
De participatie van de minderjarige tijdens scheiding in internationaal- en nationaalrechtelijk kader

Onderzoek naar hoe het recht op participatie van de minderjarige tijdens de echtscheidingsprocedure en tijdens het uit elkaar gaan van ouders in het internationaalrechtelijk kader is geregeld en in hoeverre Nederland daaraan voldoet.



**Masterscriptie Jeugdrecht
Carmen van der Tuuk**



**Universiteit
Leiden**

Naam: C.W.J. van der Tuuk
Studentnummer: 1113895
Opleiding: Master Jeugdrecht, Universiteit Leiden
Scriptiebegeleider: Mr. drs. M. Jeltens
Tweede lezer: Mr. A.E.J. Satink
Datum: Mei 2019
Aantal woorden: 14.222

Bron afbeelding voorpagina: <https://www.marriage.com/advice/divorce/what-divorce-does-to-kids/>

“Een scheiding voelt als een veilig huis dat ineens helemaal verbouwd wordt. Muren eruit, nieuwe vloerbedekking, ander behang. Eerst is het 1 grote puinhoop en dan kan er langzaam iets moois tevoorschijn komen. Laat ons rustig mee verven en vraag ons wat we van het uitzicht vinden. Zo bouwen we met jullie samen aan een nieuw huis. Met hier en daar een barst of een kapotte dakpan. Maar wel warm, veilig en stevig. Een plek waar wij ons weer THUIS voelen.”

- *Brief aan alle gescheiden ouders van Nederland, Villa Pinedo 2012* -

VOORWOORD

Voor u ligt mijn afstudeerscriptie voor de master Jeugdrecht. Voor deze scriptie heb ik onderzoek gedaan naar hoe het gesteld is met de participatie van de minderjarige tijdens scheiding.

Mijn interesse voor dit onderwerp is ontstaan tijdens het werken bij de Kinder- en Jongerenrechtswinkel in Den Haag. Ik heb daar de afgelopen jaren veel kinderen voorbij zien komen die een brief aan de rechter kwamen schrijven op kantoor. Vrijwel altijd waren dit kinderen waarvan hun ouders gingen scheiden of al waren gescheiden. Al deze kinderen wilden graag hun mening geven over de scheiding van hun ouders en schreven daarom een brief aan de kinderrechter. De kinderen vinden het zelf dus belangrijk om hun mening te geven over de scheiding. Dit maakte dat ik mijzelf de vraag ging stellen welke mogelijkheden kinderen hebben om hun mening kenbaar te maken bij scheiding.

Mijn dank gaat uit naar mr. drs. Marije Jeltes voor alle feedback en begeleiding die zij mij gegeven heeft. Voor de hulp bij het opstarten van mijn scriptie wil ik mr. C ril van Leeuwen en mr. Apollonia Bolscher graag bedanken. Daarnaast wil ik graag mijn familie en vrienden, in het bijzonder Steven en mijn ouders, bedanken voor al hun steun tijdens het schrijven van deze scriptie.

Ik wens u veel leesplezier toe.

Carmen van der Tuuk

INHOUDSOPGAVE

VOORWOORD	p. 4
LIJST VAN AFKORTINGEN.....	p. 7
HOOFDSTUK 1 Inleiding	p. 8
§1.1 - Inleiding	p. 8
§1.2 - Onderzoeksvraag en afbakening.....	p. 12
§1.3 - Onderzoeksmethoden en Opbouw	p. 13
HOOFDSTUK 2 Het internationaalrechtelijk kader van het participatierecht van de minderjarige	p. 15
§2.1 – Inleiding	p. 15
§2.2 – IVRK	p. 15
§2.3 – Artikel 3 IVRK: Het belang van het kind	p. 16
§2.3.1 – Begrip ‘het belang van het kind’	p. 17
§2.3.2 – Implementatie van het belang van het kind	p. 18
§2.4 – Artikel 12 IVRK: Hoorrecht van kinderen	p. 19
§2.4.1 – Belang van participatie	p. 19
§2.4.2 – De tekst van artikel 12 IVRK	p. 20
§2.4.3 – Implementatie van het hoorrecht	p. 22
§2.5 – Participatie bij scheiding in het IVRK	p. 23
§2.5.1 – Artikel 9 IVRK: Scheiding van het kind van de ouders	p. 23
§2.6 – Regionale verdragen en richtlijnen	p. 23
§2.7 – EVRM	p. 24
§2.7.1 –Het passend belang in uitspraken van het EHRM	p. 24
§2.7.2 – Hoorrecht in uitspraken van het EHRM	p. 25
§2.8 – Handvest van de grondrechten van de Europese Unie	p. 26
§2.9 – Guidelines on child-friendly justice	p. 27
§2.10 – Aanbevelingen en strategieën van de Raad van Europa	p. 29
§2.11 – Tussenconclusie	p. 30

HOOFDSTUK 3 Het nationaalrechtelijk kader van het recht op participatie van de minderjarige	p. 31
§3.1 – Inleiding	p. 31
§3.2 – Scheiding en gezamenlijk gezag	p. 31
§3.3 – Ouderschapsplan	p. 32
§3.3.1 – Toetsing ouderschapsplan	p. 34
§3.3.2 – Participatie minderjarige bij het ouderschapsplan	p. 34
§3.3.3 – Ouderschapsplan na verbreking informele relatie	p. 36
§3.4 – Hoorrecht minderjarige	p. 37
§3.4.1 – Het hoorrecht in scheidingszaken	p. 38
§3.5 – De bijzondere curator	p. 39
§3.5.1 – Rol van de bijzondere curator	p. 39
§3.6 – De informele rechtsingang	p. 42
§3.7 – Tussenconclusie	p. 43
HOOFDSTUK 4 Analyse	p. 45
§4.1 – Inleiding	p. 45
§4.2 – Belang van het kind	p. 45
§4.3 – De mening van het kind	p. 47
HOOFDSTUK 5 Conclusie en aanbevelingen	p. 51
§5.1 – Conclusie	p. 51
§5.2 – Aanbevelingen	p. 51
§5.3 – Casus	p. 54
LITERATUURLIJST	p. 56
– Boeken	p. 56
– Tijdschriftartikelen	p. 58
– Parlementaire stukken	p. 60
– Rapporten en adviezen	p. 60
– Overige bronnen	p. 62
– Jurisprudentie	p. 64

LIJST VAN AFKORTINGEN

BW	Burgerlijk Wetboek
CBS	Centraal Bureau voor de Statistiek
EB	EB. Tijdschrift voor scheidingsrecht
EHRC	European Human Rights Cases
EHRM	Europees Hof voor de Rechten van de Mens
EVRM	Europees Verdrag tot bescherming van de rechten van de mens en fundamentele vrijheden
EU Handvest	Handvest van de Grondrechten van de Europese Unie
FJR	Tijdschrift voor Familie- & Jeugdrecht
GS	Groene Serie
HR	Hoge Raad
HvJ EU	Hof van Justitie van de Europese Unie
IVRK	Internationaal Verdrag inzake de Rechten van het Kind
JV	Justitiële Verkenningen
LOVF	Landelijk Overleg Vakinhoud Familie- en Jeugdrecht
MvT	Memorie van Toelichting
PbEU	Publicatieblad van de Europese Unie
REP	Tijdschrift Relatierecht en Praktijk
Rv	Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering
RvE	Raad van Europa
T&C	Tekst & Commentaar
Trema	Tijdschrift voor de rechterlijke macht
VN	Verenigde Naties

HOOFDSTUK 1 | Inleiding

§1.1 – Inleiding

Casus

In het gezin van Max (13 jaar) en Sofie (8 jaar) is de laatste tijd veel ruzie. Hun ouders proberen er samen uit te komen. Toch helpt dit niet, want ze kunnen niet meer samen door één deur. Dus besluiten ze om een echtscheiding aan te vragen. Wat betekent dit voor Max en Sophie? Kunnen zij hun mening over de scheiding kenbaar maken? En zo ja, op welke manier?

In het gezin van Marijn (14 jaar) en Christel (6 jaar) is ook veel ruzie. Ook hun ouders besluiten uit elkaar te gaan. Alleen zijn hun ouders nooit getrouwd. Wat betekent dit voor Marijn en Christel? Kunnen zij hun mening over de scheiding kenbaar maken? En zo ja, op welke manier?

Net als Max, Sofie, Marijn en Christel krijgen elk jaar ongeveer 70.000 andere minderjarigen te maken met het uit elkaar gaan van hun ouders. Officiële cijfers zijn er niet, want het is niet bekend hoeveel ongehuwd samenwonenden met kinderen hun samenleving beëindigen.¹ Wel zijn er cijfers van gehuwden die besloten te scheiden. In 2017 vonden er 32.768 echtscheidingen plaats in Nederland, waarbij in 18.178 gevallen er minderjarige kinderen waren betrokken. In totaal waren het 32.913 minderjarigen die te maken kregen met een echtscheiding.² De vraag is of de 70.000 minderjarigen betrokken worden tijdens de scheiding of het uit elkaar gaan van hun ouders.

Het betrekken van kinderen bij aangelegenheden die het kind betreffen en waarbij aan de mening van het kind passend belang wordt gehecht wordt ook wel participatie genoemd.³ Het recht op participatie van kinderen is geïntroduceerd door het Kinderrechtencomité in het Internationaal Verdrag inzake de Rechten van het Kind (verder: IVRK). Ondanks dat de term niet als dusdanig in het IVRK staat wordt artikel 12 gezien als het artikel dat gaat over participatie. Participatie is een voortdurend proces van een actieve betrokkenheid van

¹ De Rechtspraak 2016, p. 3.

² CBS 2018.

³ Art. 12 lid 1 IVRK.

kinderen bij de besluitvorming op verschillende niveaus in aangelegenheden die hen raken. Het vereist informatie-uitwisseling en dialoog tussen kinderen en volwassenen op basis van wederzijds respect. Ook vereist het dat er volledig rekening wordt gehouden met hun opvattingen waarbij hun leeftijd en volwassenheid in acht wordt genomen.⁴

In Nederland heeft de minderjarige verschillende mogelijkheden om te participeren tijdens de scheiding. De eerste mogelijkheid is het ouderschapsplan dat volgt uit artikel 815 Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering (verder: Rv). Dit artikel stelt dat ouders bij hun verzoekschrift tot echtscheiding een ouderschapsplan moeten indienen. Doen zij dit niet dan kunnen zij niet-ontvankelijk verklaard worden in hun verzoek. Een ouderschapsplan is een plan waarin ouders afspraken maken over de kinderen, zoals de zorg over de kinderen, hoe zij elkaar informeren over de kinderen en de kosten van de verzorging van de kinderen. Kinderen moeten worden betrokken bij het opstellen van het ouderschapsplan. Dit volgt uit artikel 815 lid 4 Rv. Bij het opstellen van het ouderschapsplan kunnen minderjarigen dus ook participeren. Het opstellen van een ouderschapsplan is ook verplicht voor ouders die gezamenlijk gezag over de minderjarige hebben en hun informele relatie beëindigen.⁵ Dit staat in de wet, maar er wordt door geen enkele instantie gecontroleerd of de ouders het ouderschapsplan hebben opgesteld. Pas op het moment dat de ouders naar de rechter stappen, om bijvoorbeeld het gezag te krijgen, zal de rechter bepalen dat ze hun ouderschapsplan moeten overleggen.

Een andere mogelijkheid die de minderjarige heeft om te kunnen participeren tijdens de scheiding, is te vinden in artikel 809 Rv. De rechter moet op grond van dit artikel in zaken betreffende minderjarigen, de minderjarige van twaalf jaren of ouder in de gelegenheid hebben gesteld zijn mening kenbaar te maken, tenzij het naar oordeel van de rechter een zaak van kennelijk ondergeschikt belang betreft.⁶ De minderjarige die de leeftijd van twaalf jaar nog niet bereikt heeft kan door de rechter in de gelegenheid worden gesteld om zijn mening kenbaar te maken.⁷ Een echtscheiding moet worden uitgesproken door de rechter en daarom zal een minderjarige van twaalf jaar of ouder in die gevallen uitgenodigd worden door de rechter.⁸ Beëindiging van de informele relatie hoeft niet te

⁴ Lansdown 2011, p. 3.

⁵ Art. 1:247a BW.

⁶ Art. 809 lid 1, eerste volzin Rv.

⁷ Art. 809 lid 1, tweede volzin Rv.

⁸ Art. 1:150 BW.

worden uitgesproken door de rechter. Als de ouders niet naar de rechter stappen zal de minderjarige niet worden uitgenodigd om te worden gehoord.

Nog een mogelijkheid van participatie van de minderjarige tijdens het scheidingsproces is de benoeming van de bijzondere curator. De bijzondere curator kan worden benoemd wanneer in aangelegenheden betreffende de verzorging en opvoeding, dan wel het vermogen van de minderjarige, de belangen van de met het gezag belaste ouders of één van hen in strijd zijn met de minderjarige, indien de rechter dit in het belang van de minderjarige noodzakelijk acht.⁹ De minderjarige kan zelf, zowel formeel als informeel, ook vragen om benoeming van een bijzondere curator.¹⁰

De laatste mogelijkheid van participatie van de minderjarige tijdens het scheidingsproces is de informele rechtsingang van de minderjarige. Deze rechtsingang staat open voor de minderjarige van twaalf jaar of ouder, of de minderjarige onder de twaalf, die in staat kan worden geacht zijn belangen behoorlijk waar te nemen. In sommige zaken, zoals de invulling van het gezag gedurende of na de echtscheidingsprocedure¹¹, omgang of uitoefening van zorg en opvoedingstaken,¹² of benoeming van een bijzonder curator,¹³ kan de minderjarige zich informeel en rechtstreeks wenden tot de rechter door bijvoorbeeld een brief te schrijven.

In Nederland hebben minderjarigen best een aantal mogelijkheden om tijdens het scheidingsproces te participeren. De vraag is hoe deze mogelijkheden zich verhouden tot het internationale recht. Belangrijke verdragen waarin de participatie van de minderjarige naar voren komt zijn het IVRK, het Handvest van de Grondrechten van de Europese Unie (verder: EU Handvest) en het Europees Verdrag tot bescherming van de rechten van de mens en fundamentele vrijheden (verder: EVRM). Het IVRK was het eerste verdrag waarin de participatie van de minderjarige een plek kreeg. De belangrijkste artikelen waaruit die participatie blijkt, zijn artikel 9 lid 2 en artikel 12 in combinatie met artikel 3 IVRK. Ook in het EU Handvest is de participatie van de minderjarige opgenomen, namelijk in artikel 24 lid 1 EU Handvest. Tot slot staat participatie van de minderjarige

⁹ Art. 1:250 BW.

¹⁰ Van Leuven & De Klerk, *EB* 2013, nr. 2.7.

¹¹ Art. 1:251a lid 3 BW.

¹² Art. 1:377g BW.

¹³ Art. 1:250 BW.

niet specifiek genoemd in het EVRM maar de artikelen die in de loop van de jaren belangrijk zijn geworden voor de rechten van het kind, in het bijzonder het recht op participatie, zijn artikel 6 en artikel 8 EVRM. Kortom er zijn veel internationale bronnen te vinden waarin de participatie van de minderjarige centraal staat.

Nadat de participatie van minderjarigen voor het eerst een plek kreeg in het IVRK, is dit nu bijna dertig jaar na het aannemen van het IVRK een steeds belangrijker thema. In 2016 heeft het Comité van Ministers van de Raad van Europa in hun Strategy for the Rights of the Child (2016-2021) participatie van kinderen tot één van hun vijf prioriteiten gemaakt om de rechten van het kind te kunnen garanderen.¹⁴ Ook op nationaal niveau hebben er recentelijk ontwikkelingen plaatsgevonden met betrekking tot de participatie van minderjarigen in gerechtelijke procedures en bij scheiding.

In 2016 heeft de Staatscommissie Herijking Ouderschap onder meer aanbevelingen gedaan, die te maken hebben met participatie van minderjarigen. De aanbevelingen die de Staatscommissie heeft gedaan zijn dat kinderen vanaf acht jaar in de gelegenheid moeten worden gesteld om te worden gehoord in procedures rond afstamming en gezag¹⁵, dat de huidige informele rechtsingang voor contact/omgang, zorgregeling en gezag na scheiding voor de minderjarige vanaf twaalf jaar moet worden uitgebreid tot alle gezagskwesties¹⁶ en dat de mogelijkheid van een formele rechtsingang van kinderen moet worden onderzocht.¹⁷

Op initiatief van André Rouvoet is het platform 'Scheiden zonder Schade' opgericht. Dit platform heeft in februari 2018 de rapportage 'Scheiden... en de kinderen dan?' uitgebracht, waarin concrete actielijnen en oplossingsrichtingen om schade bij kinderen als gevolg van een scheiding te voorkomen staan. Wat betreft participatie komt uit deze rapportage naar voren dat er een alternatieve procedure zou moeten komen voor de huidige echtscheidingsprocedure bij de rechter. Een van de elementen bij deze alternatieve procedure is dat de belangen van het kind worden gehoord, onderzocht, onderkend en centraal staan.¹⁸

De Rechtbank Amsterdam is in juli 2016 een pilot gestart waarin minderjarigen vanaf acht jaar worden uitgenodigd om hun mening kenbaar te maken bij uithuisplaatsingszaken, omgangszaken, verhuizingszaken en hoofdverblijfplaatszaken. Uit het

¹⁴ Comité van Ministers van de Raad van Europa 2016, p. 4.

¹⁵ Rapport Staatscommissie Herijking Ouderschap 2016, p. 11, aanbeveling 14.

¹⁶ Rapport Staatscommissie Herijking Ouderschap 2016, p. 11, aanbeveling 15.

¹⁷ Rapport Staatscommissie Herijking Ouderschap 2016, p. 11, aanbeveling 16.

