

# Gevangen in het huwelijk<sup>1</sup>

15

Mr. N.D. Spalter

In deze bijdrage zal worden ingegaan op wellicht het grootste probleem van het Joodse recht, namelijk het probleem van de agoena. Een agoena ('geketende vrouw') is een vrouw die niet kan hertrouwen omdat haar echtgenoot onwillig is zijn medewerking aan de Joodse echtscheiding te verlenen. Met een toename van het aantal echtscheidingen wordt het probleem al nijpender. Het treft nu wereldwijd, ook in Nederland, jaarlijks circa tienduizend orthodox-joodse vrouwen.

## 1. Inleiding

Elk rechtssysteem kent zijn lacunes, interpretatieproblemen en andere moeilijkheden. Zo ook één van de oudste rechtssystemen ter wereld, dat naast zijn enorme rijkdom al eeuwenlang worstelt met een probleem waar geen oplossing voor lijkt te zijn. Deze zijn het Hebreeuws rechtssysteem en het probleem van de agoena.

Een agoena blijft gevangen in het huwelijk met een ongewenste echtgenoot omdat hij niet bereid is aan de Joodse echtscheiding mee te werken. Dit probleem doet zich voor in alle landen, dus ook in Nederland, waar Joden leven. Hoewel Joodse vrouwen in Nederland en in de meeste andere westerse staten de mogelijkheid hebben om civiel te scheiden en te hertrouwen, zal voor de orthodoxe vrouwen dit doorgaans geen volwaardige optie zijn. Het Joodse huwelijk is voor deze vrouwen het enige huwelijk van betekenis. Om die reden zullen zij ook niet snel de keuze maken om van de orthodoxe opvattingen af te stappen en over te gaan op een meer liberale vorm<sup>3</sup> van het Jodendom.

Ondanks dat Joodse vrouwen buiten Israël<sup>4</sup> zich min of meer vrijwillig onderwerpen aan religieuze wetten, hebben verschillende seculiere autoriteiten van westerse staten middelen bedacht om de agoena een helpende hand te bieden. De reden hiervoor is, dat de situatie waarin de agoena verkeert in strijd is met verscheidene internationaal erkende mensenrechten en nationale grondrechten. Het recht van de vrouw op gelijke behandeling, het recht tot eerbieding van het gezinsleven en het recht om een gezin te stichten komen hier in het geding.

Wanneer westerse staten echter middelen ter bestrijding van de agoena-problematiek aanreiken, is de spanning met de scheiding van kerk en staat en de vrijheid van godsdienst voelbaar. Deze beginselen verbieden overheden immers om te interveniëren in religieuze zaken, tenzij inbreuk wordt gemaakt op nationale wetgeving.

De vraag is of de oplossing voor het probleem van

de agoena gevonden dient te worden door de Joodse gemeenschap zelf en zij die de Joodse wet interpreteren, of dat Joden hiervoor hulp zouden kunnen zoeken bij seculiere staatsautoriteiten, wetgevers en rechtbanken.<sup>5</sup> Deze vraag zal in dit artikel worden besproken.

De agoena-problematiek roept ook interessante vragen op vanuit internationaal privaatrechtelijke hoek, maar deze laat ik vanwege de gelimiteerde lengte van de bijdrage onbesproken.<sup>6</sup>

In de onderstaande tekst zal worden beschreven hoe het probleem van de agoena ontstaat en waarom het de Joodse gemeenschap tot dusverre niet is gelukt om een oplossing te vinden (par. 2). Daarna komen verschillende middelen aan de orde waarmee seculiere staatsautoriteiten voor dit probleem een oplossing trachten te bieden en zal specifiek

1. Titel is ontleend aan de gelijknamige Israëlische documentaire *Mekudeshet* van A. Zuria (2004).

2. Met dank aan rabbijn mr. drs. R. Evers en mijn promotoren prof. dr. M.V. Antokolskaia en dr. L.M. Coenraad.

3. Het probleem doet zich in Nederland voornamelijk voor bij de orthodox-joodse stroming. Bij de andere grote stroming binnen het Jodendom, het Liberale Jodendom, speelt het nauwelijks een rol. Bij deze stroming is de wetgeving op dusdanige wijze veranderd dat de positie van de vrouw binnen het Joodse echtscheidingsrecht gelijk is gesteld. Men gaat namelijk uit van het principe *hora'at sja'a* (een tijdelijk besluit). Op basis van dit principe kunnen liberale rabbijnen van het Joodse recht afwijkende besluiten nemen zolang geen traditioneel juridisch orgaan voor herziening van de Joodse wet bestaat (zie par. 2.2). Als ooit weer een representatief orgaan tot stand komt, kan men een tijdelijk besluit definitief maken dan wel annuleren.

4. In Israël bestaat geen overkoepelend seculier personen- en familierecht. Verschillende religieuze en etnische gemeenschappen hebben hun eigen recht.

5. Zie ook: M.D.A. Freeman, 'Law, Religion and The State: The Get Revisited', in: N. Lowe & G. Douglas (eds.), *Families Across Frontiers*, Deventer: Kluwer 1996, p. 361-383.

6. Zie hierover: C.G. van der Plas, *De taak van de rechter en het IPR, een verkenning van de grenzen van de taak van de Nederlandse rechter bij de toepassing van vreemd privaatrecht en publiekrecht*, Deventer: Kluwer 2005; G.E. Schmidt, 'Vorderingen tot medewerking aan een rabbinale echtscheiding', *NIPR* 2000, afl. 3, p. 292-295. In deze literatuur wordt internationaal privaatrechtelijke jurisprudentie besproken, welke in dit artikel buiten beschouwing blijft.

worden ingegaan op de middelen die in Nederland en Israël zijn voorgesteld (par. 3). Vervolgens wordt een nieuw middel ter oplossing van het Nederlandse *agoena*-probleem gesuggereerd (par. 4). Ten slotte volgt de conclusie (par. 5).

