

## 234

Europees Hof voor de Rechten van de Mens  
3 september 2015, nr. 10161/13  
(Berro (President), Lazarova Trajkovska,  
Laffranque, Pinto de Albuquerque, Sicilianos,  
Møse, Turković)  
Noot prof. mr. drs. M. Bruning

**Gezinsleven. Vechtscheiding. Huiselijk geweld. Effectieve aanpak kindermishandeling. Ouderlijk gezag na scheiding. Verblijfplaats minderjarige. Horen minderjarige.**

[EVRM art. 3, 8]

*De ouders van M. raken in 2006, in haar vijfde levensjaar, verwickeld in een zgn. 'vechtscheiding'. Zij doen beiden aangifte tegen elkaar van kindermishandeling t.o.v. hun dochter en communiceren niet meer met elkaar. Er wordt een kinderschermingsmaatregel (ondertoezichtstelling) uitgesproken voor M. om haar te beschermen in deze conflictueuze situatie, maar deze stopt in 2008 zonder beoogd resultaat, aangezien de communicatie tussen de ex-partners niet is verbeterd. Ondertussen is eind 2007 de echtscheiding uitgesproken en wordt beslist dat de vader het ouderlijk gezag behoudt, zodat M. bij de vader zal wonen, en dat de moeder omgangsrecht krijgt. In 2011 beweren de moeder en M. dat M. door haar vader in haar gezicht is geslagen terwijl hij verbaal agressief was. Zij doen aangifte bij de politie en M. wordt onderzocht door een arts, die een verklaring voor de politie opstelt. M. verklaart bij de politie in de afgelopen drie jaar vaker mishandeld te zijn door haar vader. De vader wordt ondervraagd door de politie en M. wordt weer naar zijn huis gebracht. De moeder start een gezagsprocedure om de gezagsbeslissing uit 2007 te herzien en zelf met het ouderlijk gezag te worden belast, zodat M. bij haar kan wonen. M. wordt door beide ouders naar deskundigen gebracht, die verklaringen afgeven. Ook de rechtbank benoemt twee deskundigen in de gezagsprocedure. Uit deze verklaringen blijkt dat M. herhaaldelijk duidelijk aangeeft bij haar moeder te willen wonen. Zij zegt dat haar vader vaak tegen haar schreeuwt en dreigt haar moeder en diens nieuwe partner iets aan te doen.*

*In april 2011 wordt de vader veroordeeld tot een geldboete vanwege lichamelijke mishandeling van zijn dochter. De aangifte tegen de vader vanwege fysieke en emotionele (kinder)mishandeling gedu-*

*rende enkele jaren leidt niet tot strafrechtelijke vervolging. De vader gaat in hoger beroep. In de zomer van 2013 wordt het hoger beroep behandeld. Besloten wordt dat de dochter via een videolink opnieuw gehoord zal worden. Deze procedure is in oktober 2014 nog niet afgerond.*

*De moeder verzoekt in april 2011 in de gezagsprocedure om een voorlopige voorziening (te weten toewijzing van het ouderlijk gezag aan haar). De rechtbank benoemt twee deskundigen en wijst de voorlopige voorziening af. De deskundigen verklaren in december 2011 dat beide ouders beperkte opvoedcapaciteiten hebben en leiden aan een persoonlijkheidsstoornis. M. is emotioneel getraumatiseerd door de scheiding en de conflictueuze situatie. De deskundigen adviseren dat M. voorlopig bij haar vader moet blijven wonen, met daarbij een ruime omgangsregeling met haar moeder. In juli 2012 wordt voor M. een bijzondere curator benoemd. De vader vecht deze beslissing aan en het Hof vernietigt de beslissing tot benoeming van een bijzondere curator. Vervolgens laten de kinderschermingsautoriteiten in november 2012 voor M. opnieuw een bijzondere curator benoemen. In april 2013 wijst de rechtbank het verzoek tot gezagswijziging van de moeder af. De bijzondere curator van M. en haar moeder stellen hoger beroep in. Het Hof verwijst de zaak terug naar de rechtbank. In november 2013 beslist de rechtbank dat een andere procedure moet worden gevolgd door de moeder. Zij klaagt in februari 2014 over de lange duur van de procedure, maar dit wordt door de rechtbank afgewezen. De procedure tot gezagswijziging lijkt in het najaar van 2014 nog steeds afhankelijk te zijn bij de rechtbank.*

*Ondertussen hebben de kinderschermingsautoriteiten opnieuw om een kinderschermingsmaatregel verzocht (ondertoezichtstelling van M.), die wordt toegewezen in september 2011 en (met verlengingen) doorloopt tot 31 maart 2014. Opnieuw wordt de maatregel beëindigd zonder dat resultaat is behaald ten aanzien van een betere communicatie tussen beide ouders.*

