelijk niveau doorgaans niet gevoerd wordt vanuit de vraag of ruimte voor sharia politiek of juridisch aanvaardbaar is.

De vraag of er in Nederland ruimte is voor sharia draait om de vraag of sharia verenigbaar is met democratische rechtsbeginselen. Het debat wordt gekenmerkt door de vraag wat de Nederlandse identiteit is en in hoeverre deze beïnvloed zou worden door meer ruimte te geven aan sharia of delen daarvan. In hoofdstuk 1 is reeds beschreven dat vrouwenrechten een centrale plek hebben ingenomen in de identiteitsbeleving van veel Nederlanders. In de spiegeling tussen de Nederlandse cultuur en andere culturen spelen vrouwenrechten een belangrijke rol. Het is dan ook voornamelijk op het vlak van vrouwenrechten dat de spanning in het maatschappelijk debat ontstaat. Die spanning bestaat niet alleen over de vraag wat het toestaan van de toepassing van sharia zou betekenen voor de rechten van islamitische vrouwen, maar ook wat de toepassing van sharia zou betekenen voor de rechten van alle vrouwen in Nederland. Al snel doemen dan bij een deel van de Nederlandse bevolking schrikbeelden op van inperking van hun individuele vrijheden. Hierbij valt te denken aan het opleggen van conservatieve kledingnormen aan vrouwen in het openbaar, het inperken van rechten van homoseksuelen en het opleggen van beperkingen omtrent het overdag eten en drinken tijdens de ramadan. Wanneer het debat gevoerd wordt met dit soort doemscenario's in het achterhoofd is er weinig ruimte meer voor nuance in het debat.

Het wetenschappelijk debat over sharia in Nederland kenmerkt zich door verschillende benaderingen.

Historische en sociologische benaderingen onderscheiden zich daarin van juridische benaderingen. De historische en sociologische benaderingen kenmerken zich door beschrijvingen van sharia als een vorm van wetgeving die zich in verschillende historische periodes en onder verschillende maatschappelijke en politieke situaties aan weet te passen aan de omstandigheden. Hiermee wordt een kritisch tegengeluid gegeven aan de misvatting dat er zoiets bestaat als dé sharia. Voorbeelden hiervan heb ik reeds eerder besproken in hoofdstuk 1 van dit onderzoek aan de hand van onder andere literatuur van Knut Vikør over de veranderlijkheid van de sharia onder verschillende politieke omstandigheden en in verschillende historische periodes.

De juridische benadering heeft een pragmatisch karakter. Deze benadering onderzoekt de toepasbaarheid van sharia in een democratische Europese context. Deze benadering toont aan dat sommige onderdelen van de sharia, zoals delen van het familierecht en vermogensrecht, verenigbaar zijn met democratisch Europees recht en sommige onderdelen, zoals het strafrecht, niet. Hierin blijkt, zoals tevens besproken in hoofdstuk 1 aan de hand van literatuur van Maurits Berger, vooral op het gebied van universele mensenrechten en in het bijzonder de rechtspositie van vrouwen een spanningsveld te ontstaan tussen Europees democratisch recht en op sharia gebaseerd islamitisch familierecht. De Nederlandse overheid heeft volgens Paul Vlaardingebroek ervoor gekozen zich steeds actiever hierin te gaan mengen.

Het internationaal privaatrecht heeft tot doel rechtsfeiten tot stand te laten komen op dusdanige wijze dat hinkende situaties zo veel als mogelijk voorkomen worden. Echter heeft de toepassing van vreemd recht soms tot gevolg dat rechtsfeiten tot stand zouden kunnen komen die geacht worden in strijd te zijn met de openbare orde. Deze maatregelen bieden echter niet altijd een goede uitkomst. Zoals in aan de hand van literatuur van Iris Sportel en Paul Vlaardingebroek in hoofdstuk 1 beargumenteerd heb blijkt de bescherming van de universele mensenrechten van de een soms te leiden tot het schenden van de rechten van de ander.

De rechtspraktijk, in dit onderzoek met een nadruk op de werkwijze van de ambtenaar burgerlijke stand, bevindt zich tussen het maatschappelijke en wetenschappelijke debat in. Dit is te verklaren vanuit de verschillende rollen die de actoren die betrokken zijn bij dit volledige proces (wetenschap, maatschappij, politiek, beleidsmakers en uitvoerende actoren zoals de ambtenaar burgerlijke stand) innemen.

Om dit beter te begrijpen is het van belang om vast te stellen hoe deze verschillende actoren zich van elkaar onderscheiden en hoe zij door elkaar beïnvloed worden. Zij zijn in karakter, organisatie en reikwijdte van hun invloed verschillend van elkaar.

De ambtenaar burgerlijke stand heeft een uitvoerende rol. De wet is vastgesteld en daar heeft de ambtenaar burgerlijke stand zich aan te houden. De invloed die de ambtenaar burgerlijke stand uitvoert op deze werkwijze is gering. In die zin is het zinvol om ter beantwoording van de vierde deelvraag van dit onderzoek niet slechts te kijken naar de feitelijke werkwijze van de ambtenaar burgerlijke stand en de omgang van de handboeken met islamitisch familierecht, maar ook de besluitvorming die daaraan vooraf gaat in ogenschouw te nemen. Zo kan tot een beter begrip gekomen worden over de vraag waarom de werkwijze van de ambtenaar burgerlijke stand zich tussen het wetenschappelijk en maatschappelijk debat in bevindt.

Het karakter van de verschillende actoren werkt door in de manier waarop zij deze werkwijze beïnvloeden. Voor wetenschap en beleid zijn namelijk minder strakke rollen weg gelegd dan voor de uitvoerende actoren zoals de ambtenaar burgerlijke stand.

Elke Devroe beschrijft wetenschap als een methode om kennis te verwerven. Het karakter van de wetenschap beschrijft zij als objectief, zelfstandig, consequent, toetsbaar en gebaseerd op goede onderzoeksmethoden. Beleid heeft volgens haar een heel ander karakter. Beleid streeft er altijd naar een bepaald doel te halen. Het is gebonden aan context, ad-hoc, sterk politiek beïnvloed en heeft in bepaalde mate draagvlak onder de bevolking nodig. Politieke belangen en normen spelen bij beleid een belangrijke rol.⁹⁸ Deze politieke belangen en normen worden op hun beurt weer sterk beïnvloed door het publieke debat. De politiek is afhankelijk van de publieke opinie, en als gevolg daarvan is beleid ook in grote mate gevormd door de publieke opinie.

Dit heeft tot gevolg dat enerzijds de werkwijze van de ambtenaar burgerlijke stand zich kenmerkt door een bepaald pragmatisme en zich in zekere zin weinig aantrekt van de publieke opinie, maar anderzijds hier indirect wel door beïnvloed wordt.

Door de toepassing van het internationaal privaatrecht zoals vastgelegd in Boek 10 BW is het gebruikelijk dat de ambtenaar burgerlijke stand vreemd recht toepast. Indien dit vreemd recht islamitisch recht betreft werpt dat in zichzelf geen belemmering op voor de toepassing ervan. Het Nederlands Burgerlijk wetboek maakt geen onderscheid tussen verschillende geloofsovertuigingen, en maakt daar in toepassing van vreemd recht ook geen onderscheid in. Ook voor de erkenning van buitenlandse rechtsfeiten speelt islamitisch recht in zichzelf geen rol. Het gegeven dat een rechtsfeit in het buitenland tot stand is gekomen naar islamitisch recht is geen belemmering voor de erkenning ervan. Wat wel een reden kan zijn om een rechtsfeit niet naar vreemd recht tot stand te laten komen danwel een in het buitenland tot stand gekomen rechtsfeit van erkenning in Nederland te onthouden is kennelijke strijd met de openbare orde.

