

RUIMTE VOOR ISLAM IN HET NEDERLANDSE FAMILIERECHT?

Maurits Berger*

Moet het Nederlands familierecht rekening houden met islamitische regels die Nederlandse moslims graag toegepast zien? Hoogleraar Susan Rutten bepleit in haar oratie de acceptatie van culturele en religieuze normen in het Nederlands recht, maar wel vanuit Nederlands juridisch perspectief. Hoe realistisch is deze benadering? Een kritische bespreking.

Op 31 maart 2017 sprak Susan Rutten haar oratie uit getiteld *Gegeven de betekenis van het islamitisch familierecht. Samenloop van Europese en islamitische familierechtsordes; Nederland als voorbeeld*.¹ Zij breekt een lans voor de acceptatie van culturele en religieuze normen in het Nederlands recht. Daarmee bedoelt zij niet dat er islamitische regels in het wetboek opgenomen zouden moeten worden, zoals sommige commentatoren dit hebben opgevat,² en evenmin dat Nederlandse rechters sharia moeten toepassen, zoals anderen suggereren.³ De nuance in alles wat islam aangaat blijkt altijd weer moeilijk te vinden. Maar Rutten doet een moedige poging, en blijft daarbij een degelijk Nederlands jurist, met oog voor de ruimte die ons recht biedt, en moet bieden, aan veranderingen in onze maatschappij. Rutten opereert niet vanuit het luchtledige: al meer dan dertig jaar is zij actief op dit terrein. Een terugblik in de Nederlandse ervaringen is daarom nodig om het betoog van Rutten in perspectief te kunnen plaatsen.

De nuance in alles wat islam aangaat blijkt altijd weer moeilijk te vinden. Maar Rutten doet een moedige poging, en blijft daarbij een degelijk Nederlands jurist

1 Islamitisch recht in West-Europa

Het is bijna onvoorstelbaar dat een halve eeuw geleden de grote Europese kenners van het islamitisch recht voorspelden dat dat rechtstelsel geen lang leven beschoren was.⁴ Toen ik in de late jaren tachtig de studies rechten en Arabisch combineerde, werd mij hoofdschuddend gevraagd wat ik toch zag in

zoiets exotisch als islamitisch recht. Maar inmiddels is het islamitisch recht – de laatste jaren vooral bekend onder de omineuze term 'sharia' – niet meer uit onze West-Europese samenlevingen weg te denken.

De aanwezigheid van de groeiende migrantengemeenschappen in West-Europa deed een zwaar beroep op de conflictregels van het internationaal privaatrecht

In deze ontwikkeling zijn twee fases te onderscheiden die verschillende juridische terreinen bestrijken. De eerste fase was de periode van de groeiende migrantengemeenschappen in West-Europa. Hun aanwezigheid deed een zwaar beroep op de conflictregels van het internationaal privaatrecht: volgens die regels dient de Engelse, Duitse of Nederlandse rechter het nationale echtscheidingsrecht van inwoners met een buitenlandse nationaliteit toe te passen.⁵ Zo kan het gebeuren dat de Nederlandse rechter Frans recht toepast op het huwelijk van een Frans echtpaar dat in Nederland leeft, of Duits echtscheidingsrecht op een Duits echtpaar. Evenzo geldt dat voor de huwelijken en scheidingen van Marokkanen in Nederland, Pakistanen in Engeland, of Iraniërs in Duitsland. Alleen zijn die nationale rechtssystemen gebaseerd op islamitisch recht. Nederlandse rechters hebben in de jaren tachtig en negentig op die manier vooral veel te maken gekregen met het Marokkaans familie- en erfrecht.⁶

Een belangrijk discussiepunt in deze rechtspraak was het begrip 'openbare orde'.⁷ Deze term, die staat voor fundamentele rechtsbeginselen in de Nederlandse rechtsorde, kan namelijk bij hoge uitzondering

* Prof.dr.mr. M.S. Berger is hoogleraar Islam en het Westen aan Universiteit Leiden.

1 S.W.E. Rutten, *Gegeven de betekenis van islamitisch familierecht. Samenloop van Europese en islamitische familierechtsordes* (oratie Maastricht, 31 maart 2017), https://cris.maastrichtuniversity.nl/portal/files/11817739/Oratie_SusanRutten_31_maart_2017.pdf.