*In oktober 2014 schrijft M. in een essay voor school dat zij zichzelf snijdt en zeer ongelukkig is. Haar moeder brengt haar naar een deskundige die rapporteert dat M. bang is voor haar vader en dat zij vanaf het moment dat de rechter heeft beslist dat zij bij haar vader moest wonen toen zij zes jaar oud was, duidelijk heeft gemaakt dat zij bij haar moeder wilde wonen, maar dat niemand naar haar heeft geluisterd.*

*In januari 2013 klagen M. en haar moeder bij het Europees Hof dat Kroatië niet aan haar verplichtingen voortvloeiend uit art. 3 en 8 EVRM heeft vol-*

daan door de vader niet te vervolgen vanwege kindermishandeling en M. niet te beschermen tegen verdere kindermishandeling na het incident in 2011, door haar niet weg te halen bij haar vader. Het Hof beoordeelt de zaak onder art. 3 en 8 EVRM en beziet de feiten vanuit de notie van positieve verplichtingen. Het Hof stelt vast dat de verschillende door M. beschreven handelingen van huiselijk geweld bij haar vader thuis zijn te beschouwen als ‘vernederende behandeling’ zoals bedoeld in art. 3 EVRM. De door M. beschreven handelingen zijn dermate ‘ernstig’, in het bijzonder gezien haar jonge leeftijd, dat het minimumniveau dat volgens het Hof nodig is voor ‘vernederende behandeling’, is bereikt. Volgens het Hof moeten staten zich houden aan de positieve verplichtingen voortvloeiend uit art. 3 EVRM om mishandeling waarvan de autoriteiten op de hoogte waren, te voorkomen en om effectief strafrechtelijk onderzoek uit te voeren bij verklaringen over mishandeling. Ten aanzien van de verplichting tot strafrechtelijk onderzoek oordeelt het Hof dat slechts de fysieke mishandeling tot een strafrechtelijke procedure heeft geleid, terwijl alle andere onderdelen van kindermishandeling die door klagers in de aangifte waren opgenomen, niet in het onderzoek zijn meegenomen. Dit beperkte strafrechtelijke onderzoek heeft tot nog toe meer dan vier jaar en twee maanden geduurd zonder onherroepelijke uitspraak door de rechter in eerste aanleg en is daarmee onvoldoende effectief en dus in strijd met art. 3 EVRM, zo beslist het Hof, omdat het niet voldoet aan het vereiste van snelheid en redelijke voortgang. Ten aanzien van de verplichting om M. tegen verdere mishandeling te beschermen, oordeelt het Hof dat sinds het incident in februari 2011 M. goed in de gaten werd gehouden door de autoriteiten met een maatregel van ondertoezichtstelling en de familierechter in de gezagsprocedure op grond van verschillende deskundigenverklaringen besliste dat M. bij haar vader kon blijven wonen. Ondanks de lange duur van de gezagsprocedure – tot nog toe meer dan vier jaar en drie maanden – oordeelt het Hof dat aan de positieve verplichting om M. te beschermen tegen verdere mishandeling door haar vader is voldaan.

Ten aanzien van art. 8 EVRM oordeelt het Hof dat dit er tevens toe leidt dat aan de positieve verplichtingen voortvloeiend uit art. 8 EVRM is voldaan ten aanzien van de moeder en er in dit opzicht geen sprake is van een schending van art. 8 EVRM. Wél oordeelt het Hof dat sprake is van een schending van art. 8 EVRM ten aanzien van M. Zij heeft herhaaldelijk geuit dat zij bij haar moeder wilde wonen. Het recht op persoonlijke autonomie houdt

volgens het Hof voor minderjarigen, anders dan voor volwassenen, in dat zij als rechtssubjecten die niet zelfstandig hun rechten kunnen uitoefenen, moeten zijn geraadpleegd en gehoord moeten worden. Hierbij moet rekening worden gehouden met hun ontwikkelende vermogens en capaciteit (‘evolving maturity’), zoals uitgewerkt in art. 12 van het VN-Kinderrechtenverdrag. M.’s klacht dat de autoriteiten haar wens om bij haar moeder te wonen, hebben genegeerd, en dat zij in de gezagsprocedure niet is gehoord, wordt gehonoreerd. Het Hof oordeelt dat de procedurele positieve verplichtingen die voor volwassenen uit art. 8 EVRM voortvloeien, mutatis mutandis voor minderjarigen gelden en dat de lange duur van de gezagsprocedure al reden genoeg is om ten aanzien van M. tot een schending van art. 8 EVRM te concluderen, te meer aangezien het om een getraumatiseerd kind gaat. M., die inmiddels dertien jaar oud is, was duidelijk in staat om haar mening te formuleren en te uiten ten tijde van de gezagsprocedure. De autoriteiten hebben de ernst van de zaak voor M. ernstig onderschat en hadden haar wens ten aanzien van haar verblijfplaats moeten respecteren. Het Hof concludeert derhalve tevens tot een schending van art. 8 EVRM ten aanzien van M.

