



Universiteit
Leiden
The Netherlands

Pleegrechten voor kinderen: Een onderzoek naar het realiseren van de rechten van kinderen die in het kader van een ondertoezichtstelling in een pleeggezin zijn geplaatst

Zon, K.A.M. van der

Citation

Zon, K. A. M. van der. (2020, October 8). *Pleegrechten voor kinderen: Een onderzoek naar het realiseren van de rechten van kinderen die in het kader van een ondertoezichtstelling in een pleeggezin zijn geplaatst*. Meijers-reeks. Boom Juridisch. Retrieved from <https://hdl.handle.net/1887/137311>

Version: Publisher's Version

License: [Licence agreement concerning inclusion of doctoral thesis in the Institutional Repository of the University of Leiden](#)

Downloaded from: <https://hdl.handle.net/1887/137311>

Note: To cite this publication please use the final published version (if applicable).

Cover Page



Universiteit Leiden



The handle <http://hdl.handle.net/1887/137311> holds various files of this Leiden University dissertation.

Author: Zon, K.A.M. van der

Title: Pleegrechten voor kinderen: Een onderzoek naar het realiseren van de rechten van kinderen die in het kader van een ondertoezichtstelling in een pleeggezin zijn geplaatst

Issue Date: 2020-10-08

‘Volwassenen begrijpen de dingen niet uit zichzelf, het is vermoeiend voor kinderen om ze altijd maar uit te blijven leggen hoe de dingen echt werken.’

Antoine de Saint-Exupéry, *De kleine prins*

‘My Lords, this is, and has always been a case about children, their rights and the rights of their parents and teachers. Yet there has been no one here or in the courts below to speak on behalf of children. No litigation friend has been appointed to consider the rights of the pupils... No non-governmental organisation ... has intervened to argue a case on behalf of children as a whole. The battle has been fought on ground selected by the adults.’¹

Baroness Hale in *Williamson v. Secretary of State for Education and Employment*

2.1 INLEIDING

De in de inleiding van dit boek besproken zaak *Gregory K.* bracht veel discussie teweeg over de betekenis van kinderrechten. Centraal in die discussie stond de verhouding tussen de rechten van het kind en die van zijn familie. De ouders van het kind zijn immers als gezagsdragers verantwoordelijk voor de opvoeding en verzorging van hun kind. In die hoedanigheid zijn ze ook bevoegd om beslissingen te nemen over het kind en hem te vertegenwoordigen in rechte. De ouder kan zo het kind beperken in de uitoefening van zijn rechten, bijvoorbeeld door hem huisarrest te geven of hem te verplichten deel te nemen aan religieuze activiteiten. Tegelijkertijd is de bevoegdheid van de ouder niet onbegrensd. Het kind heeft ook zelfstandige rechten. Zo zal de staat bijvoorbeeld ingrijpen als het kind voortdurend huisarrest wordt opgelegd, of wanneer een meisje gedwongen wordt zich te laten besnijden. De rechten van het kind kunnen dus weliswaar worden ingevuld door de ouders, maar er zijn grenzen.

De zaak over het pleegkind Gregory K. zette het debat over die grenzen op scherp. In deze zaak probeerde Gregory immers zijn rechten in te zetten *tegen* zijn ouders. Zijn belang op een ongestoorde ontwikkeling in zijn pleeg-

1 Baroness Hale, zoals geciteerd in: Tobin 2009, p. 594.

gezin stond lijnrecht tegenover het belang van zijn ouders op een voortgezet familieleven met hun kind. Een dergelijke tegenstelling komt vaak voor bij pleegkinderen. Vooral bij pleegzorgplaatsingen in een justitieel kader zullen de rechten en belangen van de ouders vaak niet synchroon lopen met de rechten en belangen van het kind.

