

SLIEPENBEEK
VAN COOLWIJK
VAN GALEN



FAMILIERECHT
ERFRECHT
JEUGDRECHT
MEDIATION

De rol van het IVRK voor/in de Nederlandse familie- en jeugdrechtspraktijk

UCERF

11 april 2017

Pauline Montanus



Ontwikkeling

2003 – Jeugdtopsport en het IVRK

2005 – advocaat – verschil maken met IVRK



Multidisciplinair en holistisch (1)

Multidisciplinaire benadering:

- alle in het IVRK genoemde rechten vormen een geheel;
- het IVRK kent geen hiërarchie of prioriteit wat betreft de implementatie.



Multidisciplinair en holistisch (2)

Holistische benadering:

- IVRK wordt niet ingedeeld via klassieke onderscheid: burger, politieke, economische, sociale culturele rechten;
- rechten uit IVRK staan allemaal met elkaar in verband;
- alle rechten uit het IVRK moeten worden gerespecteerd.



Vier Basisprincipes

- Discriminatieverbod (art. 2)
- Het belang van het kind (art. 3)
- Het recht op leven en ontwikkeling (art. 6)
- Het recht van kinderen om hun mening te uiten, participatie (art. 12)

Alleen noemen IVRK of art 3 IVRK is te weinig



Politieke gevolgen

- Wet voorkomen mishandeling(30316);
- Art. 1:247 lid 2 BW > verbod op pedagogische tik;
- Inwerking getreden 25 april 2007;
- Uitvoering aan een aanbeveling van het VN Kinderrechtencomité van 30 januari 2004;



Rb Den Haag 10 december 2009, 321109 / HA RK 08-1011

- Minderjarige geboren op 27 oktober 2007 in ziekenhuis;
- Moeder is op 29 oktober 2007 uit ziekenhuis vertrokken, identiteit moeder is niet vast komen te staan;
- Voorlopige voogdij > geplaatst eerst in crisispleeggezin, later perspectiefbiedend bij pleegmoeder met het oog op adoptie;
- Minderjarige geen nationaliteit > staatloos;
- Art. 17 Rijkswet Nederlanderschap > vaststelling Nederlanderschap;
- Pleegmoeder reist veel voor haar onderneming > wil minderjarige mee kunnen nemen;
- Geen nationaliteit op grond van RWN;
- Art. 7 lid 1 IVRK > recht op nationaliteit



Rb Den Haag 10 december 2009, 321109 / HA RK 08-1011

Verkrijging Nederlanderschap kan:

- Van rechtswege door gerechtelijke vaststelling vaderschap of adoptie > adoptie zou pas na drie jaar kunnen;
- Optie > ook pas na drie jaar > door verblijf van drie jaar in combinatie met staatloosheid;
- Verlening > moet men meerderjarig voor zijn;
- Vondeling > art. 3 lid 2 RWN

Primair > art. 7 lid 1 IVRK (rechtstreekse werking)

Subsidiair > art. 3 lid 2 RWN



Rb Den Haag 10 december 2009, 321109 / HA RK 08-1011

- Verweer Staat (IND):

omdat biologische moeder illegaal in Nederland zou verblijven kunnen er door de minderjarige aan art. 7 IVRK geen aanspraken op het Nederlandschap worden ontleend;

Minderjarige kan niet worden aangemerkt als vondeling.

- RB:

Volgt verweer Staat niet dat de minderjarige aan art. 7 IVRK geen rechten kan ontleen om reden dat zijn biologische moeder illegaal in Nederland zou verblijven;

Stelt Nederlandschap uiteindelijk vast op grond van art. 3 lid 2 RWN > minderjarige kan worden aangemerkt als vondeling.



