

# Kinderrechten in de rechtspraak: een internationaal perspectief

FJR 2015/20

**Het Internationaal Verdrag inzake de Rechten van het Kind (IVRK) bestond in november 2014 25 jaar. De invloed van het IVRK op wetgeving en beleid wereldwijd is aanzienlijk. Ook werken het IVRK en daaraan gerelateerde kinderrechtenstandaarden in toenemende mate door in nationale en internationale rechtspraak. In Nederland, dat zich in 1995 verbond aan het IVRK, is deze ontwikkeling eveneens zichtbaar, zij het met gemengd resultaat. Op basis van een recente internationale studie laten de auteurs hun licht schijnen over het gebruik van het IVRK in nationale en internationale rechtspraak en het belang van internationale kennisuitwisseling in dit verband.**

## 1. Inleiding

Op 20 november 2014 bestond het Internationale Verdrag inzake de Rechten van het Kind (IVRK) 25 jaar. Voor Nederland is het in 2015 precies twintig jaar geleden dat dit verdrag in werking trad.<sup>2</sup> Recente studies in Nederland laten zien dat het IVRK in toenemende mate wordt gebruikt in de Nederlandse rechtspraak. Ook in de jurisprudentie van het Europese Hof voor de Rechten van de Mens is de invloed van het IVRK dan wel van belangrijke kinderrechtenbeginselen merkbaar. Onlangs is een internationale studie verschenen over de doorwerking van het IVRK in nationale en regionale rechtspraak.<sup>3</sup> Op basis van negen landenstudies, onderverdeeld in landen met *common law*, *civil law* en *islamic law* tradities,<sup>4</sup> en vijf internationale studies naar het gebruik van het IVRK door internationale en regionale comités en hoven,<sup>5</sup> wordt inzicht verschaft in de wijze waarop rechters omgaan met het IVRK, in de (meer)waarde van het IVRK in individuele zaken en in de complexiteit van het gebruik van

het IVRK binnen bestaande juridische kaders, inclusief constitutionele of grondwettelijke kaders. De studie is de eerste in zijn soort en heeft onder meer als doel om tot een uitwisseling van ervaringen tussen verschillende rechtssystemen te komen, hetgeen kan bijdragen aan een intensiever, maar ook doeltreffender gebruik van kinderrechten in juridische procedures wereldwijd.

Ook voor de Nederlandse rechtspraak kan informatie over het gebruik van het IVRK in andere rechtssystemen verrijkend en inspirerend zijn. In deze bijdrage worden een aantal relevante bevindingen uit de internationale studie gepresenteerd, waarbij bijzondere aandacht uitgaat naar de kwestie van directe werking van het IVRK, het belang van grondwettelijke erkenning van kinderrechten, het gebruik van het belang van kind als principe in de rechtspraak en de kwestie van toegang tot de rechter voor minderjarigen.

## 2. Het IVRK in de Nederlandse rechtspraak

### 2.1 Internationaal recht en de Nederlandse rechtsorde

Het is zinvol om eerst stil te staan bij de vraag hoe het in Nederland is gesteld met de doorwerking van het IVRK in de rechtspraak. Vooraf is van belang te melden dat de Nederlandse Grondwet bepaalt dat internationale verdragen, zoals het IVRK, na ratificatie deel uitmaken van de Nederlandse rechtsorde (artikel 93 en 94 Grondwet). Nederland is daarmee een (gematigd) monistisch land.<sup>6</sup> De Nederlandse rechter kan aan bepalingen directe werking toekennen, indien zij voldoende concreet zijn geformuleerd en daarmee eenieder kunnen verbinden.<sup>7</sup> In dat geval kan een bepaling uit het IVRK direct worden ingeroepen ten overstaan van de rechter. Daarnaast geldt dat Nederlandse wet- en regelgeving altijd verdragsconform moet worden geïnterpreteerd en bij strijdigheid ondergeschikt is aan internationaal recht.<sup>8</sup>

### 2.2 IVRK en de Nederlandse rechter

Er is in de afgelopen jaren met enige regelmaat gepubliceerd over de doorwerking van het IVRK in de Nederlandse rechtspraak. Na de eerste overzichtsstudie van Ruitenbergh uit 2003<sup>9</sup> en opvolging door Van Emmerik in 2005,<sup>10</sup> hebben met name de studies van De Graaff e.a. uit 2013 en 2015

1 Prof. mr. T. Liefwaard is UNICEF hoogleraar Kinderrechten aan de Universiteit Leiden en redacteur van FJR. Prof. mr. J.E. Doek is emeritus hoogleraar Familie- en Jeugdrecht aan de Vrije Universiteit Amsterdam en lid van de redactieraad van FJR.

2 Rijkswet van 24 november 1994 (Goedkeuringswet), *Stb.* 1994, 862; *Trb.* 1995, 92.

3 T. Liefwaard & J.E. Doek (eds.), *Litigating the Rights of the Child. The UN Convention on the Rights of the Child in Domestic and International Jurisprudence*, Dordrecht: Springer Science+Business Media 2015 (hierna: Liefwaard & Doek 2015).

4 Common law landen: South Africa, India, England & Wales en VS (als land dat niet geratificeerd heeft); civil law landen: Nederland, België, Frankrijk en Servië; Islamic law land: Algerije.