2 'Knettergekke zelf-islamiserende hoogleraar: "Nederland moet onderdelen van de sharia in het wetboek zetten!"', *De Dagelijkse Standaard* 3 april 2017.

3 'Overheid moet oog hebben voor goede delen van sharia-recht', *NRC Handelsblad* 2 april 2017.

4 J.N.D. Anderson, 'The Significance of Islamic Law in the World Today', *The American Journal of Comparative Law* (9) 1960, p. 187-213; N.J. Coulson, *A History of Islamic Law*, Edinburgh: Edinburgh University Press 1964, p. 222.

5 Voor Nederland was dit tot 1 januari 2012 geregeld in de Wet conflictenrecht echtscheiding van 1981 (*Stb.* 1981, 166). Sinds 1 januari 2012 bevat Boek 10 BW de regels van het Nederlands internationaal privaatrecht.

6 Hierover is veel gepubliceerd. Voor overzichten en besprekingen van Nederlandse jurisprudentie, zie o.a. de RIMO-bundels (uitgeverij Boom). Voor literatuur zie o.a. L. Jordens-Cotran, *Nieuw Marokkaans Familierecht en Nederlands IPR*, Den Haag: Sdu 2007; S.W.E. Rutten, *Erven naar Marokkaans recht: aspecten van*



Foto: Manon Heinsman | © Ars Aequi

Nederlands internationaal privaatrecht bij de toepassing van Marokkaans erfrecht (diss. Maastricht), Antwerpen: Intersentia 1997.

7 = art. 10:6 BW.

8 HR 9 november 2001, ECLI: NL:HR:2001:AD4011, NJ 2002/279. Zie voor een uitgebreide discussie hierover: de annotatie van Th.M. de Boer bij voornoemd arrest, en F.J.A. van der Velden, *Talaq in de rechtszaal? Verstoting en openbare orde* (oratie VU Amsterdam), Deventer: Kluwer 2003.

9 De impact van 'veiligheid' op alles wat te maken heeft met islam is dusdanig dat er zelfs een term voor is: *securitization*. J. Cesari, *The Securitization of Islam in Europe* (CEPS Challenge Programme, No. 15), april 2009.

ingezet worden om bepaalde toepassingen van het buitenlands recht tegen te houden. De openbare orde speelde een grote rol bij diverse buitenlandse wetsregels van islamitische aard, zoals polygamie en de scheiding middels verstoting. In het laatste geval heeft het openbare-ordebegrip een interessante ontwikkeling doorgemaakt door de verstoting eerst te verbieden op grond van het vermeende gebrek aan rechterlijke controle, en later op grond van de ongelijkheid van man en vrouw (namelijk dat de man dat recht wel had, maar de vrouw niet).⁸

De nieuwe generatie moslims wilde trouwen en scheiden volgens de regels van hun geloof, zonder dat dit volgens de regels van de wetgeving van hun landen van herkomst hoefde te zijn

De tweede fase dateert van na het millennium: tweede en derde generatie moslims waren vaak religieuzer dan hun ouders, en wilden hun leven inrichten conform de regels van de islam. Dat viel weliswaar onder de vrijheid van godsdienst, maar leverde veel jurisprudentie op over het vraagstuk van de beperking van die vrijheid: denk aan de kwesties

hoofddoek op school en werk, wijze van begroeten, bidden onder werktijd. Maar de wens tot navolging van islamitische regels betrof ook het huwelijks- en scheidingsrecht, maar met een verschil: deze nieuwe generatie moslims wilde trouwen en scheiden volgens de regels van hun geloof, zonder dat dit volgens de regels van de wetgeving van hun landen van herkomst hoefde te zijn. Zij hadden vaak al niet zo veel op met deze landen, en hun wens was niet zozeer juridisch maar religieus: het huwelijk moest voldoen aan de pure regels van de islam, niet aan de verbasterde islam-regels van een nationale wet. Bovendien was het islamitische huwelijk veel minder omslachtig: de islam omschrijft het huwelijk als een contract dat gesloten wordt door aanbod en aanvaarding in het bijzijn van twee mannelijke getuigen.