EVRM vs IVRK

- Art. 8 EVRM
- IVRK heeft ontwikkeling door moeten maken en is nog steeds aan het ontwikkelen > mee ontwikkeld
- Behoefte aan meer dan alleen maar BW



IVRK in de Ned. rechtspraak

- G.C.A.M. Ruitenbergh, *“Het IVRK in de Nederlandse rechtspraak”*, SWP 2003: 75 uitspraken (1995 - 2002);
- J.H. de Graaf, M.M.C. Limbeek, N.N. Bahadur, N. van der Meij *“De toepassing van het IVRK in de Nederlandse rechtspraak”*, Ars Aequi 2012: 1028 uitspraken (2002 – 1 sept 2011);
- J.H. de Graaf, E. Polhuijs, N.N. Bahadur, N. van der Meij, L. Schäperkötter *“De toepassing van het IVRK in de Nederlandse rechtspraak Deel II”*, 2015: > 650 uitspraken (1 sept 2011 – 1 sept 2014)



Rechtstreekse werking / Indirecte werking

- De rechter gebruikt de regel van internationaal recht dan niet als zelfstandige beslisregel maar om invulling te geven aan nationale regels.
- Het IVRK heeft zich in de Nederlandse rechtspraak met name via deze verdragsconforme interpretatie gemanifesteerd.



HR 25 april 2008, ECLI:NL:HR:2008:BC5901

- Gelet op art. 3 IVRK vormt het belang van het kind bij de afweging van belangen met betrekking tot een emigratie van de dagelijks verzorgende ouder met de kinderen een eerste overweging.
- In dezelfde zin dient art. 1:253a BW te worden gelezen, voor zover toegepast ter bepaling van de woon- of verblijfplaats van het kind.
- Ofschoon de tekst van art. 1:253a BW uitsluitend naar het belang van het kind verwijst, brengt een redelijke, met art. 3 IVRK overeenstemmende, uitleg van art. 1:253a BW mee dat de rechter ook de belangen van de ouders en, voor zover van toepassing, van de andere gezinsleden in zijn afweging betreft. Voor zover die belangen onderling niet te verenigen zijn, vormt het belang van het kind een eerste overweging.



Politieke gevolgen (2)

- Wet Kinderombudsman (31831) > 1 april 2011 in werking getreden;
- Opnieuw naar aanleiding van aanbevelingen van het Kinderrechtencomité uit 1999, 2004 en 2009;
- Rapportages:
 - De ots bij omgangsproblemen, 6 nov 2012;
 - De bijzonder curator, een lot uit de loterij, 5 juli 2012;
 - Is de zorg gegrond, 10 dec 2013;***
 - DNA afname, 3 april 2013;
 - In de wacht, 11 juli 2014;
 - Toegang kwaliteit jeugdhulp, 17 april 2015;
 - Ik kan het niet alleen, 21 mei 2015;



Is de zorg gegrond?

Zowel de Raad, BJZ als AMK moeten zich committeren aan een set randvoorwaarden voor rapportages, met de volgende kenmerken:

- feiten en meningen worden standaard gescheiden beschreven (a);
- hoor en wederhoor wordt toegepast en standaard opgenomen in de rapportages (b);
- beschrijvingen zijn zoveel mogelijk concreet, en zonder speculatieve formuleringen (c);
- accordering van informatie moet bevestigd zijn in de rapportage (d);
- een voor de lezer navolgbare weging van belemmerende en beschermende factoren in de opvoedsituatie van een kind, en daaruit volgend de conclusie (e);
- rapporten van externe deskundigen (zoals artsen, gedragsdeskundigen, psychiaters) dienen in hun geheel als bijlage toegevoegd te worden aan de rapportages, in plaats van door de opsteller geïnterpreteerd en samengevat (f).



Rb Amsterdam 10 jan 2013, ECLI:NL:RBAMS:2013:BY8619

- In deze zaak gaat het in kort geding om de vraag of het belang van een negenjarige minderjarige bij een voortgezet verblijf in de door haar met haar moeder bewoonde woning zwaarder moet wegen dan het belang van SNS Bank bij een ontruiming van de woning.
- Om ontruiming te voorkomen heeft de minderjarige de rechter in kort geding verzocht om schorsing van de ontruiming voor de duur van het tegen het vonnis van november 2012 ingestelde hoger beroep. Bij dat vonnis heeft de rechtbank het door de moeder in kort geding gevorderde verbod tot ontruiming afgewezen.