5 Het betreft het VN-mensenrechtencomité (inzake burgerlijke en politieke rechten) en het VN-Comité: inzake de uitbanning van alle vormen van discriminatie van vrouwen, het Europese Hof voor de Rechten van de Mens, het Europese Hof van Justitie, het Inter-Amerikaanse Hof voor de Rechten van de Mens en het *African Committee of Experts on the Rights and Welfare of the Child*.

6 J.H. Gerards & J.W.A. Fleuren, *Implementatie van het EVRM en de uitspraken van het EHRM in de nationale rechtspraak. Een rechtsvergelijkend onderzoek*, Nijmegen: Radboud Universiteit Nijmegen/WODC 2013, p. 227.

7 HR 30 mei 1986, *NJ* 1986/688 (Spoorwegstaking).

8 HR 3 maart 1919, *NJ* 1919/371 (Grenstractaat Aken).

9 G.C.A.M. Ruitenbergh, *Het Internationaal Kinderrechtenverdrag in de Nederlandse rechtspraak*, Amsterdam: SWP 2003.

10 M.I. van Emmerik, 'Toepassing van het Kinderrechtenverdrag in de Nederlandse rechtspraak', *NJCM-Bulletin* 2005, p. 700-716.

belangrijk inzicht verschaft.<sup>11</sup> Limbeek en Bruning stellen mede op basis van deze onderzoeken vast dat het IVRK in Nederland in toenemende mate wordt gebruikt om nationale bepalingen, normen en beginselen te interpreteren.<sup>12</sup> Het IVRK wordt ook gebruikt voor de interpretatie van internationale bepalingen, zoals bijvoorbeeld artikel 8 EVRM. Er is echter wel een grote diversiteit wat betreft de toepassing van het IVRK. Zo wordt er in verschillende rechtsgebieden verschillend omgegaan met het IVRK en ook tussen rechters (ook tussen lagere, hogere en hoogste rechters) zijn grote verschillen.<sup>13</sup> Er is voorts geen eenduidigheid ten aanzien van de vraag aan welke bepaling directe werking kan worden toegekend.<sup>14</sup> Hoewel de Raad van State in immigratiezaken in 2012 de directe werking van artikel 3, lid 1 IVRK als procedureel voorschrift heeft aangenomen, heeft de Hoge Raad zich hier nog niet expliciet over uitgelaten.<sup>15</sup> Wel heeft de Hoge Raad in 2012, in een zaak over rechten van kinderen zonder verblijfsvergunning, aansluiting gezocht bij jurisprudentie van het Europese Hof voor de Rechten van de Mens waarin de rechten van het kind, zoals onder meer neergelegd in artikel 3, lid 1 en 2 IVRK, zijn erkend.<sup>16</sup> Dat de Hoge Raad gecharmeerd lijkt van de erkenning van de rechten van het kind via de rechtspraak van het EHRM lijkt te worden bevestigd door het arrest van de Hoge Raad naar aanleiding van de Salduz-rechtspraak dat heeft geleid tot een aanzienlijke verbetering van de rechtspositie van jeugdige verdachten tijdens het politieverhoor.<sup>17</sup>

Limbeek en Bruning wijzen op het belang van scholing en training voor professionals werkzaam in de rechtspraak, met inbegrip van rechters. Zo zou er meer bewustwording kunnen worden gecreëerd omtrent de verschillende wijzen waarop het IVRK kan worden gehanteerd, ook in samenhang met andere internationaalrechtelijke instrumenten. Daarbij benadrukken Limbeek en Bruning dat het van belang is om specifieke bepalingen uit het IVRK te gebruiken en niet uitsluitend te grijpen naar de algemene principes, zoals het belang van het kind. Indien de algemene beginselen desalniettemin worden aangevoerd of betrokken in besluitvorming zou dit zo veel mogelijk moeten geconcretiseerd en gespecificeerd.

De ontwikkeling in Nederland staat zeker niet stil. Eind 2014 heeft de Hoge Raad zich nog gebogen over de vraag of een minderjarige recht heeft op inzage en een afschrift van processtukken, waarbij tamelijk uitvoerig wordt ingegaan op artikel 12 IVRK en de rol van de bijzondere curator in ons recht.<sup>18</sup> Met deze rechtspraak<sup>19</sup> onderstreept de Hoge Raad niet alleen het rechtstreekse belang van artikel 12 IVRK, maar verschaft hij ook meer inzicht in de motivering achter zijn beslissingen. Dit is tot op heden helaas lang niet altijd het geval geweest, hetgeen de gedachtenvorming en ook de rechtsontwikkeling in de weg stond. Met name in landen met een *common law* traditie, zo blijkt ook uit de onderhavige internationale studie, wordt veel meer inzicht verschaft in de beweegredenen van de rechter om wel of geen waarde (en in welke mate) toe te kennen aan kinderrechtelijke uitgangspunten.<sup>20</sup>

### 3. Het IVRK en rechtspraak: ervaringen uit andere landen

Op basis van de ervaringen uit andere landen is het zinvol om in te gaan op een aantal onderwerpen die voor Nederland van waarde zijn, te beginnen met de directe werking van het IVRK.