¹⁸ Platform 'Scheiden zonder Schade' 2018, p. 23.

artikel van Leeuwen volgt dat de pilot positief geëvalueerd is en dat is besloten om vanaf 1 januari 2017 de pilot om te zetten in vast beleid.¹⁹

De Rechtbank Overijssel is in mei 2018 een pilot gestart omtrent het bruggesprek.²⁰ Het bruggesprek is het gesprek dat ouders moeten voeren met hun kinderen over het ouderschapsplan. Bij het indienen van het ouderschapsplan hebben ouders immers de plicht om te laten zien op welke manier zij hun kinderen betrokken hebben bij het opstellen van het ouderschapsplan en het regelen van de zorgtaken. Tijdens de pilot vragen de familierechters aan de advocaten en de ouders naar het gevoerde bruggesprek. Als ouders geen ouderschapsplan hebben en geen bruggesprek hebben gevoerd, moeten zij de rechter informeren over hoe hun kinderen reageren op de lopende zorgregeling.²¹ Deze pilot is voor het eerste deel succesvol afgerond. Uit tussenresultaten blijkt dat in circa 75% van de gevallen de ouders daadwerkelijk met hun kinderen hebben gesproken over het ouderschapsplan.²²

§1.2 – Onderzoeksvraag en afbakening

Het recht op participatie van de minderjarige is nog steeds één van de rechten waar veel om te doen is. In dit onderzoek zal dit recht worden toegespitst op het recht op participatie van de minderjarige tijdens de scheiding. Elk jaar krijgen veel minderjarigen te maken met scheiding van hun ouders en hebben zij het recht om daarbij te participeren. Ze mogen dan dit recht hebben op participatie, maar de vraag is hoe zij dit recht kunnen uitoefenen. Dit alles heeft geleid tot de volgende onderzoeksvraag:

Hoe is het recht op participatie van de minderjarige tijdens scheiding in het internationaalrechtelijk kader geregeld en in hoeverre voldoet Nederland hieraan als men kijkt naar het nationaalrechtelijk kader?

De deelvragen die hieruit voortvloeien zijn als volgt:

1. Wat houdt het recht op participatie van de minderjarige in, zoals neergelegd in het internationaalrechtelijk kader?
2. Hoe is het recht op participatie van de minderjarige in Nederland geregeld tijdens de scheiding?

¹⁹ Van Leeuwen, *FJR* 2017, p. 261-262.

²⁰ De pilot zal gedurende een jaar lopen.

²¹ De Rechtspraak 2018.

²² De Rechtspraak 2019.

3. Hoe verhoudt het nationale recht zich ten opzichte van het internationaal recht, als men kijkt naar de participatie van de minderjarige tijdens scheiding?

De bovenstaande onderzoeksvraag heeft nog wat verduidelijking nodig. Met scheiding wordt in dit onderzoek zowel de echtscheiding als de beëindiging van het geregistreerd partnerschap en de beëindiging van de informele relatie bedoeld.

Verder blijkt uit de onderzoeksvraag dat zal worden gekeken naar het internationaalrechtelijk kader. Het internationaalrechtelijk kader zal het IVRK en de daarbij behorende General Comments, het EU-Handvest, het EVRM, de Guidelines on child-friendly justice²³ en jurisprudentie van het Europees Hof voor de Rechten van de Mens (verder: EHRM) bevatten. Deze bronnen worden gebruikt, omdat Nederland bij deze verdragen en richtlijnen partij is.

Ook wordt het nationaalrechtelijk kader bestudeerd. Bij het nationaalrechtelijk kader zullen het ouderschapsplan²⁴, het hoorrecht²⁵, de benoeming van de bijzondere curator²⁶ en de informele rechtsingang²⁷ aan bod komen.

§1.3 – Onderzoeksmethoden en opbouw

Om tot een antwoord te komen op de onderzoeksvraag zal een literatuur- en jurisprudentieonderzoek gedaan worden naar de participatie van de minderjarige bij scheiding. Hierbij zal gebruik worden gemaakt van zowel internationale als nationale bronnen.

In hoofdstuk twee zal het recht op participatie van de minderjarige in het internationale kader centraal staan. Allereerst zal gekeken worden naar de bepalingen uit het IVRK en de daarbij behorende General Comments van het VN-Kinderrechtencomité. Daarna zal het EVRM en de rechtspraak van het EHRM worden behandeld. Dan zal kort het EU-Handvest aan bod komen. Tot slot zullen de Guidelines on child-friendly justice²⁸ en aanbevelingen en strategieën van de Raad van Europa (verder: RvE) worden uitgediept.

²³ Comité van Ministers van de Raad van Europa 2010.

²⁴ Artikel 815 Rv.

²⁵ Artikel 809 Rv.

²⁶ Artikel 1:250 BW.

²⁷ Artikel 1:251a lid 4 BW; artikel 1:377g BW; artikel 1:250 BW.

²⁸ Comité van Ministers van de Raad van Europa 2010.

In hoofdstuk drie zal het recht op participatie van de minderjarige in het nationaal kader centraal staan. Allereerst zal worden stilgestaan bij de vereisten van echtscheiding door te kijken naar de wettelijke bepalingen uit het Burgerlijk Wetboek (verder: BW) en uit het Wetboek voor Burgerlijke Rechtsvordering (verder: Rv). Daarna zullen de participatiemogelijkheden van de minderjarige tijdens scheiding uitgebreid worden behandeld. Alle mogelijkheden, het ouderschapsplan, het hoorrecht, de bijzondere curator en de informele rechtsingang, zullen aan bod komen en waar mogelijk zal de nationale rechtspraak hierbij betrokken worden. In dit hoofdstuk zal zowel de situatie waarbij ouders hun huwelijk of geregistreerd partnerschap beëindigen als de situatie waarbij de ouders hun informele relatie beëindigen centraal staan.

In hoofdstuk vier zal er een analyse plaatsvinden waarin het internationaal- en nationaalrechtelijk kader naast elkaar worden geplaatst. Er zal worden bepaald of de Nederlandse participatiemogelijkheden, die de minderjarige bij scheiding heeft voldoen aan het internationaalrechtelijk kader.

Tot slot zal in hoofdstuk vijf een conclusie worden gegeven met het antwoord op de vraag: “Hoe is het recht op participatie van de minderjarige tijdens scheiding in het internationaalrechtelijk kader geregeld en in hoeverre voldoet Nederland hieraan, als men kijkt naar het nationaalrechtelijk kader?” Tevens zullen er aanbevelingen gegeven worden.

HOOFDSTUK 2 | Het internationaalrechtelijk kader van het participatierecht van de minderjarige

§2.1 – Inleiding

In dit hoofdstuk zal het internationaalrechtelijk kader worden behandeld. Allereerst zal gekeken worden naar de bepalingen uit het IVRK en de daarbij behorende General Comments van het VN-Kinderrechtencomité. De artikelen 3, 9 lid 2 en 12 IVRK zullen uitgebreid aan bod komen. Vervolgens zal het Europees recht aan bod komen. Als eerst zal het EVRM en de bijbehorende jurisprudentie van het EHRM worden behandeld. Daarna zal kort worden stilgestaan bij het EU-Handvest en tot slot zullen de Guidelines on child-friendly justice en aanbevelingen van de Raad van Europa worden behandeld.

§2.2 – Het IVRK

Op 20 november 1989 werd het IVRK aangenomen door de Algemene Vergadering van de Verenigde Naties. Voor Nederland trad het IVRK op 8 maart 1995 in werking. Dit verdrag zorgde ervoor dat het kind wordt gezien als een rechtssubject in plaats van een rechtsobject dat valt onder de autonomie van volwassenen.²⁹ Met het IVRK kunnen kinderen niet langer worden gezien als ontvangers van zorg of van volwassen beslissingen, maar moeten ze worden gezien als deelnemers aan beslissingen.³⁰ Voor de ontwikkeling van kinderrechten was het recht op participatie dan ook één van de belangrijkste toevoegingen.³¹ Het belang van het recht op participatie is dat de opvattingen van kinderen relevante perspectieven en ervaringen kunnen toevoegen aan de besluitvorming.³²

Het IVRK kent vier ‘general principles’, dit zijn het non-discriminatie beginsel³³, het belang van het kind³⁴, het recht op leven en ontwikkeling³⁵ en het recht om gehoord te worden.³⁶ General principles zijn artikelen die bij de implementatie van alle andere rechten uit het verdrag in overweging moeten worden genomen. Het recht om gehoord te worden

²⁹ Parkes 2013, p. 5.

³⁰ Santos Pais 2000, p. 93 & 94.

³¹ Van Bueren 1998, p. 15.

³² VN-Kinderrechtencomité 2009, p. 7, para. 12.

³³ Art. 2 IVRK.

³⁴ Art. 3 IVRK.

³⁵ Art. 6 IVRK.

³⁶ Art. 12 IVRK.

uit artikel 12 IVRK wordt ook wel het participatie-artikel genoemd en bij participatie moeten de andere general principles dus ook in overweging worden genomen. Vooral het belang van het kind uit artikel 3 IVRK zal in overweging genomen moeten worden bij participatie.³⁷ Deze twee general principles hebben namelijk een aanvullende rol. Artikel 3 IVRK realiseert de belangen van het kind en artikel 12 IVRK biedt een methode om achter deze belangen te komen door het horen van het kind.³⁸ Daarom zullen deze artikelen nu uitvoerig behandeld worden in de volgende paragrafen.

§2.3 - Artikel 3 IVRK: Het belang van het kind

In artikel 3 is het recht van het kind opgenomen om zijn of haar belangen te laten beoordelen en in aanmerking te nemen als een primaire overweging bij alle maatregelen die hem of haar betreffen, zowel in de publieke als in de privésfeer.³⁹ Dit houdt ook in dat als een ouder of leerkracht een beslissing neemt dat zij naar het belang van het kind moeten kijken.

Het belang van het kind als eerste overweging is geen absoluut recht. Dit komt doordat in Nederland de verdragstekst verkeerd vertaald is. In de verdragstekst staat dat het belang van het kind ‘shall be a primary consideration’. Dit had vertaald moeten worden als de belangen van het kind zullen *een* eerste overweging vormen in plaats, van *de* eerste overweging.⁴⁰ De formulering dat het belang van het kind een eerste overweging zal zijn, geeft aan dat de belangen van het kind niet altijd de enige factor zijn die moeten worden overwogen.⁴¹ De belangen kunnen namelijk conflicteren met andere interesses of rechten of de rechten van andere personen zijn in strijd met de belangen van het kind. In dat geval zal moeten worden gezocht naar een passend compromis.⁴²

Het Kinderrechtencomité heeft in General Comment No. 14 benadrukt dat het belang van het kind een driedelig concept is. Dit houdt allereerst in dat het belang van het kind als eerste overweging moet worden genomen, wanneer verschillende belangen worden

³⁷ Wat niet wegneemt dat artikel 2 en 6 IVRK een rol kunnen spelen.

³⁸ VN-Kinderrechtencomité 2009, p. 18, para. 74 en VN-Kinderrechtencomité 2013, p. 11, para. 43.

³⁹ Artikel 3 IVRK.

⁴⁰ Smits 2015, p. 72.

⁴¹ Hodgkin & Newell 2007, p. 38.

⁴² VN-Kinderrechtencomité 2013, p. 10, para. 39.

overwogen om tot een besluit te komen.⁴³ Ten tweede houdt dit in dat als er een wettelijke bepaling openstaat voor meer dan één interpretatie dat dan de interpretatie moet worden gekozen die het beste de belangen van het kind dient.⁴⁴ Tot slot houdt dit in dat wanneer er een beslissing moet worden genomen over een kind dat er in het besluitvormingsproces een evaluatie moet hebben plaatsgevonden waarin de mogelijke impact van de beslissing op het kind en hoe het belang van het kind is gerespecteerd in de beslissing is opgenomen.⁴⁵

§2.3.1 - Begrip ‘het belang van het kind’

Om het belang van het kind beter te begrijpen zal in deze paragraaf uiteen worden gezet wat dit begrip inhoud aan de hand van General Comment no. 14.⁴⁶ In deze General Comment staat dat het belang van het kind zal moeten worden ingevuld aan de hand van de specifieke situatie van het betrokken kind, waarbij zijn persoonlijke situatie en behoeften worden meegewogen.⁴⁷ Dit belang kan enkel worden bepaald door te kijken naar de ontwikkeling van het kind, de kindeigen factoren zoals gezondheid, capaciteiten en intelligentieniveau en de feitelijke omstandigheden waarin de minderjarige verkeert, zoals bijvoorbeeld zijn culturele achtergrond en zijn relatie met zijn ouders of familie.⁴⁸

Dit belang is dus niet enkel juridisch ingevuld. Om invulling te geven aan dit begrip is inzicht van andere disciplines nodig, zoals bijvoorbeeld de pedagogiek. Er zijn deskundigen op dat terrein die invulling hebben gegeven aan het belang van het kind.⁴⁹ De visie die zij hebben, is dat het belang van het kind vertaald kan worden naar het belang van ontwikkeling. Als een gunstig ontwikkelingsverloop gewaarborgd kan worden, dan wordt er recht gedaan aan de strekking van artikel 3 lid 1 en artikel 6 IVRK.⁵⁰ Onmisbare voorwaarden voor ontwikkeling zijn continuïteit in opvoeding, verzorging en levensomstandigheden en het ervaren van een toekomstperspectief.⁵¹ Een beoordelaar zou deze voorwaarden moeten meewegen bij het maken van een beslissing.

⁴³ VN-Kinderrechtencomité 2013, p. 4, para. 6 onder a.

⁴⁴ VN-Kinderrechtencomité 2013, p. 4, para. 6 onder b.

⁴⁵ VN-Kinderrechtencomité 2013, p. 4, para. 6 onder c.

⁴⁶ Artikel 3 IVRK geeft namelijk geen invulling aan het begrip.

⁴⁷ VN-Kinderrechtencomité 2013, p. 9, para. 32.

⁴⁸ Smits 2015, p. 73.

⁴⁹ Onder meer: Bartels & Heiner 1989; Kalverboer & Zijlstra 2006.

⁵⁰ Kalverboer & Zijlstra 2006, p. 82.

⁵¹ Kalverboer & Zijlstra 2006, p. 83. Continuïteit in opvoeding, verzorging en levensomstandigheden speelt ook voornamelijk bij scheiding een rol.

Om de beoordelaar handvaten te geven hoe hij het belang van het kind moet invullen heeft het VN-Kinderrechtencomité een niet limitatieve en niet hiërarchische lijst opgesteld waarin elementen staan die de beoordelaar moet betrekken. In sommige gevallen zullen er elementen die niet op de lijst staan worden betrokken, terwijl bij andere gevallen niet alle elementen zullen worden meegewogen.⁵² De lijst geeft handvaten, maar geeft geen definitie van het begrip ‘belang van het kind’. Vanwege de persoonlijke omstandigheden, die per geval zullen verschillen, heeft het Comité ervoor gekozen geen concrete invulling te geven aan het begrip ‘belang van het kind’, maar om een lijst op te stellen, die door de overheid, instellingen c.q. organisaties in overweging moet worden genomen bij de beslissing.⁵³

§2.3.2 - Implementatie van het belang van het kind

Om het belang van het kind goed te kunnen waarborgen moeten Staten volgens het VN-Kinderrechtencomité aandacht besteden aan een lijst met procedurele zekerheden.⁵⁴ In deze paragraaf zullen deze zekerheden worden behandeld, omdat in hoofdstuk 4 zal worden gekeken of de Nederlandse participatiemogelijkheden voldoen aan deze zekerheden.

De eerste zekerheid is dat de relevante feiten en informatie worden verkregen door goed opgeleide professionals.⁵⁵ Deze professionals moeten expertise hebben op het gebied van ontwikkeling van kinderen en adolescenten.⁵⁶

De tweede zekerheid is dat procedures met betrekking tot of invloed op kinderen prioriteit moeten krijgen en in de kortst mogelijke tijd moeten worden voltooid,⁵⁷ waarbij het kind passende wettelijke vertegenwoordiging krijgt.⁵⁸ Met name wanneer er een potentieel conflict is tussen de ouders moet het kind rechtsbijstand krijgen, naast een voogd of ouder, die de standpunten van het kind naar voren kan brengen.

De derde zekerheid is dat bij een beslissing betreffende kinderen er moet worden gemotiveerd welke elementen met betrekking tot het kind relevant zijn bevonden en hoe deze zijn meegewogen om het belang van het kind te bepalen. Als de oplossing niet in het

⁵² VN-Kinderrechtencomité 2013, p. 12, nr. 50.

⁵³ Smits 2015, p. 75.

⁵⁴ VN-Kinderrechtencomité 2013, p. 18, para. 85 e.v.

⁵⁵ VN-Kinderrechtencomité 2013, p. 19, para. 92.

⁵⁶ VN-Kinderrechtencomité 2013, p. 19, para. 94 en 95.

⁵⁷ VN-Kinderrechtencomité 2013, p. 19, para. 93.

⁵⁸ VN-Kinderrechtencomité 2013, p. 19, para. 96.

belang van het kind is, moet de reden hiervoor uiteen worden gezet om aan te tonen dat het belang van het kind toch een primaire overweging was.⁵⁹

De vierde zekerheid is dat er de mogelijkheid moet bestaan om beslissingen over kinderen te herzien en dat deze mogelijkheid aan het kind bekend moet worden gemaakt.⁶⁰

De laatste zekerheid is een essentieel onderdeel van het proces, namelijk kinderopparticipatie.⁶¹ Dit zal in de volgende paragraaf behandeld worden.

§2.4 – Artikel 12 IVRK: Hoorrecht van kinderen

Zoals al naar voren is gekomen wordt dit artikel ook wel aangeduid als het participatie artikel. In deze paragraaf zal worden ingegaan waarom participatie van belang is, zal artikel 12 inhoudelijk aan bod komen en zal tot slot de implementatie van artikel 12 worden bekeken.

§2.4.1 – Belang van participatie

Om het recht op participatie beter te begrijpen zal uiteen worden gezet wat het belang van participatie is. Allereerst draagt participatie bij aan de persoonlijke ontwikkeling van het kind. Het helpt bij de ontwikkeling van het zelfvertrouwen, cognitieve capaciteiten, sociale vaardigheden, respect voor anderen en verantwoordelijkheid. Dit zorgt ervoor dat kinderen worden voorbereid op de maatschappij.⁶² Verder leidt participatie tot betere besluitvorming en uitkomsten, omdat beslissingen die volledig gebaseerd zijn op de eigen perspectieven van kinderen relevanter, effectiever en duurzamer zijn.⁶³ Tot slot zorgt participatie ervoor dat kinderen beschermd worden. Door kinderen te betrekken komen schendingen van hun rechten eerder aan het licht en alleen als volwassenen weten wat er in het leven van kinderen speelt, kunnen ze optreden om kinderen te beschermen.⁶⁴

Toch zijn er wijdverbreide opvattingen dat kinderen niet in staat zijn om weloverwogen een bijdrage te leveren aan de besluitvorming. Het zou hen in gevaar kunnen brengen en deelname zou nadelige effecten hebben op het gezins- en schoolleven.⁶⁵ Verder zouden

⁵⁹ VN-Kinderrechtencomité 2013, p. 19, para. 97.