## 2. Het Joodse echtscheidingsrecht

### 2.1. De eigenaardigheid van het Joodse echtscheidingsrecht

De tegenwoordige definitie van het woord *agoena* komt niet overeen met die van vroeger. Vóór het ontstaan van de huidige moderne samenleving kwamen echtscheidingen nauwelijks voor en werd de term *agoena* hoofdzakelijk gereserveerd voor vrouwen die niet konden hertrouwen omdat hun echtgenoten verdwenen waren dan wel het bewijs van hun overlijden ontbrak.<sup>7</sup>

De huidige definitie ervan wordt gebruikt voor vrouwen die niet kunnen hertrouwen omdat hun mannen gewoonweg niet willen meewerken. Hoe is dit te verklaren vanuit het Joodse recht?

Het wellicht belangrijkste kenmerk van het Joodse echtscheidingsrecht is vrijwilligheid.<sup>8</sup> De echtscheiding komt tot stand doordat de man vrijwillig een echtscheidingsbrief (*get*)<sup>9</sup> aan zijn vrouw geeft, die deze vrijwillig in ontvangst neemt. De echtscheiding vereist dus wederkerige medewerking en vindt enkel tussen de echtgenoten plaats, een actie van derden kan het huwelijk *niet* ontbinden. De vereiste vrijwilligheid komt nog sterker tot uiting door de regel die inhoudt dat wanneer de *get* onder dwang wordt gegeven of ontvangen, deze in beginsel ongeldig is (*me'ushe*), waardoor geen echtscheiding kan plaatsvinden.<sup>10</sup>

Hierdoor kunnen beide partijen in theorie de echtscheiding frustreren, hoewel dit in de praktijk meestal wordt gedaan door de man. Toch wil dit niet zeggen dat het Joodse echtscheidingsrecht uitgaat van een gelijke positie tussen man en vrouw. Indien de man niet wil meewerken, zijn de gevolgen voor de vrouw veel ingrijpender. Ten eerste wordt de vrouw een *agoena*. Een *agoena* mag geen relatie aangaan met een andere man, anders is zij een overspelige vrouw (*eshet-ish*). Dit is niet alleen een beschamende positie, ook de kinderen die uit deze verboden relatie worden geboren, zijn 'onwettige' kinderen - *mamzeriem*. Deze kinderen kunnen voor de Joodse wet tot en met de negende generatie alleen nog met andere *mamzeriem* trouwen.<sup>11</sup>

Ten tweede mag een vrouw nooit hertrouwen met een man waarmee zij overspel heeft gepleegd. Mocht hiervan sprake zijn geweest, dan zal de desbetreffende nieuwe echtgenoot van haar *moeten* scheiden.<sup>12</sup>

Deze twee ernstige gevolgen gaan niet op voor de man en zijn eventuele kinderen. Voor hem is het toegestaan om ondanks dat hij nog getrouwd is, een relatie aan te gaan met een andere vrouw en met haar een gezin te stichten. Bovendien is het

in theorie zelfs mogelijk om met een tweede vrouw te trouwen door middel van ontheffing van de ban op polygamie. Dit kan overigens slechts met de toestemming van honderd rabbijnen (*heter mea rabbanim*).<sup>13</sup>

Door de bovengenoemde constructie van het Joodse echtscheidingsrecht met de daarbij behorende vrijwilligheid, kunnen rabbinale rechters op basis van de huidige wetgeving nauwelijks iets voor de *agoena* betekenen. Dwang op de man is in beginsel immers uitgesloten. De situatie waarin de *agoena* verkeert, wordt ook door de Joodse gemeenschap als groot probleem ervaren omdat het geheel in strijd is met de geest van het Joodse recht en het Jodendom, namelijk: rechtvaardigheid.<sup>14</sup>

Dit gegeven roept de vraag op waarom het de Joodse gemeenschap tot dusverre niet is gelukt het religieuze echtscheidingsrecht op zodanige wijze aan te passen dat het geen discriminerende werking meer heeft. Hierover gaat de volgende paragraaf.

### 2.2. Waarom biedt het Joodse recht geen oplossing?

We gaan terug naar de eerste eeuw van onze jaartelling. Het was een rumoerige tijd waarin het Romeinse Rijk zich al verder uitstrekte. In het jaar 70 werd ook Jeruzalem bij het Romeinse Rijk ingelijfd. Na een mislukte opstand verwoestten de Romeinse troepen de stad en de daar gevestigde Tweede Tempel.<sup>15</sup>

Deze gebeurtenis vormt een belangrijk keerpunt in de geschiedenis van het Joodse volk en het Jodendom. Het centrale punt van waaruit het geloof werd beleden, bestond niet langer meer. De Tempel werd vervangen door synagogen (huizen van samenkomst) buiten Jeruzalem en de tempelpriesters door rabbijnen. Daarnaast raakte het Joodse volk met de inname van Jeruzalem verstrooid over het gehele Romeinse Rijk, van Noord-Afrika tot Duitsland en van Spanje tot de Kaukasus. Omstreeks het jaar 300 leefden zelfs kleine groepen Joden in de Lage Landen aan de oevers van de Rijn.

Deze omslag van bijna 2000 jaar geleden is om drie met elkaar samenhangende hoofdredenen tot op heden van invloed bij het vinden van een oplossing voor het *agoena*-probleem.