Zelfs als een overheid als streven zou hebben rechtsfeiten met een bepaalde religieuze grondslag te weren uit de Nederlandse rechtsgang zou dit in een democratische rechtsstaat niet mogelijk zijn omdat de implementatie van zo'n maatregel indruist tegen de democratische beginselen van gelijke behandeling. De strijd met de openbare orde beperkt zich tot specifieke gebeurtenissen waarop de kennelijke strijd betrekking heeft, niet op de ideologische of religieuze grondslag van de gebeurtenissen. De openbare orde exceptie biedt een oplossing daar waar algemene wetgeving en maatschappelijke normen en waarden met elkaar botsen. In het kader van het personen- en familierecht spelen in Nederland mensenrechten, en met name gelijke rechten voor vrouwen, een grote rol in de beoordeling of rechtsfeiten in strijd zijn met de openbare orde. Het uitgangspunt van de werkwijze van de ambtenaar burgerlijk stand is om rechtsfeiten zo veel als mogelijk volgens het nationaliteitsbeginsel tot stand te laten komen om hinkende rechtssituaties te voorkomen. De openbare orde exceptie is de grens van acceptatie van dat uitgangspunt. Hierin spelen het maatschappelijk en politiek debat over de rol van sharia, en de vraag in hoeverre daarvoor ruimte is in de Nederlandse

⁹⁸ Elke Devroe "Wetenschap voor beleid of beleid voor wetenschap? Een analyse van 15 jaar politie en justitie onderzoek in België." *Panopticon* 31, no. 3(2010): 11-39.

maatschappij, een belangrijke rol en sluit de werkwijze van de ambtenaar burgerlijke stand aan bij het maatschappelijk en politiek debat.

3.2 Totstandkoming van beleid en wetenschappelijk onderzoek

Om de werkwijze van de ambtenaar burgerlijke stand nader te verklaren is het zinvol om de inzichten over toepassing van islamitisch familierecht vanuit de wetenschap te vergelijken met het proces van besluitvorming omtrent familierecht in Nederland. De werkwijze van de burgerlijke stand is het gevolg van die besluitvorming.

De totstandkoming van wetgeving en de bestuurlijke uitvoering van wetgeving is een complex proces waarop diverse factoren van invloed zijn. Nederlands familierecht kenmerkt zich door een liberale inslag waarin veel ruimte is voor individuele rechten en vrijheden. Zo is het Nederlands familierecht van oudsher vooruitstrevend in het toekennen van gelijke rechten aan mannen en vrouwen, gelijke rechten voor LGBT, het voorzien in regelingen voor personen die hun familielevens buiten het instituut huwelijk om willen organiseren, en is in het Nederlands internationaal privaatrecht veel mogelijkheid geboden om rechtsfeiten naar vreemd recht tot stand te laten komen.

Ik heb in de literatuur weinig uitgebreide studies gevonden die zich toespitsen op de thematiek van mijn onderzoek. Uit de literatuur zoals beschreven in hoofdstuk 1.8 blijkt wel dat er vanuit de wetenschap de vraag wordt opgeroepen of deze maatregelen niet te veel ongewenste neveneffecten hebben, maar uitgebreid empirisch onderzoek naar wat precies de positieve en negatieve gevolgen zijn van de openbare orde exceptie en de maatregelen die door de overheid zijn genomen in het versterken van de rechtspositie van (islamitische) vrouwen ontbreekt. In hoofdstuk 1.9 werd literatuur van Antokolskaia besproken die de vraag oproep of beleidsmakers voldoende rekening houden met uitkomsten van wetenschappelijk onderzoek bij besluitvorming omtrent personen- en familierecht.⁹⁹ Sociaal-wetenschappelijk onderzoek naar de verschillende mogelijkheden van de omgang met islamitisch familierecht is eveneens schaars.

De overeenstemming tussen wetenschap en beleid op het gebied van personen- en familierecht is om meerdere redenen problematisch. De doelstellingen van wetenschappelijk onderzoek zijn doorgaans duidelijk en scherp afgebakend. De doelstellingen van de wetgever zijn echter complex en de uitkomsten zijn, mede veroorzaakt door het proces van politieke besluitvorming, vaak een compromis. In de samenwerking tussen academici en beleidsmakers is het de taak van de wetenschap om de beleidsmakers in te lichten over empirische gevolgen van verschillende beleidsopties. Hierin spelen echter verschillende belangen een rol. Er zijn belangen van de overheid en belangen van de burger. Maar vooral de verschillende belangen van de burgers zijn een complicerende factor. Wanneer het gaat om personen- en familierecht worden daardoor mensenlevens beïnvloed. Beleidsmatige beslissingen kunnen grote gevolgen hebben voor het persoonlijke leven van mensen en voor de kern van het leven dat ze leiden: hun gezin, hun stabiele basis. Wanneer de stabiliteit van deze basis, of het vooruitzicht daarop, ter discussie staat spelen emoties van burgers een grote

⁹⁹ Masha V. Antokolskaia “Van politiek gestuurde wetgeving naar evidence-based wetgeving.” *Gedrag en privaatrecht* (2013): 173-207.

rol. Een grote wijziging in het personen- en familierecht roept bij burgers de vraag op wat dat betekent voor de juridische status van hun eigen gezin. Zo zou een mogelijke wettelijke wijziging van het verbod op het huwelijk van meer dan twee personen bijvoorbeeld kunnen leiden tot zorgen dat de partner druk kan uit oefenen hem of haar een andere echtgeno(o)t(e) erbij te laten nemen of dat het makkelijker wordt te verzwijgen dat er al een andere echtgeno(o)t(e) is. Hoewel voor al dit soort vragen praktische oplossingen te bedenken zijn roepen deze kwesties emoties op bij burgers. Deze emoties zijn onderdeel van de publieke opinie en zijn dus een factor van belang voor politieke besluitvorming.

Daar tegenover staat dat de politiek en beleidsmakers de taak hebben om wetgeving te produceren die niet alleen strookt met de publieke opinie, maar ook ieders rechten beschermen en in overeenstemming zijn met de grondwet, internationale overeenkomsten en de universele rechten van de mens. In dit onderzoek is gebleken dat het beschermen van ieders rechten en beleid vormen dat voor iedereen een gunstige uitkomst heeft een lastige kwestie is. De taak van de beleidsmakers is om de juiste balans te vinden tussen deze belangen.

Onderzoeken of een aanpassing in wetgeving en beleid een gunstig effect zal hebben op de waarborging van de rechten van burgers is in de thematiek van mijn onderzoek echter gecompliceerd. In het geval van personen- en familierecht betreft het een onderzoeksveld waarin het *at random* onderzoeken van verschillende uitkomsten moeilijk te bewerkstelligen is.