#### 3.1 Directe werking van het IVRK

Het is gebruikelijk een onderscheid te maken tussen landen met een monistisch systeem waarin de bepalingen van een internationaal verdrag na ratificatie een integraal onderdeel van het nationale recht vormen, zoals Nederland, en landen met een dualistisch systeem waarin dat niet het geval is en aparte wetgeving nodig is voor de integratie van een verdrag in het nationale recht.<sup>21</sup> De gedachte dat in de eerste groep landen aan de bepalingen van het IVRK directe werking wordt toegeschreven en dat dit in de andere groep eerst mogelijk is na daartoe strekkende wetgeving is niet juist. De praktijk is minder zwart-wit, zoals ook blijkt uit de vorige paragraaf over Nederland. In de Belgische rechtspraak kent de Raad van State geen directe werking toe aan het IVRK, terwijl het Hof van Cassatie directe werking slechts toekent aan een beperkt aantal artikelen.<sup>22</sup> In Frankrijk was min of meer het omgekeerde het geval: het Hof van Cassatie wilde aanvankelijk geen directe werking aan het IVRK toekennen, omdat het verplichtingen van staten bevat en artikel 4 IVRK actie van de wetgever vereist. Sinds 2005 echter wordt door het Franse Hof van Cassatie wel directe werking toegekend aan artikel 3, lid 1 IVRK. De Franse Raad van State nam meteen al directe werking aan van artikel

11 J.H. de Graaf, M.M.C. Limbeek, N.N. Bahadur & N. van der Meij, *De toepassing van het Internationaal Verdrag inzake de Rechten van het Kind in de Nederlandse rechtspraak*. Nijmegen: Ars Aequi Libri 2013 en J.H. de Graaf, E. Polhuijs, N.N. Bahadur, N. van der Meij & L. Schäperkötter, *De toepassing van het Internationaal Verdrag inzake de Rechten van het Kind in de Nederlandse rechtspraak. Deel II*, Amsterdam: Centre for Children's Rights Amsterdam, 2015. Zie verder ook G.J. Pulles, *Vijftiendertig jaar IVRK en de Nederlandse rechter*, Nijmegen: Wolf Legal Publishers 2014. Zie ook C.J. Forder (red.), *Rechterlijke creativiteit en de rechten van het kind*, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2013.

12 M.M.C. Limbeek & M.R. Bruning, 'The Netherlands', in: Liefwaard & Doek 2015, p. 89-104.

13 Limbeek & Bruning 2015, p. 95-101.

14 Limbeek & Bruning 2015, p. 95.

15 Zie m.n. Afdeling Bestuursrechtspraak Raad van State, 15 augustus 2012, ECLI:RVS:2012:BX4660. Voor meer rechtspraak zie Limbeek & Bruning 2015, p. 98-99.

16 HR 21 september 2012, ECLI:NL:HR:2012:BW5328 (+ herstelarrest HR 12 oktober 2012, ECLI:NL:HR:2012:BX9968).

17 HR 30 juni 2009, ECLI:NL:HR:2009:BH3079.

18 HR 5 december 2014, NJ 2015/57, m.nt. Wortmann. Zie ook het editorial van Liefwaard, 'Procespositie minderjarige', FJR 2015/12.

19 Zie ook eerder HR 1 november 2013, ECLI:NL:HR:2013:1084.

20 Dat dit bovendien zeer lezenswaardige rechtspraak oplevert, blijkt uit de studie over Zuid-Afrika; A. Skelton, 'South Africa', in Liefwaard & Doek 2015, p. 13-30.

21 Een voorbeeld daarvan is de Human Rights Act 1998 (Verenigd Koninkrijk) waarin gevolg wordt gegeven aan de bepalingen van het EVRM. Een soortgelijke wet voor de incorporatie van het IVRK werd in 2009 aan het parlement voorgelegd maar dit wetsvoorstel kreeg geen vervolg.

22 W. Vandenhole, 'Belgium', in: Liefwaard & Doek 2015, p. 105-122.

3, lid IVRK en vervolgens ook van verscheidene andere artikelen (artikel 7, lid 1, artikel 10 en artikel 12 lid 2 IVRK). Net als in Nederland wordt in België en Frankrijk de directe werking van bepalingen van het IVRK door de rechter bepaald, waarbij opvalt dat de Franse Raad van State reeds in een vroeg stadium een open houding had ten opzichte van artikel 3 IVRK.

Het uitgangspunt dat bepalingen van het IVRK in landen met een dualistisch systeem slechts direct effect hebben na een daartoe strekkende wetgeving blijkt in de praktijk eveneens nuances te kennen. In India zijn in de rechtspraak verscheidene voorbeelden te vinden van zaken waarin een beroep werd gedaan op bepalingen van het IVRK en rechters in hun beslissingen dit beroep honoreerden, terwijl het IVRK niet via nationale wetgeving in het Indiase rechtssysteem is geïncorporeerd. In de woorden van het Supreme Court:

"This Court is duty-bound to recognize the country's obligations to its responsibilities and duties under the CRC (...)"<sup>23</sup>

Een vergelijkbare benadering is te vinden in Engeland & Wales waar de Appellate Committee van het House of Lords het volgende opmerkte:

"Even if an international treaty has not been incorporated into the domestic law, our domestic legislation has to be construed so far as possible so as to comply with the international obligations. When two interpretations are possible, the interpretation chosen should be that which better complies with the commitment to the welfare of children which this country made when ratifying the UNCRC."<sup>24</sup>