Rb Amsterdam 10 jan 2013, ECLI:NL:RBAMS:2013:BY8619

- De VN special rapporteur on adequate housing stelt dat het hebben van een veilige plek om te wonen één van de fundamentele elementen van de menselijke waardigheid, fysieke en geestelijke gezondheid is. Het maakt deel uit van de kwaliteit van leven over het algemeen.



Rb Amsterdam 10 jan 2013, ECLI:NL:RBAMS:2013:BY8619

- Het Comité economische, sociale en culturele rechten stelt in general comment nummer 4 dat het recht op adequate huisvesting meer omvat dan een dak boven het hoofd. Het gaat om het recht om ergens in veiligheid, vrede en waardigheid te wonen (par. 7, UN document E/1992/23).
- Het Comité voor de Rechten van het Kind heeft deze interpretatie overgenomen en daarbij opgemerkt dat het recht op huisvesting samenhangt met zo ongeveer ieder recht in het IVRK.



Rb Amsterdam 10 jan 2013, ECLI:NL:RBAMS:2013:BY8619

- Art. 3 en art. 27 IVRK
- Artikel 27 is gebaseerd op artikel 6 IVRK: Het recht op leven en ontwikkeling van het kind.
- Naast het recht op leven en overleven zijn er waarborgen en inspanningsverplichtingen nodig om te zorgen dat kinderen niet in hun ontwikkeling worden belemmerd door een niet toereikende levensstandaard.



Rb Amsterdam 10 jan 2013, ECLI:NL:RBAMS:2013:BY8619

- rechtbank Groningen van 24 april 2002, JV 2002, 334:

“(...) Op grond van artikel 27 IVRK heeft de overheid de plicht passende maatregelen te nemen om ouders te helpen en te voorzien in programma’s voor materiële bijstand en ondersteuning met namen voor wat betreft voeding, kleding en huisvesting zolang zij in Nederland verblijven.(...)”



Rb Amsterdam 10 jan 2013, ECLI:NL:RBAMS:2013:BY8619

- rechtbank Zwolle van 19 maart 2003,
ECLI:NL:RBZWO:2003:AF6354

In deze zaak slaagt een beroep op artikel 27 IVRK in zoverre dat de rechter het voldoende aannemelijk vond dat de belangen van de kinderen zodanig in het gedrang zouden komen indien de ouders uit de Centrale Opvangwoning, zonder aanbod tot vervangende woonruimte, zouden worden ontruimd.



Rb Amsterdam 10 jan 2013, ECLI:NL:RBAMS:2013:BY8619

- Hoge Raad van 21 september 2012, ECLI:NL:HR:2012: BW5328.
- In deze uitspraak, die weliswaar gaat over de opvang van een uitgeprocedeerde moeder en haar kinderen, heeft de Hoge Raad artikel 3 IVRK praktisch en concreet toepast.
- Het belang van het kind vereist dat kinderen niet door toedoen van de Staat de dupe mogen worden van het gedrag van de ouders. De Staat is in dit geval de rechterlijke macht.



Rb Amsterdam 10 jan 2013, ECLI:NL:RBAMS:2013:BY8619

- Art. 3 IVRK heeft weliswaar rechtstreekse, maar geen horizontale werking.
- De verplichting van art. 3 IVRK legt het IVRK niet op aan andere rechtspersonen die niet tot door de Staat gegeven of toegelaten bevoegdheidsuitoefening in een rechtsbetrekking tot het kind staan.
- Bij de uitoefening van haar executierecht handelt de SNS Bank niet op basis van een rechtsverhouding tussen eiseres en de SNS Bank. SNS bank ondervindt het gevolg van het verzuim van A, waardoor SNS Bank bevoegd is tot executie van haar zekerheden over te gaan.
- De verantwoordelijkheid voor de huisvesting van de minderjarige ligt niet bij SNS Bank en ook niet bij de rechter die dient te oordelen over de vordering tot schorsing van de ontruiming, maar in de eerste plaats bij de moeder die in plaats van te zorgen voor alternatieve huisvesting, ervoor heeft gekozen juridische wegen te bewandelen, die onbegaanbaar zijn gebleken.