M. en M.  
tegen  
Kroatië

De volledige uitspraak is te raadplegen via [www.sdujurisprudentie.nl](http://www.sdujurisprudentie.nl).

## NOOT

1. In deze trieste ‘vechtscheidingszaak’, waar de strijd tussen ex-partners hevig wordt gevoerd en op vele fronten – in vele procedures en op verschillende rechtsgebieden – wordt gestreden, lijken feitelijk alleen maar verliezers te zijn, al winnen de minderjarige M. en haar moeder bij het Europees Hof. M. is zes jaar als na de scheiding van haar ouders door de rechter wordt besloten dat zij bij haar vader moet wonen, en ruim dertien jaar als haar klacht, waarin zij aangeeft al die tijd duidelijk te hebben gemaakt dat zij bij haar moeder wilde wonen en bang is voor mishandeling door haar vader, terwijl niemand hier iets mee heeft gedaan, door het Europees Hof wordt behandeld. M. lijkt de grootste verliezer. Vele deskundigenrapporten die in deze uitspraak worden aangehaald, spreken over haar angsten en haar zorgen

over haar vader, haar trauma's en haar grote wens om bij haar moeder te wonen. Ondertussen lopen verschillende juridische procedures al ruim vier jaar zonder uitzicht op afronding, heeft zo'n vier jaar geleden een geweldsincident tussen M. en haar vader plaatsgehad dat de aanleiding was tot aangifte en strafrechtelijke vervolging van de vader, en woont M. nog steeds bij haar vader. Tegelijk betekent deze uitspraak een overwinning voor het recht van minderjarigen om gehoord te worden, terwijl aan hun mening passende waarde wordt gehecht, zoals art. 12 van het VN-Kinderrechtenverdrag dit voorschrijft. Aan deze bepaling wordt door het Europees Hof grote waarde gehecht bij de interpretatie van art. 8 EVRM, dat volgens het Hof het recht op persoonlijke autonomie van een ieder, dus ook van minderjarigen, omvat.

2. De omstandigheden waaronder M. als kind opgroeit als middelpunt in en na een vechtscheiding, zijn erbarmelijk. Procedures worden niet geschuwd, de ex-partners strijden om M. en gunnen de ander in dat opzicht niets, zij doen herhaaldelijk aangifte tegen elkaar van kindermishandeling, alimentatie wordt (door de moeder) niet (aan de vader) betaald, er is geen communicatie, maar wel maken beiden de ander stelselmatig zwart bij hun dochter. Ondertussen hebben de beide ouders nieuwe partners en nieuwe kinderen. M. wordt bij vader streng, en in een voor haar bedreigende sfeer opgevoed. Zij wordt geconfronteerd met verbaal geweld, met agressie als zij haar maaltijd niet op wil eten of iets mee naar haar moeder wil nemen, met het weggooiën van alles wat zij van haar moeder krijgt en onder haar vaders aandacht komt, met dreigingen over het knippen van haar lange haren tegen haar wil en zelfs over het laten 'verdwijnen' van haar moeder en diens partner. Na het geweldsincident in februari 2011, waarbij M. (dan negen jaar oud) wordt geslagen, haar keel wordt dichtgeknepen en wordt uitgescholden als zij een fotolijstje mee wil nemen naar haar moeder, start een strafrechtelijke en civielrechtelijke procedure (tot gezagswijziging op verzoek van moeder). M. moet dan vele keren bij verschillende deskundigen verklaringen afleggen, soms op initiatief van moeder, dan weer van vader, en ook in opdracht van de rechter. M. moet zich bij dit alles staande weten te houden, en dat lukt totdat in 2014 uit een schoolopstel blijkt dat zij zichzelf stelselmatig snijdt en zeer ongelukkig is. Zij heeft dan al geruime tijd te maken gehad met begelei-

ding als gevolg van een maatregel van kinderscherming (een ondertoezichtstelling), die in de periode van 2006-2008 en in de periode van 2011-2014 heeft gelopen. Tot tweemaal toe wordt de maatregel teleurstellend afgerond met de conclusie van de kinderschermingsautoriteiten die verantwoordelijk zijn voor de uitvoering van de maatregel dat het beoogde doel, te weten communicatie tot stand brengen tussen beide ouders, niet is behaald. Net zoals dat in Nederland het geval is, lijkt het Kroatische(?) recht voor dit soort situaties geen passende oplossing of verbetering te kunnen bieden, zelfs niet als een maatregel van kinderscherming wordt uitgesproken. Zolang ouders elke vorm van medewerking weigeren en hun conflictueuze situatie in stand houden, lijkt het haast onmogelijk om hier als buitenstaander invloed op uit te oefenen ter bescherming van het kind dat hier zo ernstig de dupe van wordt.