Allereerst werd na de verwoesting van Jeruzalem het Groot Sanhedrin, het Hebreeuwse opperste gerechtshof, afgeschaft dat in deze stad zetelde.<sup>16</sup> Het kon als enig orgaan de Joodse wet herzien en met zijn verdwijning verdween ook die mogelijkheid tot herziening. Joodsrechtelijke beslissingen konden niet enkel op basis van autoriteit (door de hoogste rechters) worden genomen, maar meer op basis van gelijkwaardigheid (door verschillende rabbijnen).<sup>17</sup> Ten tweede konden vanaf het moment van de afschaffing van het Groot Sanhedrin rabbijnen verordeningen met een religieus of sociaal doeleinde (*takkanoth*) uitvaardigen. De inhoud van *takkanoth* dient echter gedragen te worden door de gemeen-

schap; men mag geen *takkanoth* uitvaardigen die niet door de meerderheid wordt geaccepteerd.<sup>18</sup> Dit is bijzonder moeilijk in een tijd waarin Joden geografisch wijd verspreid zijn, waardoor weer veel verschillende stromingen binnen het Jodendom zijn ontstaan.

*Takkanoth* kunnen dus slechts worden uitgevaardigd indien de meerderheid van het Joodse volk hiermee instemt. Om zodanige acceptatie te bereiken heeft een rabbijn veel invloed nodig. Hiermee hangt de laatste reden samen, want sinds de elfde eeuw heeft geen zodanige rabbinale autoriteit meer bestaan. Een belangrijke oorzaak is de verlichting van het West-Europese Jodendom (*Haskala*). De *Haskala* kenmerkt zich onder andere door integratie en assimilatie. Door deze ontwikkelingen was de rabbijn niet langer meer heer en meester van de voordien gesloten Joodse gemeenschappen in West-Europa.<sup>19</sup>

Een tweede belangrijke oorzaak is de invoering van het burgerlijk huwelijk en echtscheiding in de meeste westerse staten. De voor de gemeenschap verbindende factor van een Joods huwelijk en echtscheiding was hierna nog slechts een persoonlijke keuze. Ook konden rabbinale rechters niet langer meer sancties opleggen met behulp van niet-Joodse autoriteiten.<sup>20</sup>

Door bovengenoemde met elkaar samenhangende hoofdredenen, het ontbreken van een hoogste juridisch orgaan, de moeilijkheid van het uitvaardigen van *takkanoth* en het verlies van rabbinale autoriteit, is het de Joodse gemeenschap tot dusverre niet gelukt om een oplossing voor het *agoena*-probleem te vinden. Herinterpretatie van de Joodse wet is bijna een onmogelijke opgave geworden en een snelle oplossing vanuit de Joodse gemeenschap kan hierdoor dus niet worden verwacht. Is het dan mogelijk dat seculiere staatsautoriteiten een oplossing vinden? Deze vraag zal in het vervolg worden besproken.

### 3. Seculiere 'oplossingen'

#### 3.1. Een kort overzicht

In de inleidende paragraaf kwam al naar voren dat de meerderheid van de westerse staten bereid is om de *agoena* steun te bieden in regelgeving en jurisprudentie, omdat de positie waarin zij verkeert in strijd is met meerdere mensenrechten. Alleen in Duitsland acht de rechter zichzelf niet competent om zich met de *agoena*-problematiek in te laten, vanwege de scheiding van kerk en staat en de vrijheid van godsdienst.<sup>21</sup>

Naast eventuele strijd met deze beginselen, moeten seculiere staatsautoriteiten er ook rekening mee houden dat vanuit joodsrechtelijk oogpunt een man niet gedwongen mag worden om zijn medewerking aan de religieuze echtscheiding te verlenen. Anders zullen de regelgeving en jurisprudentie hun doel voorbij schieten: de gedwongen

echtscheiding wordt naar Joods recht immers niet als geldig erkend.

De middelen uit diverse landen, Verenigde Staten, Zuid-Afrika, Engeland en Wales, Frankrijk, Israël en Nederland, zullen hieronder kort worden opgesomd. Voor deze landen is gekozen vanwege het hoge aantal Joodse inwoners en/of omdat ze speciale wetgeving hebben gericht op de *agoena*-problematiek.

Ten eerste kan de rechter het civiele echtscheidingsvonnis weigeren uit te spreken of deze niet abso-

7. Zie: J.C. Al, *Overzicht van het joodse huwelijks- en echtscheidingsrecht*, Nijmegen: Wolf Legal Productions 2002, p. 134-135.

8. D.A. Wolf, 'Het joods echtscheidingsrecht in Nederland en de New York *Get Laws*', *FJR* 1995, afl. 8, p. 178.

9. Deuteronomium 24:1.

10. Zie: J.C. Al, *Overzicht van het joodse huwelijks- en echtscheidingsrecht*, Nijmegen: Wolf Legal Productions 2002, p. 154. Op dit uitgangspunt bestaat een uitzondering. De rabbinale rechtbank (rechtbank van rabbijnen, dat wil zeggen Joodse geleerden) mag druk op de man uitoefenen in zaken waar de vrouw naar de Joodse wet een grond heeft voor echtscheiding en de man de *get* moet geven. Slechts van twee gronden (de echtgenoot wordt getroffen door een weerzinwekkende ziekte tijdens het huwelijk of oefent een beroep uit dat lichamelijk weerzinwekkend is) is echter met zekerheid te zeggen dat de rabbinale rechtbank dwang mag uitoefenen. Hieruit blijkt dus dat in de meeste gevallen de man niet verplicht is een *get* te geven en geen dwang op hem kan worden uitgeoefend. Rabbinale rechters zijn bovendien terughoudend om op andere gronden dwang uit te oefenen, omdat het immers tot gevolg kan hebben dat de *get* door andere (buitenlandse) rabbijnen niet wordt geaccepteerd. Zie: D.A. Wolf, 'Het joods echtscheidingsrecht in Nederland en de New York *Get Laws*', *FJR* 1995, afl. 8, p. 178-183.