Deze tweede fase werd echter al snel overheerst door veiligheidsdenken.⁹ Radicalisering en aanslagen door moslims beheersten het publieke en politieke debat, en gedragingen van moslims werden onder een vergrootglas gelegd. Dat leidde regelmatig tot misverstanden, zoals over het fenomeen van het islamitische huwelijk. Dat staat voor het huwelijk dat wordt gesloten volgens de regels van de islam, zonder dat er tevens een burgerlijk huwelijk is gesloten. Nu hadden terrorisme-experts erop gewezen dat een jongeman, vlak voor het plegen van een zelfmoord-aanslag, graag nog een islamitisch huwelijk sloot zodat hij afscheid kon nemen van een volwaardig leven. Toen duidelijk werd dat moslimjongeren in Nederland

regelmatig islamitische huwelijken sloten, ontstond er enige paniek in veiligheids- en politieke kringen. Onderzoek wees echter uit dat er geen sprake was van boos opzet, maar eerder van alternatieve manieren om tot relaties te komen.¹⁰ Zoals veel Nederlanders gaan samenwonen, zo gaan moslims een islamitisch huwelijk aan. Of soms wordt dat huwelijk juist strategisch gebruikt om ouders een hak te zetten in hun plannen met een ongewenste huwelijkspartner.¹¹ Toch vond de overheid het noodzakelijk om op te treden tegen dit soort huwelijken en blies daartoe nieuw leven in de slapende napoleontische regel uit het Wetboek van Strafrecht: een bruidspaar moest verplicht eerst trouwen voor de burgerlijke stand alvorens ook nog het huwelijk religieus te sluiten.¹²

Een aantal jaren later, in 2004, ontstond er wederom commotie, ditmaal naar aanleiding van berichten over 'shariarechtbanken' in Canada. Politici vroegen zich bezorgd af of die vorm van rechtspleging zich ook voordeed in Nederland. Ook daar werd onderzoek naar verricht, en wederom bleek de zorg onterecht: niets wees op het bestaan van dat soort organen.¹³ Het was tekenend voor de discussie rondom islam en 'sharia' dat moslims zo streng de maat werd genomen, terwijl katholieken, joden en diverse protestantse gemeenschappen in Nederland al eeuwen – en nog steeds – over dergelijke religieuze rechtbanken beschikken.¹⁴

Het was tekenend voor de discussie rondom islam en 'sharia' dat moslims zo streng de maat werd genomen, terwijl katholieken, joden en diverse protestantse gemeenschappen in Nederland al eeuwen – en nog steeds – over religieuze rechtbanken beschikken

2 Nieuwe fase

Deze twee situaties – buitenlands islamitisch recht dat via internationaal privaatrecht in de Nederlandse rechtspraak terecht komt, en vormen van islamitisch recht die zelfstandig door Nederlandse moslims worden gepraktiseerd – vormen de achtergrond van het rechtsgebied waar Rutten zich in beweegt. Zij heeft deze ontwikkelingen sedert de jaren tachtig gevolgd en meent dat het tijd is voor een nieuwe fase in ons rechtsdenken. Zij heeft de drie rechtsordes, zoals zij dat noemt – buitenlands nationaal (islamitisch) familierecht, Nederlands familierecht en 'informeel' islamitisch familierecht in Nederland – vanuit verschillende invalshoeken bestudeerd, en breekt in haar oratie een lans voor een geïntegreerde benadering. Want, meent Rutten, 'zolang landen islamitisch familierecht in hun officiële recht hebben verankerd, en zolang er mensen zijn voor wie islamitische familierechtsnormen en gebruiken sociale of religieuze leidraad vormen, zolang zal islamitisch familierecht in Nederland feitelijk van betekenis zijn. Negeren van islamitisch familierecht is dan geen optie.' Rutten zegt het niet met zoveel woorden, maar zij vindt dat het perspectief van de justitiabelen – lees: de moslims die volgens hun

regels willen leven – meer recht gedaan zou moeten worden. Daarvoor draagt zij vier benaderingswijzen aan die afzonderlijk, maar liefst gezamenlijk, volgens haar 'belangrijke bouwstenen [kunnen] vormen voor een effectief juridisch bouwwerk'.¹⁵