⁶⁰ VN-Kinderrechtencomité 2013, p. 19, para. 98.

⁶¹ VN-Kinderrechtencomité 2013, p. 19, para. 89-91.

⁶² Lansdown 2011, p. 5 en 9.

⁶³ Lansdown 2011, p. 5.

⁶⁴ Lansdown 2011, p. 7.

⁶⁵ Lansdown 2011, p. 5.

kinderen een gebrek aan competentie en ervaring hebben.⁶⁶ Andere zorgpunten zijn dat kinderen in het conflict van hun ouders worden betrokken, waarbij ouders er bij hun kind op aandringen om een mening te uiten die in het voordeel van die ouder is.⁶⁷ Ook kunnen kinderen zich verantwoordelijk gaan voelen voor de uitslag, als ze gevraagd worden hun mening te uiten voor de rechter.⁶⁸ Tot slot is er het zorgpunt dat er teveel gesprekken met het kind plaatsvinden met bijvoorbeeld de rechter, de bijzondere curator en andere partijen.⁶⁹

Deze zorgpunten moeten er niet voor zorgen dat participatie van het kind niet plaats zal vinden. Als er rekening gehouden wordt met de zorgpunten dan zijn de voordelen van participatie groter dan de nadelen.

§2.4.2 – De tekst van artikel 12 IVRK

Het belang van participatie is nu duidelijk, daarom zal nu gekeken worden hoe invulling is gegeven in het IVRK aan het recht op participatie. Ook zullen de verschillende aspecten die in artikel 12 IVRK staan in hoofdstuk 4 aan bod komen om te kijken of Nederland voldoet aan artikel 12 IVRK.

In artikel 12 IVRK staat dat elk kind het recht heeft om zijn mening vrijelijk te uiten in alle aangelegenheden die hem betreffen.⁷⁰ Wel moet hij in staat zijn om zijn eigen mening te vormen. Dat is geen beperking van het recht. Staten moeten er namelijk vanuit gaan dat het kind de capaciteit heeft om zijn mening te vormen en dat het kind het recht heeft om deze te uiten. Het is een verplichting voor Staten om in de grootst mogelijke mate te beoordelen of het kind in staat is om een mening te vormen.⁷¹

In artikel 12 IVRK is geen leeftijdsgrens opgenomen. Het Kinderrechtencomité ontmoedigt lidstaten om leeftijdsgrenzen op te nemen.⁷² Zelfs de jongste kinderen kunnen een mening vormen en als ze niet in staat zijn zich verbaal te uiten, kunnen ze zich op andere manieren uiten.⁷³ Via deze non-verbale vormen van communicatie kunnen zelfs

⁶⁶ Lansdown 2011, p. 12.

⁶⁷ Parkinson & Cashmore 2008, p. 14-15.

⁶⁸ Parkinson & Cashmore 2008, p. 14.

⁶⁹ Coenraad 2016, p. 5.

⁷⁰ Art. 12 IVRK.

⁷¹ VN-Kinderrechtencomité 2009, p. 9, para. 20.

⁷² Hodgkins & Newell 2007, p. 153.

⁷³ Hodgkins & Newell 2007, p. 153 & VN-Kinderrechtencomité 2005, para. 5. Deze non-verbale vormen van communicatie omvatten spel, lichaamstaal, gezichtsuitdrukkingen, tekenen en verven, zie VN-Kinderrechtencomité 2009, p. 9, para. 21.

zeer jonge kinderen blijken te geven van begrip, keuzes en voorkeuren. Het is volgens het comité niet noodzakelijk dat het kind uitgebreide kennis heeft van alle aspecten van de zaak, maar dat hij of zij voldoende begrip heeft om zijn of haar opvattingen over de kwestie naar behoren te kunnen vormen.⁷⁴

Aan de mening van de minderjarige wordt een passend belang gehecht in overeenstemming met zijn leeftijd en rijpheid. Dit verwijst naar het vermogen van de minderjarige. Bij de beoordeling van het vermogen moet voldoende rekening worden gehouden met de opvattingen van de minderjarige. Er moet gecommuniceerd worden op welke manier zijn opvattingen de uitkomst van het proces hebben beïnvloed. Enkel luisteren naar de minderjarige is onvoldoende volgens het Kinderrechtencomité, want deze opvattingen moeten serieus worden overwogen, wanneer de minderjarige in staat is om zijn eigen opvattingen te vormen.⁷⁵

De minderjarige heeft het recht zijn mening vrijelijk te uiten. Dit houdt in dat de minderjarige zijn mening kan uiten zonder druk en kan kiezen of hij gebruik wil maken van zijn recht om gehoord te worden. Het is geen verplichting om te worden gehoord, maar het is een recht. Vrijelijk uiten houdt verder in dat het gaat om het eigen perspectief van de minderjarige. De minderjarige heeft het recht om zijn of haar eigen mening te uiten en niet de mening van een ander, zoals bijvoorbeeld een ouder.⁷⁶

Tot slot staat in artikel 12 IVRK dat het kind rechtstreeks of door tussenkomst van een vertegenwoordiger kan worden gehoord.⁷⁷ Het Kinderrechtencomité geeft de voorkeur aan het rechtstreeks horen van minderjarigen.⁷⁸ Als het middels een vertegenwoordiger gaat dan is het van belang dat de mening van de minderjarige correct wordt weergegeven aan de beslisser. Verder moet de vertegenwoordiger voldoende kennis en begrip van de verschillende aspecten van het besluitvormingsproces en ervaring met het werken met kinderen hebben.⁷⁹ De vertegenwoordiger kan een ouder, advocaat of een ander persoon zijn, zoals bijvoorbeeld een maatschappelijk werker. De vertegenwoordiger moet er echter

⁷⁴ VN-Kinderrechtencomité 2009, p. 9, para. 21.

⁷⁵ VN-Kinderrechtencomité 2009, p. 11, para. 28.

⁷⁶ VN-Kinderrechtencomité 2009, p. 10, para. 22.

⁷⁷ Artikel 12 lid 2 IVRK.

⁷⁸ VN-Kinderrechtencomité 2009, p. 12, para. 35.

⁷⁹ VN-Kinderrechtencomité 2009, p. 12, para. 36.

van op de hoogte zijn dat hij exclusief de belangen van het kind vertegenwoordigt en niet die van een ander.⁸⁰

§2.4.3 – Implementatie van het hoorrecht

Om het hoorrecht van het kind goed te kunnen waarborgen moeten Staten een aantal stappen ondernemen. In deze paragraaf zullen deze stappen worden behandeld, zodat in hoofdstuk 4 kan worden gekeken of Nederland deze stappen heeft ondernomen.

Allereerst moet de minderjarige goed voorbereid worden op het horen. Daarvoor moet het kind informatie krijgen over het recht op participatie, informatie over rechtstreeks gehoord worden of zijn mening geven via een vertegenwoordiger en informatie over de zitting ontvangen.⁸¹

Vervolgens moet het gesprek op de zitting activerend en bemoedigend zijn, zodat de minderjarige er zeker van kan zijn dat de volwassene wil luisteren en zijn mening serieus neemt.⁸²

Verder moet de beslisser de mening van het kind beschouwen als een belangrijke factor in de oplossing van het probleem, als het kind in staat is om zijn of haar eigen opvattingen op een redelijke en onafhankelijke manier te vormen.⁸³

Als er een beslissing is gemaakt, moet de beslisser het kind informeren over de uitkomst en uitleggen hoe de mening van het kind daarin is betrokken.⁸⁴

Tot slot moet er voor de minderjarige een mogelijkheid zijn om een klacht in te dienen, als zijn recht om gehoord te worden is genegeerd en geschonden.⁸⁵

Verder staat in de General Comments dat participatie in diverse settings moet plaatsvinden. Een daarvan is in de familiesetting. Kinderen moeten in de familiesetting hun mening vrijelijk kunnen uiten en zij moeten serieus genomen worden. De ouders hebben als taak om hun kinderen daarbij te begeleiden. De overheid heeft als taak aan ouders duidelijk te maken dat participatie van kinderen belangrijk is.⁸⁶

⁸⁰ VN-Kinderrechtencomité 2009, p. 12, para. 36 en 37.

⁸¹ VN-Kinderrechtencomité 2009, p. 13, para. 41.

⁸² VN-Kinderrechtencomité 2009, p. 13, para. 42 & 43.

⁸³ VN-Kinderrechtencomité 2009, p. 13, para. 44.

⁸⁴ VN-Kinderrechtencomité 2009, p. 13, para. 45.

⁸⁵ VN-Kinderrechtencomité 2009, p. 13, para. 46.

⁸⁶ VN-Kinderrechtencomité 2009, p. 21, para. 90-96.

§2.5 – Participatie bij scheiding in het IVRK

Tot nu toe is het recht op participatie heel algemeen behandeld, maar het VN-Kinderrechtencomité heeft participatie bij scheiding ook expliciet benoemd. In General Comment No. 12 staat dat kinderen bij scheiding altijd geraakt worden door een beslissing van de rechter en in die gevallen moet de rechter de belangen van het kind voorstellen. Daarom moet alle wetgeving inzake scheiding het recht van het kind om gehoord te worden omvatten.⁸⁷ Nu vaststaat dat het kind bij scheiding gehoord dient te worden is ook duidelijk dat alles omtrent artikel 3 en 12 IVRK is behandeld ook geldt bij scheiding.

In het IVRK zelf staat ook een artikel opgenomen waarin dit belang van participatie bij scheiding naar voren komt. In artikel 9 lid 2 IVRK staat dat een kind niet wordt gescheiden van zijn ouders, tenzij scheiding noodzakelijk is in het belang van het kind. Dit zal worden behandeld in de volgende paragraaf.

§2.5.1 – Artikel 9 lid 2 IVRK: Scheiding van het kind van de ouders

Het kan in het belang van het kind zijn om te worden gescheiden van zijn ouders. Dit kan bijvoorbeeld wanneer ouders gescheiden leven.⁸⁸ Het tweede lid van dit artikel gaat specifiek over participatie bij scheiding. Er staat dat alle betrokken partijen in dergelijke procedures de gelegenheid krijgen om deel te nemen aan de procedures. Er is nog wel discussie over alle betrokken partijen, want aan de ene kant zijn er mensen die zeggen dat dit artikel niet van toepassing is op minderjarigen, omdat het recht om gehoord te worden zou volgen uit artikel 12 lid 2 IVRK.⁸⁹ Terwijl anderen van mening zijn dat artikel 9 lid 2 IVRK wel degelijk van toepassing is op minderjarigen. Juist bij scheiding mag het kind niet worden vergeten.⁹⁰ Daarom geldt mijns inziens dit artikel ook voor minderjarigen.

§2.6 – Regionale verdragen en richtlijnen

Naast het IVRK zijn er ook regionale verdragen en richtlijnen, waarin de participatie van de minderjarige bij scheiding naar voren komt. Allereerst zal het EVRM behandeld worden, vervolgens het EU-Handvest en tot slot de Guidelines of child-friendly justice.

⁸⁷ VN-Kinderrechtencomité 2009, p. 15, para. 51-52.

⁸⁸ Artikel 9 lid 1 IVRK.

⁸⁹ Detrick, in *T&C Personen- en Familierecht* 2018, art. 9 IVRK, aant. 3

⁹⁰ Hodgkin & Newell 2007, p. 129.

§2.7 – EVRM

In deze paragraaf staat het EVRM centraal, ondanks dat het EVRM geen specifieke artikelen voor minderjarigen kent. Wel staat er dat de rechten en vrijheden van dit verdrag voor eenieder gelden, die onder de rechtsmacht van een lidstaat valt.⁹¹ Deze rechten en vrijheden gelden dus ook voor minderjarigen. In de jurisprudentie van het EHRM komt de participatie van de minderjarige wel aan bod. De jurisprudentie heeft invulling gegeven aan de toepassing van artikel 6 EVRM⁹² en artikel 8 EVRM⁹³ op minderjarigen. Dit zal worden bekeken, omdat in het Nederlands recht de invloed van het EHRM terug te zien is.

Nu zal gekeken worden naar het belang van het kind en naar het hoorrecht, maar dan bezien vanuit het EHRM.

§2.7.1 – Het passend belang in uitspraken van het EHRM

In de jurisprudentie heeft het EHRM in het arrest *Aune tegen Noorwegen*⁹⁴ passend belang gehecht aan de mening van een negenjarige jongen. De jongen had aangegeven dat hij zou willen dat zijn pleegouders beslissingen over hem zouden nemen. Bij de beslissing van het Hof was de mening van de jongen niet doorslaggevend, maar zijn mening werd wel als belangrijk ondersteunend argument bovenop de andere argumenten gebruikt bij de beslissing dat de adoptie doorgang mocht vinden en niet in strijd was met het recht van de moeder op ‘family life’ met haar zoon.⁹⁵ Uit dit arrest volgt dat aan de mening van een minderjarige passend belang is gehecht, hierin is artikel 12 lid 1 IVRK terug te zien. Bij het afwegen van het belang van de minderjarige is aan zijn mening passend belang gehecht naast zijn andere belangen, zoals contact met zijn biologische ouders en naast belangen van de moeder. Het Hof heeft het hechten van passend belang aan de mening van de minderjarige hier casus specifiek geformuleerd om aan te tonen dat de adoptie in dit geval in het belang van de minderjarige is. Ondanks dat het Hof het niet algemeen formuleert, toont dit arrest wel aan dat het passend belang uit het IVRK langzaam doorsijpelt in de rechtspraak van het EHRM.

⁹¹ Artikel 1 EVRM.

⁹² Recht op een eerlijk proces.

⁹³ Recht op eerbiediging van het privé-, familie- en gezinsleven.

⁹⁴ EHRM 28 oktober 2010, ECLI:CE:ECHR:2010:1028JUD005250207 (*Aune/Noorwegen*).

⁹⁵ *EHRC* 2011/16, m.nt. M. Bruning (*Aune/Noorwegen*)

§2.7.2 – Hoorrecht in uitspraken van het EHRM

In het arrest Sahin tegen Duitsland uit 2001⁹⁶ oordeelde het EHRM dat er een schending van artikel 8 EVRM had plaatsgevonden nu de Duitse rechter onvoldoende gemotiveerd het horen van het vijfjarige kind achterwege heeft gelaten. Het EHRM is van mening dat op grond daarvan de vader onvoldoende betrokken is geweest in de beslissing tot afwijzing van het verzoek tot vaststelling van een omgangsregeling. Het EHRM oordeelt dat rechtbanken na rechtstreeks contact te hebben gehad met het kind, moeten vaststellen wat in het belang van het kind is.⁹⁷ Uit de noot van dit arrest volgt dat Wortmann geen aanleiding ziet om het beleid van Nederlandse rechters inzake advisering door deskundigen en het horen van minderjarigen in dit soort zaken aan te scherpen.⁹⁸ In 2003 werd deze zaak behandeld door de Grote Kamer van het Hof. Daarin werd geoordeeld dat met betrekking tot het horen van het kind voor de rechter dat het aan de nationale rechter is om de hem voorgelegde bewijzen te beoordelen. Het zou te ver gaan om te zeggen dat nationale rechtbanken altijd verplicht zijn om een kind voor de rechter te horen over de omgang. Het horen hangt af van de specifieke omstandigheden van elke zaak met inachtneming van de leeftijd en volwassenheid van het betrokken kind.⁹⁹

In het arrest M & M versus Kroatië uit 2015¹⁰⁰ deed het EHRM een uitspraak, waarbij het Hof aansluit bij artikel 12 IVRK. In deze zaak wordt de positie van minderjarige M. vanuit het licht van artikel 8 EVRM nader beschouwd. M. heeft te maken met de vechtscheiding van haar ouders, waarbij ouders elkaar beschuldigen van kindermishandeling. Er is al meermalen een kindbeschermingsmaatregel uitgesproken en M. heeft samen met haar moeder aangifte gedaan tegen haar vader, omdat hij haar mishandelt heeft. M. woont bij haar vader, maar heeft aangegeven dat ze bij haar moeder wil wonen. De zaak loopt al jaren maar de minderjarige is nooit gehoord. Nu M. meermalen heeft aangegeven dat zij bij haar moeder wil wonen en zij zeer ongelukkig is, omdat zij zelf niet mag bepalen bij wie zij woont, legt het Hof hier een verband met het recht op persoonlijke autonomie uit

⁹⁶EHRM 11 oktober 2001, ECLI:NL:XX:2001:AE7921, m.nt. S.F.M. Wortmann (*Sahin/Duitsland*).

⁹⁷ EHRM 11 oktober 2001, ECLI:NL:XX:2001:AE7921, m.nt. S.F.M. Wortmann (*Sahin/Duitsland*), r.o. 47.

⁹⁸ EHRM 11 oktober 2001, ECLI:NL:XX:2001:AE7921, m.nt. S.F.M. Wortmann (*Sahin/Duitsland*), noot nr. 4.

⁹⁹ EHRM 8 juli 2003, ECLI:CE:ECHR:2003:0708JUD003094396 (*Sahin/Duitsland*), r.o. 73.

¹⁰⁰ EHRM 03 september 2015, ECLI:CE:ECHR:2015:0903JUD001016113 (*M.&M./Kroatië*).

artikel 8 EVRM.¹⁰¹ Kinderen hebben geen volledige autonomie, maar hun autonomie neemt langzaam toe met hun ontwikkelende rijpheid. Dit wordt volgens het Hof ingevuld door hun recht om te worden geraadpleegd en betrokken zoals artikel 12 IVRK dat voorschrijft. Verder oordeelt het Hof dat de procedurele positieve verplichtingen, die voor volwassenen uit artikel 8 EVRM voortvloeien, mutatis mutandis gelden voor minderjarigen.¹⁰² In deze zaak was de lange duur van de gezagsprocedure reden om een schending te concluderen van artikel 8 EVRM ten aanzien van M. Er kan niet worden gezegd dat kinderen die in staat zijn om hun eigen opvattingen te vormen, voldoende bij het besluitvormingsproces zijn betrokken als zij niet in de gelegenheid zijn gesteld om te worden gehoord en daarmee niet in de gelegenheid zijn gesteld om hun mening te geven.¹⁰³ Bij scheidingszaken is artikel 8 EVRM een van de belangrijkste artikelen uit het EVRM, omdat deze over het recht op eerbiediging van het privé-, familie- en gezinsleven gaat. In deze zaken zal op grond van deze uitspraak gekeken moeten worden naar de persoonlijke autonomie van de minderjarige. Dit kan door te kijken naar hun toenemende ontwikkelende rijpheid, waarbij voor invulling hiervan gekeken moet worden naar artikel 12 IVRK. Daarnaast moet een zaak niet te lang lopen waarbij het kind nooit gehoord is, want dat kan zorgen voor een schending van artikel 8 EVRM.