Daarbij speelt de discussie over 'waarheidsvinding', zoals vaak in dit soort zaken, een belangrijke rol. Voor ouders die in dergelijk hevige conflicten zijn verzeeld en hun ex-partner van mishandeling verdenken, is het vaak onverteerbaar dat dit niet strafrechtelijk kan worden bewezen of niet tot een veroordeling leidt, waarna een familie- of kinderrechter dit gegeven aangrijpt ter ondersteuning van een beslissing om een omgang met de vermeende pleger van geweld te bestendigen of toe te wijzen. Omgekeerd verwijten vermeende plegers van geweld regelmatig de hulpverlenende instanties hun subjectieve oordelen in deskundigenrapporten en gekleurde adviezen aan de rechter over beperking of ontzegging van contact met het kind als er vermoedens van kindermishandeling aanwezig zijn, maar deze niet tot een strafrechtelijke veroordeling hebben geleid. Ook in deze zaak blijkt dit het geval, ten gunste van de vader als vermeende pleger van geweld. Het niet onherroepelijke vonnis naar aanleiding van een aangifte tot fysieke mishandeling en het niet gestarte strafrechtelijke onderzoek naar aanleiding van een aangifte tot kindermishandeling gedurende enkele jaren leiden tot de beslissing van de familierechter dat het verzoek van de moeder om bij voorlopige voorziening de verblijfplaats van M. te wijzigen en M. bij haar te laten wonen, wordt afgewezen. Het strafrecht en het familierecht lijken elkaar zo te beïnvloeden, terwijl dit juridisch gezien gescheiden en eigen domeinen zijn die vanuit verschillende invalshoeken de feiten toe-passen op het juridische kader, waarbij 'waarheids-

vinding' in het strafrecht (nl.: is een feit wettig en overtuigend bewezen?) een andere dimensie heeft dan in het familierecht, waar 'het belang van het kind' centraal staat bij beslissingen over bijvoorbeeld omgang en gezag. In Nederland heeft de discussie over 'waarheidsvinding' in de jeugdzorg geleid tot een nieuwe bepaling in de Jeugdwet (art. 3.3: 'de raad voor de kinderbescherming en de gecertificeerde instelling zijn verplicht in rapportages of verzoekschriften de van belang zijnde feiten volledig en naar waarheid in te vullen'). Zie voor de Nederlandse discussie over waarheidsvinding in de jeugdzorg o.m. J. Huijer, Waarheidsvinding in de jeugdzorg, *NJB* 2014/673; M. van Zanten & A.F.M. Brenninkmeijer, Waarheidsvinding: van groot belang in de jeugdbescherming, *FJR* 2011/76 en het rapport van de Kinderombudsman, *Is de zorg gegrond? Analyse van het feitenonderzoek aan de basis van ingrijpende jeugdzorgbeslissingen*, 10 december 2013.

3. Hoewel het bij vechtscheidingen, waarin ouders elkaar beschuldigen van kindermishandeling en kinderen daarbij worden gebruikt en gemanipuleerd, extra ingewikkeld is om vast te stellen of er daadwerkelijk sprake is van kindermishandeling, beoordeelt het Hof deze zaak voornamelijk door te toetsen aan art. 3 EVRM. Daaruit vloeit volgens het Hof de positieve verplichting voor lidstaten voort om kinderen te beschermen tegen kindermishandeling als 'onmenselijke en vernederende' behandeling. Het Hof moet daarvoor eerst vaststellen of het voorgeschreven minimale niveau van ernst ('severity') aanwezig is voor het vaststellen van vernederende mishandeling (zie o.m. A. t. *Verenigd Koninkrijk*, EHRM 23 september 1998, nr. 25599/94, «EHRC» 2011/164 m.nt. Vellinga-Schootstra; *Costello-Roberts* t. *Verenigd Koninkrijk*, EHRM 25 maart 1993, nr. 13134/87). Dat is in deze zaak volgens het Hof het geval aangezien er verschillende feiten en incidenten door M. worden aangehaald die fysieke en emotionele mishandeling opleveren. Hierbij benadrukt het Hof dat voor deze vaststelling in het bijzonder rekening wordt gehouden met de jonge leeftijd van M., die maakt dat de door haar geschetste situaties van huiselijk geweld nog sneller als 'vernederende behandeling' moeten worden aangenomen.