Deze opvattingen laten zien dat het IVRK een voorname rol kan spelen in de rechtspraak in dualistische landen ook al is er geen wetgeving die het IVRK incorporeert in het nationale recht. Dat het IVRK zelfs invloed kan hebben op rechtspraak in een land dat het IVRK niet heeft geratificeerd, bewijst de Verenigde Staten met de baanbrekende rechtspraak van het US Supreme Court ten aanzien van de doodstraf en de levenslange vrijheidsstraf voor minderjarigen.<sup>25</sup>

De kernboodschap is dat er diverse voorbeelden zijn van landen waarin hoge rechters openstaan voor het gebruik van het IVRK als gezaghebbend internationaal juridisch instrument bij de interpretatie van nationaal recht en bij het opvullen van leemtes. Voor Nederland zou kunnen opgaan dat de positie van het IVRK als gezaghebbend instrument voor kinderen wellicht wat wordt onderschat en waarbij te vaak vooral wordt gekeken naar de vraag of een IVRK-bepaling wel of niet rechtstreeks werkt, terwijl het IVRK

ook dient te worden gebruikt ter interpretatie van nationaal recht.

### 3.2 De rol van de Grondwet of Constitutie

De vraag is gesteld of het niet wenselijk is om in de Nederlandse Grondwet een bepaling op te nemen met de kernrechten van het kind zoals dat ook in andere landen is gebeurd.<sup>26</sup> Ofschoon Nederlandse wetgeving in Nederland (nog) niet getoetst mag worden aan de Grondwet, zou dit kunnen bijdragen aan een stevigere inbedding van kinderrechten in Nederland. Een rapport van de *Venice Commission* van de Raad van Europa laat zien dat diverse lidstaten kinderrechten in de Grondwet hebben opgenomen.<sup>27</sup> De *Venice Commission* stelt zich op het standpunt dat constitutionele inbedding van kinderrechten bijdraagt aan de implementatie ervan en beveelt lidstaten aan om rechten van kinderen en de bescherming daarvan overal van een constitutionele basis te voorzien. Bovendien zouden lidstaten kinderen moeten voorzien in mogelijkheden om schendingen van kinderrechten, in rechte en op andere wijze, aan de orde te stellen ('remedies'; zie verder onder 3.3).<sup>28</sup>

Dat de constitutionele dan wel grondwettelijke inbedding van kinderrechten van waarde kan zijn, blijkt ook uit de internationale studie die in deze bijdrage centraal staat. De Belgische Grondwet kent bijvoorbeeld een artikel 22bis waarin rechten van het kind zijn opgenomen. Het Constitutionele Hof van België gebruikt dit artikel om op een zeer actieve en substantiële wijze de bepalingen van het IVRK tot hun recht te laten komen: de regel dat een rechter het belang van het kind slechts marginaal behoort te toetsen en alleen in geval er sprake is van ernstige schade voor het kind wordt in strijd geacht met de Belgische Grondwet; hetzelfde geldt voor de voorwaarde dat in geval van buitengerechtelijke afdoening het onschuldbeginsel moet worden opgegeven.<sup>29</sup> Een inmiddels wereldwijd bekend en inspirerend voorbeeld van incorporatie van kinderrechten in de nationale constitutie is te vinden in artikel 28 van de Zuid-Afrikaanse Constitutie. Het Constitutionele Hof aldaar is van mening dat artikel 28 moet worden gezien als een antwoord 'in an "expansive" way' way<sup>30</sup> op de internationale verplichtingen van Zuid Afrika als partij bij het IVRK en dat dit verdrag de internationale standaard is voor het beoordelen van nationale wetgeving en beleid. Artikel 28 heeft een belangrijke rol gespeeld in diverse en soms baanbrekende beslissingen van het Constitutionele Hof.<sup>31</sup> Deze en andere voorbeelden laten zien dat erkenning van kinderrechten in de Grondwet of Constitutie invloed kan hebben op de wijze waarop de rechter de rechten van het kind betreft bij zijn beslissingen. Een constitutionele of grondwettelijke basis kan daarmee

23 E. Ganguly Thukral & A. Kumar Asthana, 'India. Children's Rights in Litigation: Use of the CRC in Indian Courts', in: Liefwaard & Doek 2015, p. 38.

24 J. Williams, 'England & Wales', in: Liefwaard & Doek 2015, p. 57.

25 B. Dohrn, 'United States. The Surprising Role of the CRC in a Non-State Party', in: Liefwaard & Doek 2015, p. 71-87.

26 T. Liefwaard, 'Kinderrechten in de Grondwet', *FJR* 2010, 1, p.1.

27 Venice Commission, *Report in the Protection of Children's Rights: International Standards and Domestic Constitutions*, Strasbourg 24 March 2014 (Venice Commission 2014).

28 Venice Commission 2014, par. 144-146.

29 Vandenhoele 2015, p. 118-119.

30 Skelton 2015, p. 17.

31 Skelton 2015.

als vliegwiel dienen voor het omarmen van kinderrechten als toetssteen voor nationaal recht.