§2.8 – Handvest van de grondrechten van de Europese Unie

Sinds 1 december 2009 is het EU-Handvest bindend in de Europese Unie. Dit handvest kent deels dezelfde rechten als het EVRM, maar op sommige onderdelen geeft het handvest betere bescherming dan het EVRM.¹⁰⁴ Zo kent het Handvest anders dan het EVRM wel een specifieke bepaling voor minderjarigen, namelijk artikel 24 EU Handvest. In deze paragraaf zal kort stil worden gestaan bij dit artikel.

In de tweede en derde volzin van artikel 24 EU Handvest staat dat minderjarigen hun mening vrijelijk mogen uiten en dat aan hun mening in hen betreffende aangelegenheden in overeenstemming met hun leeftijd en rijpheid passend belang wordt gehecht.¹⁰⁵ Uit de

¹⁰¹ *EHRC* 2015/234, m.nt. M. Bruning (*M.&M./Kroatië*), p. 25.

¹⁰² *EHRC* 2015/234, m.nt. M. Bruning (*M.&M./Kroatië*), p. 21 en 26.

¹⁰³ *EHRM* 03 september 2015, ECLI:CE:ECHR:2015:0903JUD001016113 (*M. & M/Kroatië*), r.o. 181.

¹⁰⁴ Lückers, in *T&C Personen- en Familierecht* 2018, commentaar op aanhef Handvest Grondrechten EU, aant. 1.

¹⁰⁵ Artikel 24 lid 1 EU-Handvest.

toelichting bij het artikel volgt dat het gebaseerd is op het IVRK en dan met name op de artikel 3, 9, 12 en 13 IVRK.¹⁰⁶ Verdere toelichting over hoe het artikel moet worden toegepast, is niet genoemd. De toepassing komt naar voren in de jurisprudentie.

In de zaak *Zarraga* heeft het Hof van Justitie van de Europese Unie zich uitgelaten over het hoorrecht van minderjarigen. Het Hof stelt dat de nationale rechter moet beoordelen of het nuttig is om de minderjarige te horen, want er zijn situaties waarin het horen van de minderjarige niet raadzaam is of zelfs schadelijk zou kunnen zijn voor de minderjarige. Het hoorrecht is dus geen absolute verplichting, maar er moet worden beoordeeld of het hoorrecht in het belang van het kind is.¹⁰⁷ Als de minderjarige niet gehoord wordt, moet de rechter wel alle passende maatregelen nemen om de minderjarige in de gelegenheid te brengen zijn mening kenbaar te maken.¹⁰⁸

§2.9 – Guidelines on child-friendly justice

Op 17 november 2010 heeft de Raad van Europa deze richtlijn aangenomen om tot een kindvriendelijk rechtssysteem te komen waarbij het kind justitie kan vertrouwen en waarbij het kind goed behandeld, gehoord en begrepen wordt door justitie. Daarbij wordt geen onderscheid gemaakt naar wie het kind is of wat kind gedaan heeft.¹⁰⁹ De richtlijn is gebaseerd op bestaande internationale, Europese en nationale normen, waarbij rekening is gehouden met het EVRM en het IVRK.¹¹⁰ De richtlijn beoogt een praktische richtlijn te bieden voor de uitvoering en bevordering van internationaal overeengekomen en bindende normen. De richtlijn zelf is niet bindend.¹¹¹ Toch zal de richtlijn in deze paragraaf worden behandeld en zal in hoofdstuk 4 gekeken worden of Nederland voldoet aan de richtlijn.

Twee van de grondbeginselen van de richtlijn zijn participatie en de belangen van het kind.¹¹² Wat betreft het belang van het kind bevordert de richtlijn de ontwikkeling van multidisciplinaire methoden voor de beoordeling van de belangen van het kind.¹¹³

¹⁰⁶ *PbEU* 2007, C 303/25.

¹⁰⁷ HvJ EU 22 december 2010, ECLI:EU:C:2020:828 (*Zarraga/Pelz*), r.o. 64.

¹⁰⁸ HvJ EU 22 december 2010, ECLI:EU:C:2020:828 (*Zarraga/Pelz*), r.o. 66.

¹⁰⁹ Comité van Ministers van de Raad van Europa 2010, p. 7.

¹¹⁰ Comité van Ministers van de Raad van Europa 2010, p. 42.

¹¹¹ Comité van Ministers van de Raad van Europa 2010, p. 42.

¹¹² Nu bij het opstellen rekening is gehouden met het EVRM en het IVRK zullen enkel aanvullingen daarop behandeld worden.

¹¹³ Comité van Ministers van de Raad van Europa 2010, p. 18 en 53.

Participatie is volgens de richtlijn niet alleen het raadplegen en horen van kinderen in procedures die hen betreffen, maar ook het recht van kinderen om over hun rechten geïnformeerd te worden en uitgelegd krijgen hoe zij toegang tot justitie kunnen krijgen.¹¹⁴ Aan het kind moet alle relevante en noodzakelijke informatie worden verstrekt, waarbij deze in beginsel rechtstreeks aan het kind moet worden verstrekt, in begrijpelijke taal afgestemd op zijn leeftijd, rijpheid en capaciteiten.¹¹⁵ Het kind moet namelijk begrijpen wat er speelt, hoe dingen zullen gaan verlopen, welke keuze het kan maken en wat de gevolgen van die keuze kunnen zijn.¹¹⁶

Het kan in het belang van het kind zijn om gebruik te maken van bijvoorbeeld bemiddeling of alternatieve geschillenbeslechting, in plaats van een gerechtelijke procedure.¹¹⁷ Wanneer dit het geval is worden lidstaten aangemoedigd deze procedures in te zetten, mits ze niet worden gebruikt als obstakel voor de toegang van het kind tot de rechtspraak.¹¹⁸ Verder geldt in deze procedures het urgentiebeginsel. Dit houdt in dat procedures niet te lang mogen duren, doordat kinderen een andere tijdsperceptie hebben dan volwassenen.¹¹⁹ Als kinderen gehoord worden, dient dit plaats te vinden in een kindvriendelijke omgeving en moet de zitting worden aangepast aan kinderen. Dit kan door niet in toga te verschijnen, kindvriendelijke taal te gebruiken, regelmatig pauzes in te lassen en het verhoor niet te lang te laten duren.¹²⁰

In de richtlijn wordt ook stil gestaan bij de opleiding van mensen die met kinderen werken. Het is noodzakelijk dat zij worden opgeleid in communicatievaardigheden, gebruik van kindvriendelijke taal en kennisontwikkeling op het vlak van kinderpsychologie.¹²¹ Daarnaast wordt beoogd om te stimuleren dat verschillende beroepsbeoefenaars nauw met elkaar samenwerken, om volledig inzicht te krijgen in het kind. Rechters moeten zich goed laten informeren door beroepsbeoefenaars uit andere disciplines om het belang van het kind goed te kunnen beoordelen.¹²²

Tot slot kent de richtlijn nog een aantal specifieke regels voor familiezaken. Bij deze zaken moeten kinderen bij de besprekingen worden betrokken, voordat er

¹¹⁴ Comité van Ministers van de Raad van Europa 2010, p. 17.

¹¹⁵ Comité van Ministers van de Raad van Europa 2010, p. 20-21 en 58-59.

¹¹⁶ Comité van Ministers van de Raad van Europa 2010, p. 59.

¹¹⁷ Comité van Ministers van de Raad van Europa 2010, p. 25.

¹¹⁸ Comité van Ministers van de Raad van Europa 2010, p. 70.

¹¹⁹ Comité van Ministers van de Raad van Europa 2010, p. 28 & 83.

¹²⁰ Comité van Ministers van de Raad van Europa 2010, p. 29-30 & 84-85.

¹²¹ Comité van Ministers van de Raad van Europa 2010, p. 23 & 65.

¹²² Comité van Ministers van de Raad van Europa 2010, p. 23 & 66.

beslissingen worden genomen die gevolgen hebben voor hun huidige en/of toekomstige welzijn. De rechter moet daarbij verifiëren of kinderen doeltreffend bij het proces betrokken zijn geweest. Alleen als het kind zelf niet wil participeren of niet kan participeren, omdat zijn ontwikkelings- en/of begripsniveau dat niet toelaat, kan aan de betrokkenheid van het kind voorbij worden gegaan.¹²³ De rechter moet verder bijzonder zorgvuldig zijn om nadelige gevolgen voor de familiebetrekkingen te voorkomen.¹²⁴

§2.10 – Aanbevelingen en strategieën van de Raad van Europa

In deze paragraaf zullen aanbevelingen en strategieën van de Raad van Europa worden behandeld. Deze zijn net als de Guidelines niet bindend, maar zullen wel in hoofdstuk 4 bij de analyse worden meegenomen.

In 2012 heeft het comité van ministers van de Raad van Europa een aanbeveling gedaan aan de lidstaten, te weten dat zij ervoor zorgen dat alle kinderen hun recht om te worden gehoord kunnen uitoefenen, dat ze serieus worden genomen en dat ze kunnen participeren in de besluitvorming in alle zaken die hen aangaan, waarbij aan hun mening passend belang wordt gehecht in overeenstemming met hun leeftijd en rijpheid.¹²⁵ Verder worden er een reeks maatregelen genoemd die overheden moeten nemen om participatie van kinderen te waarborgen. Zo moet participatie worden gepromoot, moeten kinderen informatie hierover krijgen en moet er plaats zijn voor participatie in de gehele samenleving en niet alleen bij de rechter.¹²⁶ Dit laatste houdt in dat ook in de familiesetting participatie van de minderjarige een plaats moet krijgen.

In de strategie voor de rechten van het kind van 2016 tot 2021 gaat de Raad hier nog op door. Zo hebben ze een instrument ontwikkeld waarmee lidstaten kunnen evalueren hoe het staat met de implementatie van artikel 12 IVRK, zodat alle stappen genomen kunnen worden genomen om participatie van kinderen te kunnen verankeren in alle situaties die relevant zijn voor kinderen.¹²⁷

¹²³ Comité van Ministers van de Raad van Europa 2010, p. 51.

¹²⁴ Comité van Ministers van de Raad van Europa 2010, p. 29.

¹²⁵ Comité van Ministers van de Raad van Europa 2012, p. 2.

¹²⁶ Comité van Ministers van de Raad van Europa 2012, p. 3.

¹²⁷ Raad van Europa 2016, p. 13 & 14.

§2.11 – Tussenconclusie

In dit hoofdstuk is gezocht naar een antwoord op de eerste deelvraag: ‘Wat houdt het recht op participatie van de minderjarige in, zoals neergelegd in het internationaalrechtelijk kader?’ Op grond van zowel het IVRK, de jurisprudentie van het EHRM en het EU Handvest heeft de minderjarige recht op participatie.

Dit recht houdt in dat de minderjarige in alle aangelegenheden die hem betreffen zijn mening vrijelijk mag uiten. Dit geldt ook in het geval van scheiding.

Verder geven de internationale bronnen allerlei punten waaraan Staten moeten voldoen om het belang van het kind en recht op participatie van de minderjarige te kunnen waarborgen. Deze zullen in hoofdstuk 4 weer aanbod komen bij de analyse.

HOOFDSTUK 3 | Het nationaalrechtelijk kader van het recht op participatie van de minderjarige

§3.1 - Inleiding

In dit hoofdstuk zullen de verschillende participatiemogelijkheden van de minderjarige bij scheiding uitgebreid aan bod komen. Allereerst zal gekeken worden naar hoe echtscheiding en het ouderlijk gezag zijn geregeld. Vervolgens zal het ouderschapsplan behandeld worden, dan het hoorrecht van de minderjarige, daarna de benoeming van de bijzondere curator en tot slot zal de informele rechtsingang aan bod komen.

§3.2 – Scheiding en gezamenlijk gezag

Voordat gekeken wordt naar de participatiemogelijkheden zal eerst worden stilgestaan bij de scheiding zelf. Hier wordt bij stilgestaan, omdat de participatiemogelijkheden vallen in de scheidingsprocedure.

Als ouders getrouwd zijn dan zullen zij een verzoekschrift bij de rechter moeten indienen om de rechter de scheiding te laten uitspreken. Zij kunnen gezamenlijk een verzoek indienen of één van hen kan een verzoek indienen.¹²⁸ Wanneer het huwelijk duurzaam is ontworpen, zal de echtscheiding worden uitgesproken.¹²⁹ Met ontworpen wordt bedoeld dat de voortzetting van het huwelijk ondraaglijk is geworden en met duurzaam wordt bedoeld dat er geen uitzicht bestaat op herstel van de verhouding.¹³⁰ Wanneer de echtgenoten gezamenlijk het verzoek indienen, dan is de rechter gebonden aan het oordeel van de echtgenoten.¹³¹

Minderjarigen staan onder het gezag van hun ouders.¹³² Dit gezag omvat de plicht en het recht van de ouder om zijn minderjarig kind te verzorgen en op te voeden.¹³³ Gedurende hun huwelijk oefenen de ouders het gezag gezamenlijk uit en na ontbinding blijven de ouders dit gezag in principe gezamenlijk uitoefenen.¹³⁴ Ook als ouders een geregistreerd partnerschap hebben, oefenen zij gezamenlijk het gezag uit en dit blijven zij doen bij

¹²⁸ Artikel 1:150 en 1:154 BW.

¹²⁹ Artikel 1:151 en 1:154 BW.

¹³⁰ Wortmann & Van Duijvendijk-Brand 2015, nr. 101, p. 162.

¹³¹ Wortmann & Van Duijvendijk-Brand 2015, nr. 103, p. 165.

¹³² Artikel 1:245 BW.

¹³³ Artikel 1:247 lid 1 BW.

¹³⁴ Artikel 1:251 BW.

ontbinding van het geregistreerd partnerschap.¹³⁵ Wanneer ouders niet met elkaar zijn gehuwd of een geregistreerd partnerschap zijn aangegaan, oefenen ze het gezag over hun minderjarige kinderen gezamenlijk uit indien zij dit op hun beider verzoek hebben laten aantekenen in het register.¹³⁶ Gaan ouders uit elkaar dan blijft dit gezamenlijke gezag voortduren. Als ouders gezamenlijk gezag hebben, dan heeft het kind na ontbinding van het huwelijk, na ontbinding van het geregistreerd partnerschap of na het beëindigen van de samenleving, recht op een gelijkwaardige verzorging en opvoeding door beide ouders.¹³⁷ Na scheiding goed contact houden met beide ouders draagt bij aan een positieve ontwikkeling van het kind.¹³⁸

In principe blijft het gezamenlijk gezag voortduren, tenzij de ouders of één van hen verzoek heeft gedaan om één van hen te belasten met het ouderlijk gezag. De rechter moet dan tot het oordeel komen dat als het gezamenlijk gezag gehandhaafd blijft er een onaanvaardbaar risico voor het kind is dat het tussen zijn ouders klem of verloren zal raken en dat niet te verwachten is dat hierin binnen afzienbare tijd verbetering in komt of dat toedeling van het gezag aan één van de ouders anderszins in het belang van het kind noodzakelijk is.¹³⁹ De Hoge Raad heeft bepaald dat de omstandigheid dat in de periode van echtscheiding ouders niet goed met elkaar communiceren, geen reden is om in het belang van het kind het gezag aan één van beide ouders toe te kennen.¹⁴⁰ Pas als de communicatieproblemen tussen ouders zodanig zijn dat er een onaanvaardbaar risico voor de kinderen ontstaat en niet te verwachten is dat daar binnen afzienbare tijd verbetering in komt, dan brengt het belang van het kind met zich mee dat het gezag aan één van de ouders wordt opgedragen.¹⁴¹

§3.3 – Ouderschapsplan

In deze paragraaf zal het ouderschapsplan uitgebreid worden behandeld. Eerst zal kort omschreven worden wat het ouderschapsplan inhoudt, vervolgens zal worden gekeken naar de toetsing van het ouderschapsplan, dan zal gekeken worden hoe minderjarigen betrokken

¹³⁵ Artikel 1:253aa BW.

¹³⁶ Artikel 1:252 lid 1 BW.

¹³⁷ Artikel 1:247 lid 4 BW.

¹³⁸ MvT *Kamerstukken II* 2004/05, 30 145, nr. 3, p. 1.

¹³⁹ Artikel 1:251a lid 1 sub a en b BW.

¹⁴⁰ HR 10 september 1999, ECLI:NL:HR:1999:ZC2963, m.nt. S.F.M. Wortmann.

¹⁴¹ HR 10 september 1999, ECLI:NL:HR:1999:ZC2963, m.nt. S.F.M. Wortmann, nt. nr. 4.

worden bij het ouderschapsplan en tot slot zal het ouderschapsplan bij beëindiging van de informele relatie aan bod komen.