Rb Amsterdam 10 jan 2013, ECLI:NL:RBAMS:2013:BY8619

- Dit oordeel van de voorzieningenrechter is niet in overeenstemming met de werking van het IVRK in het algemeen. Het IVRK is weliswaar in de eerste plaats een opdracht aan Staten, maar het argument dat een bepaling niet zou gelden op basis van het ontbreken van horizontale werking is in zijn algemeenheid te ongenueanceerd.
- Het lijkt met name de rol van de moeder te zijn geweest die ook de juridische stellingname met betrekking tot de werking van art. 3 IVRK mede heeft bepaald.
- Enige ruimte om het belang van het kind in situaties als deze wel mee te laten wegen, zag de rechter overigens wel. Deze ruimte had hij wat mij betreft mogen gebruiken om in het voordeel van de minderjarige te beslissen.
- Minderjarige uiteindelijk ook nog veroordeeld in de kosten van het geding.



Belang van het kind art. 3 IVRK

- Wat is nu het belang van het kind?
- H. Heiner en A. Bartels hebben reeds in 1989 de belangen van het kind uitgewerkt in twaalf criteria in een artikel in FJR 1989/3 *“Jeugdstrafrecht en het belang van het kind. Het belang van het kind nader omschreven”*
- In 2006 is dit overzicht geactualiseerd door M. Kalverboer en E. Zijlstra in het boekje *“Het belang kind in het Nederlandse recht”*



Opvoedingscondities Kalverboer & Zijlstra

- adequate fysieke verzorging (art. 24, 26 en 27 IVRK);
- veilige fysieke directe omgeving (art. 19 en 24 IVRK);
- affectief klimaat (art. 19 IVRK);
- ondersteunende flexibele opvoedingsstructuur (art. 13, 14 IVRK);
- adequaat voorbeeldgedrag ouders (art. 10 IVRK);
- interesse in het kind (art. 31 IVRK);
- continuïteit en stabiliteit in opvoedingscondities en toekomstperspectief (art. 5, 6, 9, 10 en 18 IVRK);



Opvoedingscondities Kalverboer & Zijlstra

- veilige fysieke wijdere omgeving (art. 33, 34, 35, 36, 37 IVRK);
- respect (art, 2, 13, 14, 15, 16, 30, 37 IVRK);
- sociaal netwerk;
- educatie (art. 17, 28, 29, 31 IVRK);
- contact met leeftijdsgenoten en vrienden (art. 31 IVRK);
- adequaat voorbeeldgedrag in de samenleving (art. 2, 8, 13, 14, 15 IVRK);
- stabiliteit in levensomstandigheden, een toekomstperspectief (art. 6, 9, 10, 20 IVRK).



General Comment nr. 14

- VN-Kinderrechtencomite (2013), *General Comment nr. 14 on “The right of the child to have his or her best interests taken as a primary consideration”*:
<http://www2.onhcr.org.english/bodies/crc/docs/GC.14.pdf>
- 29 mei 2013 gepubliceerd



General Comment nr. 14

- In een General Comment legt het Comité in heldere taal uit hoe een bepaald verdragsartikel uit het VN-Kinderrechtenverdrag moet worden geïnterpreteerd, in dit geval artikel 3 lid 1 IVRK.
- Het Comité probeert in General Comment nr. 14 niet te definiëren wat het beste is voor het kind, maar formuleert onderdelen om te beoordelen en vast te stellen wat in het belang van het kind is.
- Het Comité geeft aan dat het belang van het kind een dynamisch begrip is.