Mensen zullen niet snel geneigd zijn de regie aan een ander over te laten inzake keuzes die van grote invloed zijn op hun relationele leven. Om gedegen onderzoek te doen naar alle gevolgen van beleidsveranderingen in het personen- en familierecht zou het onderzoek voor langere tijd en op grote schaal uitgevoerd moeten worden. Dit heeft grote invloed op de persoonlijke levens van de betrokken personen, en roept ook vragen op hoe zo'n onderzoek ingericht zou moeten worden. Voorbeelden van de vragen die dit soort mogelijke onderzoeken oproepen zijn bijvoorbeeld wat de juridische gevolgen voor de betrokken partijen en hun mogelijke kinderen zijn na afloop van het onderzoek en of het überhaupt wettelijk gezien mogelijk is om in het kader van wetenschappelijk onderzoek een groep mensen een juridische constructie aan te laten gaan die voor de rest van de bevolking niet toegestaan is. Tevens kan men vraagtekens zetten bij de uitkomsten van zulke onderzoeksresultaten. Het is moeilijk om vast te stellen of het welzijn van de betrokkenen en de samenleving als geheel positief dan wel negatief beïnvloed wordt door het feit dat zij nu in een huwelijksrelatie zitten met meer dan een persoon of met een partner die daarnaast nog een partner heeft, of dat andere factoren dit welzijn beïnvloed hebben. De aard van het onderzoeksterrein leent zich daardoor niet goed voor een *randomised trial*. Een multidisciplinair academisch onderzoek langs de lijn van de drie benaderingen (historisch, juridisch en sociaal-wetenschappelijk) van de toepassing voor islamitisch familierecht in een Europese context die ik in hoofdstuk 1 heb beschreven zou eventueel een alternatief kunnen bieden.

Ook wanneer wel onomstotelijk aangetoond zou kunnen worden dat bijvoorbeeld het openstellen van het huwelijk voor meer dan twee personen positieve effecten zou hebben op het welzijn van individuen en de samenleving is het nog maar de vraag of dit voldoende grondslag geeft om wetgeving hierop aan te passen.

Beleidsmakers hebben te maken met veel meer dan alleen de wetenschap. Zij zijn in sterke mate beïnvloed door politieke factoren en de publieke opinie.

Marlous Blankestijn et al beschrijven dat de waarde die burgers aan uitkomsten van wetenschappelijk onderzoek hechten in grote mate afhangt van de bijdrage die een bepaalde beleidsregel levert aan hun maatschappelijke doelen. Indien de uitkomsten van wetenschappelijke onderzoeken niet stroken met de in de publieke opinie nagestreefde doelen zullen de uitkomsten geen of een zeer geringe verschuiving in die publieke opinie teweegbrengen.¹⁰⁰

Dit zien we terug in de verhouding tussen het wetenschappelijke debat over toepassing van islamitisch familierecht in Europa en de Nederlandse wetgeving c.q. de werkwijze betreffende toepassing van islamitisch familierecht bij de burgerlijke stand. In de vijf strategieën die Machteld Zee, zoals besproken in hoofdstuk 1 van dit onderzoek, beschrijft over benadering van sharierechtbanken door seculiere overheden past Nederland niet helemaal in één van de vijf strategieën omdat in Nederland amper sprake lijkt te zijn van georganiseerde sharierechtbanken. Toch is toepassing van sharia een onderwerp in het maatschappelijk debat. Hierin lijkt de Nederlandse overheid zich te plaatsen in de vijfde strategie van Zee, waarin de seculiere staat de enige rechtsprekende macht is en toepassing van sharia niet toegestaan wordt.¹⁰¹

In het maatschappelijke en politieke debat omtrent de toepassing van islamitisch familierecht in Nederland speelt de positie van de vrouw een grote rol. Om deze positie te verbeteren zijn een aantal maatregelen ingevoerd zoals beschreven in hoofdstuk 1 van dit onderzoek. Een in het maatschappelijke en politieke debat weinig besproken gevolg van deze maatregelen is dat de positie van de man in sommige gevallen verslechterd is. Dit is bijvoorbeeld het geval in een weigering van de ambtenaar burgerlijke stand om een echtscheiding te erkennen, op grond van strijd met de openbare orde als deze echtscheiding door middel van een *talaaq* procedure tot stand is gekomen en de ex-echtgenote geen nadrukkelijke of stilzwijgende toestemming voor de ontbinding van het huwelijk heeft gegeven. Deze rechtsongelijkheid en de botsing tussen verschillende mensenrechten komt in de wetenschappelijke literatuur veelvuldig aan bod, maar komt in het maatschappelijke en politieke debat nauwelijks ter sprake.

Waar verschillende mensenrechten met elkaar botsen is het de verantwoordelijkheid van de wetgever om een afweging te maken tussen de verschillende belangen. Deze belangen botsen niet alleen op macroniveau, de belangen van de ene groep tegen die van de andere groep, maar ook op microniveau. Een maatregel die als doel heeft bepaalde rechten van een persoon of groep personen te beschermen kan naar gelang de omstandigheden bij een persoon juist bijdrage aan een schending van zijn of haar mensenrechten of verregaande negatieve invloed hebben op zijn of haar kwaliteit van leven. Het opstellen van beleid dat al deze factoren zoveel als mogelijk in ogenschouw neemt en daarin een grote rol toekent aan wetenschappelijke inzichten betreffende het specifieke onderwerp is niet alleen ingewikkeld, maar op

¹⁰⁰ "Wetenschap als strijdtoneel. Publieke controversen rond wetenschap en beleid" Marlous Blankestijn et al. Geraadpleegd op 20 maart 2019 https://www.rathenau.nl/sites/default/files/Wetenschap_als_strijdtoneel_-_Publieke_controversen_rond_wetenschap_en_beleid.pdf

¹⁰¹ Machteld Zee. "Five Options for the Relationship between the State and Sharia Councils." *Journal of Religion and Society* 16 (2014): 1-18.

zichzelf misschien zelfs een zinloze onderneming. Wets- en beleidsvoorstellen hebben geen kans van slagen wanneer zij geen draagvlak hebben in de samenleving en politiek. De grote rol die het publieke debat speelt in de totstandkoming van wet- en regelgeving en de veel minder invloedrijke rol van de wetenschap is een logisch gevolg van de karakters van de actoren en de democratische organisatiestructuur van de overheid. Ook in de wetgeving en de handboeken van de ambtenaar burgerlijke stand wordt over de botsing tussen verschillende mensenrechten weinig vermeld. De wetteksten zijn zo neutraal mogelijk opgesteld. Er worden nauwelijks vermeldingen gedaan betreffende de verschillende seksen, en ook worden er geen specifieke geloofsovertuigingen genoemd waardoor zaken die specifiek betrekking op islamitisch (familie)recht hebben niet in de wetteksten terug te vinden zijn. Dit is te verklaren vanuit de neutrale positie die de overheid dient in te nemen. Opvallend is dat in de handboeken die neutraliteit veel minder aanwezig is. De handboeken spreken veelvuldig over islamitisch recht specifiek. Een korte beschrijving hiervan heb ik reeds gegeven in hoofdstuk 2 van dit onderzoek.