Rutten zegt het niet met zoveel woorden, maar zij vindt dat het perspectief van de justitiabelen – lees: de moslims die volgens hun regels willen leven – meer recht gedaan zou moeten worden

De eerste benadering is die van de mensenrechten, die enerzijds ruimte geven aan godsdienstige regels en anderzijds deze regels juist kunnen inperken als zij over de strafrechtelijke of mensenrechtelijke schreef gaan. Deze insteek lijkt mij evident als zij wordt bekeken door het prisma van vrijheden: het juridische uitgangspunt van vrijheden is immers dat zij onbelemmerd beleden en gevierd kunnen worden, indien en voor zover zij geen (al te grote) inbreuk maken op rechten van anderen, of op wetten. Rutten gaat echter een stapje verder, want zij vindt dat de staat hierin een duidelijke taak heeft. 'Door religieuze, culturele of traditionele praktijken uitdrukkelijk in het licht van mensenrechten te plaatsen en mensenrechtelijk te framen, kan een moreel en politiek statement worden gemaakt, en wordt een verantwoordelijkheid voor de staat zichtbaar om in actie te komen.'¹⁶ Rutten roept de overheid hier op om niet te volstaan met algemeenheden als 'vrijheid van religie', maar om daar ook concreet invulling aan te geven. Het is niet geheel duidelijk wat Rutten hiermee bedoelt, maar ik interpreteer dit als volgt. De hoofddoek is een voorbeeld van het mensenrecht van de vrijheid van religie, en als de overheid nu maar duidelijk stelling zou nemen dat zulks het geval is, dan zou eveneens duidelijk zijn dat alle discussies tegen die hoofddoek feitelijk discussies zijn tegen de vrijheid van religie. Ik meen echter dat het probleem dat Rutten hier aanstipt niet zozeer gelegen is in een zwijgende overheid, maar in een ander mensenrecht, namelijk de vrijheid van meningsuiting. Zelfs als de hoofddoek bij wijze van spreken wettelijk als mensenrecht vastgelegd zou worden, behoudt iedereen nog steeds het recht om zich daar kritisch over uit te laten.

De tweede benadering is 'religie en diversiteit als uitgangspunt bij rechtsvinding'.¹⁷ Hiermee treedt Rutten in een discussie die al langer gaande is binnen de rechtswetenschap, namelijk in hoeverre de wetgever en de rechter oog moeten hebben voor diversiteit in de samenleving. Rutten blijft hier gelukkig weg van de culturele exceptie, volgens welke bepaalde gedragingen alsnog goedgekeurd zouden moeten worden omdat die cultureel nu eenmaal zouden gelden bij een bepaalde gemeenschap. Ik zou menen dat hier heel terughoudend mee moet worden omgegaan. In rechtspleging moet rechtsgelijkheid de maatstaf zijn. Maar het is anders als het recht regelend is of open normen geeft. En dat is waar Rutten op doelt: juist daar heeft de rechter de mogelijkheid om verschillende zienswijzen mee te nemen in de beslissing. Het is jammer dat Rutten hier geen concrete voorbeelden van geeft.

10 J.P. van der Leun & A.J.

Leupen, 'Informeel huwelijk in Nederland: in het echt verbonden? Een kritische reflectie op een vermeend veiligheidsrisico', *Tijdschrift voor criminologie* 2013, afl. 2, p. 191-205.

11 A.C.A.E. Moors, 'Unregistered Islamic Marriages: Anxieties about Sexuality and Islam in the Netherlands', in: M.S. Berger (red.), *Applying Sharia in the West. Facts, Fears and the Future of Rules of Islam on Family Relations in the West*, Leiden: Leiden University Press 2013, p. 141-164.

12 Art. 449 lid 1 Sr legt de sanctie op overtreding van deze regel niet bij het bruidspaar, maar bij de 'geestelijke bedienaar' die een religieus huwelijk sluit dat nog niet is gesloten bij de burgerlijke stand: 'De bedienaar van godsdienst die, voordat partijen hem hebben doen blijken dat hun huwelijk ten overstaan van ambtenaar van burgerlijke stand is voltrokken, enige godsdienstige plechtigheid daartoe betrekkelijk verricht, wordt gestraft met geldboete van tweede categorie.'