Dit onderzoek draait om kinderen zoals Gregory en de vraag welke rechten zij hebben. Om een antwoord te kunnen geven op de vraag welke rechten pleegkinderen hebben, dient daarom eerst te worden ingegaan op de verhouding tussen de rechten van kinderen en die van hun ouders. Vervolgens zal ook de rol van de staat worden geanalyseerd. De staat kan immers als '*parens patriae*'² ingrijpen wanneer ouders hun taken niet naar behoren vervullen.³ In dit hoofdstuk staan daarom drie vragen centraal. Allereerst de vraag naar de rechtssubjectiviteit van het kind. Welke rechten heeft het pleegkind zelf? Of, anders geformuleerd, komen alle rechten uit kinder- en mensenrechtenverdragen onverkort toe aan pleegkinderen? Zowel het IVBPR als het EVRM omvatten bijvoorbeeld het recht op toegang tot de rechter.⁴ Tegelijkertijd zijn beperkingen voor kinderen om zich te kunnen wenden tot een rechter alom geaccepteerd. Dat lijkt te impliceren dat dergelijke rechten niet (onverkort) toekomen aan kinderen. Voor een goed begrip van de rechten van het pleegkind dient daarom eerst onderzocht te worden in hoeverre alle bepalingen in kinder- en mensenrechtenverdragen onverkort toekomen aan kinderen.

Wanneer is vastgesteld welke rechten het pleegkind zelfstandig toekomen, kan vervolgens worden gekeken naar de rol van de ouders in het realiseren van deze rechten. Hierboven is al meermalen opgemerkt dat ouders hierin een centrale rol spelen. Maar in hoeverre kan het kind zelf zijn rechten uitoefenen, wanneer de ouder dat niet doet? Als het recht op toegang tot de rechter toekomt aan pleegkinderen kan hij dat recht dan ook inzetten tegen zijn ouders zoals Gregory deed?

Het in kaart brengen van de rechten van het kind en de rol van de ouders bij het realiseren van deze rechten, geeft echter nog geen volledig overzicht van het spanningsveld waaruit de rechtspositie van het pleegkind bestaat. Naast het kind en de ouders speelt immers ook de staat een belangrijke rol bij beslissingen over pleegkinderen. Wanneer de ouders onvoldoende in staat

2 De rol van de overheid als *parens patriae* verwijst naar de verplichting van de staat om toe te zien op het welzijn van de minderjarigen in het land. Zie over de rol van de staat als *parens patriae* o.m. Weijers 2016 en De Langen 1989.

3 De driehoeksverhouding tussen kinderen, ouders en de staat is uitgebreid besproken in de literatuur. Zie onder meer Willems 1999; Tisdall 2006; Fortin 2009 en Day Sclater & Piper 2000.

4 Het recht op toegang tot de rechter kan onder het IVBPR worden afgeleid uit artikel 14 IVBPR, vgl. VN-Mensenrechtencomité 20 oktober 1993, comm. nr. 468/1991 (*Bahamonde tegen Equatoriaal Guinea*), par. 9.4. Zie ook VN-Mensenrechtencomité 2007, par. 9-12. Onder het EVRM kan het recht op toegang tot de rechter worden afgeleid uit artikel 6 EVRM, vgl. EHRM 21 februari 1975, appl. no. 4451/70 (*Golder tegen het Verenigd Koninkrijk*), par. 35.

zijn om de rechten van het kind te realiseren, zal immers de staat ingrijpen. Met het ingrijpen van de staat begint de pleegzorgplaatsing. Voor deze én de daaropvolgende beslissingen (waar komt het kind te wonen; met wie heeft het omgang; en waar zal het kind uiteindelijk opgroeien) zullen de belangen van het kind steeds leidinggevend zijn.⁵ Over de wijze waarop deze belangen van het kind vastgesteld moeten worden, is uitgebreid geschreven. Een zorgvuldige besluitvorming over pleegkinderen vereist dan ook dat allereerst zal worden ingegaan op de wijze waarop de belangen van het kind vastgesteld dienen te worden.

In dit hoofdstuk zal achtereenvolgens worden ingegaan op de hierboven beschreven vragen omtrent het kind als subject van rechten (par. 2.2); het uitoefenen van rechten (par. 2.3) en het vaststellen van de belangen van het kind (par. 2.5). Dit zal uiteindelijk leiden tot een overzicht van de uitgangspunten voor het nemen van beslissingen over pleegkinderen vanuit een kinderrechtenbenadering.