De expliciete benoeming van islamitisch recht en verschillende rechten van mannen en vrouwen binnen de Islam is bijzonder te noemen, overwegende dat de handboeken een handleiding zijn voor de praktische uitvoering van overheidsbeleid dat een neutrale positie inneemt betreffende verschillende seksen, religies en levensovertuigingen. Dit is waarschijnlijk uit praktische overwegingen op deze wijze tot stand gekomen. Het is aannemelijk dat deze teksten waarin islamitisch recht specifiek genoemd wordt onder andere een gevolg zijn van vragen die uit ervaringen in de praktijk zijn gesteld. Ongeacht het neutrale karakter van de wetgeving, zouden handboeken waarin deze kwesties niet aan de orde komen hun doelstelling niet voldoende behalen. De doelstelling van de handboeken is immers om praktische handvaten te bieden bij situaties die in de praktijk voorkomen. Hoe zeer de wetgever ook gebonden is aan het neutraliteitsbeginsel binnen de wetteksten, is dit in de praktijk niet uitvoerbaar omdat islamitisch familierecht een relevante rol speelt in de rechtspraktijk. Het islamitisch familierecht heeft een aantal kenmerken die sterk afwijken van het Nederlands familierecht. In de praktische uitvoering van de taak van de ambtenaar burgerlijke stand roept dit soms vragen op die niet beantwoord kunnen worden wanneer de teksten van de handboeken het islamitisch familierecht ook niet specifiek benoemen. Het expliciet benoemen van islamitisch familierecht en de karaktereigenschappen die door de wetgever als zijnde in strijd met de openbare orde zijn beoordeeld draagt bij aan een beter begrip van de intentie van de wetgever en betere uitvoering van het beleid.

4. Conclusie

Dit onderzoek heeft gepoogd een antwoord te vinden op de vraag hoe de Nederlandse burgerlijke stand omgaat met islamitisch familierecht en hoe deze werkwijze zich verhoudt tot het maatschappelijk en wetenschappelijk debat over de verenigbaarheid van islamitisch familierecht en universele mensenrechten.

Om deze vraag te beantwoorden heb ik een literatuurstudie gedaan naar het verloop van zowel het maatschappelijk als het wetenschappelijk debat naar de toepassing van islamitisch familierecht in Europa. Tevens heb ik onderzocht hoe de ambtenaar burgerlijke stand te maken krijgt met islamitisch familierecht, hoe hiermee bij de burgerlijke stand praktisch wordt omgegaan aan de hand van de handboeken van de ambtenaar burgerlijke stand en hoe deze werkwijze zich verhoudt tot het wetenschappelijk debat.

Uit de literatuurstudie bleek dat de term sharia verschillende betekenissen heeft en dat de termen sharia en islamitisch recht door elkaar heen gebruikt worden en dat zij van elkaar kunnen verschillen. Voor dit onderzoek is vooral islamitisch familierecht relevant. De toepassing van islamitisch (familie)recht in Nederland leidt tot verhitte maatschappelijke en politieke discussies. Centraal in de discussies staat de vraag of islamitisch (familie)recht verenigbaar is met universele mensenrechten die een belangrijke plaats innemen in een democratische rechtsstaat. Met name het garanderen van gelijke rechten voor mannen en vrouwen blijkt een spanningspunt te zijn bij de toepassing van islamitisch (familie)recht in Nederland. Om deze te garanderen zijn vanuit de overheid de afgelopen decennia een aantal maatregelen ingevoerd zoals de Wet Tegengaan Huwelijksdwang. Daarnaast is de openbare orde exceptie een belangrijke middel om rechtsfeiten aan de hand van internationaal privaatrecht te voorkomen die te zeer indruisen tegen democratische rechtsbeginselen. De voornaamste voorbeelden waarin islamitisch familierecht in strijd lijkt te zijn met de openbare orde zijn de verstoting en het polygame huwelijk. In het maatschappelijk en politiek debat blijkt er momenteel weinig ruimte te zijn om deze beperkingen van het internationaal privaatrecht te laten varen of het Nederlands familierecht te verruimen op zodanige wijze dat rechtsfeiten naar islamitisch familierecht die als in strijd met de openbare orde geacht worden meer erkenningsmogelijkheden krijgen.

Het wetenschappelijk debat kenmerkt zich door een kritische benadering van het maatschappelijk en politiek debat. Academics tonen aan dat sharia en islamitisch familierecht termen zijn die verschillende betekenissen hebben, verschillend geïnterpreteerd worden en door elkaar heen gebruikt worden. Ook blijkt islamitisch recht in veel opzichten verenigbaar te zijn met democratisch Europees recht. Daarnaast komen in de wetenschappelijke literatuur kritische geluiden naar voren met betrekking tot de bescherming van universele mensenrechten en de instrumenten die de Nederlandse overheid daarvoor inzet zoals de openbare orde exceptie en het invoeren van nieuwe wetten die de rechtspositie van vrouwen moeten verbeteren. Zo blijkt uit de literatuur dat de bescherming van de rechten van vrouwen grote gevolgen kan hebben voor de rechtspositie van mannen. Zij kunnen bijvoorbeeld beperkt worden in hun mogelijkheden een gezin te stichten omdat hun echtscheiding volgens islamitisch recht in Nederland niet voor erkenning in aanmerking komt. Uit de literatuur blijkt dat er een spanningsveld is tussen de bescherming van verschillende universele mensenrechten. Het beschermen van de universele mensenrechten van de ene burger kan tot gevolg hebben dat de universele mensenrechten van een andere burger geschonden worden.

De ambtenaar burgerlijke stand komt met het vraagstuk van islamitisch familierecht in aanraking aan de voorkant van het overheidsorgaan. De ambtenaar burgerlijke stand en BRP-ambtenaar zijn verantwoordelijk voor de registratie van in het buitenland tot stand gekomen rechtsfeiten (zoals huwelijken, echtscheidingen en familierechtelijke betrekkingen tussen kinderen en hun juridische ouders) en het tot stand brengen van dergelijke rechtsfeiten. Door het nationaliteitsbeginsel van het internationaal privaatrecht kan het zijn dat deze rechtsfeiten tot stand komen naar vreemd recht. Regelmatig is dit vreemd recht een recht dat gebaseerd is op sharia.

De werkwijze van de ambtenaar burgerlijke stand is gebaseerd op Burgerlijk Wetboek 1 en 10, de Wet Basisregistratie Personen en nog enkele andere wetten. De ambtenaar burgerlijke stand is gebonden aan deze wetten en moet rechtsfeiten tot stand laten komen binnen vastgelegde kaders. Van de kaders afwijken is alleen mogelijk op last van de rechtbank. Naast de wetteksten zijn er twee veel gebruikte handboeken die nadere uitleg geven over de toepassing van wetteksten in de praktijk en praktische handvaten geven wanneer uit wetteksten niet duidelijk blijkt welke werkwijze gevolgd dient te worden. Ook is de landeninformatie die de handboeken verschaffen belangrijk voor de ambtenaar burgerlijke stand. De landeninformatie verschaft inzage in het familierecht van andere landen en geven uitleg hoe te handelen bij de toepassing van dit recht. In de landeninformatie en de meer algemene pagina's van de handboeken betreffende islamitisch familierecht wordt algemene informatie gegeven over de achtergrond van bepaalde wetten, maar vooral praktische informatie hoe om te gaan met elementen uit het islamitisch familierecht die mogelijk in strijd zijn met de openbare orde. Hierin wijken de handboeken om praktische redenen af van de gender- en religie neutrale wetteksten.