4. Vervolgens gaat het Hof in op de vraag of zowel is voldaan aan de verplichting tot het voorkomen van mishandeling waarvan de autoriteiten op de hoogte waren (zie o.m. Z. e.a. t. *Verenigd Konink-*

*rijk*, EHRM 10 mei 2001, nr. 29392/95, «EHRC» 2001/46 m.nt. Brems; D.P. & J.C. t. *Verenigd Koninkrijk*, EHRM 10 oktober 2002, nr. 38719/97, «EHRC» 2002/98; E. e.a. t. *Verenigd Koninkrijk*, EHRM 26 november 2002, nr. 33218/96, «EHRC» 2003/14 m.nt. Janssen), als aan de verplichting om een effectief strafrechtelijk onderzoek uit te voeren naar aanleiding van een redelijke verklaring van een vermeend slachtoffer van mishandeling (zie o.m. C.A.S. & C.S. t. *Romenië*, EHRM 20 maart 2012, nr. 26692/05, «EHRC» 2012/164 m.nt. De Graaf; I.G. t. *Moldavië*, EHRM 15 mei 2012, nr. 53519/07). Kinderen en andere kwetsbare personen hebben in het bijzonder recht op bescherming door de Staat tegen dergelijke inbreuken op de persoonlijke integriteit, aldus het Hof (par. 136; zie o.m. A. t. *Verenigd Koninkrijk*, eerder aangehaald). Deze beide positieve verplichtingen zijn al herhaaldelijk in eerdere Hofuitspraken benadrukt. Ten aanzien van de verplichting tot een effectief strafrechtelijk onderzoek oordeelt het Hof dat deze verplichting alleen al niet is waargemaakt vanwege de te lange tijdsduur van de procedure, namelijk ruim vier jaar voor de rechter in eerste aanleg, terwijl deze procedure nog niet is afgerond. Hiermee is duidelijk dat de strafrechtelijke procedure niet effectief, want veel te traag, is geweest (zo heeft de procedure twee jaar volledig stil gelegen zonder enige verklaring hiervoor, aldus het Hof in par. 150). Hierbij laat het Hof in het midden of tevens onderzoek had moeten worden gestart naar aanleiding van de aangifte door moeder en M. van kindermishandeling gedurende enkele jaren door de vader, al laat het in par. 145 wel een voorkeur doorschemeren voor het tevens starten van dit strafrechtelijk onderzoek, 'which would have enabled those authorities to address the situation seen in its entirety'. Let op: het Hof verwijst in dit opzicht naar art. 19 van het VN-Kinderrechtenverdrag en het bijbehorende General Comment nr. 8 en benadrukt terecht dat het hierbij niet gaat om strafrechtelijke *vervolg*ing, maar om strafrechtelijk *onderzoek*. General Comment nr. 8 benoemt in deze context dat in situaties waarin ouders worden verdacht van het mishandelen van hun kind, een vervolgingsbeslissing extra zorgvuldig moet worden genomen omdat dit doorgaans niet in het belang van het kind is. Met het Hof ben ik van mening dat, juist op grond van art. 19 IVRK en andere mensenrechtendocumenten, elke melding van kindermishandeling serieus moet wor-

den genomen en aanleiding moet geven tot serieus en gedegen onderzoek, ook al is sprake van een vechtscheiding waarbij beide ex-partners elkaar beschuldigen van kindermishandeling en er een kans aanwezig is dat het gaat om een valse melding.

5. In hun dissenting opinion gaan de rechters Berro en Mose juist op dit punt in; zij zijn het niet eens met het oordeel van de meerderheid van de Kamer dat art. 3 EVRM in deze zaak van toepassing is vanwege de context van een vechtscheiding, waarin valse beschuldigingen en manipulatieve inzet van kinderen aan de orde van de dag zijn. Zij wijzen in dit verband op het feit dat in minder dan twee jaar na de scheiding er maar liefst acht aangiften zijn gedaan van kindermishandeling door de beide ouders, veelal aangiften tegen elkaar, waarvan vijf aangiften niet tot strafrechtelijk onderzoek hebben geleid. De dissenters zijn daarom van mening dat deze zaak enkel had moeten worden getoetst aan art. 8 EVRM. Hoewel zij zeker een punt hebben dat in deze context de kans op valse beschuldigingen groter is en de kans op daadwerkelijke kindermishandeling kleiner, heeft een kind recht op gedegen onderzoek naar aanleiding van elke melding of aangifte van kindermishandeling, ook al leidt dit soms tot valse posities. Dit past ook in de lijn van het Europees Hof waarbij een vermoeden van kindermishandeling de positieve verplichting met zich brengt om in te grijpen in het gezinsleven, ook als dit achteraf onterecht is (zie *M.A.K. & R.K. t. Verenigd Koninkrijk*, EHRM 23 maart 2010, nrs. 45901/05 en 40146/06, «EHRC» 2010/78 m.nt. Forder, «JIN» 2010/424 m.nt. Vonk en met annotatie van mijn hand in *NJCM-Bulletin* jrg. 35, 2010, nr. 8, p. 1017-1031, 'Vermoedens van kindermishandeling: actie maar uiterste zorgvuldigheid geboden!'; *B.B. & F.B. t. Duitsland*, EHRM 14 maart 2013, nrs. 18734/09 en 9424/11, «EHRC» 2013/124).