Om ouders te dwingen na te denken over hoe zij het gezamenlijk gezag vorm willen geven na scheiding, is het ouderschapsplan in 2009 in de wet terechtgekomen.¹⁴² Het uitgangspunt van het ouderschapsplan is dat de ouders zich gezamenlijk verantwoordelijk blijven voelen voor de verzorging, opvoeding en ontwikkeling van hun kinderen voor en na scheiding. Ook na scheiding moeten ouders afspraken blijven maken over hun kinderen en het opstellen van een ouderschapsplan past binnen deze verantwoordelijkheid, volgens de wetgever.¹⁴³ Goede afspraken bij scheiding kunnen voorkomen dat er onnodige conflicten ontstaan.¹⁴⁴

Sinds 2009 moeten ouders bij hun verzoekschrift over de echtscheiding dus ook een door hen beiden ondertekend ouderschapsplan indienen.¹⁴⁵ Het is aan de ouders te bepalen welke afspraken zij in het ouderschapsplan vastleggen, maar er is wel een aantal onderwerpen waar afspraken over gemaakt moet worden¹⁴⁶, zoals afspraken over de zorgen opvoedingstaken, informatieverschaffing en de kosten van de opvoeding.¹⁴⁷ Daarnaast wordt de vrijheid van ouders om afspraken te maken naar eigen inzicht, begrensd door het belang van het kind.¹⁴⁸

Doelen van de invoering van het ouderschapsplan waren om meer contact tussen ouders en kinderen te bereiken, minder conflicten tussen de ouders en minder problemen bij de kinderen. Uit de eerste evaluatie blijkt niet dat deze doelstellingen zijn bereikt. Wel blijkt dat door verplichte invoering van het ouderschapsplan sommige ouders meer urgentie zien om er samen uit te komen.¹⁴⁹

Als ouders geen ouderschapsplan hebben ingediend, dan kunnen ouders niet-ontvankelijk worden verklaard in hun verzoek tot echtscheiding. Er bestaat wel een ontsnapingsclausule, als ouders het ouderschapsplan redelijkerwijs niet kunnen

¹⁴² MvT, *Kamerstukken II* 2004/05, 30 145, nr. 3, p. 4.

¹⁴³ MvT, *Kamerstukken II* 2004/05, 30 145, nr. 3 p. 3.

¹⁴⁴ MvT, *Kamerstukken II* 2004/05, 30 145, nr. 3, p. 1.

¹⁴⁵ Artikel 815 lid 2 Rv.

¹⁴⁶ MvT, *Kamerstukken II* 2004/05, 30 145, nr. 3, p. 5.

¹⁴⁷ Artikel 815 lid 3 Rv.

¹⁴⁸ Smits 2015, p. 198.

¹⁴⁹ Wortmann & Van Duijvendijk-Brand 2015, p. 187.

overleggen dan kan worden volstaan met overlegging van andere stukken of kan op andere wijze daarin worden voorzien. Dit is dan echter ter beoordeling aan de rechter.¹⁵⁰

§3.3.1 - Toetsing ouderschapsplan

De rechter moet de afspraken die ouders hebben opgesteld uitgebreid toetsen aan wet, jurisprudentie, verdragen en aan het belang van het kind.¹⁵¹ Maar in de praktijk blijkt dat de rechter niet in staat is om uitgebreid te toetsen. Bij een gemeenschappelijk verzoek vindt in beginsel geen mondelinge behandeling plaats. Wel moeten kinderen boven de 12 jaar de mogelijkheid krijgen om te worden gehoord.¹⁵² Als de rechter niet alle partijen kan horen, is het lastig om het ouderschapsplan uitgebreid te toetsen. Daarnaast is het idee van geen mondelinge behandeling bij gemeenschappelijk verzoek dat de inmenging van de overheid beperkt moet worden tot een minimum.¹⁵³

§3.3.2 - Participatie minderjarige bij ouderschapsplan

Het verzoekschrift tot echtscheiding moet vermelden op welke wijze kinderen zijn betrokken bij het opstellen van het ouderschapsplan.¹⁵⁴ De mate waarin dit mogelijk is, is afhankelijk van de leeftijd en het ontwikkelingsniveau van het kind.¹⁵⁵ De Memorie van Toelichting van de Wet bevordering voortgezet ouderschap en zorgvuldige scheiding (verder: MvT) stelt dat de informatie van kinderen voor de rechter belangrijk is, omdat de rechter moet beoordelen of de regeling strookt met het belang van de betrokken kinderen.¹⁵⁶ Verder vermeldt deze MvT niet hoe kinderen betrokken moeten worden. Het Landelijk Overleg Vakinhoud Familie- en Jeugdrecht (verder: LOVF) heeft aanbevelingen over het ouderschapsplan gegeven, waarin staat hoe kinderen moeten worden betrokken en vanaf welke leeftijd ze moeten worden betrokken.¹⁵⁷ Het LOVF beveelt aan kinderen vanaf 6 jaar te betrekken bij het ouderschapsplan en in het verzoekschrift moet kort en bondig worden toegelicht hoe kinderen bij het opstellen van het ouderschapsplan zijn betrokken.

¹⁵⁰ Artikel 815 lid 6 Rv.

¹⁵¹ Coenraad 2010, p. 86.

¹⁵² Coenraad 2010, p. 88.

¹⁵³ Coenraad 2010, p. 89.

¹⁵⁴ Artikel 815 lid 4 Rv.

¹⁵⁵ MvT, *Kamerstukken II* 2004/05, 30 145, nr. 3, p. 6.

¹⁵⁶ MvT, *Kamerstukken II* 2004/05, 30 145, nr. 3, p. 6.

¹⁵⁷ Aanbevelingen LOVF 2013.

Als niet voldoende wordt vermeld hoe kinderen zijn betrokken, moet de zaak op zitting worden gepland.¹⁵⁸

Als ouders niet vermelden hoe kinderen zijn betrokken, zijn zij in beginsel niet-ontvankelijk. In de jurisprudentie wordt hier verschillend mee omgegaan. Soms wordt het verzoek tot echtscheiding aangehouden tot ouders vermelden hoe zij hun kinderen hebben betrokken bij het opstellen van het ouderschapsplan.¹⁵⁹ In vrijwel al deze zaken is dit niet het enige dat ontbreekt bij het verzoekschrift, waardoor niet met zekerheid kan worden gezegd dat het ontbreken van hoe kinderen zijn betrokken, leidt tot niet-ontvankelijkheid. Twee zaken waarin het betrekken van de kinderen wel het enige punt is dat ontbreekt, werden verschillend beoordeeld. De rechtbank oordeelde dat het vereiste van vertellen hoe het kind is betrokken een formeel vereiste is, omdat ouders dienen te vermelden hoe zij hun kinderen hebben betrokken bij het opstellen van het ouderschapsplan. Naar het oordeel van de rechtbank moet ook een materieel vereiste worden gelezen, namelijk dat kinderen, afhankelijk van hun leeftijd en ontwikkeling, ook betrokken moeten worden bij afspraken die rechtstreeks op hen betrekking hebben. Dat houdt niet in dat ouders verplicht zijn om de voorkeuren van hun kinderen te volgen, maar wel dat zij die voorkeuren betrekken bij hun besluitvorming. Aan beide vereisten werd niet voldaan in deze zaak en maakte dat de rechtbank ouders niet-ontvankelijk in hun verzoek verklaarde.¹⁶⁰ Daartegenover staat een uitspraak van rechtbank Dordrecht uit 2010. Een kind van 9 jaar was niet betrokken bij het opstellen van het ouderschapsplan. De rechter oordeelde dat hij zich voldoende geïnformeerd achtte om in het belang van het kind te kunnen beslissen en de zaak op de stukken te kunnen afdoen. Reden hiervoor was dat de onderling getroffen regeling overeenkwam met de reeds langer bestaande feitelijke situatie.¹⁶¹

Voor de rechter is het moeilijk om de betrokkenheid te toetsen. Er wordt veelal gebruik gemaakt van standaardzinnen en meestal worden kinderen niet gehoord.¹⁶² Hoe het kind is betrokken bij de gemaakte afspraken, kan de rechter juist helpen om te toetsen of het in het

¹⁵⁸ Aanbevelingen LOVF 2013, nr. 6.

¹⁵⁹ Zie bijvoorbeeld: Rb. Maastricht 17 augustus 2009, ECLI:NL:RBMAA:2009:BJ5265; Rb. Den Haag 13 januari 2010, ECLI:NL:RBSGR:2010:BL2081; Hof 's-Hertogenbosch 31 mei 2011, ECLI:NL:GHSHE:2011:BU2036. Meer recentere uitspraken zijn niet te vinden.

¹⁶⁰ Rb. Utrecht 14 oktober 2009, ECLI:NL:RBUTR:2009:BK0439, r.o. 3.3 en 3.4.

¹⁶¹ Rb. Dordrecht 17 februari 2010, ECLI:NL:RBDORD:2010:BL5732, r.o. 4.1.2.

¹⁶² Tomassen-van der Lans 2015, p. 68.

belang van het kind is. Één van de onderdelen waar de rechter naar zal moeten kijken, is wat voor invloed de betrokkenheid van het kind heeft gehad op de gemaakte afspraken. Om dit te kunnen beoordelen, moet de rechter op de hoogte zijn van de mening van het kind. De rechter kan de mening van het kind afleiden uit de door de ouders verstrekte informatie, uit het ouderschapsplan of uit de informatie van het kind op basis van het hoorrecht. Vervolgens zal hij dan passend belang moeten hechten aan de mening van het kind.¹⁶³

Wellicht dat de pilot van de rechtbank Overijssel omtrent het bruggesprek verandering kan brengen aan de standaardzinnen. De tussenresultaten laten zien dat in 75% van de gevallen de ouders met hun kinderen hebben gesproken over het ouderschapsplan. Door het bruggesprek hebben meer kinderen zich gemeld voor een gesprek met de rechter. Als de resultaten van het wetenschappelijk onderzoek positief zijn dan is het aan het LOVF om de werkwijze landelijk in te voeren.¹⁶⁴

§3.3.3 - Ouderschapsplan na verbreking informele relatie

De verplichting om een ouderschapsplan op te stellen bij scheiding geldt niet enkel voor ouders die gehuwd zijn, maar ook voor ouders die hun geregistreerd partnerschap of samenleving beëindigen. Bij beëindiging van het geregistreerd partnerschap gelden dezelfde vereisten als bij echtscheiding, als er minderjarige kinderen zijn betrokken.¹⁶⁵ Ouders die hun informele relatie beëindigen en gezamenlijk gezag hebben, zijn ook verplicht een ouderschapsplan op te stellen.¹⁶⁶ Het idee hierachter is dat formele en informele relaties met betrekking tot ouderschap na scheiding gelijk moeten worden behandeld.¹⁶⁷

Er is wel een verschil met de echtscheiding, namelijk dat ouders die hun informele relatie beëindigen niet niet-ontvankelijk kunnen worden verklaard als zij geen ouderschapsplan hebben opgesteld bij scheiding. Er is geen controle of zij wel een ouderschapsplan hebben opgesteld bij scheiding. Pas als ouders een geschil hebben stappen zij naar de rechter. De rechter zal dan verzoeken hun ouderschapsplan te overleggen. Hebben zij dat niet, dan wordt de zaak aangehouden tot zij een ouderschapsplan overleggen. Het ouderschapsplan

¹⁶³ Smits 2015, p. 208.

¹⁶⁴ De Rechtspraak 2019.

¹⁶⁵ Artikel 1:80c lid 2 onder d en lid 3 BW jo. artikel 1:80e BW.

¹⁶⁶ Artikel 1:247a BW.

¹⁶⁷ Van der Lans, *JV* 2011, p. 27.

kan ook achterwege blijven als het belang van het kind dit vergt.¹⁶⁸ Ook hoeven ouders niet aan te geven hoe hun kinderen zijn betrokken bij het opstellen van het ouderschapsplan.¹⁶⁹

§3.4 – Hoorrecht minderjarige

In deze paragraaf staat het hoorrecht van de minderjarige centraal, allereerst zal gekeken worden hoe in Nederland hier invulling aan is gegeven, vervolgens zal het hoorrecht in scheidingszaken aan bod komen.

In zaken betreffende minderjarigen kan de rechter pas een beslissing nemen als hij de minderjarige van twaalf jaar of ouder in de gelegenheid heeft gesteld om zijn mening kenbaar te maken.¹⁷⁰ Minderjarigen jonger dan twaalf jaar krijgen geen uitnodiging van de rechter, maar mocht een minderjarige deze willen dan kan hij dat kenbaar maken aan de rechter.¹⁷¹ De rechter kan deze minderjarige in de gelegenheid stellen om zijn mening te geven.¹⁷² De rechter is niet verplicht om deze minderjarige te horen en hoeft zijn beslissing om de minderjarige niet te horen niet te motiveren.¹⁷³ Waar het voorheen in de praktijk nauwelijks voorkwam dat kinderen jonger dan twaalf jaar gehoord werden, is daar met de pilot van de Rechtbank Amsterdam wel verandering in gekomen.¹⁷⁴ Het komt nu vaker voor dat een minderjarige jonger dan twaalf jaar gehoord wordt door de rechter. Toch blijft de grens in de wet ongewijzigd.

Het horen is geen verplichting en de minderjarige is dus niet verplicht om te worden gehoord.¹⁷⁵ Naast het horen door de rechter heeft de minderjarige de mogelijkheid om schriftelijk zijn mening geven. Het kan ook voorkomen dat de minderjarige zijn mening wel wil geven, maar dat hij belemmerd wordt in het gebruik maken van zijn hoorrecht. Voorkomen moet worden dat de minderjarige in een loyaliteitscrisis belandt als het zijn mening geeft. De minderjarige moet zich begrepen voelen zonder dat het wordt ervaren als een last. Dat er naar hem geluisterd wordt kan hem helpen bij de verwerking

¹⁶⁸ Artikel 1:253a lid 3 BW.

¹⁶⁹ Ackermans-Bijl & Brands-Bottema, *Trema* 2009, p. 50.

¹⁷⁰ Artikel 809 lid 1 Rv. Uitzondering hierop zijn zaken betreffende kinderalimentatie, dan moet de rechter de minderjarige van 16 jaar of ouder in de gelegenheid stellen zijn mening te geven.

¹⁷¹ Chin-A-Fat, in: *GS Burgerlijke Rechtsvordering*, art. 809 Rv, aant. 6.

¹⁷² Art. 809 lid 1 Rv.

¹⁷³ HR 24 januari 2003, ECLI:NL:HR:2003:AF0204, r.o. 3.3.

¹⁷⁴ Smits 2015, p. 134.

¹⁷⁵ Chin-A-Fat, in: *GS Burgerlijke Rechtsvordering*, art. 809 Rv, aant. 1.

van de echtscheiding.¹⁷⁶ De minderjarige kan bang zijn voor de gevolgen van het geven van zijn mening en daarom geen gebruik maken van zijn hoorrecht. Door ondersteuning bij de voorbereiding van het verhoor en ondersteuning bij de beslissing of hij gebruik wil maken van het hoorrecht, zou het hoorrecht op dit punt verbeterd kunnen worden.¹⁷⁷ Een actieve opstelling van de rechter naar het kind kan ook bijdragen aan een betere toepassing van het hoorrecht. Het maakt aan het kind kenbaar dat er belang wordt gehecht aan zijn mening.¹⁷⁸ Dat het kindgesprek beter kan, volgt ook uit het feit dat kinderen het gesprek met de rechter gemiddeld niet hoog waarderen.¹⁷⁹

§3.4.1 - Het hoorrecht in scheidingszaken

In echtscheidingszaken moet de minderjarige boven de twaalf jaar in de gelegenheid worden gesteld zijn mening kenbaar te maken. Dit geldt ook wanneer het horen van de minderjarige niet tot een andere beslissing zal leiden.¹⁸⁰ Als gevolg van het voortduren van het ouderlijk gezag werd lange tijd gedacht dat de rechter geen beslissing hoefde te nemen over minderjarige kinderen en dat zij dus niet door de rechter moesten worden opgeroepen. De echtscheiding werd gezien als een zaak tussen de partners alleen.¹⁸¹ Uit verschillende handboeken volgt dat dit genuanceerder ligt. De rechter beslist niet over het gezag, wanneer ouders gezamenlijk het gezag behouden en de rechter niet verzoeken om één van de ouders te belasten met het eenhoofdige gezag. De minderjarige wordt over het gezag in dergelijk geval niet gehoord door de rechter.¹⁸² Uit het procesreglement scheiding volgt echter dat minderjarigen ook gehoord worden, indien partijen het eens zijn over de gevraagde voorziening of wanneer er al een schriftelijke verklaring van de minderjarige is overlegd.¹⁸³ Op grond daarvan moeten minderjarigen dus altijd opgeroepen worden om gehoord te worden in een scheidingszaak. In sommige gevallen kan worden afgezien van oproeping. Dit kan in het geval een zaak van ondergeschikt belang is, of wanneer er sprake

¹⁷⁶ Van Rooijen 2007, p. 257.

¹⁷⁷ Forder 2010, p. 41-42.

¹⁷⁸ Smits 2015, p. 136-137.

¹⁷⁹ Spruijt, *FJR* 2013, p. 4. Zie ook: Van der Valk & Spruijt 2013, p. 13, tabel 3.

¹⁸⁰ HR 1 november 2013, ECLI:NL:HR:2013:1084, r.o. 3.3.1.

¹⁸¹ Heida, *FJR* 1998, p. 206.

¹⁸² Zie: Wortmann & Van Duijvendijk-Brand 2015, p. 231; Bruning, Liefwaard & Vlaardingerbroek 2016, p. 272-273.

¹⁸³ Procesreglement Scheiding, art. 8.1.

is van onmiddellijk en ernstig gevaar voor de minderjarige.¹⁸⁴ Een zaak omtrent scheiding valt over het algemeen niet onder deze uitzonderingen.¹⁸⁵

Minderjarigen waarvan de ouders de informele relatie verbreken, worden pas gehoord door de rechter als er een geschil is ontstaan tussen de ouders en zij daarover een beslissing van de rechter willen. Bij een dergelijke scheiding worden kinderen dus niet per definitie gehoord door de rechter.

§3.5 – De bijzondere curator

In deze paragraaf staat het benoemen van een bijzondere curator centraal. Allereerst zal gekeken worden wanneer de bijzondere curator benoemd kan worden en vervolgens zal zijn rol uitgebreid behandeld worden. Toewijzing van een bijzondere curator is nog een manier om de minderjarige te betrekken bij de scheidingsprocedure.¹⁸⁶ Als de belangen van de minderjarige in strijd zijn met die van zijn ouders, dan kan de rechter beslissen dat het in belang van de minderjarige noodzakelijk is dat er een bijzondere curator wordt benoemd.¹⁸⁷ Dit kan hij doen op verzoek van de belanghebbende, waarbij gedacht moet worden aan de minderjarige en de ouders, of hij kan dit ambtshalve doen. Het moet gaan om een concreet en wezenlijk conflict.¹⁸⁸ Het kan ook gaan om conflicterende belangen tussen ouders onderling. Als de minderjarige klem en verloren raakt tussen beide ouders, kan de rechter ook in dergelijk geval een bijzondere curator benoemen.¹⁸⁹

§3.5.1 – Rol van de bijzondere curator

De bijzondere curator behartigt de belangen van minderjarigen in en buiten rechte.¹⁹⁰ Dit is een bemiddelende rol waarbij hij door middel van gesprekken met de minderjarige en de ouders probeert de belangenstrijd buitengerechtelijk op te lossen.¹⁹¹ Hij is er niet voor het

¹⁸⁴ Artikel 809 lid 1 en 3 Rv.