### 3.3 Artikel 3, lid 1 IVRK: Belang van het kind als een eerste overweging

Wanneer wordt gekeken naar het gebruik van specifieke IVRK-bepalingen valt op dat in de rechtspraak zeer vaak een beroep wordt gedaan op artikel 3, lid 1 IVRK: 'the right of the child to have his or her best interests taken as a primary consideration'.<sup>32</sup> Er lijkt sprake te zijn van een toenemende erkenning van de directe werking van artikel 3, lid 1 IVRK. Soms na enige aarzeling (Hof van Cassatie Frankrijk) soms alleen bij wijze van uitzondering (Hof van Cassatie België). Interessant is ook het standpunt van de Belgische Raad voor Vreemdelingen Betwisting: het artikel heeft geen directe werking maar kan wel een rol spelen als interpretatie-instrument. Dit sluit (onbedoeld waarschijnlijk) aan bij het onderscheid dat het VN-Comité voor de Rechten van het Kind maakt in de verschillende functies van het beginsel van het belang van het kind: als materieel recht, als interpretatiebeginsel en als procedureel voorschrift.<sup>33</sup>

In België is in de praktijk sprake van een grote verscheidenheid in de toepassing van artikel 3, lid IVRK. Volgens Vandenhole is de betekenis van de directe werking van dit artikel echter beperkt omdat het belang van het kind al geruime tijd is erkend als een algemeen beginsel in het recht. Er wordt door partijen een beroep op gedaan en het wordt door rechters toegepast zonder verwijzing naar artikel 3, lid 1 IVRK.<sup>34</sup> Dit artikel blijkt echter wel een belangrijke rol te spelen in zaken betreffende onbegeleide minderjarigen die van elders het land binnenkomen en ten aanzien van kinderen met ouders die om asiel vragen of om erkenning als vluchteling.<sup>35</sup> Een beroep op artikel 3, lid 1 IVRK had soms succes; bijvoorbeeld in combinatie met artikel 28 IVRK en het recht op onderwijs, waarbij de rechter besliste dat uitzetting moest worden uitgesteld totdat het kind een passende training had afgerond. In andere beslissingen werd echter geoordeeld dat de verantwoordelijkheid voor discontinuïteit in het onderwijs als gevolg van uitzetting bij de ouders berust, die weigeren het land te verlaten.<sup>36</sup> Couzens wijst erop dat het (ruime) beroep dat wordt gedaan op artikel 3, lid 1 IVRK tot gevolg kan hebben dat andere artikelen van het verdrag niet of onvoldoende worden benut.<sup>37</sup> Soms

zou een ander artikel in combinatie met artikel 3 een sterkere, meer directe werking krijgen.<sup>38</sup>

De informatie uit de verschillende landen laat zien dat niet alleen in immigratiezaken, maar ook in zaken op het terrein van familierecht (o.a. draagmoederschap in Frankrijk) en jeugdstrafrecht veelvuldig een beroep wordt gedaan op het belang van het kind als erkend in artikel 3, lid 1 IVRK. Daarbij wordt erkend, net als in Nederland, dat dit belang geen absoluut karakter heeft – 'it is over-simplistic to interpret the child's best interests as a concept always overriding other competing rights'<sup>39</sup> – en dat de concrete invulling ervan afhangt van de omstandigheden van het geval. Dit laatste kan worden gezien als een zwakte, zoals Skelton het verwoordt onder verwijzing naar Justice Albie Sachs 'the (...) principle appears to promise everything but deliver little in particular'. Tegelijkertijd ligt de kracht van de bepaling juist in de flexibiliteit ervan. 'A truly child-centered approach requires an in-depth consideration of the needs and rights of the particular child in his or her "precise real-life situation"', aldus Skelton.<sup>40</sup>

Uit de rechtspraak blijkt echter ook dat de bepaling van wat *in concreto* in het belang van het kind is niet op een systematische, goed gestructureerde wijze plaatsvindt. Hier ligt een taak voor de rechters, maar ook voor advocaten die de rechtspraak zouden moeten voeden met een degelijke en specifieke argumentatie. Wat betreft het belang van het kind kan aansluiting worden gezocht bij de zeven factoren, die het VN-Comité in zijn General Comment No. 14 heeft opgesomd en uitgewerkt (o.a. de mening van het kind en belang van behoud van familierelaties).<sup>41</sup>

### 3.4 Toegang tot de rechter

De vraag in hoeverre kinderen toegang hebben tot de rechter is een thema dat internationaal steeds meer aandacht krijgt en ook in Nederland met enige regelmaat opkomt.<sup>42</sup> In de *civil law* landen is het uitgangspunt doorgaans dat een kind (d.i. minderjarige) geen processuele bekwaamheid heeft. Namens het kind wordt een procedure gevoerd door haar of zijn wettelijke vertegenwoordiger. Zo ook in Nederland. De praktijk laat echter zien dat de rechter een uitzondering kan maken op dit uitgangspunt. In België gebeurt dat voor kinderen met het oordeel des onderscheids in zaken van zeer persoonlijke aard (huwelijk en afstamming) of ingeval de wettelijke vertegenwoordiger geen actie wil ondernemen of als de zaak van groot gewicht is, bijvoorbeeld als een schadevergoedingsactie moet worden ingesteld tegen de pleger van een daad van geweld tegen het kind. Ech-

32 Aldus de titel van General Comment No 14 (2013) van het VN-Comité voor de Rechten van het Kind; VN Doc. CRC/C/GC/14, 29 mei 2013. Zie ook T. Liefwaard, 'Het belang van het kind als kinderrecht', *FJR* 2013/76.