13 L.G.H. Bakker e.a., *Sharia in Nederland. Een studie naar islamitische advisering en geschilbeslechting bij moslims in Nederland* (WODC-rapport), Nijmegen: Radboud Universiteit 2010.

14 Zie M.S. Berger, 'Shariarechtbanken en religieuze familierechtspraak in Nederland', *Tijdschrift voor Religie, Recht en Beleid* 2010, afl. 2, p. 49; F.T. Oldenhuis e.a., *Schurende relaties tussen recht en religie*, Assen: Koninklijke Van Gorcum 2007, p. 94-126; C.M. Vestdijk-van der Hoeven, *Religieus recht en minderheden. Een onderzoek naar de rechtspositie van de leden der minderheden in relatie tot het eigen religieuze recht van deze minderheden in Nederland*, Arnhem: Gouda Quint 1991.

15 Rutten 2017, p. 12.

16 Rutten 2017, p. 13.

17 Rutten 2017, p. 13.

De derde benadering is die van partijautonomie. Rutten is hier nogal stellig in:

'Het accepteren van partijautonomie als basisbeginsel, wordt pas echt recht gedaan, als aan partijen zelf wordt overgelaten hoe zij hun rechtsverhoudingen tot stand brengen, bij wie zij afspraken maken: bij de notaris, de advocaat, mediator, of bij religieuze autoriteiten zoals de imam, en voor welk recht zij daarbij kiezen: Nederlandse normen of islamitische. Bij het zelf treffen van regelingen kunnen partijen naar believen kijken of zij hierbij aansluiten bij Nederlandse of bij islamitische normen.'¹⁸

Ik wil hier even bij stil staan, want juist de partijautonomie is een van de centrale discussiepunten in het publieke en politieke debat over islam. En de kwestie draait dan altijd om de vrouw: mag een moslima zelf bepalen of zij een hoofddoek of boerka draagt, of zij zich wil onderwerpen aan regels die haar duidelijk minder rechten geven dan de man, of zij zich wendt tot een imam om op grond van die vrouwonvriendelijke regels een oordeel te vellen? Het is opvallend dat in de discussies over het boerkaverbod in Frankrijk, Nederland en België, de Raad van State in alle drie de landen zich nadrukkelijk uitsprak tegen het boerkaverbod omwille van de partijautonomie (*'autonomie personnelle'*).¹⁹ Zolang de vrouw niet wordt gedwongen, zo luidde hun oordeel, en er geen sprake is van gevaarzetting, dan staat het haar vrij zich zo te gedragen, hoezeer dat anderen ook tegen de borst stuit. Deze opvatting is echter niet door wetgevers overgenomen.

De suggestie voor meer partijautonomie zal veel weerstand oproepen. Vooral geldt natuurlijk de opvatting dat in personen- en familierecht juist weinig ruimte voor eigenrichting mag bestaan. Andere opvattingen zijn van meer sociaal-maatschappelijke aard.²⁰ De eerste is dat een eigen religieus-juridische omgeving in de weg staat aan een succesvolle integratie. Sommigen, zoals de AIVD, gaan een stap verder en menen dat een dergelijke omgeving zelfs een 'parallelle rechtsgang' zou vormen, wat volgens hen strijdig zou zijn met de rechtsstatelijke eenheidsgedachte.²¹ Daar kan men tegen inbrengen dat Nederland al eeuwen orthodoxe gemeenschappen kent met een eigen parallelle juridisch-religieuze vorm van conflictbeslechting. De tweede opvatting is dat met name moslimvrouwen beschermd zouden moeten worden tegen de orthodoxere vormen van hun religie die in hun nadeel zouden uitwerken. En een derde opvatting is het argument dat Frankrijk en België succesvol hebben ingezet ter verdediging van hun boerkaverbod in de openbare ruimte: in een samenleving waar 'samen leven' (*vivre ensemble*) een groot goed en recht is, vormt de boerka een inbreuk op dat recht.²²