2.2 HET KIND ALS SUBJECT VAN RECHTEN

De vraag of het kind zelfstandig subject kan zijn van rechten heeft tot uitvoerig debat in de literatuur geleid.⁶ Centraal staat de vraag in hoeverre een kind in staat is om weloverwogen beslissingen te nemen en welke gevolgen dat dan zou moeten hebben voor zijn rechten. Sommigen zijn van mening dat het ontbreken van de capaciteit om weloverwogen beslissingen te nemen, in de weg staat aan de rechtssubjectiviteit van het kind.⁷ Kinderen die nog niet kunnen overzien wat de gevolgen van hun handelen zijn, zouden zo geen zelfstandige rechten toebedeeld moeten krijgen. Exemplarisch voor deze visie is de zaak *Reklos en Davourlis tegen Griekenland*, die in 2009 werd beoordeeld door het EHRM.⁸ De Griekse rechtbank had in deze zaak gesteld over de rechten van de pasgeboren Anastasios Reklos dat:

‘(...) In any event, the personality rights of the new-born baby cannot have been affected because, just after birth, his psychological and emotional environment had not yet been formed and the recording of his face on

5 Vgl. artikel 3 IVRK; zie over de rol van de staat bij overheidsinterventie en het bepalen van de belangen van het kind daarbij o.m. De Langen 1989; De Ruyter 1993; Kalverboer & Zijlstra 2006; Weijers 2014 en Liefwaard 2016.

6 Zie voor een handzaam overzicht Hanson 2012. Zie ook Freeman 2003; Freeman 2007a; Farson 1974; Holt 1974 en Guggenheim 2005. Van Bueren wijst erop dat beantwoording van de vraag in hoeverre het kind zelfstandig subject is van rechten van belang is omdat het bepaalt welke rechten aan het kind toekomen; zie Van Bueren 1995, p. 32.

7 Vgl. bijv. O'Neill 1992 p. 39. Zie voor een uitgebreider overzicht Tobin 2013, p. 395-396.

8 EHRM 15 januari 2009, appl. no. 1234/05 (*Reklos en Davourlis tegen Griekenland*).

a photograph cannot have had any negative consequences for his subsequent development’.⁹

De rechten van de baby waren dus volgens de Griekse rechtbank niet geschon- den, omdat de baby simpelweg te klein was om een begrip te hebben van zijn rechten. En ook het Griekse Hof van beroep kwam bijna een jaar later tot eenzelfde conclusie. In de uitspraak van het Hof van beroep is te lezen:

‘according to the conclusions drawn from common practice, the personality, emotional environment and mental maturity of a new-born baby, only one day old, are not sufficiently developed for it to perceive an infringement of its personality rights, as has been alleged’.¹⁰

Zowel de Griekse rechtbank als het Griekse gerechtshof stellen het bestaan van persoonlijke rechten van de baby hiermee afhankelijk van de *capaciteiten* van de baby. Een redenering die, zoals hieronder zal blijken, niet gevolgd wordt door het EHRM.¹¹

2.2.1 Is de rechtssubjectiviteit afhankelijk van de capaciteiten van het kind?

De benadering van de Griekse Hoven, waarin het bezit van rechten afhankelijk is van de capaciteiten van het rechtssubject, sluit aan bij een benadering van rechtssubjectiviteit die veelal wordt omschreven als de *choice-theory*.¹² Hoewel het in dit kader te ver gaat om een volledige uiteenzetting van deze theorie te geven, kan het wel verhelderend zijn om kort in te gaan op de centrale idee daarin.

Belangrijk binnen de *choice-theory* is het in de inleiding besproken verschil tussen het *hebben* van rechten en het *uitoefenen* daarvan. Voor de zelfbeschik- kingsrechten, zoals het recht op vrijheid van meningsuiting of het recht op vrije vereniging en vergadering, geldt dat het rechtssubject moet handelen om het recht uit te oefenen. Om het recht op vrijheid van meningsuiting te effectueren moet het kind bijvoorbeeld een mening vormen en deze uiten. Dat is anders dan bij (de meeste) beschermingsrechten die passief kunnen worden genoten. Binnen de *choice-theory* wordt ervan uitgegaan dat het voor het hebben van rechten noodzakelijk is dat de rechthebbende in staat is om zijn rechten zelfstandig uit te oefenen. Een gebrek aan capaciteit – of ontwikkelde vermo-