11. Deuteronomium 23:3, *Encyclopedia Judaica* (11), Jeruzalem: Keter Publishing House 1996, p. 840-842.

12. E. Tager, 'The Chained Wife', *Netherlands Quarterly of Human Rights*, (17) 1999, p. 427.

13. Het getal honderd wordt gezien als alle rabbijnen, dat wil zeggen alsof alle rabbijnen waar ook ter wereld toestemming geven. Zie: J.C. Al, *Overzicht van het joodse huwelijks- en echtscheidingsrecht*, Nijmegen: Wolf Legal Productions 2002, p. 137.

14. H.H. Cohn, *Human Rights in Jewish Law*, New York: Ktav Publishing House 1984, p. 198 e.v. In het Jodendom is God Rechter van de gehele aarde, die Zijn juridische macht uitoefent in rechtvaardigheid (zie voorbeelden in o.a. Genesis 18:25; Jesaja 11:2-5; Exodus 34:6-7; Deuteronomium 10:17-18).

15. De Eerste Tempel werd gebouwd door Salomo en werd in 586 voor onze jaartelling door Neboekadnezar verwoest. De Tweede Tempel werd gebouwd in 515 voor onze jaartelling. De Tempel vormde het centrum van de offerdienst die in verschillende Bijbelboeken wordt beschreven.

16. Het Groot Sanhedrin stond aan de top van een hiërarchisch georganiseerde rechterlijke organisatie. Onder het Groot Sanhedrin stond het Klein Sanhedrin en helemaal onderaan de piramide het *Beth Din*.

17. J.C. Al, *Overzicht van het joodse huwelijks- en echtscheidingsrecht*, Nijmegen: Wolf Legal Productions 2002, p. 16-18; B.S. Jackson, 'Agunah and the Problem of Authority: Directions for Future Research', *Melilah* 2004-1, p. 1-78.

18. J.C. Al, *Overzicht van het joodse huwelijks- en echtscheidingsrecht*, Nijmegen: Wolf Legal Productions 2002, p. 18.

19. De laatste rabbijn met autoriteit was rabbijn Tam (1100-1171). Deze rabbijn heeft de bijna gelijke positie tussen man en vrouw bij de echtscheiding die bereikt was door voorafgaande rabbijnen, geheel weer afgeschaft. Daardoor is het Joodse echtscheidingsrecht in de 21ste eeuw weer zoals in Bijbelse tijden. Zie E. Tager, 'The Chained Wife', *Netherlands Quarterly of Human Rights*, (17) 1999, p. 437-438.

20. E. Tager, 'The Chained Wife', *Netherlands Quarterly of Human Rights*, (17) 1999, p. 437-438.

21. *B vs. B*, 57 RGZ 250 (1904); *Monatschrift für Deutsches Recht*, vol. 9, 1973, p. 768.

luut dan wel definitief te maken, zolang niet aan de religieuze formaliteiten is voldaan. Doordoor kan de dwarsliggende man ook zelf niet civiel hertrouwen. Dit middel is door verschillende wetgevers vastgelegd: in Engeland en Wales in de *Divorce (Religious Marriages) Act 2002*, in de Verenigde Staten in de staat New York in de *New York Get Law 1983* (met een aanvullend amendement in 1992) en in Zuid-Afrika in de *Divorce Amendment Act 1996*. In Nederland is ook een (informeel) voorstel gedaan om het geven van een *get* als voorwaarde bij de civiele echtscheiding te stellen. Dit werd echter als een brug te ver beschouwd.<sup>22</sup>

Het probleem bij deze wetten is dat het beginsel van scheiding van kerk en staat onder druk komt te staan, omdat de religieuze echtscheiding een voorwaarde is voor een civiele echtscheiding.

Ten tweede kan de recalcitrante echtgenoot worden gedwongen om de *get* te geven via een civiel echtscheidingsconvenant of Joodse huwelijksakte (*ketoba*). De Amerikaanse rechter heeft dit middel toegepast.<sup>23</sup> Aangezien het onduidelijk is of het geven van een *get* al dan niet een religieuze handeling is, kan dit middel strijd opleveren met de scheiding van kerk en staat en de vrijheid van godsdienst. Daarnaast is het gevaar van een ongeldige *get* levensgroot omdat de medewerking onder dwang plaatsvindt.

Ten derde kan het gedrag van de onwillige echtgenoot van invloed zijn op de vaststelling van partneralimentatie en de verdeling van de huwelijksgoederen tijdens de civiele echtscheiding. Dit middel is in de New Yorkse wetgeving opgenomen in de (tweede) *Get Law 1992*. Het grootste struikelblok van dit middel is dat het, net zoals het voorafgaande middel, een ongeldige *get* kan opleveren omdat dwang op de onwillige man wordt uitgeoefend.

Ten vierde kunnen aan de man sancties of dwangsommen worden opgelegd indien hij weigert mee te werken aan de religieuze echtscheiding. Het middel wordt veelvuldig gebruikt, namelijk in Engeland en Wales, Frankrijk, Nederland en Israël.<sup>24</sup> Ook dit middel is onacceptabel voor de Joodse wet. Ten slotte kan het weigerachtige gedrag tot gevolg hebben dat de man schadevergoeding dient te betalen aan zijn vrouw. Hierop zal dieper worden ingegaan, omdat dit het enige middel is dat geen ongeoorloofde dwang op de man inhoudt en mijns inziens niet strijdig is met de scheiding van kerk en staat en de vrijheid van godsdienst. Eerst zal de situatie in Nederland uitgebreider worden besproken.

### 3.2. Nederlands middel: rechterlijk gebod tot medewerking aan de rabbinale echtscheiding

Al vanaf de zeventiende eeuw hadden de Nederlandse gewesten te maken met problemen bij de Joodse echtscheiding.<sup>25</sup> In de moderne jurispruden-

tie is door de Hoge Raad in 1982 een belangrijke uitspraak gedaan op dit gebied.<sup>26</sup>

In desbetreffende zaak werd de vordering tot ontbinding van het huwelijk naar Nederlands recht gecombineerd met een vordering tot medewerking aan een rabbinale echtscheiding.