33 General Comment No 14, par. 6; zie ook J. Zermatten, 'The Best Interests of the Child: Literal Analysis and Function', *International Journal of Children's Rights* 2010, No. 4, p. 483-489.

34 Vandenhole 2015, p. 112.

35 Voor België merkt Vandenhole op (p. 113): 'The bulk of CRC litigation in 2003 – 2013 dealt with migration, particularly social assistance to children who were in the territory illegally.'

36 Vandenhole 2015, p. 115.

37 M. Couzens, 'France', in: Liefwaard & Doek 2015, p. 137. Zie ook K. Sandberg, 'The Role of the National Court in Promoting Children's Rights. The Case of Norway', *International Journal of Children's Rights*, 2014, No.1, p. 1-20. Zij geeft een voorbeeld van een zaak waarin een beroep werd gedaan op artikel 3 IVRK terwijl een beroep op artikel 19 IVRK meer op zijn plaats zou zijn geweest.

38 Couzens 2015, p. 132-133.

39 Skelton 2015, p. 20.

40 Skelton 2015, p. 21 onder verwijzing naar *S v. M (Centre for Child Law as Amicus Curiae)* 2008 (3) SA 232 (CC); in deze zaak oordeelde het Zuid-Afrikaanse Constitutionele Hof dat de belangen van het kind moeten worden meegewogen indien de rechter overweegt om een moeder die de zorg heeft over dat kind te veroordelen tot een vrijheidsstraf.

41 General Comment No. 14, UN Doc. CRC/C/GC/14, 29 May 2013, para. 52-79.

42 Zie bijv. UN High Commissioner for Human Rights, *Access to justice for children*, 16 December 2013, UN Doc. A-HRC-25-35.

ter ook in onderwijszaken en migratiezaken kan de rechter toestaan dat een kind in rechte optreedt.<sup>43</sup>

In Zuid Afrika bestaat een ruime toegang tot de rechter zowel voor onder anderen het kind zelf (hij of zij kan in eigen naam procederen tot en met het Constitutionele Hof) als voor een wettelijke vertegenwoordiger. Ook kunnen personen (inclusief rechtspersonen zoals NGO's) procederen namens een groep kinderen (class actions). Deze ruime toegang tot de rechter is zeer waarschijnlijk ook de verklaring voor het feit dat in Zuid Afrika talrijke rechterlijke beslissingen te vinden zijn waarin bepalingen van het IVRK aan de orde worden gesteld.<sup>44</sup> Een belangrijke regel is voorts dat aan procedures waarin constitutionele kwesties aan de orde worden gesteld geen kosten zijn verbonden, ook niet als de procedure geen succes heeft.<sup>45</sup>

De kwestie van toegang tot de rechter is van groot belang in verband met het *Third Optional Protocol to the CRC on a communications procedure*.<sup>46</sup> Dit facultatieve protocol stelt onder andere als voorwaarde voor de ontvankelijkheid van een klacht over de schending van kinderrechten dat de nationale rechtsmiddelen ten volle moeten zijn gebruikt. Indien het kind echter geen of zeer beperkte toegang tot de rechter heeft, wordt het moeilijk om aan deze voorwaarde te voldoen. Er zijn uitzonderingen op die regel (nationale rechtsmiddelen zijn niet effectief of te traag), maar het is de vraag of die ook gelden in geval van beperkte toegang tot de rechter. Kortom, het lijkt van het grootste belang dat een kind ruime mogelijkheden heeft voor toegang tot de rechter, zoals bijvoorbeeld in Zuid Afrika het geval is.

#### 4. Kinderrechten in de regionale rechtspraak

Tot slot is van belang om aandacht te besteden aan de doorwerking van het IVRK in regionale rechtspraak. Voor Nederland is de doorwerking via het EHRM en het Europese Hof van Justitie van waarde.<sup>47</sup> Het is echter vooraf interessant om te melden dat het Inter-Amerikaanse Hof voor de Rechten van de Mens het meest progressief blijkt als het gaat om de erkenning van de betekenis van de rechten van het kind voor zijn beslissingen.<sup>48</sup> Het baseert zich op 'a very compre-

hensive international *corpus juris*<sup>49</sup> voor de bescherming van kinderen zoals zich dat ontwikkelt en daarvan maken deel uit het IVRK, maar ook onder meer de Beijing Rules, de Tokyo Rules, de Riyadh Guidelines en de Geneva Conventions 1949 en de Additional Protocols 1977. Opmerkelijk is eveneens dat het Hof in zijn beslissingen regelmatig verwijst naar de *General Comments* en *Concluding Observations* van het VN-Comité voor de Rechten van het Kind, onder meer in zaken tegen Colombia en Paraguay. Ook is dit Hof een voorbeeld voor andere soortgelijke regionale hoven als het gaat om reparatie van of compensatie voor de gevolgen van een schending van kinderrechten. Zijn beslissingen laten zien dat er vele en soms creatieve maatregelen kunnen en moeten worden genomen door de betrokken Staat om de schade voor het kind te compenseren of toekomstige schendingen te voorkomen. Hierbij kan naast de schadevergoeding voor het kind en het opzetten van fondsen ('investment and trust funds') voor minderjarigen worden gedacht aan wijziging van wetgeving om herhaling van de schendingen te voorkomen, publieke verontschuldiging en maatregelen om de slachtoffers te eren, zoals het geven van de naam van het slachtoffer aan een school, een plein of een straat.<sup>50</sup>