9 Zoals geciteerd in EHRM 15 januari 2009, appl. no. 1234/05 (*Reklos en Davourlis tegen Griekenland*), par. 11.

10 EHRM 15 januari 2009, appl. no. 1234/05 (*Reklos en Davourlis tegen Griekenland*), par. 11.

11 EHRM 15 januari 2009, appl. no. 1234/05 (*Reklos en Davourlis tegen Griekenland*), par. 43.

12 Ook wel ‘*will-theory*’; zie onder meer Ross 2014, p. 44; Arce 2015, p. 284-285, en Tobin 2013, p. 401.

gens – leidt daarmee tot het ontzeggen van rechten. Verschillende auteurs hebben op basis hiervan bepleit dat kinderen geen zelfbeschikkingsrechten toegekend zouden moeten krijgen,¹³ of dat jonge kinderen helemaal geen rechten toe zouden komen. Het meest cynisch wordt de benadering samengevat door O'Neill die stelt over kinderen en hun rechten: 'their main remedy is to grow up'.¹⁴

Op deze benadering, waarin de rechten van kinderen afhankelijk worden gesteld van hun capaciteiten, is ook kritiek. Federle stelt:

'[h]aving a right means the power to command respect, to make claims and to have them heard. But if having a right is contingent upon some characteristic, like capacity, then holding the right becomes exclusive and exclusionary: thus, only claims made by a particular group of (competent) beings will be recognized. (...). There is historicity to the claim that rights for excluded groups evolve from paternalistic notions of the need to protect the weak and ignorant to recognition of capacity and autonomy, for this has been the experience of women and people of colour. Children however, have been unable to redefine themselves as competent beings; thus, powerful elites decide which, if any, of the claims made by children they will recognize'.¹⁵

Volgens Federle zou het ontzeggen van rechten, vanwege de in ontwikkeling zijnde capaciteiten van het kind, er dus toe leiden dat kinderen zijn overgeleverd aan de goede wil van diegenen die over hen beslissen. Bovendien is het de vraag wie bepaalt wanneer iemand wel of niet over voldoende capaciteit beschikt om te beslissen.

Tegenover de *choice-theory* staat de *interest-theory*, een theorie die veel navolging vindt in de literatuur.¹⁶ Voor aanhangers van de *interest*-theorie is het niet relevant dat een rechtssubject niet over de capaciteiten beschikt om rechten uit te oefenen. Waar het om gaat is 'merely to be a direct beneficiary of someone else's duty bound performance to recognise the interest of the rights holder'.¹⁷ Het rechtssubject onder mensenrechtenverdragen is dan rechthebbende enkel en alleen omdat hij of zij mens is. Het uitgangspunt van de *interest*-theorie is zo dat mensenrechten toekomen aan ieder mens, zonder onderscheid op welke grond dan ook. Daarbij gaat het volgens Freeman om

13 Zie voor een overzicht Tobin 2013, p. 395-396.

14 O'Neill 1992 p. 39. Zie voor een uitgebreide kritiek op dit perspectief Freeman 2007a, p. 10. Fortin reageert op de stelling van O'Neill door te stellen dat dit een 'counsel of despair' betreft. Zie Fortin 2009, p. 14.

15 Federle 1994, p. 344.

16 Zie bijv. Tobin 2013, p. 403; Fortin 2009, p. 13 en Freeman 2010, p. 21.

17 Tobin 2013, p. 403.

het meest fundamentele recht, het door Arendt (in een volstrekt andere context) beschreven 'recht om rechten te hebben'.¹⁸

Zoals hieronder zal blijken sluit de *interest-theory* het meest aan bij de benadering in kinder- en mensenrechtenverdragen. Niet de capaciteiten van het kind, maar zijn mens-zijn bepaalt dat hij houder is van rechten.

2.2.2 Het kind als subject van rechten in kinder- en mensenrechtendocumenten

Centraal in dit onderzoek staan het IVRK, het IVBPR en het EVRM. Alle drie de verdragen erkennen, zoals hieronder zal blijken, het kind als subject van rechten.