General Comments > gezaghebbende bron

- Voor de interpretatie van de verdragsbepalingen worden de General Comments in de Nederlandse rechtspraak regelmatig gebruikt als gezaghebbende bron waaraan groot gewicht wordt toegekend:
- AG mr. Langemeijer noemt het general comment nr 12 in zijn conclusie van 3 oktober 2014, ECLI:NL:PHR:2014:1853 gezaghebbend commentaar;
- AG mr. Vellinga maakt gebruik van general comment nr 10 in zijn conclusie van 28 augustus 2013, ECLI:NL:PHR 2012:BX3807



General Comment nr. 14

Het Comité geeft een uitgebreid overzicht van de elementen die meegenomen dienen te worden bij de beoordeling van de vraag wat in het belang van het kind is:

- De mening van het kind (artikel 12 IVRK);
- De identiteit van het kind (artikel 8 IVRK);
- Behoud van de familiebanden en omgang (artikelen 9, 18 en 20 IVRK);
- Zorg, bescherming en veiligheid voor het kind (artikel 3 lid 2 IVRK);
- De kwetsbaarheid van het kind (art. 10 IVRK);
- Het recht van het kind op gezondheid (artikel 24 IVRK);
- Het recht op onderwijs (art. 28 IVRK);



General Comment no 14

- Deze condities zorgen samen voor de kwaliteit van de opvoedingsomgeving (GC nr. 14 par. 48, p.12 en par. 58-70, p. 14-15 en par. 77-79, p. 16-17).
- Als deze opvoedingscondities over een langere periode van voldoende kwaliteit zijn, is sprake van *continuïteit en stabiliteit*; het kind kan zich ontwikkelen (GC nr. 14 par. 84, p.18).
- Als de condities over een langere periode van onvoldoende kwaliteit zijn, kan dit het kind schaden in zijn ontwikkeling en beleving van de kindertijd. De identiteit van het kind kan dan worden bedreigd.



HR 17 januari 2014, ECLI:HR:2014:91

- Uitgangspunt is dat het kind en de niet met het gezag belaste ouder recht hebben op omgang met elkaar.
- Dit recht wordt, wat de niet met het gezag belaste ouder betreft, gewaarborgd door de artikelen 8 EVRM en 1:377a lid 1 BW, en wat het kind aangaat niet alleen door die laatstgenoemde bepaling, maar ook door art. 9 lid 3 IVRK en art. 24 lid 3 Handvest van de grondrechten van de EU.
- De rechter kan de niet met het gezag belaste ouder het recht op omgang met het kind uitsluitend ontzeggen op de in art. 1:377a lid 3 BW limitatief opgesomde gronden.
- Werkt de niet met het gezag belaste ouder niet mee aan de totstandkoming of de uitvoering van een omgangsregeling, dan kan de rechter desverlangd een groot aantal maatregelen treffen om die ouder te bewegen tot naleving van zijn verplichtingen, die corresponderen met het recht op omgang van de andere ouder en het kind met elkaar (zie de conclusie van de A-G onder 2.9 en 2.10).



HR 17 januari 2014, ECLI:HR:2014:91

- Indien **de rechter** de gronden welke de met het gezag belaste ouder aanvoert om geen medewerking te verlenen aan de totstandkoming of de uitvoering van een omgangsregeling ongenoegzaam acht, **dient hij op korte termijn alle in het gegeven geval gepaste maatregelen te nemen om de met het gezag belaste ouder ertoe te bewegen daaraan alsnog medewerking te verlenen.** Van de rechter kan temeer een actieve opstelling worden verlangd naarmate voor de weigering van de met het gezag belaste ouder minder – of zelfs geen – goede en voldoende aannemelijk gemaakte gronden worden aangevoerd.