Het Europese Hof voor de Rechten van de Mens heeft zich niet in algemene zin uitgesproken over de doorwerking van de rechten van het kind in zijn beslissingen, maar houdt daarin met name rekening met artikel 3, lid 1 IVRK en artikel 12 IVRK.<sup>51</sup> In artikel 8 EVRM wordt niet expliciet gerefereerd aan het belang van het kind. Het Hof heeft echter in vele beslissingen op het terrein van het familierecht duidelijk gemaakt dat de toepassing van artikel 8, lid 2 EVRM een goede balans vereist tussen de verschillende belangen, die van het kind, de ouders en de samenleving. In sommige gezagszaken gaat het er zelfs van uit dat het belang van het kind 'the paramount consideration' behoort te zijn.<sup>52</sup> Recentelijk heeft het Hof nadrukkelijk het belang van het kind (in het licht van het recht van het kind op respect voor zijn private life onder artikel 8 EVRM) centraal gesteld in een aantal zaken over draagmoederschap.<sup>53</sup>

Artikel 12 IVRK speelt ook een belangrijke rol in de beslissingen van het Hof, ofschoon het Hof niet expliciet verwijst

43 Vandenhole 2015, p. 108.

44 Vergelijk de studies over Algerije en Servië waarin eveneens het belang van toegang tot de rechter voor de doorwerking van kinderrechten op nationaal niveau wordt benadrukt; zie K. Filali, 'Algeria. Experiences in Algeria with the Use of the CRC in Legal Proceedings', in: Liefwaard & Doek 2015, p. 157-175 en N. Vučković Šahović & Ivana Savić, 'Serbia. Strategic Litigation on the Rights of the Child in Serbia', in: Liefwaard & Doek 2015, p. 139-156.

45 Skelton 2015, p. 16-17.

46 Aangenomen op 19 december 2011 door de Algemene Vergadering van de VN; GA Res. A/RES/66/138.

47 De internationale studie geeft ook inzicht in de beslissingen van het VN-Mensenrechtencomité en het VN-Comité inzake de uitbanning van alle vormen van discriminatie van vrouwen, alsmede de beslissing op individuele klachten van het *African Committee of Experts on the Rights and Welfare of the Child*. Deze worden hier verder buiten beschouwing gelaten.

48 M. Feria-Tinta, 'The CRC as a Litigation Tool Before the Inter-American System for Protection of Human Rights', in: Liefwaard & Doek 2015, p. 231-248.

49 M. Feria-Tinta 2015, p. 236.

50 M. Feria-Tinta 2015, p. 246-247.

51 U. Kilkelly, 'The CRC in Litigation Under the ECHR', in: Liefwaard & Doek 2015, p. 193-209.

52 Zie bijv. de beslissing in *Neulinger and Shuruk/Switzerland* (Grand Chamber, Appl. No. 4161/07, 6 July 2010). Zie ook M. Reneman, 'Het Kinderrechtenverdrag krijgt tanden: Over hoe het VN Verdrag inzake de Rechten van het Kind via het EU-recht en het EVRM binnendringt in het Nederlandse vreemdelingenrecht', *A&MR* 2011, p. 354-358.

53 *Menesson/France* (Appl. No. 61592/11, 26 June 2014) en *Labassee/France* (Appl. No. 65941/11, 26 June 2014). In beide zaken ging het om de Franse regel die de erkenning van familierechtelijke betrekkingen tussen ouders en kinderen belet als zij zijn geboren uit een draagmoeder. Zie voor een bespreking van deze uitspraken C. Achmad, 'Children's rights to the fore in the European Court of Human Rights' first international commercial surrogacy judgments', *European Human Rights Law Review* 2014, p. 638-646. Zie ook nog recenter: *Paradiso and Campanelli/Italy* (Appl. No. 25358/12) waarin het Europese Hof expliciet verwijst naar artikel 7 IVRK (par. 85).

naar deze bepaling. In de bekende zaak *Sahin/Germany*<sup>54</sup> ging het om de vraag of een kind van vijf jaar door de rechtbank had moeten worden gehoord. Het Hof was van oordeel dat het te ver gaat om te stellen dat nationale rechtbanken altijd gehouden zijn het kind op een zitting te horen over het omgangsrecht. Of dit nodig is zal afhangen van de omstandigheden van de zaak, waarbij passende aandacht wordt gegeven aan de leeftijd en de rijpheid van het kind. In een andere zaak (*Sommerfeld/Germany*<sup>55</sup>) ging het om het horen van een dertienjarig meisje. De stelling dat de rechtbank een rapport van een deskundige had moeten vragen om de schijnbaar resolute wensen van het meisje te onderzoeken werd door het Hof verworpen. Het Hof hechtte vooral waarde aan het feit dat het meisje, toen zij tien en elf jaar was, door de rechtbank in persoon was gehoord. Hierdoor kon de rechtbank prima zelf de vraag beantwoorden of het meisje in staat was haar mening te vormen (vgl. artikel 12 IVRK).<sup>56</sup>