6. Het Hof oordeelt ten aanzien van de positieve verplichting van lidstaten om kindermishandeling waarvan de autoriteiten op de hoogte zijn, te voorkomen, dat hier in deze zaak aan is voldaan. Het gaat hierbij om de vraag of de bevoegde autoriteiten alles in het werk hebben gesteld om mogelijke mishandeling te voorkomen (zie o.m. *Z. e.a. t. Verenigd Koninkrijk*, reeds aangehaald; *E. e.a. t. Verenigd Koninkrijk*, reeds aangehaald; zie hierover ook mijn annotatie 'Bescherming van kinderen tegen huiselijk geweld als po-

sitieve verplichting van de staat, *NJCM-Bulletin* jrg. 28, 2003, nr. 5, p. 625-640; *E.S. e.a. t. Slowakije*, EHRM 15 september 2009, nr. 8227/04). Hierbij neemt het Hof in acht dat ongeveer twee maanden na het geweldsincident waarbij M.'s vader haar fysiek mishandelde, door de moeder een gezagsprocedure werd gestart waarna deskundigenonderzoek werd verricht naar de veiligheid van M. bij haar vader. Uit dit onderzoek bleek niet dat M. bij haar vader onveilig zou zijn. Ook werden andere deskundigenrapporten door de rechter betrokken in de gezagsprocedure. Hoewel daaruit bleek dat M. ongelukkig was en getraumatiseerd, bleek niet van een onveilige situatie bij haar vader. Daarbij is voor M. ook tweemaal een maatregel van kinderbescherming (ondertoezichtstelling) uitgesproken, te weten van 2006 tot 2008 en opnieuw vanaf september 2011 tot maart 2014. Gedurende deze periode hield een professional toezicht op de veiligheid van M.; geen enkel rapport van deze professional wees op een onveilige situatie. Uit dit alles leidt het Hof af dat, hoewel het spijtig is dat de gezagsprocedure meer dan vier jaar heeft geduurd en toen nog niet was afgerond, de verantwoordelijke autoriteiten redelijke acties hebben ondernomen om het risico voor M. tot mogelijke kindermishandeling te beoordelen en in te schatten. Er zijn voldoende stappen gezet om een onveilige situatie voor M. te voorkomen. Dat dit er niet toe heeft geleid dat de situatie voor M. is verbeterd, valt te betreuren, maar leidt op dit punt niet tot een schending van art. 3 EVRM. 7. De gezagsprocedure die op 30 maart 2011 in reactie op het geweldsincident door M.'s moeder werd gestart om M. weer bij haar te laten wonen, liep net als de strafrechtelijke procedure zeer veel vertraging op. Zoals hierboven genoemd, werd het verzoek tot een voorlopige voorziening om M. bij de moeder te laten wonen door gezagswijziging afgewezen naar aanleiding van verschillende deskundigenrapportages. Daaruit bleek dat M. niet zo zeer onveilig was bij haar vader thuis, maar wel emotioneel getraumatiseerd was door de situatie en de hevige conflicten tussen haar ouders. Herhaaldelijk werden de ouders door de deskundigen geadviseerd om in therapie te gaan om de conflicten te verminderen, maar hier waren zij geenszins toe bereid. Tijdens de procedure werd (pas) op 27 juli 2012 een bijzondere curator benoemd voor M. die haar belangen kon behartigen tijdens de procedure. Haar vader ging tegen deze benoeming in hoger beroep en bepleitte dat er in

deze zaak geen conflicterende belangen waren tussen haar ouders en M. en dat derhalve niet voldaan was aan de rechtsgrond om een bijzondere curator te benoemen. Het Kroatische gerechtshof ging hier in mee en vernietigde de beslissing, waarna de kinderbeschermingsautoriteiten op 13 november 2012 voor M. dezelfde bijzondere curator benoemden om als belangenbehartiger ('*guardian ad litem*') op te treden.