Politieke gevolgen (3)

- Wet herziening kinderbeschermingsmaatregelen (32015) > inwerking getreden > 1 jan 2015;
- Art. 799a Rv lid 2 > verzoekschrift OTS vermeldt of en zo ja op welke wijze inhoud vzs is besproken met minderjarige en reactie minderjarige hierop > Zie art. 9 lid 2 IVRK en art. 12 IVRK
- Gezagsbeëindigende maatregel 1:266 BW > voorheen ogv art. 3 en art. 20 IVRK ontheffing gezag indien ouders wel wilden meewerken aan de plaatsing > continuïteit minderjarige in pleeggezin groter belang dan terugplaatsing bij de ouders



Art. 20 HKOV

- De terugkeer van het kind overeenkomstig het bepaalde in artikel 12 HKOV kan worden geweigerd wanneer deze op grond van de fundamentele beginselen van de aangezochte Staat betreffende de bescherming van de rechten van de mens en de fundamentele vrijheden niet zou zijn toegestaan.
- IVRK bestond in 1980 nog niet > Verdragsopstellers HKOV konden niet voorzien dat er een IVRK zou komen



Art. 20 HKOV

- Ned. legt dit artikel zeer restrictief uit aan de hand van een tweetal arresten van de HR
- Dld > veel minder restrictieve uitleg van art. 20 HKOV
- Art. 20 HKOV biedt mogelijkheden voor toetsing aan belang kind



HR 28 september 2007, ECLI:NL:HR:2007:BB3192 en ECLI:NL:HR:BB3193

Italië zaak en Hawaï zaak

In beide zaken faalt een beroep op weigeringsgrond van art. 20 HKOV. Volgens de HR ziet die bepaling op gevallen waarin wordt aangetoond dat het kind in de staat van herkomst dreigt te worden tekortgedaan in de bescherming van mensenrechten en fundamentele vrijheden zoals deze gelden in het land van de aangezochte rechter en de terugkeer van het kind daarom niet kan worden toegestaan.

Worteling kan toepassing van art. 20 HKOV niet rechtvaardigen.

Conclusie AG: IVRK berust op uitgangspunt dat IKO in het algemeen in strijd is met het belang van het kind



Preambule HKOV

- Het belang van het kind is in alle aangelegenheden betreffende het gezag over kinderen van fundamentele betekenis
- Hoe verhoudt zich dit met de strikte toepassing?
- Onmiddellijke terugkeer is kennelijk in het belang kind



Hof DH 19 augustus 2015, ECLI:NL:GHDHA:2015:2288 > er is hoop

- India > Het hof overweegt dat er sprake is van samenloop tussen een nationale regeling – te weten de uitvoeringswet – en een internationale regeling – te weten het EVRM. In dat geval gaat de internationale regeling – het EVRM – voor.
- Dit heeft tot gevolg dat het hof het HKOV weliswaar zal toepassen, maar daarbij tevens rekening zal houden met de vereisten uit het EVRM, zodat het hof minder restrictief zal toetsen en het belang van de minderjarige meer zal meewegen dan te doen gebruikelijk op grond van het HKOV.



Hof DH 19 augustus 2015

ECLI:NL:GHDHA:2015:2288 > er is hoop

- Van EVRM > kleine stap naar IVRK > Zie Gerrit Jan Pulles *“Vijfentwintig jaar IVRK en de Nederlandse rechter”*, p. 35 e.v.
- De HR merkt in zijn uitspraak van 21 september 2012 ECLI:NL:HR:2012: BW5328. in dit verband op: *“(…)Het EHRM heeft in verscheidene uitspraken de rechten van het kind, als gewaarborgd in art. 3 IVRK, betrokken bij de uitleg van art. 8 EVRM en, in het kader van de krachtens lid 2 van dat artikel te maken belangenafweging, de verplichting van de lidstaten benadrukt om in het bijzonder rekening te houden met de belangen van minderjarigen(…)”*.



Leeftijd kindgesprekken naar beneden

- Art 12 IVRK;
- Rb Den Haag > IKO zaken (pilot BC > vanaf drie jaar);
- Pilot rb Amsterdam > acht jaar;
- Staatscommissie Herijking Ouderschap > aanbeveling 14 > leeftijd verlagen naar acht jaar.

SLIEPENBEEK
VAN COOLWIJK
VAN GAALEN



FAMILIERECHT
ERFRECHT
JEUGDRECHT
MEDIATION

Hou vol!