Het recht van het kind om effectief te kunnen participeren in jeugdstrafrechtelijke procedures is door het Hof expliciet en onder verwijzing naar artikel 40 IVRK erkend als onderdeel van het recht op een eerlijk proces zoals neergelegd in artikel 6 EVRM.<sup>57</sup> In het verlengde hiervan oordeelde het Hof dat effectieve participatie niet betekent dat de minderjarige alle details van de strafrechtelijke procedures en het bewijs in een strafzaak zou moeten kunnen begrijpen. Wel zou hij een 'broad understanding' moeten hebben van de terechtzitting en welke belangen er voor hem op het spel staan.<sup>58</sup>

Volgens Kilkelly wordt het Hof zeker gevoed door het IVRK bij de interpretatie van het EVRM, maar expliciteert het niet altijd of en in welke mate het IVRK invloed heeft gehad op zijn beslissingen. Vaak volstaat het Hof met een opsomming van het IVRK en daaraan gerelateerde instrumenten zonder specifieke bepalingen te betrekken in de inhoudelijke overwegingen.<sup>59</sup>

Het Europese Hof van Justitie had wat tijd nodig om het belang van het IVRK voor zijn werk te erkennen, ofschoon het Handvest van de grondrechten van de EU belangrijke kinderrechtbeginselen erkent, te weten: het belang van het kind en het recht om te worden gehoord. Eerst in 2006 erkende het Hof dat het IVRK zijn eerste referentiepunt zou moeten zijn om te bepalen of het recht van de EU in overeenstemming is met de fundamentele rechten van het kind. Het Hof heeft met name in immigratiezaken beslissingen genomen ten gunste van kinderen die onderwijs genoten in een EU-lidstaat of daarvan de nationaliteit hebben door aan hen verblijfsrecht toe te kennen. In die beslissingen werd echter niet of nauwelijks gerefereerd aan relevante artikelen in het IVRK (artikel 28, 5, 7 en 18 IVRK). In 2006 moest

het Hof ook oordelen over de vraag of voorwaarden gesteld in de *Family Reunification Directive* van de EU in overeenstemming was met fundamentele rechten van andere kinderen. Daarin staat dat Staten kunnen eisen dat een verzoek om toegang en verblijf voor hun kinderen moet worden ingediend voordat zij de leeftijd van 15 jaar hebben bereikt. Het Hof beantwoordde de vraag echter positief. In een van de commentaren werd gesteld dat deze beslissing twijfel deed rijzen met betrekking tot de 'Court's capacity and experience in pursuing a children's rights agenda'.<sup>60</sup> Volgens Stalford is het Hof zeer terughoudend in het op een betekenisvolle manier betrekken van de rechten van kinderen in zijn werk. Er is nog het nodige te doen om het Hof te bewegen tot een meer integraal gebruik van de rechten van het kind in zijn beslissingen.<sup>61</sup>

## 5. Conclusie

Er is in toenemende mate aandacht voor de rechten van het kind in de rechtspraak, op zowel nationaal als internationaal niveau. Er zijn grotere en kleinere verschillen tussen en binnen landen wat betreft het gebruik van het IVRK als gezaghebbend internationaal mensenrechtelijk kader, specifiek voor kinderen. Ofschoon kernbeginselen als het belang van het kind in toenemende mate worden betrokken bij rechterlijke besluitvorming, laat het gebruik ervan geen consistent beeld zien. De complexiteit van dit beginsel, met inbegrip van de vraag of artikel 3, lid 1 IVRK voor directe werking in aanmerking komt, lijkt hieraan in de weg te staan. Toch zijn er ook inspirerende voorbeelden waarbij internationale kinderrechten, al dan niet ondersteund door een nationaal constitutioneel kader, worden gebruikt als toetssteen voor nationaal recht en voor het opvullen van leemtes. Om de doorwerking van het IVRK in de rechtspraak naar een hoger plan te tillen, zou meer gebruik moeten worden gemaakt van de specifieke bepalingen van het IVRK en zouden kinderen in ruimere mate toegang tot de rechter moeten krijgen. Ook zou meer aandacht moeten worden besteed aan de motivering van rechterlijke beslissingen. Dit is in landen met een *common law* traditie, zoals Zuid Afrika, zeer gebruikelijk en verschaft inzicht in de betekenis van internationale kinderrechten voor het nationale recht. Hierbij is van belang dat rechters, maar ook advocaten en officieren van justitie, beschikken over voldoende kennis en inzicht in de meerwaarde en beperkingen van het IVRK en daaraan gerelateerde instrumenten. De internationale studie die in deze bijdrage centraal stond, draagt hier hopelijk aan bij.

54 *Sahin/Germany* (Grand Chamber, Appl. No. 30943/96, 11 October 2001).

55 *Sommerfeld/Germany* (Appl. No. 31871/96, 8 July 2003).

56 Kilkelly 2015, p. 199-203.

57 *T/UK* (Appl. No. 24724/94, 16 December 1999) en *V/UK* (Appl. No. 24888/94, 16 December 1999).

58 *SC/UK* (Appl. No. 60958/00, 15 June 2004), par. 29.

59 Kilkelly 2015, p. 207.

60 Zie over deze en andere beslissingen H. Stalford, 'The CRC in Litigation Under EU Law', in: Liefwaard & Doek 2015, p. 220-224.

61 Stalford 2015, p. 228-229.