Persoonlijk ben ik een voorstander van de partijautonomie zoals verdedigd door de Nederlandse en Franse Raad van State: onze rechtsstaat is juist gebaseerd op de grote mate van vrijheid die ieder volwassen individu mag genieten, hoe gek of vreemd zij die vrijheid ook invullen, en zelfs als wij als buitenstaanders menen dat die invulling tegen de rechten en belangen van deze personen ingaan. De vrouw die op de SGP wil stemmen of een orthodoxe visie van islam of jodendom aanhangt zal niet mijn begrip hebben, maar wel mijn onvoorwaardelijke steun om dat leven van haar keuze te mogen leiden. Dit is alleen anders als er geen sprake is van vrije keuze – en dat is logisch, want dan vervalt ook de voorwaarde van 'vrijheid'. De andere begrenzing is de leeftijd – alleen volwassenen hebben de vrijheid om dingen te doen

die buitenstaanders schadelijk zouden achten – en het strafrecht. Dus vrouwelijke genitale 'besnijdenis' (beter bekend als FGM, *female genital mutilation*) mogen volwassen vrouwen bij zichzelf toepassen, net als alle andere vormen van lichamelijke 'versiering' of verminking, maar in het geval van minderjarigen valt dit voor mij onder strafrechtelijke mishandeling.

De vrouw die op de SGP wil stemmen of een orthodoxe visie van islam of jodendom aanhangt zal niet mijn begrip hebben, maar wel mijn onvoorwaardelijke steun om dat leven van haar keuze te mogen leiden

De vierde benadering, ten slotte, noemt Rutten 'dialoog en samenwerking'.²³ Zij stelt vast dat mensen strategisch navigeren tussen de drie rechtsorden – buitenlands nationaal (islamitisch) familierecht, Nederlands familierecht en 'informeel' islamitisch familierecht in Nederland – om hun gelijk te halen, zodat sprake is van 'een hybride functionerend stelsel van normen en waarden'. Als we dat erkennen en onderkennen, aldus Rutten, dan wordt het tijd dat de samenleving met zichzelf in gesprek gaat over de betekenis van statelijke en groepsnormen. 'Bij het volgen van deze vierde weg, is niet uit te sluiten dat tot een meer hybride rechtssysteem moet worden gekomen, een hedendaagse variant van rechtspluralisme'.²⁴ Rutten laat in het midden of zij deze mening zelf is toegedaan, maar mij gaat dit een stap te ver. Ik heb in het Midden-Oosten onderzoek gedaan naar de rechtspluralistische modellen waarbij verschillende religieuze familiewetten parallel naast elkaar bestaan (in Egypte 1 islamitische, 6 christelijke en 2 joodse familiewetten; in Syrië 2 islamitische, 5 christelijke en 1 joodse familiewet en evenzovele rechtbanken).²⁵ Dat werd ervaren als enorme vrijheid, maar de praktijk van gemengde huwelijken, bekeringen en beschuldiging van afvalligheid (vooral om familieleden uit te sluiten van de erfenis) was een juridische nachtmerrie. Een 'hybride' rechtssysteem waarin ook niet-statelijke regelgeving en rechtsspraak betrokken zou worden,²⁶ lijkt mij daarom onwenselijk. Ik zie geen reden om het systeem zoals wij dat thans hebben – een enkelvoudig recht met bijbehorende rechtsspraak, en daarnaast mag ieder zelf zijn zaken naar eigen goeddunken regelen, mits binnen de grenzen van het recht – om te bouwen of te ontmantelen. Maar ik meen wel dat dit systeem veel beter kan functioneren met de benaderingen zoals Rutten die voorstelt.

3 Het oog van de rechter

De suggesties van Rutten richten zich soms tot de overheid en de wetgever, maar vooral tot de praktiserend jurist, en met name tot de rechter. Rutten merkt bijvoorbeeld terecht op dat de rechters meer oog zouden moeten hebben voor de betekenis en de gevolgen van hun uitspraken voor de betrokkenen. Niet de wet, maar de rechtszoekende is dan degene die door de rechter wordt gediend.

18 Rutten 2017, p. 14.

19 Zie overzicht van alle overwegingen in de wetgevingsdiscussie M.S. Berger, 'Rechtsgronden voor een verbod op de gezichtsbedekkende sluier in Frankrijk, België en Nederland', *Tijdschrift voor Religie, Recht en Beleid* 2010, afl. 3, p. 96.