In de werkwijze van de ambtenaar burgerlijke stand wordt grotendeels aangesloten bij het wetenschappelijk debat door pragmatisch om te gaan met islamitisch familierecht en waar mogelijk dit recht toe te passen met als uitgangspunt dat deze werkwijze beoogt te voorkomen dat hinkende situaties ontstaan waarin een rechtsfeit in het ene land tot stand komt maar in het andere land niet erkend wordt. Anderzijds is er de openbare orde exceptie die voorkomt dat rechtsfeiten tot stand komen op een wijze die in strijd is met de maatschappelijke normen en waarden. Hierin sluit de werkwijze van de ambtenaar burgerlijke stand juist aan bij het maatschappelijk en politiek debat.

In de omgang van de Nederlandse burgerlijke stand met islamitisch familierecht speelt de verenigbaarheid hiervan met universele mensenrechten niet een directe rol, maar wordt vooral binnen wettelijke kaders gewerkt. Op de achtergrond speelt het spanningsveld tussen islamitisch familierecht en universele mensenrechten echter wel degelijk een rol doordat politieke belangen en normen een rol spelen bij de totstandkoming van wetten en beleidsregels. De politiek wordt op haar beurt weer beïnvloed door de publieke opinie en het maatschappelijk debat dat over islamitisch familierecht en universele mensenrechten gevoerd wordt.

Dit onderzoek biedt inzichten in de omgang van de Nederlandse overheid met aspecten uit vreemd familierecht die indruisen tegen de maatschappelijke normen en waarden en de rol die wetenschap en het

maatschappelijk debat daarin spelen. Het onderzoek heeft zich beperkt tot de burgerlijke stand die slechts een klein deel uitmaakt van het spectrum van overheidsorganen die met dit onderwerp te maken krijgen en een sterk uitvoerende rol heeft. Het onderzoek heeft inzichten gegeven in een klein onderdeel van het academisch onderzoek naar de verhouding tussen universele mensenrechten en islamitisch familierecht en de wijze waarop daar in de Nederlandse rechtspraak mee omgegaan wordt. Aanvullend onderzoek is nodig naar de werkwijze omtrent islamitisch familierecht bij andere overheidsorganen en diepteonderzoek naar de standpunten van ambtenaren aan de voorkant van overheidsorganisaties en beleidsmakers.

Nu ik heb geanalyseerd hoe de ambtenaar burgerlijke stand in Nederland omgaat met de toepassing van islamitisch familierecht en hoe dit zich verhoudt tot het wetenschappelijk en maatschappelijk debat over de verenigbaarheid van islamitisch familierecht en universele mensenrechten zou ik deze scriptie graag afsluiten met een korte reflectie op mogelijke alternatieven voor de huidige beleidsregels.

De samenleving is in beweging en de samenstelling van de bevolking is continue aan verandering onderhevig. Ontwikkelingen op het gebied van technologie, vervoersmiddelen, de mondiale economie en inrichting van de arbeidsmarkt volgen elkaar in rap tempo op. Daarnaast veranderen wereldwijde politieke omstandigheden die ook hun invloed hebben op de Nederlandse samenleving. Een van deze invloeden is die op de samenstelling van de Nederlandse bevolking. Hieronder worden verstaan de mensen die woonachtig zijn binnen de Nederlandse grenzen, ongeacht hun nationaliteit.

Bij de vraag of er een alternatief nodig is voor de huidige benadering van islamitisch familierecht in de Nederlandse rechtspraak, en zo ja hoe?, is het van belang onderscheid te maken in enkele zaken. Het eerste onderscheid is dat van het nationaliteitsbeginsel en dat van het voorkeursbeginsel. Het nationaliteitsbeginsel is de huidige wijze waarop bepaald wordt welk nationaal recht van toepassing is. Het voorkeursbeginsel is een mogelijk alternatief. Er zijn gevallen waarin islamitisch familierecht een rol speelt in de Nederlandse rechtspraak omdat op basis van de nationaliteit van betrokken partijen en de toepassing van de regels van het internationaal privaatrecht het islamitisch familierecht van een vreemd land toegepast dient te worden. Deze toepassing van islamitisch familierecht heeft een dwingend karakter. De betrokken partijen hebben immers geen keuze over de toepassing van dit recht omdat de toepassing volgens Boek 10 BW vereist is. De komst van deze nieuwe groepen migranten stelt de overheid, op zowel het beleidsmatig als uitvoerend niveau, weer voor nieuwe uitdagingen betreffende een passende toepassing van het personen- en familierecht inclusief het internationaal privaatrecht. Toepassing van islamitisch familierecht volgens het nationaliteitsbeginsel zal dus ook in toekomstige jaren een relevant onderwerp zijn. Er zijn mogelijke alternatieven voor het nationaliteitsbeginsel.

Een andere theoretisch mogelijke toepassing van islamitisch familierecht in de Nederlandse rechtspraak is die van het voorkeursbeginsel. Dit zou een situatie zijn waarin betrokken partijen de Nederlandse nationaliteit bezitten of de nationaliteit van een andere staat waarin islamitisch familierecht géén rol speelt, maar op basis van hun persoonlijke voorkeur de toepassing van islamitisch familierecht verlangen. Martijn de Koning stelt, naar aanleiding van zijn onderzoek onder Marokkaans-Nederlandse jongeren, dat onder jonge moslims het moslim-zijn steeds meer als identiteitskenmerk ingezet wordt ten koste van de culturele of

ationale identiteitsbeleving.¹⁰² Het toepassen van personen- en familierecht volgens het nationaliteitsbeginsel biedt deze groep geen mogelijkheid om hun persoonlijke gezinsleven in te richten volgens hun eigen sociale en religieuze normen. Ook biedt het nationaliteitsbeginsel niet altijd voldoende mogelijkheden voor bipatride burgers om familierechtelijke kwesties op een zodanige wijze in te richten dat deze in beide landen waarvan zij de nationaliteit dragen voor voldoende bescherming van hun rechten zorgt. Het voorkeursbeginsel is echter om verschillende redenen niet passend in de Nederlandse context. De Nederlandse wetgeving betreffende het personen- en familierecht kenmerkt zich door een liberale inslag waarin de burger veel ruimte krijgt zijn of haar persoonlijke leven naar eigen inzichten in te richten. Ook in het maatschappelijk debat is veel ruimte voor vrije keuze en is er veel draagvlak voor het vergroten van individuele vrijheden van burgers. Dit sentiment is echter geheel anders wanneer het gaat om toepassing van islamitisch recht in Nederland. Daar wordt maatschappelijk en politiek doorgaans afkeurend op gereageerd. De termen sharia en islamitisch recht worden in het maatschappelijk debat zonder duidelijk onderscheid gebruikt en roepen sterke gevoelens op bij zowel voor- als tegenstanders.¹⁰³ Bepaalde elementen uit het islamitisch familierecht, met name de *talaq* en polygamie worden maatschappelijk, politiek en beleidsmatig geacht in strijd te zijn met de openbare orde en ik acht het onwaarschijnlijk dat dit op korte termijn zal veranderen. Elk beroep op artikel 8 van de Universele Verklaring van de Rechten van de Mens, waarin onder andere is vastgelegd dat mensen recht hebben op een familie- en gezinsleven, heeft weinig kans van slagen, omdat hetzelfde artikel stelt dat het recht op respect voor het persoonlijke familie- en gezinsleven slechts bestaat binnen de grenzen van datgene wat wettelijk is toegestaan.¹⁰⁴ Het artikel bevat onder andere een bepaling dat kinderen uit relaties van ongehuwde ouders dezelfde rechten zouden moeten hebben als die van gehuwde ouders. Het tweede deel van het artikel kan echter voor problemen zorgen wanneer er een wettelijke bepaling is die dit tegenhoudt. Dit zou bijvoorbeeld een rol kunnen spelen wanneer de afstamming tussen een kind en zijn of haar vader in Nederland niet erkend wordt omdat de vader in een polygame huwelijksrelatie met de moeder van het kind zit. Dit kan onder andere invloed hebben op de aanspraak van het kind op de Nederlandse nationaliteit of een verblijfsstatus. Een beroep op de bescherming van het gezinsleven en het recht van het kind op een gezinsleven met de vader heeft in zo'n situatie weinig kans van slagen omdat de familierechtelijke betrekkingen tussen de vader en het kind niet erkend wordt volgens het Nederlands familierecht. Universele mensenrechten nemen een belangrijke plaats in in het maatschappelijk debat omtrent personen- en familierecht en de toepassing van islamitische elementen daarin en de totstandkoming van Nederlands beleid. Toch komt uit de literatuur naar voren dat de huidige wetgeving niet voldoende bescherming van deze rechten biedt wanneer de persoonlijke situatie van betrokkenen in strijd met de openbare orde is.