De Rechtbank Haarlem en het Amsterdamse Hof achtten zichzelf niet bevoegd om over dit laatste uitspraak te doen. De rechtbank niet, omdat uit art. 1:30 BW volgt dat de rechter andere dan burgerlijke huwelijken buiten beschouwing moet laten. Het hof niet, omdat de seculiere rechter met betrekking tot een kerkelijke echtscheiding geen bevoegdheden mag aanmeten daar waar de bevoegde instantie, dus de rabbinale rechtbank, die ook niet heeft. Het Opperrabbinat Utrecht had in casu namelijk geen enkel middel om dwang uit te oefenen op de onwillige echtgenoot.<sup>27</sup>

De Hoge Raad oordeelde echter anders dan de rechtbank en het hof. Een weigering om aan een rabbinale echtscheiding mee te werken kon volgens de Hoge Raad namelijk onder omstandigheden onrechtmatig zijn wegens de schending van de zorgvuldigheidsnorm. De man werd op verbeurte van een dwangsom gedwongen om mee te werken.

Aan de uitspraak van de Hoge Raad is expliciet gevolg gegeven met twee kort gedingen in twee andere zaken.<sup>28</sup>

### 3.3. Kritische noot

Uit de voorafgaande subparagraaf blijkt dat een *agoena* in Nederland op grond van de onrechtmatige daad kan trachten een rechterlijk gebod te vorderen tot medewerking van de echtgenoot aan een rabbinaal echtscheidingsvonnis (art. 3:296 jo. 6:162 BW jo. 611a Rv).

Een punt van kritiek bij dit middel kan zijn dat het op gespannen voet staat met de scheiding van kerk en staat en het grondrecht van de vrijheid van godsdienst. Echter er kleven nog andere nadelen aan deze leer.

Ten eerste heeft de seculiere Nederlandse rechter volgens de Joodse wetgeving geen bevoegdheid om te oordelen inzake het geven van een *get*. Over het algemeen respecteert de Joodse wet het Nederlandse recht; dit komt voort uit het adagium *Dina de Machoeta Dina* (de wet van de koning is de wet). Het adagium geldt echter niet met betrekking tot het personen- en familierecht. Dit heeft tot gevolg dat partijen in desbetreffende zaken altijd toestemming van de rabbinale rechtbank nodig hebben indien zij naar de seculiere rechtbank stappen. Mijns inziens had de Hoge Raad beter de uitspraak van het Hof Amsterdam kunnen volgen, die om die reden zich niet bevoegd achtte. Daarnaast kan de vraag worden gesteld of de seculiere rechtbank volgens de Joodse wet competent is om een uitspraak van de rabbinale rechtbank af te dwingen. Wolf<sup>29</sup> haalt ter beantwoording van deze vraag de *Talmoad*<sup>30</sup> aan waarin uitdrukkelijk wordt verklaard

dat een niet-Joodse rechtbank een man mag slaan en tegen hem mag zeggen: 'Doe wat de Israëlieten je gebieden.' Deze regel is echter beperkt tot de weinig voorkomende uitzondering op de regel dat de man niet onder dwang de *get* mag geven.<sup>31</sup>

Ten tweede speelt naast het competentieprobleem nog een probleem een rol, namelijk dat naar religieus recht een *get* niet onder dwang mag worden gegeven. Om die reden kan het door de Hoge Raad aangedragen middel geen echte oplossing zijn, omdat de Hoge Raad in zijn arrest uit 1982 geen rekening heeft gehouden met de religieuze dimensie van het *agoena*-probleem. Hierdoor was het vonnis in strijd met de Joodse wet, die de *get* onder dwang ongeldig acht, waardoor geen rabbinale echtscheiding kon plaatsvinden. Naar de orthodox-joodse opvatting blijft het huwelijk in stand.

### 3.4. Creatieve stimulans van de Israëliische rechter

Nu gebleken is dat de Hoge Raad met zijn uitspraak de (joodsrechtelijke) plank volledig heeft misgeslagen, is het de vraag of er dan een andere mogelijkheid is om de Nederlandse *agoena* bij te staan. Wellicht kan deze mogelijkheid gevonden worden in een uitspraak van de Israëliische familierechter. Deze uitspraak heeft namelijk als belangrijk voor-

deel dat de seculiere rechter zich (bewust) niet uitspreekt over de religieuze aspecten van het probleem, maar slechts oordeelt over de civielrechtelijke consequenties van het niet geven van de *get*. Op 22 december 2004<sup>32</sup> werd er een grote overwinning behaald voor de *agoena* in Israël. Op deze dag heeft de seculiere *Family Court* in Jeruzalem beslist dat een weigerachtige echtgenoot zijn vrouw, die al twaalf jaar wachtte op een echtscheiding, 425 000 shekel (circa 80 000 euro) moest betalen bij wijze van *punitive damages*.<sup>33</sup>

[R]efusal to grant a get constitutes a severe infringement on her ability to lead a reasonable, normal life, and can be considered emotional abuse lasting several years.

(...)

[T]his is not another sanction against someone refusing to give a get, intended to speed up the process of granting a get, and this court is not involving itself in any future arrangements for the granting of a get, but rather, it is a direct response to the consequences that stem from

22. Verslag van de bespreking op het ministerie van Justitie van 16 mei 2000, ongepubliceerd. Aanwezig bij deze bespreking waren: mr. J.C. Al, mevr. J.A. Stodel, rabbijn mr. drs. R. Evers, mr. F.J.A. van der Velden en mr. H. Lenters. Het idee om een religieuze echtscheiding als voorwaarde voor de civiele echtscheiding te stellen is niet helemaal nieuw. Tijdens de bespreking kwam namelijk naar voren dat een aantal rechters in Nederland (met name in Rotterdam) bij een burgerlijke echtscheiding eerst de voorwaarde stelt dat een verstoting (scheiding enkel door de man) naar Marokkaans recht moet plaatsvinden. Het verschil is echter dat het hier gaat om twee nationale rechtssystemen, wat niet helemaal vergelijkbaar is met de Joodse situatie. Als andere optie werd nog genoemd de afgifte van de *get* als nevenvoorziening.