Het IVRK kent kinderen verschillende rechten toe die slechts kunnen worden uitgeoefend door te handelen. Daarmee maakt het IVRK direct duidelijk dat het voor het hebben van rechten niet altijd noodzakelijk is om rechten ook te kunnen uitoefenen. Voorbeelden van rechten die het IVRK toekent aan kinderen zijn het recht op vrijheid van meningsuiting,¹⁹ het recht op vrijheid van gedachte, geweten en godsdienst²⁰ en het recht op vrijheid van vereniging en vergadering.²¹ Alle vereisen ze actie om de rechten tot gelding te brengen. Maar ook op andere plekken in het Verdrag wordt aan kinderen de mogelijkheid toegekend om rechten uit te oefenen. Zo erkent artikel 31 het recht op 'vrije deelneming aan het culturele en artistieke leven'. In artikel 2 wordt de politieke mening van het kind als discriminatiegrond genoemd, terwijl kinderen op grond van artikel 9 informatie over een afwezig gezinslid kunnen opvragen. Op grond van lid 2 van artikel 9 moeten kinderen gehoord worden in zaken betreffende de scheiding van ouders en kinderen. Ook moeten dienen kinderen op grond van artikel 24 te worden geïnformeerd over gezondheid, hygiëne, sanitaire voorzieningen en het voorkomen van ongevallen.²²

Onder het IVRK kan er derhalve geen discussie bestaan of het kind subject is van rechten. Over het algemeen wordt aangenomen dat de erkenning van het kind als subject van rechten voor het eerst werd vastgelegd in het IVRK.²³ Toch valt uit eerder opgestelde mensenrechtenverdragen ook reeds de rechtssubjectiviteit van het kind af te leiden. In artikel 6 van de Universele Verklaring voor de Rechten van de Mens,²⁴ de verklaring die de basis legde voor het

18 Freeman 2007a, p. 8. Freeman verwijst hier naar Arendt 1976, p. 298. Zie ook VN-Kinderrechtencomité 2003b, par. 21 en 66.

19 Artikel 13 IVRK.

20 Artikel 14 IVRK.

21 Artikel 15 IVRK.

22 Zie hierover Brems 2002, p. 27.

23 Blaak e.a. 2012, p. 1; Willems 2005, p. 94.

24 Vanaf hier: UVRM.

latere IVBPR, wordt gesteld dat *een ieder* het recht heeft om te worden erkend als persoon voor de wet. Die formulering wordt herhaald in artikel 16 IVBPR.²⁵ De artikelen maken geen uitzondering ten aanzien van kinderen en bevestigen dus impliciet dat kinderen in aanmerking komen voor het toekennen van rechten.²⁶

Uit bestudering van de *travaux préparatoires* bij het UVRM en het IVBPR komt naar voren dat de insluiting van kinderen in het recht op erkenning als persoon voor de wet geen bewuste keuze is geweest van de opstellers van de mensenrechtendocumenten maar eerder een toevallige 'bijvangst'. Bij het opstellen van de UVRM komt de vraag naar toepasbaarheid van mensenrechten op kinderen simpelweg niet aan bod. Over de betekenis van 6 UVRM stellen de opstellers dat het bedoeld is als de 'recognition of the legal status of every individual and of his capacity to exercise rights and enter into contractual obligations'.²⁷ Hieruit zou kunnen worden afgeleid dat het recht op erkenning als persoon voor de wet onder artikel 6 UVRM zowel de erkenning van het kind als houder of subject van rechten, als ook de capaciteit om deze rechten uit te oefenen omvat. Later, bij het opstellen van het IVBPR, nemen de opstellers echter een iets genuanceerder standpunt in. De opstellers bepleiten dat wie subject van rechten is niet automatisch ook de mogelijkheid heeft om rechten uit te oefenen. Dat neemt volgens hen echter niet weg dat die rechten wel toekomen aan het individu;²⁸ alle rechten uit het UVRM en het IVBPR zijn dus van toepassing op kinderen.²⁹ Dat volgt ook uit artikel 2 van zowel de UVRM als het IVBPR, waarin staat dat de lidstaten alle rechten uit het verdrag voor een ieder moeten waarborgen. Ook onder het IVBPR is de capaciteit om te kunnen handelen dus geen noodzakelijke voorwaarde voor het hebben van rechten, waarmee het IVBPR net als het IVRK aansluit bij de *interest-theory*.