20 Zie voor een meer uitgebreide analyse met literatuurverwijzing Berger *Tijdschrift voor Religie, Recht en Beleid* 2010, afl. 2, p. 59-60.

21 AIVD, *Van Dawa tot Jihad. De diverse dreigingen van de radicale islam tegen de Nederlandse rechtsorde*, Den Haag: Ministerie van Binnenlandse Zaken en Koninkrijksrelaties 2004, p. 18, 26 e.v.

22 Dit argument is aanvaard door het Europees Hof voor de Rechten van de Mens in, achtereenvolgens, EHRM 1 juli 2014 (*S.A.S./Frankrijk*); EHRM 11 juli 2017 (*Belcacemi en Oussar/België*); EHRM 11 juli 2017 (*Dakir/België*).

23 Rutten 2017, p. 15.

24 Rutten 2017, p. 16.

25 M.S. Berger, 'De doos van pandora: openbare orde en conflictenrecht in Egyptisch familierecht', in: S.W.E. Rutten, *Recht van de islam 18*, Maastricht: RIMO 2001, p. 99-116; M.S. Berger, 'De rol van religie in het Syrisch conflictenrecht', *Tijdschrift voor Familie- en Jeugdrecht* 2002, afl. 1, p. 13-22.

26 Rutten 2017, p. 16.

Een ander aspect van de houding van de jurist is zijn of haar opvattingen over religieus, en met name over islamitisch, recht. Want Rutten heeft natuurlijk gelijk dat een groot deel van de problemen die spelen voortkomen uit manieren van juridische kwalificatie en strategieën die de justitiabelen voeren om linksom of rechtsom hun gelijk te halen. Maar een belangrijk onderwerp dat Rutten onbesproken laat, is de manier waarop islamitisch familierecht wordt gepercipieerd door de meeste westerse juristen, inclusief de Nederlandse rechter. We kunnen namelijk in algemene termen spreken over 'religie' of 'diversiteit', maar laten we eerlijk zijn: het gaat hier over islam. Rutten spreekt (heel goed!) consequent over 'islamitisch familierecht', maar de buitenwereld spreekt inmiddels over 'sharia'. En dat klinkt een stuk dreigender. Dat blijkt al uit de kop die het NRC boven het keurige interview met Rutten zette ('Overheid moet oog hebben voor goede delen van shariarecht', 2 april 2017), en nog meer uit de overreactie van het weblog *De Dagerlijkse Standaard* ('Knettergekke zelf-islamiserende hoogleraar: "Nederland moet onderdelen van de sharia in het wetboek zetten!"', 3 april 2017).

Voordat Nederland toekomt aan de kalme, pragmatische benadering die Rutten voorstaat, moet er eerst nog wat gebeuren met de manier waarop wordt aangekeken tegen de relatie tussen religie en recht, en tegen islamitisch recht in het bijzonder. Op veel van onze rechtenfaculteiten wordt religie nog steeds behandeld als iets dat men niet geassocieerd wil hebben met het recht. Religie wordt beschouwd als object van recht, als iets dat door het recht gereguleerd moet worden. Maar dat religie invloed zou kunnen en mogen hebben op het recht, wordt van de hand gewezen. De reden voor die opvatting, zo wordt ons voorgehouden, is dat recht maakbaar is en meebuigt met de golven van de samenleving, terwijl religie, en zeker religieus recht, staat voor star, archaïsch en hardvochtig. In beide gevallen is echter sprake van een karikatuur.²⁷

Men kan van alles over sharia vinden, maar ik vind het schokkend dat een gerechtshof van deze statuur zich heeft laten meeslepen in een vooringenomenheid over wat in de volksmond 'sharia' heet