23. Belangrijke zaken omtrent het echtscheidingsconvenant waren onder andere: *Koepel vs. Koepel*, 161 N.Y.S. 2d 694 (App. Div. 1957); *Waxstein vs. Waxstein*, 394 N.Y.S. 2d 253 (App. Div. 1977), en ten aanzien van de *ketoeba*: *Avitzur vs. Avitzur*, 58 N.Y. 2d 108, 446 N.E.2d 136, 459 N.Y.S. 2d 572 (1983); *Burns vs. Burns*, 538 A. 2d 438 (N.J. Super Ct. Ch. Div. 1987). M.D.A. Freeman, 'Law, Religion and The State: The *Get* Revisited', in: N. Lowe & G. Douglas (eds.), *Families Across Frontiers*, Deventer: Kluwer 1996, p. 366-368.

24. Bijvoorbeeld in Engeland en Wales: *Brett vs. Brett*, 1 ALL ER 1007; in Frankrijk: Trib. Seine 22 juni 1967, Clunet 1968, 356; in Nederland: HR 22 januari 1982, NJ 1982, 489. In Israël is in de *Rabbinical Law 1953* opgenomen dat een weigerachtige echtgenoot gevangen kan worden genomen. Andere sancties zijn bijvoorbeeld het innemen van het paspoort, creditcard en rijbewijs van de echtgenoot, een ban op het behouden of openen van een bankrekening door de echtgenoot en een verbod van het werkzaam zijn in de ambtenarij (zie afdeling 6 *Rabbinic Courts Law*). Door de ongelijkheid van een gedwongen *get* worden deze sancties in de praktijk zelden door de rabbinale rechters opgelegd. Sinds 1953 is bijvoorbeeld gevangenneming slechts dertig maal voorgekomen.

25. ARA Den Haag, Hoge Raad nr. 659 onder 10 december 1686; ARA Den Haag, Hof van Holland nr. 929, 't XVII Register van de sententien beginnende met den 4. september XVII negentien ende eyndigende met den 27. november XVII negentien, folio's 83 en 84. Zie H. Gall, 'Ontmoetingen in de Rechtsgeschiedenis. Drie joodse zaken in een Romeins-Hollandse jurisprudentieverzameling', in: J. van der Westerhuizen e.a. (red.), *Huldigingsbundel Paul van Warmelo*, Pretoria: Universiteit van Suid-Afrika 1984, p. 82-91.

26. ARA Den Haag, Hoge Raad nr. 659 onder 10 december 1686; ARA Den Haag, Hof van Holland nr. 929, 't XVII Register van de sententien beginnende met den 4. september XVII negentien ende eyndigende met den 27. november XVII negentien, folio's 83 en 84. Zie H. Gall, 'Ontmoetingen in de Rechtsgeschiedenis. Drie joodse zaken in een Romeins-Hollandse jurisprudentieverzameling', in: J. van der Westerhuizen e.a. (red.), *Huldigingsbundel Paul van Warmelo*, Pretoria: Universiteit van Suid-Afrika 1984, p. 82-91.

27. C.G. van der Plas, *De taak van de rechter en het IPR, een verkenning van de grenzen van de taak van de Nederlandse rechter bij de toepassing van vreemd privaats- en publiekrecht*, Deventer: Kluwer 2005, p. 160.

28. Rb. Amsterdam 17 november 1983, KG 1983, nr. 359; Rb. Haariem 17 februari 1989, KG 1989, nr. 134. De laatstgenoemde uitspraak werd in hoger beroep bevestigd: Hof Amsterdam 31 augustus 1989, NJ 1990, 679. De Middelburgse Rechtbank had echter een andere mening, zij achtte zichzelf niet competent om te beoordelen of een man onrechtmatig handelde door zijn weigering een *get* te geven. Rb. Middelburg 28 mei 1986, NIPR 1986, nr. 413. C.G. van der Plas, *De taak van de rechter en het IPR, een verkenning van de grenzen van de taak van de Nederlandse rechter bij de toepassing van vreemd privaats- en publiekrecht*, Deventer: Kluwer 2005, p. 160.

29. D.A. Wolf, 'Het joods echtscheidingsrecht in Nederland en de New York *Get Laws*', FJR 1995, afl. 8, p. 179.

30. De Talmoe is een rechtsbron die bestaat uit tijdsgebonden commentaren van rabbijnen op de Thora.

31. Zie: J.C. Al, *Overzicht van het joodse huwelijks- en echtscheidingsrecht*, Nijmegen: Wolf Legal Productions 2002, p. 154. Op dit uitgangspunt bestaat een uitzondering. De rabbinale rechtbank (rechtbank van rabbijnen, dat wil zeggen Joodse geleerden) mag druk op de man uitoefenen in zaken waar de vrouw naar de Joodse wet een grond heeft voor echtscheiding en de man de *get* moet geven. Slechts van twee gronden (de echtgenoot wordt getroffen door een weezinwekkende ziekte tijdens het huwelijk of oefent een beroep uit dat lichamelijk weezinwekkend is) is echter met zekerheid te zeggen dat de rabbinale rechtbank dwang mag uitoefenen. Hieruit blijkt dus dat in de meeste gevallen de man niet verplicht is een *get* te geven en geen dwang op hem kan worden uitgeoefend. Rabbinale rechters zijn bovendien terughoudend om op andere gronden dwang uit te oefenen, omdat het immers tot gevolg kan hebben dat de *get* door andere (buitenlandse) rabbijnen niet wordt geaccepteerd. Zie: D.A. Wolf, 'Het joods echtscheidingsrecht in Nederland en de New York *Get Laws*', FJR 1995, afl. 8, p. 178-183.