Vervolgens besliste een Kroatische rechtbank op 30 april 2013 dat het verzoek van de moeder tot gezagswijziging werd afgewezen. Moeder en de bijzondere curator van M. stelden hoger beroep in. Op 15 november 2013 vernietigde het gerechtshof de beslissing van de rechtbank en verwees het de zaak terug naar de rechtbank, waarbij onder meer als instructie werd meegegeven dat onderzocht moest worden of M., die toen al twaalf jaar oud was, in staat kon worden geacht tot een redelijke waardering van belangen, of zij de impact van de procedure zou begrijpen. In dat geval, zo gaf het Gerechtshof aan, zou zij haar mening moeten kunnen geven over de zaak en gehoord moeten worden door de rechtbank. Dit was het eerste moment na ruim tweeënhalf jaar dat in deze veel te lange procedure werd nagedacht over het mogelijk horen van M., waarover straks meer. Het is opmerkelijk dat deze procedure ten tijde van de behandeling van deze zaak in Straatsburg nog niet was afgerond, dus na ruim vier jaar, terwijl vele deskundigenrapporten wezen op de penibele toestand voor M. en haar opgelopen trauma's door deze vechtscheiding. Ook maakten verschillende deskundigenrapporten duidelijk dat M. bij haar moeder wilde wonen en bang was voor haar vader. Het leek wel alsof de gezagsprocedure zich enkel richtte op de opvoedcapaciteiten van beide ouders, terwijl het welzijn van hun dochter geen rol speelde bij de voortgang van de procedure en de gezagsbeslissingen.

8. De discussie over de vraag of minderjarigen die te maken hebben met vechtscheidingen en procedures daarbij recht hebben op belangenbehartiging in de procedure(s) door een bijzondere curator speelt ook in Nederland. Volgens art. 1:250 BW kan een bijzondere curator slechts benoemd worden bij een belangenconflict tussen de ouder(s) met gezag en de minderjarige en wordt in gezags- en omgangskwesties na een (vecht)scheiding doorgaans gedacht dat de ouder(s) met gezag prima in staat is om zijn of haar kind in rechte te vertegenwoordigen en dat er geen sprake is van

een conflict van belangen. Een bijzondere curator wordt slechts incidenteel benoemd. De Kinderombudsman vroeg hier in 2014 aandacht voor in zijn rapport '*De bijzondere curator, een lot uit de loterij?*' en bepleitte dat bijzondere curatoren vaker zouden moeten worden benoemd om kinderen in dergelijke procedures bij te staan en op te komen voor hun belangen. In 2014 is ook het *werkproces bijzondere curator o.g.v. art. 1:250 BW* door de Raad voor de Rechtspraak ontwikkeld, bedoeld om de benoeming van een bijzondere curator voor minderjarigen te stimuleren. Er is de afgelopen jaren in Nederland tevens meer aandacht voor de positie van minderjarigen bij (vecht)scheidingen (zie o.m. het rapport van de Kinderombudsman '*Vechtende ouders, het kind in de knel - adviesrapport over het verbeteren van de positie van kinderen in vechtscheidingen*', 31 maart 2014). De bijzondere curator zal op grond van dit alles vaker een rol kunnen en moeten spelen om de minderjarige te ondersteunen maar vooral om ook de stem van de minderjarige te laten horen bij beslissingen die hem of haar aangaan.

9. Het Europese Hof sluit spectaculair af en *saves the best for last*. Het doet dit onder verwijzing naar het *jura novit curia*-principe, dat inhoudt dat het Hof niet gebonden is aan de juridische middelen die klagers en lidstaat aanvoeren, maar vrij is om de door partijen aangevoerde feiten juridisch in te bedden. Dit principe gebruikt het Hof om de positie van M. vanuit het licht van art. 8 EVRM nader te beschouwen. M. heeft, zoals hierboven genoemd, een aantal keren aangegeven dat zij bij haar moeder wilde wonen en heeft in haar schoolopstel in oktober 2014 onthuld dat zij zich stelselmatig snijdt en zeer ongelukkig is omdat zij niet zelf mag bepalen bij wie zij woont. Het Hof legt hier een verband met het recht op persoonlijke autonomie dat voortvloeit uit art. 8 EVRM. Het recht op persoonlijke autonomie wordt door het Hof voor volwassenen uitgelegd als het recht om zelfstandig keuzes te maken over de invulling van hun eigen leven, maar wordt voor kinderen anders gezien. Kinderen ontberen volgens het Hof de volledige autonomie die volwassenen hebben maar zijn wel rechtssubjecten. Dit betekent dat zij hun rechten niet zelfstandig kunnen uitoefenen. De autonomie van minderjarigen, die langzaam toeneemt met hun ontwikkelende rijpheid, wordt volgens het Hof ingevuld door hun recht om te worden geraadpleegd en betrokken, zoals art. 12 IVRK dat voorschrijft. Hieruit leidt het