De invoering van een rechtssysteem waarin burgers naar eigen voorkeur kunnen kiezen voor de toepassing van islamitisch familierecht past tevens niet bij het gehele karakter van de Nederlandse overheid. De

¹⁰² Martijn de Koning "Islam is islam. Punt uit?" *Migrantstudies* 1 (2009): 59-72

¹⁰³ Maurits S. Berger "Sharia in Nederland is vaak keurig Nederlands" *Mens en Maatschappij* (2007): 506-510.

¹⁰⁴ "Verdrag tot bescherming van de rechten van de mens en de fundamentele vrijheden, Rome, 04-11-1950"

Wettenbank Overheid.nl Geraadpleegd op 9 november 2018 <https://wetten.overheid.nl/BWBV0001000/2010-06-10>

grondwet vermeldt expliciet dat alle personen die zich op Nederlands grondgebied bevinden gelijk behandeld dienen te worden. Een keuzestelsel past hier niet in. Het zou op zijn minst vereisen dat niet alleen een keuze geboden wordt voor islamitisch familierecht, maar dan ook voor toepassing van bijvoorbeeld Joods, Hindoe en Boeddhistisch familierecht. Ook zou een keuzestelsel leiden tot verdere complicatie van het personen- en familierecht en levert het veel vragen op. Want wie bepaalt wanneer wel of niet gekozen mag worden? Moeten burgers zich laten registreren als behorende tot een bepaalde religieuze groepering en wat te doen wanneer in het familierecht interreligieuze kwesties aan de orde komen?

Het maatschappelijk draagvlak voor de toepassing van islamitisch familierecht en een uitbreiding van de mogelijke oplossingen wanneer rechtsfeiten die voltrokken zijn naar islamitisch recht voor juridische problemen zorgen zijn zeer beperkt. Het draagvlak voor liberalisering van het personen- en familierecht in algemene zin is veel groter, en zou tot betere bescherming van individuele rechten van alle burgers kunnen leiden ongeacht hun religieuze achtergrond. Dit zou niet alleen de juridische positie van bipatride burgers versterken maar ook mogelijkheden bieden voor alle burgers die hun gezinsleven op een wijze die afwijkt van de gangbare normen willen inrichten. Een mensenrechtelijke benadering zou hier oplossingen kunnen bieden. Dit is echter pas mogelijk wanneer ook een verdere liberalisering plaatsvindt in het maatschappelijk denken over personen- en familierecht in brede zin. Of dit in de toekomst zal gebeuren is moeilijk te voorspellen. Momenteel loopt bij de Universiteit Gent een promotieonderzoek naar het voorkomen van ongewenste effecten van hinkende situaties door middel van een meer mensenrechtelijke benadering bij het beoordelen van brondocumenten. De uitkomsten van dat onderzoek zullen meer inzichten geven in mogelijke wijzigingen in beleid die doorgevoerd zouden kunnen worden om deze hinkende situaties zo veel mogelijk te voorkomen en de inzichten van ambtenaren of dit iets is om te bewerkstelligen door middel van een mensenrechtelijke benadering.¹⁰⁵

¹⁰⁵ “Sarah Den Haese”. Auteur onbekend. Geraadpleegd op 19 mei 2019 <https://www.ugent.be/re/mpor/internationaal-privatrecht/nl/contact/sarahdenhaese.htm>

Bibliografie

Boeken

Berger, Maurits. *Klassieke sharia en vernieuwing*. Amsterdam: Amsterdam University Press, 2006.

Boele-Woelki, Katharina et al. *De juridische status van polygame huwelijken in rechtsvergelijkend perspectief*. Utrecht: Utrecht Centre for European Research into Family Law, 2009.

Evers, Leon en Vat, Henk. *Inleiding tot de burgerlijke stand*. Alphen aan den Rijn: Wolters Kluwer Nederland B.V., 2014.

Fealy, Gregory en Matheson-Hooker, Virginia. *Voices of Islam in Southeast Asia: A contemporary sourcebook*. Singapore: Institute of South-East Asian Studies, 2006.

Otto, Jan. *Sharia and National Law in Muslim Countries. Tensions and Opportunities for Dutch and EU Foreign Policy*. Leiden: Leiden University Press, 2008.

Ramadan, Tariq, "Ijtihad and Maslaha: The Foundations of Governance" in *Islamic Democratic Discourse*, ed. Muhammad Abdul Muqtedar Khan (Oxford: Lexington Books, 2006), 3-20.

Artikelen

Antokolskaia, Masha V. "Van politiek gestuurde wetgeving naar evidence-based wetgeving." *Gedrag en privaatrecht* (2013): 173-207.

Berger, Maurits S. "Sharia in Nederland is vaak keurig Nederlands" *Mens en Maatschappij* (2007): 506-510.

Devroe, Elke. "Wetenschap voor beleid of beleid voor wetenschap? Een analyse van 15 jaar politie en justitie onderzoek in België." *Panopticon* 31, no. 3(2010): 11-39.

Koning de, Martijn. "Islam is islam. Punt uit?" *Migrantenstudies* 1 (2009): 59-72

Leun van der, Joanne en Leupen, Avalon. "Informeel huwelijk in Nederland: in het echt verbonden?" *Tijdschrift voor criminologie* 55, no. 2(2013): 192-205.

Roggebrand, Conny en Verloo, Mieke. "Dutch women are liberated, migrant women are a problem: The evolution of policy frames on gender and migration in the Netherlands, 1995–2005." *Social policy & administration* 41, no. 3 (2007): 271-288.

Rohe, Mathias. "Application of sharia rules in Europe. Scope and limits." *Die Welt des Islams* 44, no. 3 (2004): 323-350.

Rutten, Susan. "Het recht van de gescheiden vrouw om verlost te worden uit het huwelijk." *NJCM Bulletin: Nederlands tijdschrift voor de mensenrechten* 33, no. 6 (2008): 755-769.

Schrama, Wendy. "Vervangende toestemming voor erkenning: een analyse van recente rechtspraak." *Tijdschrift voor Familie-en Jeugdrecht* 2015, no. 9 (2015): 176-181.