Terecht legt Rutten de vinger op de plek van de onwetendheid, waarbij zij spreekt over een gebrek aan kennis over het islamitisch recht. Ik zou een stap verder willen gaan: als het gaat over sharia is er vooral sprake van vooringenomenheid. Een paar voorbeelden. In 2003 oordeelde het Europees Hof voor de Rechten van de Mens dat de sharia 'duidelijk afwijkt van de waarden van het [Europees] Verdrag [voor de rechten van de mens]'.²⁸ Wat opmerkelijk was dat het hof een juridisch-vreemde term gebruikte zonder deze te definiëren, iets dat onder juristen toch wel zeer ongebruikelijk is. Maar blijkbaar achtte het hof de 'sharia' een begrip van algemene bekend-

heid, en velde daar vervolgens een oordeel over. In de specifieke casus – Turkse Refah-partijleden die dreigende uitspraken te doen over 'sharia' – was dit oordeel wellicht terecht, maar het onhandige is nu dat de sharia ook zeer veel regels bevat die *niet* strijdig zijn met mensenrechten. Denk aan alle regels voor religieuze rituelen, maar ook islamitisch bankieren dat door de grote Europese banken en advocatenkantoren met enthousiasme wordt beoefend. Dit zal het hof vast niet zo bedoeld hebben, maar dat heeft zij effectief wel zo gezegd. Nogmaals, men kan van alles over sharia vinden, maar ik vind het schokkend dat een gerechtshof van deze statuur zich heeft laten meeslepen in een vooringenomenheid over wat in de volksmond 'sharia' heet.

Vijf jaar later oordeelde de House of Lords in soortgelijke termen in een Libanese voogdijzaak: de rechters van de beroepsinstantie spraken afkeurend over '(...) the arbitrary and discriminatory character of the rule of Shari'a law' en meelevend over de eiseres als 'a fugitive from Shari'a law'.²⁹ Ook hier was sprake van *sweeping statements* over een begrip dat niet nader werd uitgelegd, maar waar wel een waardeoordeel aan werd gehecht. Bovendien waren de uitspraken feitelijk onjuist: Libanon kent geen 'sharia law', alleen maar Libanees recht, waarbij iedere religieuze denominatie, inclusief de moslims, haar eigen familiewet heeft, net als in Egypte en Syrië. Hier is zeer waarschijnlijk sprake geweest van een zeer goed advocaat die zodanig heeft weten in te spelen op de vooroordelen van het rechterlijk college dat deze het niet meer nodig achtte zich te verdiepen in de juridische feitelikheden.

De vanzelfsprekendheid waarmee een veertiende eeuw oud, Nederland-vreemd rechtssysteem wordt weggezet, heeft meer weg van een onderbuikreactie dan van een koele afweging van feiten, rechten en belangen, zoals een goed jurist betaamt

Er zijn zonder meer redenen waarom men zeer kritisch kan zijn over religieus of islamitisch recht. Maar het gemak waarmee zelfs hoge juridische instanties zich daar zonder enige kennis van zaken over uitlaten, is niet vertrouwenwekkend voor de neutraliteit en objectiviteit waarmee zij bekleed zouden moeten zijn. De vanzelfsprekendheid waarmee een veertiende eeuw oud, Nederland-vreemd rechtssysteem wordt weggezet, heeft meer weg van een onderbuikreactie dan van een koele afweging van feiten, rechten en belangen, zoals een goed jurist betaamt. Zolang dat de initiële houding is van rechters, hoeven gelovige moslimse justitiabelen niet veel te verwachten, en hoeven advocaten maar met dreigende taal over sharia te schermen om het gelijk voor hun cliënt te halen. Ik hoop oprecht dat de degelijke kalmte van Rutten hier langzaam verandering in zal brengen.

²⁷ Zie bijvoorbeeld M.S. Berger, 'Sharia – a flexible notion', *R&R* 2006, afl. 3, p. 335-345.

²⁸ EHRM 13 februari 2003 (*Refah/Turkije*). Voor kritische analyses zie M.S. Berger, 'Tien jaar later: kritische beschouwingen bij de visie van het Europees Hof op de sharia', *Tijdschrift voor Religie, Recht en Beleid* 2013, afl. 3, p. 69-74; K. Boyle, 'Human Rights, Religion and Democracy: The Refah Party Case', *Essex Human Rights Review* (1) 2004, afl. 1, p. 1; D. Schilling, 'European Islamophobia and Turkey – Refah Partisi (The Welfare Party) v. Turkey', *Loyola Los Angeles Law Rev of Int and Comp Law* (26) 2004, p. 501.

²⁹ House of Lords (Verenigd Koninkrijk) 22 oktober 2008, *EM (Lebanon) v Secretary of State for the Home Department*, House of Lords [2008] UKHL64.