32. Ongepubliceerde uitspraak familierechtbank Jeruzalem.

33. Schadevergoeding met een straffend element.

not granting a get, and the right of the woman to receive punitive damages.

Dit was een opmerkelijke uitspraak in een land waarin het personen- en familierecht wordt beheerst door religieus recht en geschillen dienen te worden uitgevochten voor rabbinale rechtbanken. Het vonnis bracht (en brengt) een sterke boodschap over aan de rabbinale rechtbanken in Israël. Hoewel de man nog altijd kan blijven weigeren om van zijn vrouw te scheiden, wordt de positie van de vrouw door de uitspraak versterkt omdat zij nu bij de civiele rechter om een schadevergoeding kan verzoeken, die weer via het civiele recht kan worden afgedwongen. Dit is niet in strijd met het religieuze recht, omdat de civiele rechter zich niet inlaat met de religieuze echtscheiding en de man niet (direct) gedwongen wordt zoals bijvoorbeeld het geval is bij het opleggen van een dwangsom. De uitspraak kan ook van betekenis zijn voor Joodse vrouwen buiten Israël. Zij hebben wellicht meer kans van slagen indien zij naar een civiele rechtbank stappen om, zoals in de woorden van de Israëlische rechter, 'haar emotionele pijn en lijden als een *agoena* te vertalen in een financiële compensatie'.

#### 4. Een nieuw middel voor de Nederlandse *agoena*?

De Israëlische uitspraak kan als voorbeeld dienen voor de Nederlandse rechtspraak. Doordat het middel zich verre houdt van de religieuze echtscheiding als zodanig heeft het als belangrijk resultaat dat het geen ongeldige *get* kan opleveren en het niet in strijd is met de scheiding van kerk en staat en de vrijheid van godsdienst.

In hoeverre kan echter dit middel van betekenis zijn nu in Nederland het rechtsfiguur van *punitive damages* niet wordt erkend? Wellicht kan aansluiting worden gevonden bij de uit de onrechtmatige daad voortvloeiende schadevergoeding. De schade van de *agoena* zal meestal niet bestaan uit vermogensschade, maar uit immateriële schade (smartengeld). Het nadeel van deze benadering is dat het Nederlandse recht erg terughoudend is voor wat betreft de toekenning van smartengeld. Dit is volgens art. 6:95 BW slechts mogelijk in die gevallen waarin de wet dat expliciet toestaat. Deze gevallen worden in art. 6:106 BW limitatief opgesomd. In het bijzonder zijn de gevallen sub *a* en *b* voor de *agoena*-problematiek interessant. Volgens onderdeel *a* bestaat een recht op smartengeld indien de aansprakelijke persoon het oogmerk had zodanig nadeel toe te brengen.<sup>34</sup> Hiervan zal bijvoorbeeld sprake kunnen zijn indien de man met de door hem gepleegde onrechtmatige daad (het niet geven van de *get*) het oogmerk heeft zijn vrouw nadeel toe te brengen die niet uit vermogensschade bestaat.<sup>35</sup> De man weigert bijvoorbeeld de *get* te geven om zijn vrouw het leven zuur te maken, haar emotioneel te mis-

handelen of door gewoon net zolang met de scheiding te willen wachten totdat zij geen kinderen meer kan krijgen.

Volgens onderdeel *b* bestaat ook een recht op smartengeld indien de benadeelde lichamelijk letsel heeft opgelopen, in zijn eer of goede naam is geschaad of op andere wijze in zijn persoon is aangeast. Het is verdedigbaar dat de *agoena* ook op basis van de laatste grond om smartengeld kan verzoeken. Het voordeel hiervan is dat het een ruimere toepassing heeft dan de grond sub *a*. Met elke weigering om te scheiden wordt de *agoena* in haar persoon aangetast omdat dit in strijd is met fundamentele rechten.<sup>36</sup> Niet meer zou dan bewezen hoeven te worden dat de onwillige echtgenoot het oogmerk had zijn vrouw nadeel toe te brengen. Hierover wil ik verder niet uitweiden, omdat het een nog tamelijk onbegaanbaar pad is in het Nederlands recht.<sup>37</sup>

#### 5. Conclusie

Door de religieuze dimensie van het probleem van de *agoena* is het voor de seculiere (Nederlandse) autoriteiten zeer moeilijk om een oplossing te vinden. Niet alleen omdat dit wellicht in strijd is met de religieuze wetten waardoor eventuele middelen niet door de Joodse gemeenschap worden geaccepteerd, maar ook omdat de seculiere autoriteiten zich verre dienen te houden van interventie in religie. Dit laatste is noodzakelijk vanuit het standpunt van het politiek liberalisme, wederzijdse tolerantie en de scheiding van kerk en staat.

Aan de andere kant mag individuele vrijheid echter niet zo ver gaan dat individuen elkaar schade dreigen toe te brengen. De onwillige echtgenoot maakt zoals we hebben gezien inbreuk op meerdere mensenrechten en grondrechten van zijn vrouw. Om die reden is het begrijpelijk dat seculiere staatsautoriteiten trachten een oplossing te vinden.

De Nederlandse rechter kan slechts hulp bieden indien hij een middel vindt dat zich verre houdt van de religieuze echtscheiding als zodanig. Deze ma-

34. In de literatuur wordt als voorbeeld gegeven ernstige pesterijen. Zie A.J. Verheij, *Vergoeding van immateriële schade wegens aantasting in de persoon*, Nijmegen: Ars Aequi Libri 2002, p. 34.