Sportel, Iris. "Who's Afraid of Islamic Family Law? Dealing with Shari 'a-based Family Law Systems in the Netherlands." *Religion & Gender* 7, no. 1 (2017): 53-69.

Velden van der, Frans. "Multicultureel familierecht in Nederland: ja? En hoe?" *Rechtsgeleer magazijn Thermis* 5 (2004) 228-240.

Vlaardingebroek, Paul. "Twee nationaliteiten op één kussen, daar slaapt de (Nederlandse) overheid tussen?!" *Tijdschrift voor familie-en jeugdrecht* 3, no. 27 (2011): 57-64.

Willemarck, L. "De Exceptie van Openbare orde in Het Internationaal Privaatrecht. Een Juridisch Middel om Essentiele Waardeconflicten op te Lossen en Fundamentele Cultuurtegenstellingen to Overbruggen." *R & R* 32 (2003): 97-123.

Zee, Machteld. "Five Options for the Relationship between the State and Sharia Councils." *Journal of Religion and Society* 16 (2014): 1-18.

Wetteksten

Wettenbank Overheid.nl. "Burgerlijk Wetboek 1" Gepubliceerd op 29 januari 2019.
<https://wetten.overheid.nl/BWBR0002656/2019-01-29>

Wettenbank Overheid.nl. "Burgerlijk Wetboek Boek 10" Gepubliceerd op 29 januari 2019.
<https://wetten.overheid.nl/BWBR0030068/2019-01-29>

Wettenbank Overheid.nl. "Verdrag inzake het recht dat van toepassing is op erfopvolging, 's Gravenhage, 01-08-1989" Geraadpleegd op 17 januari 2019 <https://wetten.overheid.nl/BWBV0002000/1989-08-01>

Wettenbank Overheid.nl. "Verdrag tot bescherming van de rechten van de mens en de fundamentele vrijheden, Rome, 04-11-1950." Geraadpleegd op 9 november 2018
<https://wetten.overheid.nl/BWBV0001000/2010-06-10>

Wettenbank Overheid.nl. "Vreemdelingenbesluit 2000" Geraadpleegd op 3 februari 2019.
<https://wetten.overheid.nl/BWBR0011825/2019-05-01>

Wettenbank Overheid.nl. "Wet Basisregistratie personen" Gepubliceerd op 3 februari 2019.
<https://wetten.overheid.nl/BWBR0033715/2019-02-03>

Handboeken

Handboek Amsterdam. <https://hba.amsterdam>

VIND Burgerzaken. <https://www.vindburgerzaken.nl>

Internetpagina's

Auteur Onbekend. "Ijtihad Islamic Law" Geraadpleegd op 5 november 2018

<https://www.britannica.com/topic/ijtihad#accordion-article-history>

Auteur onbekend. "Sarah Den Haese". Geraadpleegd op 19 mei 2019

<https://www.ugent.be/re/mpor/internationaal-privaatrecht/nl/contact/sarahdenhaese.htm>

Bakker, Laurens G.H. et al. "Sharia in Nederland. Een studie naar islamitische advisering en geschilbeslechting bij moslims in Nederland". Geraadpleegd 12 november 2018

https://www.wodc.nl/binaries/volledige-tekst_tcm28-71180.pdf

Blankestijn, Marlous et al. "Wetenschap als strijdtoneel. Publieke controversen rond wetenschap en beleid" Geraadpleegd op 20 maart 2019 https://www.rathenau.nl/sites/default/files/Wetenschap_als_strijdtoneel_-_Publieke_controversen_rond_wetenschap_en_beleid.pdf

Europees Hof voor de Rechten van de Mens. "Annual Report 2003". Gepubliceerd mei 2014

https://www.echr.coe.int/Documents/Annual_report_2003_ENG.pdf

Kulu-Glasgow, Isik. et al. "Schijn bedriegt" pp. 28-32 Geraadpleegd 27 februari 2019

https://www.wodc.nl/binaries/cahier-2016-6-volledige-tekst-nw_tcm28-124356.pdf

Ministerie van Justitie. "Onderzoek: geen shariarechtbanken in Nederland" Gepubliceerd op 23 april 2010

<https://www.recht.nl/proxycache.html?cid=93329>

Nederlandse Vereniging Voor Burgerzaken. "Invoering van de Wet elektronische dienstverlening burgerlijke stand Woensdag 27 Mei 2015" Geraadpleegd 14 februari 2019

<https://nvvb.nl/nl/communicatie/nieuwsberichten/invoering-van-de-wet-elektronische-dienstverlening/>

Rijksoverheid. "Aanpak huwelijksdwang" Geraadpleegd op 17 januari 2019

<https://www.rijksoverheid.nl/onderwerpen/huwelijksdwang/huwelijksdwang-voorkomen>

Strijers, Annemieke. "Belangenafweging in de rechtsstaat: drie casussen" pp. 7-10. Geraadpleegd 3 maart 2019 <https://www.wrr.nl/publicaties/publicaties/2003/03/14/belangenafweging-in-de-rechtsstaat-drie-casussen>

Vikør, Knut. "The Shari'a and the nation state". Geraadpleegd 7 november 2018

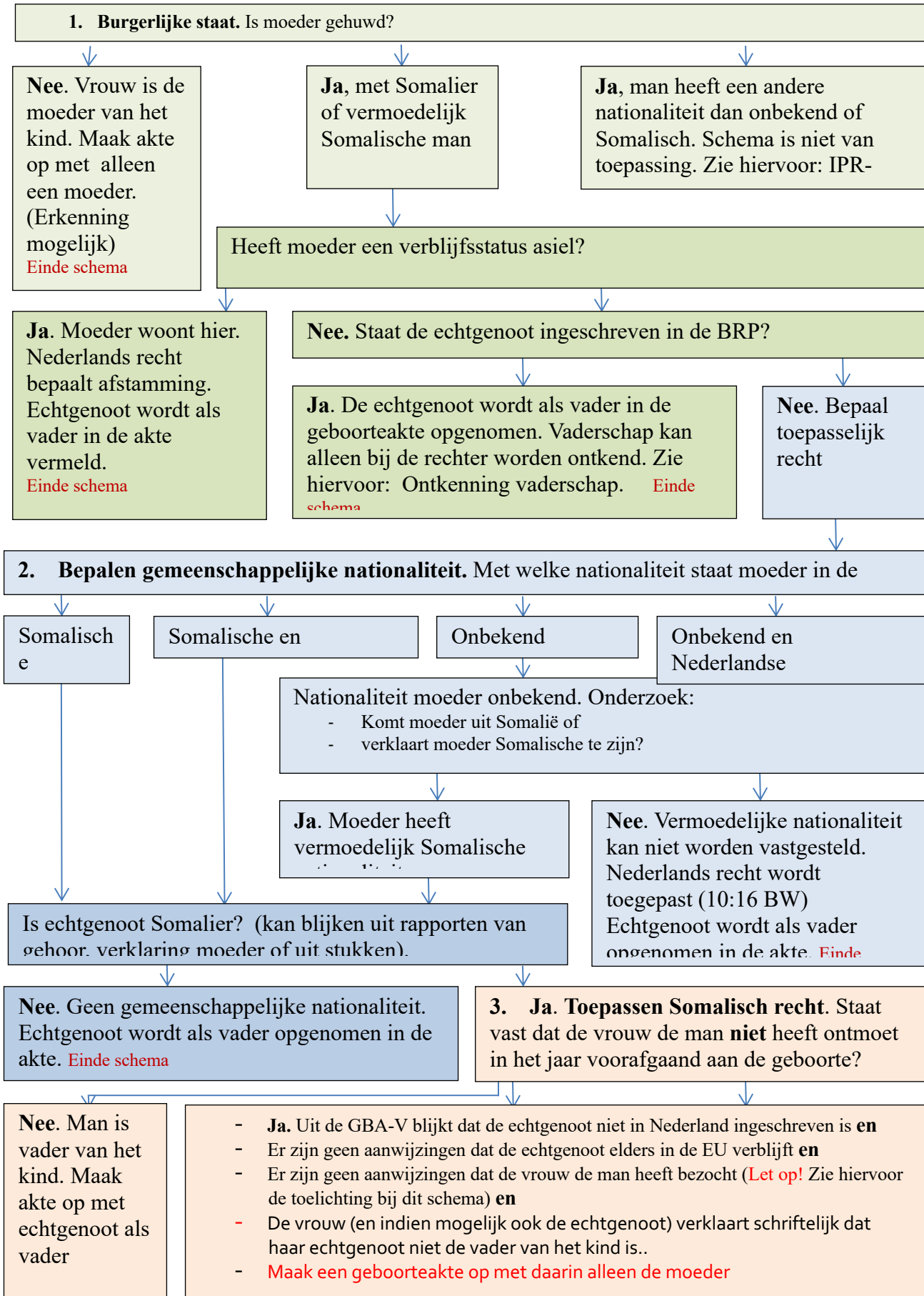
https://www.academia.edu/2993248/The_Sharia_and_the_nation_state pp. 232.