25 De erkenning van een ieder als subject van rechten geldt als *sine qua non* voor voor alle andere mensenrechten waardoor het recht is opgenomen in de lijst met bepalingen waar, ook in noodsituaties, niet van kan worden afgeweken; zie artikel 4 lid 1 en 2 IVBPR. Nowak stelt over het recht op erkenning als persoon voor de wet '(...) without this right, the individual could be degraded to a mere legal object, where he or she would no longer be a person in the legal sense and thus be deprived of all other rights', Nowak 2005, p. 369.

26 Vgl. ook VN-Hoge Commissaris voor de Mensenrechten 2005, p. 5 waarin staat: 'According to Article 16 of the ICCPR, 'everyone' – women and men, children of both sexes, citizens, foreigners and stateless persons – have the right to have their status and capacity recognised in the legal order. Each of this is a 'person', with status and capacity in the legal order; each has rights and assumes obligations'.

27 UN-Doc A/2929, par. 97.

28 Zie UN doc A/4625, par. 25. Zie ook VN-Hoge Commissaris voor de Mensenrechten 2005, p. 9.

29 Van Bueren 1998, p. 19; Kubota 1990, p. 16 en Liefwaard 2008, p. 25.

Datzelfde geldt voor het EVRM. Onder het EVRM kunnen kinderen geen beroep doen op het recht op erkenning als persoon voor de wet, nu dat artikel niet is opgenomen in het EVRM.³⁰

Opname van een dergelijk recht werd door de opstellers onnodig geacht en kon bovendien worden afgeleid uit andere artikelen in het verdrag.³¹ Het EVRM omvat echter net als de UVRM en het IVBPR wel de verplichting voor lidstaten om de rechten en plichten uit het EVRM te verzekeren voor *een ieder*.³² Uit de *travaux préparatoires* bij het artikel blijkt dat de opstellers van het EVRM het artikel bewust zo hebben geformuleerd dat de groep adressanten zo breed mogelijk is. Nergens werd ook maar geopperd om kinderen uit te sluiten van deze bescherming.³³ Dat wordt ook bevestigd in de jurisprudentie van het EHRM waarin het kind als houder van de rechten wordt beschouwd, terwijl daarvoor niet vereist is dat het kind ook de capaciteit heeft om rechten uit te oefenen.³⁴

Met de komst van het IVRK is derhalve bevestigd wat reeds uit de algemene mensenrechtenverdragen viel af te leiden: het kind is zelfstandig houder van rechten ongeacht zijn mogelijkheden die rechten uit te oefenen. Van belang is daarbij nog te wijzen op artikel 41 IVRK, waarin staat dat de bepalingen in het IVRK niet gelezen kunnen worden als beperking van rechten die zijn vervat in andere verdragen, of in de nationale wetgeving.³⁵ Dat een recht uit het

30 De tekst van het EVRM is veel minder omvattend dan die van de *Bill of Rights* (het IVBPR; het IVESCR en de Universele Verklaring voor de Rechten van de Mens). Tijdens het opstellen van het Verdrag was de algemene mening dat – zo kort na de Tweede Wereldoorlog – gebruikgemaakt moest worden van het momentum waarin veel ondersteuning voor erkenning van mensenrechten was. Men vond het daarom beter om tot een korte, niet-controversiële tekst te komen die snel geratificeerd kon worden. Hierdoor is de bescherming die het verdrag biedt beperkt gebleven tot die rechten die noodzakelijk werden geacht voor een democratische levensstijl en omvat het een beperktere bescherming van burgerlijke en politieke rechten dan bijvoorbeeld het IVBPR. Deels zijn deze beperkingen in de oorspronkelijke verdragstekst aangevuld in optionele protocollen; zie hierover Harris, O’Boyle & Warbrick 2009, p. 3.

31 VN-Hoge Commissaris voor de Mensenrechten 2005, p. 3-4.

32 Artikel 1 EVRM.

33 Raad van Europa, *Travaux Préparatoires* bij het EVRM, p. 34, te raadplegen via: [www.echr.coe.int/LibraryDocs/Travaux/ECHRTravaux-ART1-COUR\(77\)9-EN1290551.pdf](http://www.echr.coe.int/LibraryDocs/Travaux/ECHRTravaux-ART1-COUR(77)9-EN1290551.pdf).