35. Zie HR 26 oktober 2001, *NJ* 2002, 216.

36. De Hoge Raad was in beginsel niet bereid om op grond van schending van fundamentele rechten smartengeld toe te kennen. De afgelopen tijd is echter een verschuiving waar te nemen. HR 21 februari 1997, *NJ* 1999, 145 (*wrongful birth*); HR 9 juli 2004, *AB* 2005, 23 (Oosterpark-rellen); HR 18 maart 2005, C03/206HR, *LJN* AR5213 (*wrongful life*). In het Oosterpark-arrest bepaalde de Hoge Raad: 'Toekenning van een naar billijkheid vast te stellen schadevergoeding is ingevolge art. 6:106 lid 1 sub *b* BW mogelijk bij het op andere wijze aantasten van de persoon van de benadeelde, waaronder ook vallen ernstige inbreuken op de persoonlijke levenssfeer en onrechtmatige inbreuken op (andere) persoonlijkheidsrechten. Het bestaan van psychische schade is geen noodzakelijke voorwaarde.' (r.o. 4.7)

37. Zie hierover meer: A.J. Verheij, *Vergoeding van immateriële schade wegens aantasting in de persoon*, Nijmegen: Ars Aequi Libri 2002.

nier is gevonden in het door mij verdedigde middel van de toekenning van smartengeld aan de *agoena*. Het *agoena*-probleem is dan slechts een privaatrechtelijk geschil tussen twee partijen geworden, waarin één der partijen (de vrouw) compensatie vraagt van de ander (de man) voor in het verleden geleden (immateriële) schade. Dit middel is geen oplossing maar kan wel een daadwerkelijke stimulans betekenen.

Slechts herinterpretatie op basis van het grondbeginsel van het Jodendom, rechtvaardigheid, of de komst van een Joods hoogste juridisch college of rabbinale autoriteit – en niet het aannemen van een andere autoriteit boven die van de rabbinale – kunnen tot een oplossing leiden. Uiteindelijk is

het aan de Joodse gemeenschap zélf of en wanneer zij bereid is dit te doen.<sup>38</sup> Tot die tijd blijven orthodox-joodse vrouwen helaas het slachtoffer van mensenrechtenschendingen.

De Joodse bruid? Het sprookje is uit.<sup>39</sup>

38. Onlangs nog is een conferentie over het *agoena*-probleem die op 7 en 8 november 2006 in Jeruzalem zou worden gehouden, op het laatste moment plotseling afgeblazen 'na verzoeken hiertoe uit Israël en daarbuiten'. E. Friedmann, 'Agunotconferentie getorpedeerd', *Nieuw Israelietisch Weekblad* 10 november 2006, p. 28.

39. Titel van een lezing door S. Nijstad waarin hij onder meer uiteenzet dat het Joodse bruidje van Rembrandt niet Joods is. In de context van deze bijdrage kan deze titel vanuit een andere hoek worden belicht: de gevolgen van het Joodse huwelijk kunnen voor een vrouw allerm minst sprookjesachtig zijn.

Notitie

## Kinderen eerst; enkele kanttekeningen

16

Prof. dr. H. Baartman

### Inleiding

In september 2004 lanceerde het ministerie van Justitie na enkele jaren van voorbereiding het programma *Beter Beschermd* dat als doel heeft de kwaliteit van de kindbescherming te vergroten. In diezelfde maand overleed Savanna. In het voorwoord van een later bijgestelde versie is daarover het volgende te lezen: 'Door recente ontwikkelingen, waaronder incidenten en acties van bij de jeugdzorg betrokken organisaties, kwamen in relatief korte tijd veel aanvullende rapporten beschikbaar die de nadruk leggen op de noodzaak tot snelle en intensieve veranderingen, een gevoel dat meteen werd overgenomen door de professionals in de kindbescherming, bestuurders, politiek en media.'

Savanna was niet het eerste kind

dat overleed als gevolg van mishandeling ondanks dat het onder toezicht stond van de jeugdzorg. Maar nooit eerder heeft zo'n drama zoveel opschudding veroorzaakt. Wellicht is dat, omdat een proces van herbezinning op de uitgangspunten van de jeugdzorg, en meer in het bijzonder van de kindbescherming, al gaande was, en uiteraard niet alleen bij het departement. Een gebeurtenis als deze kan dan maken dat bestaande onvrede extra geprononceerd geuit gaat worden en dat nieuwe standpunten met verve verdedigd gaan worden. 'Het móet anders, want zie maar eens (...).'

De algemene teneur in vrijwel al die reacties van professionals, bestuurders, politiek en media is de opvatting dat het roer om moet, dat wil zeggen dat het belang van het kind duidelijker dan voorheen zou moeten prevaleren

boven dat van zijn ouders. Dit lijkt, blijkens de titel die ze gaf aan haar rapport, ook duidelijk de leidraad geweest te zijn voor het advies dat de Werkgroep Wetgeving heeft uitgebracht: *Kinderen Eerst*. Het advies van de Werkgroep gaat ongetwijfeld een belangrijke rol spelen in het debat over de uitgangspunten van de jeugdzorg en de daaraan te verbinden consequenties. Ik beperk me hier tot een enkele kanttekening bij deze uitgangspunten, meer in het bijzonder bij de term 'het belang van het kind'. Daarbij zal ik ook ingaan op de opvatting van Van Nijnatten, weergegeven in aflevering 1 van dit blad<sup>1</sup>, dat niet, zoals de Werkgroep stelt, de rechten van het kind de grondslag (moeten) zijn van de kindbescherming, maar plichten van ouders.

Prof. dr. H. Baartman, ontwikkelingspsycholoog, is emeritus hoogleeraar preventie en hulpverlening inzake kindermishandeling.