¹⁸⁵ In zaken die strekken tot benoeming van een bijzonder curator, die strekken tot ontslag van de voogdij en die alleen het bewind van ouders en voogden betreft kan worden afgezien van het horen van de minderjarige.

¹⁸⁶ Van Rooijen 2007, p. 257.

¹⁸⁷ Art. 1:250 BW.

¹⁸⁸ Van der Bijl, Van den Dongen & Vreeburg-Van der Laan 2012, p. 14.

¹⁸⁹ Wortmann & Van Duijvendijk-Brand 2015, p. 226. Zie ook HR 5 december 2014, ECLI:NL:HR:2014:3535, r.o. 3.7.3; Hof Amsterdam 9 februari 2010, ECLI:NL:GHAMS:2010:BL:5778, r.o. 4.8.

¹⁹⁰ Art. 1:250 BW.

¹⁹¹ Werkproces benoeming bijzondere curator o.g.v. art. 1:250 BW, p. 8; Punselie, in: *GS Personen- en familierecht*, art. 1:250 BW, aant. 7.

verwezenlijken van de wensen van de minderjarige, maar om het belang van het kind naar voren te brengen.¹⁹²

De rechter kan degene die hij daartoe geschikt acht benoemen tot bijzondere curator, maar vaak zal het iemand zijn die in het register van de Raad voor Rechtsbijstand staat.¹⁹³ Vanaf juli 2019 zullen er bij de inschrijvingsvoorwaarden deskundigheidseisen worden opgenomen.¹⁹⁴ Op grond van die eisen moet de bijzondere curator op grond van artikel 1:250 BW een advocaat met een specialisatie familie- of jeugdrecht, advocaat geregistreerd als familiemediator of een academisch geschoold psycholoog/(ortho)pedagoog/psycholoog die voldoende kennis en vaardigheden heeft op het gebied van jeugd- en familiezaken binnen het domein van de conflictleer zijn. Bij deze laatste geldt een aanvullende kwalificatie, namelijk een specialisatieopleiding op het gebied van familie-mediation.¹⁹⁵ De bijzondere curator moet een opleiding tot bijzondere curator hebben gevolgd en examen doen.¹⁹⁶ Volgens de kwaliteitseisen omvat de vereiste kennis van de bijzondere curator onder andere: kennis van het werkproces, van relevant familie- en jeugdrecht, inzicht in interventietechnieken en methoden voor conflict oplossing, kennis van scheiding, gezinssystemen en ontwikkeling van kinderen.¹⁹⁷

In het geval van een scheiding zal er vaak al een lopende procedure zijn. Ook dan is de rol van de bijzondere curator bemiddelaar, waarbij hij voornamelijk de stem van de minderjarige bij de ouders naar voren zal brengen.¹⁹⁸ Ook kan hij helpen bij het opstellen van het ouderschapsplan door het belang van de minderjarige bij het ouderschapsplan te verwoorden.¹⁹⁹ Dit laatste blijkt in de praktijk minder plaats te vinden dan van tevoren was gedacht. Het ouderschapsplan moet voorafgaand aan de procedure worden ingediend. Als dan tijdens de zitting blijkt dat benoeming van een bijzondere curator noodzakelijk is dan zal het conflict al dusdanig geëscaleerd zijn, waardoor het kind wellicht klem is komen te zitten.²⁰⁰ Daarnaast volgt uit het onderzoek van de Kinderombudsman uit 2012 dat rechters

¹⁹² Rb. Maastricht 29 november 2011, ECLI:NL:RBMAA:2011:BU6640, r.o. 4.

¹⁹³ Werkproces benoeming bijzondere curator o.g.v. art. 1:250 BW, p. 5.

¹⁹⁴ Raad voor Rechtsbijstand 2019.

¹⁹⁵ Klankbordgroep Bijzondere Curator 2016, p. 13.

¹⁹⁶ Klankbordgroep Bijzondere Curator 2016, p. 13 en 16.

¹⁹⁷ Stichting Bijzondere Curator Nederland 2019.

¹⁹⁸ Werkproces benoeming bijzondere curator o.g.v. art. 1:250 BW, p. 8; Punselie, in: *GS Personen- en familierecht*, art. 1:250 BW, aant. 12.

¹⁹⁹ MvT, *Kamerstukken II*, 2004/05, 31 145, nr. 3, p. 7.

²⁰⁰ Smits 2015, p. 153 en p. 157.

nauwelijks een rol zien weggelegd voor de bijzondere curator bij het opstellen van het ouderschapsplan.²⁰¹

Volgens de Stichting Bijzondere Curator Nederland heeft de bijzondere curator een bemiddelende, onderzoekende en vooral adviserende rol aan de rechter. Hij heeft geen hulpverlenende rol, maar adviseert over welke mogelijke hulpverlening noodzakelijk wordt geacht in het belang van de minderjarige en de gezinssituatie.

De bijzondere curator heeft ook een informerende rol. Het werkproces benoeming bijzondere curator o.g.v. art. 1:250 BW stelt dat van de bijzondere curator wordt verwacht dat hij aan de minderjarige zijn rol op leeftijdsadequate wijze uitlegt en toelicht, dat hij gaat praten met anderen, waarom hij dit doet en dat hij ten opzichte van de minderjarige een neutrale en onafhankelijke positie inneemt.²⁰² Het werkproces beveelt de bijzondere curator aan om na de zitting de minderjarige uitleg te geven over de uitspraak en de consequenties daarvan.²⁰³

Uit een pilot van de Rechtbank Zeeland-West-Brabant uit 2016 volgt dat bij complexe scheidingszaken het benoemen van een gedragsdeskundige als bijzondere curator een meerwaarde kan hebben. Zij hebben volgens de betrokken rechters beter oog voor wat van essentieel belang is voor kinderen, omdat zij aandacht hebben voor de ontwikkelingsfase van het kind. Daarnaast brengen ze in de analyse beter naar voren wat de wijze van interactie van de ouders voor impact heeft op het kind. De confrontatie van ouders daarmee, doet hen vaak openstaan voor verandering. Als nadeel noemt de pilot dat er een gebrek aan juridische kennis is bij gedragsdeskundigen.²⁰⁴ Door invoering van de kwaliteitseisen gaat dit waarschijnlijk tot het verleden behoren. Één van de eisen is namelijk dat de bijzondere curator kennis heeft van relevant familie- en jeugdrecht.²⁰⁵

Gaat het om een minderjarige van twaalf jaar of ouder, dan zal er een persoonlijk gesprek dienen plaats te vinden met de minderjarige. Heeft de minderjarige de leeftijd van twaalf

²⁰¹ Van der Bijl, Van den Dongen & Vreeburg-Van der Laan 2012, p. 20.

²⁰² Werkproces benoeming bijzondere curator o.g.v. art. 1:250 BW, p. 8.

²⁰³ Werkproces benoeming bijzondere curator o.g.v. art. 1:250 BW, p. 10.

²⁰⁴ Valenkamp, Sondorp & van Montfoort 2016, p. 18.

²⁰⁵ Kwaliteitseisen bijzondere curator art. 1:250 BW, eis 2.

jaar nog niet bereikt, dan moet worden beoordeeld in hoeverre de minderjarige in staat kan worden geacht tot redelijke waardering van zijn belangen.²⁰⁶

§3.6 – De informele rechtsingang

In deze paragraaf komt de informele rechtsingang kort aan bod. Er zal worden gekeken wat de informele rechtsingang inhoudt, wie deze informele rechtsingang kunnen gebruiken en hoe de werkwijze bij de rechtbank werkt.

De minderjarige heeft in sommige gevallen de mogelijkheid om de rechter via een informele rechtsingang te benaderen. Hij kan de rechter een brief sturen of bellen.²⁰⁷ Deze informele rechtsingang staat open voor de minderjarige van twaalf jaar of ouder en voor de minderjarige jonger dan twaalf jaar als deze in staat is tot redelijke waardering van zijn belangen.²⁰⁸ Dit laatste houdt in dat de minderjarige de betekenis van het verzoek en de gevolgen die het verzoek kan hebben, beseft en in redelijke mate kan overzien.²⁰⁹ De rechter is niet verplicht om in te gaan op het verzoek van de minderjarige.²¹⁰

De onderwerpen waarvoor een informele rechtsingang openstaat zijn invulling van gezag gedurende of na echtscheidingsprocedure²¹¹, omgang of uitoefening van zorg en opvoedingstaken²¹² en benoeming van de bijzondere curator.²¹³ De meeste rechtbanken benoemen standaard een bijzondere curator bij een informele rechtsingang.²¹⁴

De informele rechtsingang zal tijdens scheiding niet altijd gebruikt worden. Dit komt doordat er tijdens de echtscheiding en de beëindiging van het geregistreerd partnerschap al een zaak aanhangig is waarin de minderjarige van twaalf jaar en ouder zal worden opgeroepen om zijn mening kenbaar te maken aan de rechter. Deze minderjarige

²⁰⁶ Brands-Bottema, *EB* 2018, p. 184. Zie ook: Werkproces benoeming bijzondere curator o.g.v. art. 1:250 BW, p. 8 daarin staat dat als een minderjarige jonger dan 12 in staat geacht kan worden tot redelijke waardering van zijn belangen dat de bijzondere curator deze minderjarige moet horen.

²⁰⁷ Sie, *REP* 2015, p. 1.

²⁰⁸ Verfuurden, *REP* 2011, p. 63.

²⁰⁹ Wortmann, in: *GS Personen- en familierecht*, art. 1:377g BW, aant. A4.

²¹⁰ Verfuurden, *REP* 2011, p. 63; Punselie, in: *GS Personen- en familierecht*, art. 1:251a BW, aant. 4.

²¹¹ Art. 1:251a lid 4 BW. Enkel wanneer in de echtscheidingsprocedure geen verzoek tot eenhoofdig gezag is gedaan en de rechter daar nog geen beslissing over heeft genomen, zie: HR 4 april 2008, ECLI:NL:HR:2008:BC2241.

²¹² Art. 1:377g BW. Dit kan ook bij uitoefening van het gezamenlijke gezag, zie: Van Leuven & De Klerk, *EB* 2013, p. 2.

²¹³ Art. 1:250 BW.

²¹⁴ Van den Hoogen & Montanus, *FJR* 2017, p. 288.

hoeft de rechter dus niet zelf te benaderen via de informele rechtsingang. De minderjarige jonger dan twaalf jaar kan de rechter wel informeel een verzoek doen om te worden gehoord, maar dit valt onder het hoorrecht en niet onder de informele rechtsingang. De minderjarige wiens ouders hun informele relatie beëindigen kan wel een beroep doen op de informele rechtsingang tijdens de scheiding van zijn ouders.²¹⁵

Er is geen uniforme werkwijze bij de rechtbanken als de minderjarige gebruik maakt van de informele rechtsingang.²¹⁶ Bijna alle rechtbanken nodigen de minderjarige, die het verzoek heeft gedaan eerst uit voor een gesprek met de rechter, tenzij het een verzoek is waarover de rechter niet kan beslissen. De werkwijze die de rechter na dit gesprek hanteert verschilt per rechtbank. Er zijn rechtbanken waar ouders eerst voor een informele behandeling worden uitgenodigd. Andere rechtbanken roepen ouders eerst op schriftelijk op het verzoek van het kind te reageren. Weer andere rechtbanken vragen eerst aan de ouders of zij het verzoek van hun kind over willen nemen.²¹⁷

§3.7 – Tussenconclusie

In dit hoofdstuk is gezocht naar een antwoord op de tweede deelvraag: ‘Hoe is het recht op participatie van de minderjarige in Nederland geregeld tijdens de scheiding?’

Het nationale kader kent verschillende participatiemogelijkheden. In dit hoofdstuk zijn deze uitvoerig behandeld en is naar voren gekomen dat het voor het gebruik kunnen maken van de verschillende participatiemogelijkheden uitmaakt op welke wijze de ouders scheiden. Minderjarigen wiens ouders hun huwelijk beëindigen hebben meer mogelijkheden dan minderjarigen wiens ouders hun informele relatie beëindigen. De Nederlandse wetgever heeft wel getracht om uniformiteit aan te brengen in de wet door het ouderschapsplan ook verplicht te stellen voor ouders die hun informele relatie beëindigen, maar in praktijk is dit niet te controleren. Verder is het voor deze ouders niet verplicht om aan te tonen hoe zij hun kinderen hebben betrokken bij het opstellen van het ouderschapsplan. Een regel die wel is opgenomen voor ouders die hun huwelijk beëindigen.

²¹⁵ Art. 1:377g BW. Dit kan ook bij uitoefening van het gezamenlijke gezag, zie: Van Leuven & De Klerk, *EB* 2013, p. 2.

²¹⁶ Sie, *REP* 2015, p. 2.; Van den Hoogen & Montanus, *FJR* 2017, p. 286; Van Leuven & De Klerk, *EB* 2013, p. 5.

²¹⁷ Van den Hoogen & Montanus, *FJR* 2017, p. 287.

Het recht om gehoord te worden is ook minder sterk voor minderjarigen uit een informele relatie. Dit komt doordat de beëindiging van de relatie niet door de rechter hoeft te worden uitgesproken en de rechter dus niet verplicht is om de minderjarige ouder dan twaalf jaar op te roepen.

In het volgende hoofdstuk zal gekeken worden of de Nederlandse participatiemogelijkheden voldoen aan het internationale rechtskader.

HOOFDSTUK 4 | Analyse

§4.1 - Inleiding

De laatste deelvraag: ‘Hoe verhoudt het nationale recht zich ten opzichte van het internationaal recht, als men kijkt naar de participatie de minderjarige tijdens scheiding?’ staat centraal in dit laatste hoofdstuk. Het internationale- en nationale rechtskader die in de afgelopen hoofdstukken uitvoerig zijn behandeld zullen met elkaar worden vergeleken. Dit zal aan de hand van het belang van het kind en het hoorrecht worden gedaan. Telkens zal eerst gekeken worden naar het internationale kader en dan naar het nationale kader en zal kort worden aangegeven of dit overeenstemt of verschilt.

§4.2 - Belang van het kind

Het recht van het kind om zijn of haar belangen te laten beoordelen en in aanmerking te nemen als primaire overweging bij alle maatregelen die hem betreffen²¹⁸ komt ook in het nationale recht naar voren. Zo ook bij de participatiemiddelen die de minderjarige in het nationaal recht heeft. Het ouderschapsplan is een middel voor de rechter om te kijken of de bepalingen die ouders hebben opgesteld in het belang van de minderjarige zijn, er wordt een bijzondere curator benoemd als de rechter het in het belang van de minderjarige noodzakelijk acht en de minderjarige wordt gehoord om erachter te komen wat in het belang van de minderjarige is. Het belang van het kind is dus terug te vinden bij deze participatiemiddelen.

Opleiding & Samenwerking

De feiten en informatie die relevant zijn voor het bepalen van het belang van het kind moeten worden verkregen door goed opgeleide professionals die expertise hebben op het gebied van ontwikkeling van kinderen en adolescenten.²¹⁹ Het is noodzakelijk dat mensen die met kinderen werken worden opgeleid in communicatievaardigheden, gebruik van kindvriendelijke taal en op het vlak van kinderpsychologie.²²⁰

In Nederland wordt informatie voor het bepalen van het belang van het kind over het algemeen verkregen door de rechter.²²¹ Die heeft niet specifiek een opleiding gehad op

²¹⁸ Artikel 3 IVRK.

²¹⁹ VN-Kinderrechtencomité 2013, p. 19, para. 92, 94-95.

²²⁰ Comité van Ministers van de Raad van Europa 2010, p. 23 & 67.

²²¹ Kan ook door de Raad voor de Kinderbescherming. Zie: Raad voor de Kinderbescherming 2016, p. 6.

het gebied van ontwikkeling van kinderen en adolescenten. Dit zou geen probleem hoeven zijn als de rechter zich goed laat informeren door beroepsbeoefenaars uit andere disciplines, om het belang van het kind goed te kunnen beoordelen. Dit samenwerken zou volgens de Guidelines on child-friendly justice moeten worden gestimuleerd.²²² In Nederland gebeurt dit niet altijd, in bepaalde gevallen kan de Raad voor de Kinderbescherming betrokken worden bij de zaak. Zij stellen dan een onderzoek in over beslissingen rond gezag, verdeling van zorg- en opvoedtaken, de hoofdverblijfplaats van de kinderen, informatie- en consultatieplicht van de verzorgende ouder naar de andere ouder, omgang met ouder zonder gezag en omgang met derden.²²³ Ook de bijzondere curator kan informatie verschaffen over het belang van het kind. Wanneer een bijzondere curator is aangesteld zal deze namelijk het belang van het kind behartigen en deze belangen in zijn rapport naar voren brengen.

Motiveren & Herzien

Verder moet de rechter motiveren hoe het belang van het kind is betrokken bij de beslissing en moet er een mogelijkheid bestaan om beslissingen over kinderen te herzien.²²⁴

Uit de Concluding Observations van het VN-Kinderrechtencomité uit 2015 volgt dat er in Nederland onvoldoende begrip is voor het belang van het kind.²²⁵ Het comité beveelt aan dat de inspanningen om het belang van het kind in aanmerking te nemen als primaire overweging worden versterkt. Het moet adequaat geïntegreerd en consistent worden toegepast in alle procedures, beslissingen, beleid, programma's en projecten die relevant zijn voor en gevolgen hebben voor kinderen. Nederland wordt aangemoedigd om procedures en criteria te ontwikkelen om een leidraad te geven aan alle relevante gezagsdragers voor het bepalen van de belangen van het kind op elk gebied en om deze als primair belang te bestempelen.²²⁶

²²² Comité van Ministers van de Raad van Europa 2010, p. 23 & 68.

²²³ Raad voor de Kinderbescherming 2016, p. 6.