Overige

Susan Rutten. *Gegeven de betekenis van islamitisch familierecht: Samenloop van Europese en islamitische familierechtsordes; Nederland als voorbeeld*. Rede uitgesproken aan Universiteit Maastricht op 31 maart 2017

Bijlagen

Bijlage 1



Bijlage 2

Vraag [SCM-140051]

Inbox x



nvvb@amsterdam.nl <nvvb@amsterdam.nl>

Thu, 31 Jan,
11:27
to me

Dutch

English

Translate message

Turn off for: Dutch

Beste mevrouw van Dijk,

U heeft de volgende vraag aan ons gesteld:

Er is discussie/onduidelijkheid ontstaan over de afstamming van kinderen uit polygame huwelijken. Het polygame huwelijk van de ouders wordt niet erkend ivm strijd met de openbare orde, maar kan de man het kind wel erkennen? naam: van Dijkvoornaam: Nirajatelefoon: xxxxxxxxxxxx e-mail: xxxxxxx@gmail.com

Hieronder vindt u ons antwoord:

als de strijd met openbare orde (bigame situatie) is opgeheven is erkenning mogelijk.

Let op: U kunt geen reply geven op dit e-mailadres. U mag ons natuurlijk altijd bellen op 020-253 9007. Het [webformulier](#) kunt u voor alle vragen (en bijlagen) gebruiken, ook als het een vervolg is op een eerder gestelde vraag.

HBA: Heeft uw gemeente nog geen abonnement op het Handboek Burgerzaken Amsterdam (HBA)? Klik [hier](#) voor meer informatie of een proefabonnement.

Met vriendelijke groet,

xxxxxxx

Juridisch medewerker

Adviesbureau NVVB

Gemeente Amsterdam Basisinformatie

Bezoekadres: Jodenbreestraat 25, 1011 NH Amsterdam

Postbus 2752, 1000 CT Amsterdam

Telefoon 020 253 9007

Bijlage 3

Vraag betreffende afstamming Saudisch kind

Inbox x

Niraja van Dijk <xxxxxxxx@gmail.com>

Tue, 22 Jan, 12:05

to h.vat

Geachte heer Vat,

Ik ben ambtenaar burgerlijke stand bij de X. Tegelijkertijd ben ik bezig met een afstudeerscriptie aan de universiteit utrecht over de toepassing van islamitisch familierecht bij de burgerlijke stand in Nederland.

Tijdens mijn onderzoek kwam de volgende casus in het hoofd:

Een man uit een islamitisch land is aldaar gehuwd met 3 vrouwen. Zijn derde vrouw is zwanger. Tijdens de zwangerschap besluiten ze op vakantie te komen naar Nederland. Onverwachts komt het kind waarvan vrouw 3 zwanger is veel te vroeg ter wereld in Nederland. Betrokkenen kunnen alle benodigde documenten (huwelijksakte etc) overleggen. Geen van de betrokken partijen bezit de Nederlandse nationaliteit, hebben nooit in Nederland gewoond en zullen zo snel als mogelijk is weer naar huis terugkeren. Mijn vraag is: nemen we de vader op in de geboorteakte ondanks de polygame aard van het huwelijk tussen vader en moeder?

Op Handboek Amsterdam vind ik het volgende:

"Hebben de kinderen en de ouders een gemeenschappelijke nationaliteit waarbij naar dat recht wel afstamming ontstaat, dan wordt de afstamming wel erkend."

https://hba.amsterdam/main.php?obj_id=188429477#BigamiePolygamie

Helaas is geen bronvermelding opgenomen.

Echter stelt Boek 10 BW in artikel 6 dat vreemd recht niet wordt toegepast voor zover de toepassing ervan kennelijk in strijd is met de openbare orde. Ik heb de casus met een collega besproken, maar daar kwam geen bevredigend antwoord uit.

Wat is uw gedachte hierover?

Alvast bedankt voor uw tijd en hulp.



Henk Vat <xxxxx@hetnet.nl>

Wed, 23 Jan, 15:06

to me

Dutch

English

Translate message

Turn off for: Dutch

Hallo ABS Niraja te X,

In de eerste plaats moet je vaststellen of het hier een huwelijk betreft dat voor erkenning in Nederland in aanmerking komt. Het betreft hier een polygaam huwelijk. Er wordt dan gekeken of het in strijd is met de Nederlandse openbare orde. Is - ruim gezegd - de Nederlandse rechtsorde erbij betrokken? Ik neem aan dat er geen sprake is van strijd met de Nederlandse o.o. nl. geen van de betrokken partijen heeft de Nederlandse nat., geen van de betrokken vrouwen uit de eerste huwelijken bezitten de Nederlandse nationaliteit, geen van de betrokkenen woont in Nederland of heeft hier gewoond, dus de Nederlandse rechtsorde is er totaal niet bij betrokken. Het is in Saodie Arabie voltrokken dus geen enkele binding met Nederland. Dus er is

m.i. geen sprake van strijd met de Nederlandse openbare orde. Dan moet je nog vaststellen dat het huwelijk o.g.v. art 31 BW10 rechtsgeldig was ter plaatse van de huwelijksvoltrekking. Ik neem aan dat dat zo is, dus het huwelijk kun je erkennen. Betekent: dat je moet toepassen art. 92 BW10. Hebben de vrouw en haar partner (huwelijk of gps) een gemeenschappelijke nationaliteit en dat is zo, dan is het Saudische recht van toepassing op de afstamming. Ik denk dat je nog wel moet kijken of het kind niet binnen 180 dagen na de huwelijksvoltrekking is geboren. Een kind geboren staande het huwelijk heeft de man in het huwelijk tot vader.

Niet duidelijk, mail me!

Groet,

Henk