Hof af dat de klacht van klagers dat M.'s wens om bij haar moeder te wonen door de bevoegde autoriteiten is genegeerd en dat zij niet gehoord is in de gezagsprocedure, vragen oproept ten aanzien van het recht op respect voor privé- en gezinsleven (art. 8 EVRM), op andere wijze dan al in deze zaak door het Hof was geanalyseerd. Het Hof had namelijk al beslist dat ten aanzien van art. 3 EVRM tevens voortvloeit dat niet ook sprake is van een schending van art. 8 EVRM vanwege het niet voldoen aan de positieve verplichting om M. te beschermen tegen mishandeling. Vervolgens toetst het Hof de lange duur van de gezagsprocedure en het feit dat de minderjarige daarin niet is gehoord aan art. 8 EVRM. Alleen al de tijdsduur van ruim vier jaar kan aanleiding geven tot een schending van de positieve verplichtingen die uit art. 8 EVRM voortvloeien. Daarbij benadrukt het Hof dat uit art. 8 EVRM procedurele rechten voortvloeien; zo hebben ouders het recht om voldoende betrokken te zijn bij de besluitvorming van kindbeschermingszaken (zie o.m. *W. t. Verenigd Koninkrijk*, EHRM 8 juli 1987, nr. 9749/82; *Sommerfeld t. Duitsland*, EHRM 8 juli 2003 (GK), nr. 31871/96, «EHRC» 2003/70 m.nt. Gerards). Op grond van art. 12 IVRK en nr. 32 van General Comment nr. 12 ('the right to be heard') van het VN-Kinderrechtencomité beslist het Hof dat deze procedurele rechten mutatis mutandis gelden voor elke juridische of bestuurlijke beslissingen die de rechten van kinderen raakt onder art. 8 EVRM. *"In particular, in such cases it cannot be said the children capable of forming their own views were sufficiently involved in the decision-making process if they were not provided with the opportunity to be heard and thus express their views"* (par. 181). Het Hof maakt korte metten met zowel het tijdsverloop van ruim vier jaar, in het bijzonder nu het om een getraumatiseerd kind gaat, als met het feit dat M. niet is gehoord, terwijl zij tijdens de start van de procedure negeneneenhalf jaar oud was en tijdens de procedure al twaalf jaar oud was en er daarom zeker van uit gegaan kon worden dat zij in staat was tot het vormen van een eigen mening en het uiten daarvan.

10. Het Hof concludeert tot een schending van art. 8 EVRM en hiermee viere kinderrechten (opnieuw; zie o.m. *Neulinger & Shuruk t. Oostenrijk*, EHRM 6 juli 2010 (GK), nr. 41615/07, «EHRC» 2010/93 m.nt. Rutten; *S.L. & J.L. t. Kroatië*, EHRM 7 mei 2015, nr. 13712/11,

«EHRC» 2015/154 m.nt. Florescu) hoogtij in Straatsburg. Niet alleen laat het Hof zien dat het IVRK als interpretatie-instrument van EVRM-bepalingen zeer serieus wordt genomen en daarbij ook de bijbehorende General Comments en andere kinderrechtendocumenten, maar met deze motivering doet het Hof daadwerkelijk een concrete en belangrijke stap vooruit in het implementeren en respecteren van het recht van elk kind om gehoord te worden in beslissingen die hem of haar aangaan. Het Hof oordeelt niet slechts over art. 3 EVRM, maar bewandelt ook de weg van art. 8 EVRM, aangezien de procedurele rechten van M. ten aanzien van de gezagsprocedure – voortvloeiend uit haar recht op persoonlijke autonomie – niet uit art. 3, maar wel uit art. 8 EVRM afgeleid kunnen worden. Daarmee wordt het recht van minderjarigen om bij elke beslissing die hen aangaat gehoord te worden, benadrukt.

Hierbij blijft vreemd genoeg in het midden of de benoeming van de bijzondere curator voor M. in dit opzicht betekende dat sprake was van een 'effectieve' manier voor M. om te participeren in de procedure (zie de eerder aangehaalde noot van Florescu bij *S.L. & J.L. t. Kroatië*). Uit de uitspraak valt impliciet af te leiden dat dit niet het geval is geweest en dat daarom sprake was van een schending van art. 8 EVRM, nu M. niet heeft kunnen participeren in de procedure. Maar waarom de bijzondere curator niet heeft kunnen zorgen voor effectieve participatie van M. en of het Hof dit punt überhaupt heeft meegenomen bij haar weging, daarvan blijven we in het ongewisse.

Winst en verlies dus met deze zaak; M. zal, als slachtoffer van een vechtscheiding, ongelukkig terugkijken op haar jeugd, maar wel heeft haar klacht in Straatsburg aanleiding gegeven voor deze belangrijke nieuwe overwinning van kinderrechten bij de interpretatie van (art. 8 van) het EVRM.

M. Bruning

Hoogleraar Jeugdrecht Universiteit Leiden