²²⁴ VN-Kinderrechtencomité 2013, p. 19, para. 97-98.

²²⁵ VN-Kinderrechtencomité 2015, p. 6, para. 26.

²²⁶ VN-Kinderrechtencomité 2015, p. 6, para. 27.

§4.2 – De mening van het kind

Uit het IVRK, het EU-handvest en de EVRM jurisprudentie volgt dat elk kind het recht heeft om zijn mening vrijelijk te uiten in alle aangelegenheden die het kind betreffen, mits het kind in staat is zijn eigen mening te vormen.²²⁷

In Nederland kan de rechter in zaken betreffende minderjarigen pas een beslissing nemen als hij de minderjarige van twaalf jaar en ouder in de gelegenheid heeft gesteld om zijn mening kenbaar te maken.²²⁸ Wel heeft de rechter in Nederland de mogelijkheid om minderjarigen jonger dan twaalf jaar te horen, maar daartoe is de rechter niet verplicht. Het internationale rechtskader kent geen leeftijdsgrens, terwijl het nationale rechtskader dit wel kent. Op dit punt voldoet Nederland dus niet aan het internationale kader.

Geen verplichting

Zowel in het internationale kader als in het nationale kader is het zo dat het geen verplichting voor de minderjarige is om gehoord te worden door de rechter. In het nationaal kader is het voor de minderjarige ook mogelijk om schriftelijk zijn mening te geven.

Vertegenwoordiger

Uit het IVRK volgt dat de minderjarige rechtstreeks of door tussenkomst van een vertegenwoordiger kan worden gehoord.²²⁹ Het VN-Kinderrechtencomité geeft de voorkeur aan rechtstreeks horen.²³⁰ Als het via een vertegenwoordiger is, dan moet deze voldoende kennis en begrip hebben van het besluitvormingsproces en ervaring hebben met het werken met kinderen. De vertegenwoordiger kan een ouder, advocaat, of een ander persoon zijn, zoals een maatschappelijk werker. Wel moet deze vertegenwoordiger exclusief de belangen van het kind vertegenwoordigen en niet die van een ander.²³¹ Mijns inziens gaat een vertegenwoordiger die kennis en begrip heeft van het besluitvormingsproces en die ervaring heeft met het werken met kinderen niet samen met een ouder als vertegenwoordiger, aangezien die meestal niet die kennis en ervaring heeft.

In Nederland is de minderjarige processueel onbekwaam en zullen de ouders de belangen van de minderjarige behartigen. In een scheidingssituatie zal het mijns inziens

²²⁷ Artikel 12 IVRK; Artikel 24 EU-Handvest,

²²⁸ Artikel 809 Rv.

²²⁹ Artikel 12 lid 2 IVRK.

²³⁰ VN-Kinderrechtencomité 2009, p. 12, para. 35.

²³¹ VN-Kinderrechtencomité 2009, p. 12, para. 36-37.

lastig zijn om de belangen van de minderjarige te behartigen en niet die van de ouder zelf. De ouder heeft namelijk ook zijn eigen belangen die misschien niet in het belang van de minderjarige zijn. Wanneer de belangen van de minderjarige botsen met die van de ouder kan de rechter een bijzondere curator benoemen indien hij dit in belang van de minderjarige acht.²³² Deze bijzondere curator behartigt de belangen van de minderjarige. De bijzonder curator voldoet beter aan de criteria die het internationale kader stelt dan een ouder. Voornamelijk doordat de bijzondere curator exclusief de belangen van de minderjarige kan behartigen, iets wat de ouders niet kunnen doordat zij ook eigen belangen hebben bij het scheidingsproces.

Wat betreft de kennis omtrent het besluitvormingsproces en de ervaring met het werken met kinderen kan het zijn dat de bijzondere curator daar niet helemaal aan voldoet. Zoals gebleken uit de pilot van de Rechtbank Zeeland-West-Brabant uit 2016 is een advocaat als bijzondere curator wel op de hoogte van het besluitvormingsproces maar kan minder zijn opgeleid om te werken met kinderen en een gedragsdeskundige als bijzondere curator is wel opgeleid om te werken met kinderen maar kan minder van het besluitvormingsproces weten. Maar daar zal door de kwaliteitseisen waarschijnlijk verandering in komen, omdat daarin onder andere staat dat de bijzondere curator kennis moet hebben van relevant familie- en jeugdrecht, de ontwikkeling van kinderen en een kindgesprek moet kunnen voeren.²³³

In 2015 heeft het VN-Kinderrechtencomité kennis genomen van de mogelijkheid tot het benoemen van een bijzondere curator, maar ze maken zich alsnog zorgen over de beperkte mogelijkheden voor kinderen om deel te nemen aan beslissingen die hen aangaan.²³⁴

Hoorrecht bij scheiding

Het internationaal kader zegt over scheidingszaken dat in die zaken het belang van het kind vooropgesteld moet worden door de rechter. Ook moeten kinderen betrokken worden bij besprekingen voordat er beslissingen genomen worden die gevolgen hebben voor hun huidige en/of toekomstige welzijn. Kinderen moeten doeltreffend bij het proces betrokken zijn.²³⁵

²³² Artikel 1:250 BW.

²³³ Kwaliteitseisen bijzondere curator art. 1:250 BW, eis 2, 8 en 10.

²³⁴ VN-Kinderrechtencomité 2015, nr. 30.

²³⁵ VN-Kinderrechtencomité 2009, p. 15, para. 51-52; Comité van Ministers van de Raad van Europa 2010, p. 53-54.

Een van de manieren hoe Nederland heeft getracht hieraan te voldoen is door middel van het ouderschapsplan. Bij het opstellen daarvan moeten minderjarigen betrokken worden. Uit de aanbeveling van het LOVF volgt dat kinderen vanaf 6 jaar betrokken moeten worden het opstellen. Het internationaal kader kent wederom geen leeftijdsgrens.

Promotie & Informeren

Participatie moet worden gepromoot en de minderjarige moet goed worden geïnformeerd over het recht op participatie en over de zitting.²³⁶ Aan het kind moet alle relevante en noodzakelijk informatie worden verstrekt. Bij voorbaat gebeurt dit rechtstreeks en in begrijpelijke taal.²³⁷ De zitting moet plaatsvinden in een kindvriendelijke omgeving en de zitting moet activerend en bemoedigend zijn.²³⁸ Ook na de zitting moet de minderjarige geïnformeerd worden over de beslissing en over hoe zijn mening is meegewogen.²³⁹

Uit de Concluding Observations van het VN-Kinderrechtencomité uit 2015 volgt dat Nederland op het gebied van promotie nog te winnen heeft. Het comité adviseert om programma's en bewustmakingsactiviteiten uit te voeren om deelname van minderjarigen binnen het gezin, de gemeenschap en scholen te bevorderen.²⁴⁰

Klachtrecht

Als de minderjarige zijn recht om te worden gehoord is genegeerd en/of is geschonden dan dient er een mogelijkheid te zijn om een klacht in te dienen.²⁴¹ Deze mogelijkheid kent het Nederlandse recht niet en voldoet daarmee dus niet aan het internationale kader. Wel heeft de minderjarige de mogelijkheid om in bepaalde zaken de rechter via een informele rechtsingang te benaderen. Maar de rechter is niet verplicht om hier gehoor aan te geven.

²³⁶ Comité van Ministers van de Raad van Europa 2012, p. 3; VN-Kinderrechtencomité 2009, p. 13, para. 41.

²³⁷ Comité van Ministers van de Raad van Europa 2010, p. 21, 22, 61 en 62.

²³⁸ VN-Kinderrechtencomité 2009, p. 13, para. 42-43; Comité van Ministers van de Raad van Europa 2010, p. 33 en 89.

²³⁹ VN-Kinderrechtencomité 2009, p. 13, para. 45.

²⁴⁰ VN-Kinderrechtencomité 2015, p. 7, para. 31 onder b.

²⁴¹ VN-Kinderrechtencomité 2009, p. 13, para. 46.

Kindgesprek

In Nederland krijgt de minderjarige een uitnodiging van de rechter om te worden gehoord, daarbij wordt een brochure met uitleg over het kindgesprek meegestuurd.²⁴² Het verschilt per rechtbank waar het gesprek plaatsvindt. Dit kan in een aparte kamer, maar het is ook mogelijk dat dit een zittingszaal plaatsvindt. Er is geen uniformiteit tussen de rechtbanken. Gebrek aan uniformiteit leidt tot rechtsonzekerheid en dat is niet wenselijk.

De gerechtshoven daarentegen hebben een professionele standaard kindgesprekken opgesteld. Daaruit volgt dat het gesprek wordt gehouden in een geschikte kamer of een zittingszaal en dat het gesprek niet in toga wordt gevoerd.²⁴³ De standaard geeft ook richtlijnen hoe het gesprek aangepakt dient te worden.²⁴⁴ De standaard zegt over het informeren van de minderjarige over de beslissing, dat tijdens de zitting wordt besproken wie van de ouders of van de andere belanghebbenden de minderjarige op de hoogte stelt van de uitkomst.²⁴⁵

²⁴² Brochure Kindgesprek 2018.

²⁴³ De Rechtspraak 2016, p. 4-5.

²⁴⁴ De Rechtspraak 2016, p. 5-6.

²⁴⁵ De Rechtspraak 2016, p. 7.

HOOFDSTUK 5 | Conclusie en aanbevelingen

§5.1 - Conclusie

In dit onderzoek stond de volgende vraag centraal:

Hoe is het recht op participatie van de minderjarige tijdens scheiding in het internationaalrechtelijk kader geregeld en in hoeverre voldoet Nederland hieraan, als men kijkt naar het nationaalrechtelijk kader?

De voorgaande hoofdstukken hebben antwoord gegeven op de deelvragen. Daaruit volgt dat de minderjarige op grond van het internationale kader recht heeft om in alle aangelegenheden die hem betreffen zijn mening vrijelijk te uiten, ook in het geval van scheiding.²⁴⁶ In het nationale kader heeft de minderjarige dit recht ook.²⁴⁷

Het internationale rechtskader geeft veel punten waaraan Staten moeten voldoen om het belang van het kind en het recht op participatie van de minderjarige te kunnen waarborgen. Nederland voldoet in grote lijnen aan het internationaalrechtelijk kader. Zo zijn er verschillende participatiemiddelen in de nationale wetgeving opgenomen. Toch zijn er, zoals blijkt uit de analyse, een aantal verbeterpunten te noemen. Ook voor minderjarigen wiens ouders hun informele relatie verbreken zijn er verbeterpunten te noemen.

§5.2 – Aanbevelingen

1. De kinderrechter moet beter worden opgeleid voor het werken met minderjarigen

Om kinderrechter te worden moet er aandacht besteed worden aan hoe gecommuniceerd moet worden met minderjarigen en moet de rechter meer weten van de ontwikkeling van minderjarigen. Het eerste is noodzakelijk om het kindgesprek goed te kunnen voeren. Het tweede helpt bij het beoordelen of iets in het belang van het kind is. In de opleiding tot rechter zou onder de leeractiviteiten familie een vak kunnen worden opgenomen waarin het kindgesprek en de ontwikkeling van het kind centraal staan.²⁴⁸

²⁴⁶ Zie: artikel 12 IVRK, artikel 24 EU Handvest, rechtspraak van het EHRM.

²⁴⁷ Artikel 809 Rv.

²⁴⁸ Leeractiviteiten staan in de Studiegids Rio-opleiding van het SSR.

2. Er moet een professionele standaard voor het kindgesprek komen voor de rechtbanken, zodat daar meer uniformiteit in komt

Ten eerste is er dan meer rechtsgelijkheid. Ten tweede zorgt dit ervoor dat de rechter meer handvaten heeft hoe hij het kindgesprek moet vormgeven. Als de rechter beter weet hoe hij de minderjarige op zijn gemak stelt en beter weet welke vragen hij moet stellen dan komt dit het participatierecht ten goede.

3. De rechter moet een minderjarige jonger dan twaalf jaar horen, als deze aangeeft gehoord te willen worden, tenzij de rechter goed gemotiveerd kan aangeven waarom de minderjarige niet gehoord hoeft te worden

Het internationale kader kent geen leeftijdsgrens. Het VN-Kinderrechtencomité is van mening dat zelfs de jongste kinderen hun mening kunnen vormen en als ze niet in staat zijn zich verbaal te uiten, kunnen ze zich op andere manieren uiten.²⁴⁹ Dit kan ook non-verbaal. Voor een rechter zal het moeilijk zijn om achter deze mening te komen en hij zal een gedragsdeskundige hiervoor nodig hebben. Het inschakelen van een gedragsdeskundige zorgt ervoor dat de procedure meer tijd gaat kosten en dat de kosten van de procedure hoger worden. Hierdoor zal het in Nederland niet haalbaar zijn om geen leeftijdsgrens in te stellen. Wat wel haalbaar is mijns inziens, is dat als een minderjarige jonger dan twaalf jaar aangeeft gehoord te willen worden dat de rechter deze minderjarige hoort, tenzij de rechter goed gemotiveerd aangeeft waarom hij deze minderjarige niet hoeft te horen.²⁵⁰

4. Als er een bijzondere curator moet worden benoemd in een scheidingsprocedure dan moet dit een gedragsdeskundige zijn die voldoende juridische kennis heeft

Uit de pilot van de Rechtbank Zeeland-West-Brabant volgt dat een gedragsdeskundige als bijzondere curator in scheidingszaken meerwaarde heeft, omdat zij beter voor ogen hebben wat in het belang van het kind is en zij beter kunnen laten zien wat voor impact de wijze van interactie van de ouders heeft op het kind. Het nadeel dat uit de pilot naar voren kwam, is dat de gedragsdeskundige een gebrek aan juridische kennis heeft. Met invoering van de

²⁴⁹ VN-Kinderrechtencomité 2009, p. 9, para. 21.

²⁵⁰ De mogelijkheid om minderjarigen jonger dan twaalf jaar te horen staat al in de wet en uit de praktijk volgt dat er kinderen jonger dan twaalf jaar worden gehoord. Kijk bijvoorbeeld naar de pilot van Rechtbank Amsterdam.

kwaliteitseisen zal elke bijzondere curator voldoende juridische kennis hebben, omdat kennis van relevant familie- en jeugdrecht een van de eisen is.²⁵¹

5. Ouders moeten bij het betrekken van de minderjarige bij het ouderschapsplan ook aangeven hoe de mening van de minderjarige is meegenomen

Op dit moment is er niet veel invulling gegeven aan hoe de minderjarig betrokken moet worden bij het opstellen van het ouderschapsplan. Terwijl als ouders moeten aantonen hoe de mening van de minderjarige is meegenomen dan weet de rechter beter wat de mening van de minderjarige inhoudt en kan hij kijken of zijn beslissing in het belang van de minderjarige is. Wellicht dat de pilot van de rechtbank Overijssel hieraan kan bijdragen. Uit de eerste resultaten volgt dat de meeste familierechter tijdens de pilot meer informatie in handen kregen om de eerste beslissingen te nemen in een echtscheiding. De stem van het kind krijgt hiermee kleur, aldus de rechters in Overijssel. Als de resultaten van het wetenschappelijk onderzoek ook positief zijn dan is het aan het LOVF om de werkwijze landelijk in te voeren.²⁵²

6. De positie van de minderjarige wiens ouders hun informele relatie verbreken moet verbeterd worden

De wetgever heeft wel geprobeerd formele en informele relaties aan elkaar gelijk te stellen, maar toch is de positie van de minderjarige uit een informele relatie slechter dan de positie van een minderjarige uit een formele relatie. Aangezien er in de samenleving steeds minder mensen een formele relatie hebben is het van belang dat hier aandacht aan wordt besteed. Als ouders gezamenlijk het gezag aanvragen dan moeten zij dan al op het ouderschapsplan gewezen worden.

7. De minderjarige moet beter geïnformeerd worden over zijn recht op participatie

Ten eerste moet het recht op participatie bekender worden. Dit zou kunnen door op scholen hier aandacht aan te besteden. Verder zouden minderjarigen als ze worden opgeroepen beter geïnformeerd moeten worden over de keuzemogelijkheid die ze hebben. Tot slot zou de minderjarige na de beslissing geïnformeerd moeten worden door de rechter over de uitkomst en niet dat de minderjarige dit via zijn ouders moet horen.

²⁵¹ Stichting Bijzondere Curator 2019, nr. 2.

²⁵² De Rechtspraak 2019.

8. De rechter moet beter motiveren hoe de mening van het kind is meegewogen in de beslissing

De minderjarige heeft het recht om te weten hoe zijn mening is meegewogen. Helemaal als de uitkomst anders is dan de minderjarige had gehoopt. Het moet voor de minderjarige duidelijk zijn dat er echt naar hem is geluisterd en dat er passend belang aan zijn mening is gehecht.

§5.3 – Casus

Tot slot kom ik terug op de casus die ik aan het begin van dit onderzoek introduceerde. Hoe zit het met de minderjarigen uit de casus?

Allereerst zal ik kijken naar Max (13 jaar) en Sofie (8 jaar) wiens ouders hun huwelijk beëindigen. Max kan zijn mening kenbaar maken aan de rechter, want hij zal worden opgeroepen om te worden gehoord. Hij is namelijk ouder dan twaalf.²⁵³ Hij zou zijn mening ook schriftelijk kenbaar kunnen maken. Mocht zijn belang botsen met het belang van zijn ouders dan kan een bijzondere curator worden benoemd.²⁵⁴ Sofie wordt in principe niet gehoord door de rechter, want zij is nog geen twaalf. Mocht zij haar mening kenbaar willen maken dan kan zij dit aangeven bij de rechter.²⁵⁵ De rechter kan haar dan horen, maar hij is niet verplicht dit te doen. Sofie is acht jaar en mocht de zaak voorkomen bij de rechtbank in Amsterdam dan zal zij daar wel gehoord worden, aangezien ze daar kinderen vanaf acht jaar horen. Internationaalrechtelijk gezien zou Sofie altijd haar mening kenbaar moeten kunnen maken bij de rechter, want in het internationaal recht is geen leeftijdsgrens terug te vinden.²⁵⁶ Max en Sofie dienen allebei bij het ouderschapsplan te worden betrokken.²⁵⁷ Volgens het LOVF moeten minderjarigen vanaf zes jaar worden betrokken bij het ouderschapsplan en beiden zijn ouder dan zes jaar.²⁵⁸ De optie van de informele rechtsingang zal in het geval van Max en Sofie niet aan de orde zijn, aangezien er al een zaak aanhangig is. Daarbij krijgen zij de mogelijkheden zoals hierboven vermeldt.

Dan Marijn (14 jaar) en Christel (6 jaar) wiens ouders hun informele relatie beëindigen. In principe komt deze zaak niet voor de rechter, want de rechter hoeft de

²⁵³ Art. 809 lid 1 Rv.

²⁵⁴ Art. 1:250 Bw.

²⁵⁵ Art. 809 lid 1, tweede volzin Rv.

²⁵⁶ Art. 12 IVRK.

²⁵⁷ Art. 815 lid 4 Rv.

²⁵⁸ Aanbevelingen LOVF 2013, nr. 6.

scheiding niet uit te spreken. In eerste instantie zullen ze dus niet worden gehoord. Alleen als hun ouders naar de rechter stappen, dan zal Marijn gehoord worden. Hij is immers ouder dan twaalf jaar.²⁵⁹ Christel kan net als Sofie gehoord worden als zij dit zelf aangeeft, maar de rechter is niet verplicht dit te doen.²⁶⁰ Christel is zes jaar en zal niet worden gehoord als de zaak voorkomt bij de rechtbank Amsterdam. Als er een zaak aanhangig is en de belangen van de kinderen botsen met die van hun ouders dan kan er een bijzondere curator worden benoemd.²⁶¹ Marijn en Christel dienen bij het ouderschapsplan te worden betrokken, vanaf zes jaar moeten minderjarigen worden betrokken volgens het LOVF en beiden zijn zes jaar of ouder.²⁶² Tot slot hebben Marijn en Christel nog de mogelijkheid om de rechter via de informele rechtsingang te benaderen.²⁶³ Marijn is ouder dan twaalf jaar en kan de rechter hierdoor sowieso benaderen, Christel is jonger dan twaalf jaar en kan de rechter alleen benaderen als zij in staat is tot redelijke waardering van haar belangen. Maar in beide gevallen geldt dat de rechter niet verplicht is om in te gaan op hun verzoek.

Er zit dus een groot verschil in rechtspositie van minderjarigen bij scheiding, terwijl de scheiding evenveel impact heeft. Hopelijk gaat de wetgever hier aandacht aan besteden en zullen minderjarigen die te maken krijgen met een scheiding in de toekomst allemaal dezelfde participatiemogelijkheden hebben bij scheiding.

²⁵⁹ Artikel 809 lid 1 Rv.

²⁶⁰ Artikel 809 lid 1, tweede volzin Rv.

²⁶¹ Artikel 1:250 Bw.

²⁶² Artikel 815 Rv; Aanbevelingen LOVF 2013, nr. 6.

²⁶³ Artikel 1:377g BW. Dit kan ook bij uitoefening van gezamenlijk gezag, zie: van Leuven & De Klerk, *EB* 2013, p. 2.

LITERATUURLIJST

Boeken

Antokolskaia & Coenraad 2010

M.V. Antokolskaia & L.M. Coenraad, *Het nieuwe scheidingsrecht: Ouderschapsplan, positie van het kind, regierechter en collaborative divorce*, Den Haag: Boom 2010.

Bruning, Liefwaard & Vlaardingerbroek 2016

M. Bruning, T. Liefwaard & P. Vlaardingerbroek, *Jeugdrecht en Jeugdhulp*, Amsterdam: Red Business Information 2016.

Chin-A-Fat, in: *GS Burgerlijke Rechtsvordering*, art. 809 Rv

B.E.S. Chin-A-Fat, 'Commentaar op artikel 809 Rv', in: P. Vlas, T.F.E. Tjong Tjin Tai (red.), *Groene Serie Burgerlijke Rechtsvordering*, Deventer: Kluwer 2018 (boek en online).

Coenraad 2010

L. Coenraad, 'Het toezichthoudend oog van de rechter ziet in werkelijkheid weinig', in: Antokolskaia & Coenraad 2010, p. 81-94.

Detrick, in: *T&C Personen- en Familierecht 2018*, art. 9 IVRK, aant. 3

S. Detrick, 'Commentaar op artikel 9 IVRK', in: M.J.C. Koens en A.P.M.J. Vonken e.a. (red.), *Tekst & Commentaar Personen- en Familierecht*, Deventer: Kluwer 2018 (boek en online).

Forder 2010

C. Forder, 'Wederom het kinderverhoor in de context van echtscheiding en omgangsregeling: zijn de rechten van de mens van ouders en van het kind in evenwicht?', in: Antokolskaia & Coenraad 2010, p. 27-42.

Hodgkin & Newell 2007

R. Hodgkin & P. Newell, *Implementation Handbook for the Convention on the Rights of the Child*, Revised Edition, Genève: Unicef 2007.

Kalverboer & Zijlstra 2006

M. Kalverboer & E. Zijlstra, *Het belang van het kind in het Nederlands recht. Voorwaarden voor ontwikkeling vanuit een pedagogisch perspectief*, Amsterdam: SWP: 2006.

Lansdown 2011

G. Lansdown, *Every child's right to be heard. A resource guide on the UN Committee on the rights of the child General Comment No. 12*, London: Save the Children UK and UNICEF: 2011.

Lückers, in *T&C Personen- en Familierecht*, commentaar op aanhef Handvest Grondrechten EU

M.L.C.C. Lückers, 'Commentaar op aanhef Handvest Grondrechten EU', in: M.J.C. Koens en A.P.M.J. Vonken e.a. (red.), *Tekst & Commentaar Personen- en Familierecht*, Deventer: Kluwer 2018 (boek en online).

Parkes 2013

A. Parkes, *Children and international human rights law: the right of the child to be heard*, London: Routledge 2013.

Punselie, in: *GS Personen- en familierecht*, art. 1:250 BW

E.C.C. Punselie, 'Commentaar op artikel 1:250 BW', in: S.F.M. Wortmann (red.) *Groene Serie Personen- en familierecht*, Deventer: Kluwer 2018 (boek en online).

Punselie, in: *GS Personen- en familierecht*, art. 1:251a BW

E.C.C. Punselie, 'Commentaar op artikel 1:251a BW', in: S.F.M. Wortmann (red.) *Groene Serie Personen- en familierecht*, Deventer: Kluwer 2018 (boek en online).

Van Bueren 1998

G. van Bueren, *The International Law on the Right of the Child*, Den Haag/Boston/Londen: Martinus Nijhoff Publishers 1998.

Van Rooijen 2007

C. van Rooijen, *Scheiden zonder vrijheid. Is gezamenlijk ouderlijk gezag na echtscheiding in het belang van het kind?*, Nijmegen: Wolf Legal Publishers 2007.

Smits 2015

V.M. Smits, *Participatie van het kind bij ouderschapsplan*, Apeldoorn: Maklu Uitgevers 2015.

Tomassen-van der Lans 2015

M. Tomassen-van der Lans, *Het verplichte ouderschapsplan: regeling en werking* (diss. Amsterdam VU), Den Haag: Boom 2015.

Wortmann & Van Duijvendijk-Brand 2015

S.F.M Wortmann & J. Van Duijvendijk-Brand, *Compendium Personen- en familierecht*, Deventer: Kluwer 2015.

Wortmann, in: GS Personen- en familierecht, art. 1:377g

S.F.M. Wortmann, 'Commentaar op artikel 1:377g BW', in S.F.M. Wortmann (red.) *Groene Serie Personen- en familierecht*, Deventer: Kluwer 2018 (boek en online).

Tijdschriftartikelen

Ackermans-Bijl & Brands-Bottema, *Trema* 2009

J.C.F. Ackermans-Bijl en G.W. Brands-Bottema, 'De invoering van het ouderschapsplan: goed bedoeld, maar slecht geregeld', *Trema* 2009, nr. 2.

Brands-Bottema, *EB* 2018

G.W. Brands-Bottema, 'De bijzondere curator: nieuwe ontwikkelingen', *EB* 2018/87.

Coenraad 2011

L. Coenraad, 'Conflictoplossing en scheidingsrecht', Nijmegen: Ars Aequi Liberi 2011.

EHRC 2011/16, m. nt. M. Bruning (*Aune/Noorwegen*)

EHRC 2011/16, Sdu European Human Rights Cases, aflevering 2, 2011.

EHRC 2015/234, m. nt. M. Bruning (M.&M/Kroatië)

EHRC 2015/234, Sdu European Human Rights Cases, aflevering 12, 2015.

Heida, FJR 1998

A. Heida, 'Het hoorrecht van minderjarige kinderen (art. 809 Rv) en het doorlopen van het gezamenlijk gezag na scheiding', *FJR* 1998/9.

Van den Hoogen & Montanus, FJR 2017

M.H.L. van den Hoogen & P.J. Montanus, 'Hoe staat het anno 2017 met de informele rechtsingang?', *FJR* 2017/62.

Van der Lans, JV 2011

M. van der Lans, 'Het ouderschapsplan in de rechtspraak', *JV* 2011.

Van Leeuwen, FJR 2017

C.M.M. van Leeuwen, 'Het hoorrecht in het civiele jeugdrecht gaat over grenzen', *FJR* 2017/56.

Van Leuven & De Klerk, EB 2013

C.A.R.M. van Leuven & M.J. de Klerk, 'Formele en informele rechtsingang(en) minderjarige', *EB* 2013/32.

Van Leuven & Pieters, REP 2018

C.A.R.M. van Leuven & I.J. Pieters, 'Stichting Bijzondere Curator Nederland', *REP* 2018/3.

Santos Pais 2000

M. Santos Pais, 'Child Participation', *Documentação e Direito Comporado*, nr. 81/82 2000.

Sie, REP 2015

D.W.Y. Sie, 'Verbetering van de informele rechtsingang voor minderjarige kinderen', *REP* 2015/4.

Spruijt, FJR 2013

E. Spruijt, 'Kind en (v)rechtscheiding; op weg naar verbeterpunten', *FJR* 2013/86.

Verfuurden, REP 2011

C. Verfuurden, 'De informele rechtsingang van de minderjarige', *REP* 2 maart 2011.

Parlementaire stukken

- Kamerstukken II 2004/05, 30 145, nr. 3
- Toelichtingen bij het Handvest van de Grondrechten van het Europees Parlement, de Raad en de Commissie van 14 december 2007 (*PbEU* 2007, C 303/25)

Rapporten & Adviezen

Comité van Ministers van de Raad van Europa 2010

Comité van Ministers van de Raad van Europa, Guidelines of the Committee of Ministers of the Council of Europe on child-friendly justice, 17 november 2010.

Comité van Ministers van de Raad van Europa 2012

Aanbeveling CM/Rec(2012)2 van het Comité van Ministers van de Raad van Europa (28 maart 2012), *On the participation of children and young people under the age of 18*.

Comité van Ministers van de Raad van Europa 2016

Comité van Ministers van de Raad van Europa, Council of Europe Strategy of the Rights of the Child (2016-2021), Maart 2016.

Klankbordgroep Bijzondere Curator 2016

Klankbordgroep Bijzondere Curator, *Bijzondere curator. Achtergrond, opleiding en kwaliteit*, 15 november 2016.

Kwaliteitseisen bijzondere curator art. 1:250 BW

Kwaliteitseisen bijzondere curator art. 1:250 BW, Stichting Bijzondere Curator Nederland.

Platform 'Scheiden zonder Schade' 2018

Platform 'Scheiden zonder Schade', *Scheiden ... en de kinderen dan?*, Februari 2018.

Procesreglement Scheiding

Procesreglementen Familie- en Jeugdrecht Rechtbanken, 'Procesreglement Scheiding', LOVF: 18^e druk, april 2019.

Rapport Staatscommissie Herijking Ouderschap 2016

Rapport Staatscommissie Herijking Ouderschap, *Kind en ouders in de 21^e eeuw*, december 2016.

Valenkamp, Sondorp & van Montfoort 2016

M. Valenkamp, E. Sondorp & A. van Montfoort, *Pilot bijzondere curator/gedragsdeskundige in de rechtbank Zeeland-West-Brabant, locatie Breda. Het belang van het kind in complexe scheidingen*, Raad voor de Rechtspraak, Den Haag: SDU 2016.

Van der Bijl, Van den Dongen & Vreeburg-Van der Laan 2012

N. van der Bijl, M.E. van den Dongen & E.J.M. Vreeburg-van der Laan, *De bijzondere curator, een lot uit de loterij? Adviesrapport over waarborging van de stem en de belangen van kinderen in de praktijk*, KOM3A/2012, De Kinderombudsman 5 juli 2012.

Van der Valk & Spruijt 2013

I. van der Valk & E. Spruijt, *Het ouderschapsplan en de effecten voor de kinderen*, Den Haag: WODC 2013.

VN-Kinderrechtencomité 2003

VN-Kinderrechtencomité, General Comment No. 5 (2003), *General measures of implementation of the Convention on the Rights of the Child (arts. 4, 42 and 44, para. 6)*, Committee on the Rights of the Child, CRC/GC/2003/5, 27 november 2003.

VN-Kinderrechtencomité 2009

VN-Kinderrechtencomité, General Comment No. 12 (2009), *The right of the child to be heard*, Committee on the Rights of the Child, CRC/C/GC/12, 1 juli 2009.

VN-Kinderrechtencomité 2013

VN-Kinderrechtencomité, General Comment No. 14 (2013), *On the right of the child to have his or her best interest taken as a primary consideration (art. 3, para. 1)*, Committee on the Rights of the Child, CRC/C/GC/14, 29 mei 2013.

VN-Kinderrechtencomité 2015

VN-Kinderrechtencomité, Concluding observations on the fourth periodic report of the Netherlands, Committee on the Rights of the Child, CRC/C/NLD/CO/4, 16 juli 2015.

Werkproces benoeming bijzondere curator o.g.v. art. 1:250 BW

Werkproces benoeming bijzondere curator o.g.v. art. 1:250 BW, Raad voor de Rechtspraak: 14 oktober 2014.

Overige Bronnen

Brochure Kindgesprek 2018

Brochure Kindgesprek, Den Haag: Raad voor de Rechtspraak oktober 2018.

Centraal Bureau voor de Statistiek 2018

Centraal Bureau voor de Statistiek, *Echtscheiding: leeftijdsverschil, kinderen, geboorteland, huwelijksduur*, 18 mei 2018.

De Rechtspraak 2016

De Rechtspraak, Visiedocument Rechtspraak (echt)scheiding ouders met kinderen, Den Haag: de Rechtspraak 2016.

De Rechtspraak 2018

De Rechtspraak, Rechtbank Overijssel start pilot 'Betrekken kinderen bij ouderschapsplan', 23 maart 2018. Geraadpleegd van

<https://www.rechtspraak.nl/Organisatie-en-contact/Organisatie/Rechtbanken/Rechtbank-Overijssel/Nieuws/Paginas/Rechtbank-Overijssel-start-pilot-Betrekken-van-kinderen-bij-het-ouderschapsplan.aspx>

De Rechtspraak 2019

De Rechtspraak, Proef kinderen betrekken ouderschapsplan succesvol, 9 mei 2019.

Geraadpleegd van:

https://www.rechtspraak.nl/Organisatieencontact/Organisatie/Rechtbanken/Rechtbank-Overijssel/Nieuws/Paginas/Proef-kinderen-betrekken-ouderschapsplan-succesvol-afgerond.aspx?pk_campaign=redactie&pk_medium=email&pk_source=nieuwsbrief&pk_Keyword=nieuwsbrief

Raad voor de Kinderbescherming 2016

Raad voor de Kinderbescherming, Het Kwaliteitskader van de Raad voor de Kinderbescherming, november 2016.

Raad voor Rechtsbijstand 2019

Raad voor Rechtsbijstand, Invoering specialisatie bijzondere curator: wat betekent dit voor u?, 6 februari 2019.

Geraadpleegd van <https://www.rvr.org/nieuws/2019/februari/invoering-specialisatie-bijzondere-curator-wat-betekent-dit-voor-u.html>

Stichting Bijzondere Curator Nederland 2019

Stichting Bijzondere Curator Nederland, Informatie over de bijzondere curator.

Geraadpleegd van <https://stichtingbcn.nl/algemene-informatie/> Laatst geraadpleegd op 2 mei 2019.

Villa Pinedo 2012

Villa Pinedo, Brief aan alle gescheiden ouders van Nederland, 14 september 2012.

Geraadpleegd van <https://www.villapinedo.nl/wp-content/uploads/2012/09/Villa-Pinedo-open-brief-14-09-20121.pdf>

Jurisprudentie

Europees Hof voor de Rechten van de Mens:

- EHRM 11 oktober 2001, ECLI:NL:XX:2001:AE7921, m.nt. S.F.M. Wortmann (*Sahin/Duitsland*).
- EHRM 08 juli 2003, ECLI:CE:ECHR:2003:0708JUD003094396 (*Sahin/Duitsland*).
- EHRM 28 oktober 2010, ECLI:CE:ECHR:2010:1028JUD005250207 (*Aune/Noorwegen*).
- EHRM 3 september 2015, ECLI:CE:ECHR:2015:0903JUD001016113 (*M. & M./Kroatië*).

Hof van Justitie Europese Unie:

- HvJ EU 22 december 2010, ECLI:EU:C:2020:828 (*Zarraga/Pelz*).

Hoge Raad:

- HR 24 januari 2003, ECLI:NL:HR:2003:AF0204.
- HR 1 november 2013, ECLI:NL:HR:2013:1084.
- HR 5 december 2014, ECLI:NL:HR:2014:3535.

Gerechtshof:

- Hof Amsterdam 9 februari 2010, ECLI:NL:GHAMS:2010:BL:5778.
- Hof 's-Hertogenbosch 31 mei 2011, ECLI:NL:GHSHE:2011:BU2036.

Rechtbank:

- Rb. Maastricht 17 augustus 2009, ECLI:NL:RBMAA:2009:BJ5265.
- Rb. Utrecht 14 oktober 2009, ECLI:NL:RBUTR:2009:BK0439.
- Rb. Den Haag 13 januari 2010, ECLI:NL:RBSGR:2010:BL2081.
- Rb. Dordrecht 17 februari 2010, ECLI:NL:RBDORD:2010:BL5732.
- Rb. Maastricht 29 november 2011, ECLI:NL:RBMAA:2011:BU6640.