34 Zie onder meer EHRM 15 januari 2009, appl. no. 1234/05 (.), EHRM 30 oktober 2012, appl. no. 57375/08 (*P. en S. tegen Polen*); EHRM 23 september 1998, appl. no. 25599/94 (*A. tegen het Verenigd Koninkrijk*) en EHRM 8 september 2015, appl. no. 10161/13 (*M. en M. tegen Kroatië*). Bovendien interpreteert het Hof de bepalingen in het EVRM veelal op een wijze die voordelig uitpakt voor kinderen; zie daarover Kilkelly 1999, p. 4. Zie ook De Langen die in 1989 al stelde dat alle rechten in het EVRM geldigheid hebben voor kinderen, nu deze werking nergens in het verdrag is uitgesloten en in jurisprudentie inmiddels als vanzelfsprekend is aangenomen; zie De Langen 1989, p. 294.

35 Tijdens het opstellen van het IVRK is nog een verdergaand voorstel gedaan door de Duitse afgevaardigde waarin stond dat ‘The States Parties shall ensure (sub a) that all human rights recognized by them also apply to children en (sub b) that general human rights as enshrined in the International Covenant on Civil and Political Rights even apply to children, if a State Party to the present Convention is not a Party to the Covenant.’ Hoewel positief werd

IVBPR of het EVRM niet is opgenomen in het IVRK rechtvaardigt dus niet de conclusie dat het recht dan ook niet of slechts beperkt geldt voor kinderen.³⁶

Resumerend kan zo worden gesteld dat naast de rechten uit het IVRK, ook de algemene mensenrechten uit het EVRM en het IVBPR onverkort van toepassing zijn op kinderen.³⁷ Nergens wordt in de kinder- en mensenrechtenverdragen de capaciteit om te handelen als voorwaarde gesteld voor het hebben van rechten. Zo oordeelde ook het EHRM in de reeds aangehaalde zaak over de pasgeboren Anastasios Reklos, wiens rechten onder artikel 8 EVRM volgens het EHRM inderdaad geschonden waren, ongeacht het door de Griekse hoven aangevoerde argument dat de baby nog niet in staat was zijn rechten uit te oefenen.³⁸ De specifieke kinderrechtenbepalingen moeten worden beschouwd als aanvullende bescherming naast de reeds bestaande bescherming uit de algemene mensenrechtenverdragen. Daarmee sluiten de mensenrechtenverdragen derhalve aan bij de *interest-theorie*. Het enkele feit dat het kind mens is, en daarmee de beoogde adressant van de rechten uit het verdrag, maakt dat de rechten op hem van toepassing zijn.

In dit proefschrift vormt de erkenning van het kind als subject van rechten het startpunt van iedere beslissing over kinderen. Niet alleen sluit dat aan bij de benadering in mensenrechtenverdragen, het voorkomt ook dat kinderen voor de toekenning van rechten afhankelijk zijn van anderen. Het uitgaan van de *choice-theory* zou immers impliceren dat iemand voor het kind moet oordelen dat hij of zij in staat is om rechten uit te oefenen. Is het kind dat niet, dan zouden die rechten waarvoor noodzakelijk is dat ze worden uitgeoefend, niet op het kind van toepassing zijn. Daarmee zou een groot aantal rechten, zeker voor jonge kinderen, ter discussie komen te staan. Dat is onwenselijk voor de rechtsbescherming van (jonge) kinderen, en in het bijzonder voor de rechtsbescherming van kinderen die er niet op kunnen vertrouwen dat hun ouders hun rechten voor hen uitoefenen.

gereageerd op het voorstel heeft het de uiteindelijke tekst van het IVRK niet gehaald omdat men van mening was dat de onderhandelingen te ver gevorderd waren voor een dergelijke verstrekkende aanvulling. Bovendien was de strekking van de bepaling reeds vervat in artikel 41 IVRK; vgl. *Working Group to the Commission on Human Rights* 1989, UN-doc E/CN.4/1989/48, par. 695-703.

36 Zoals het recht op een daadwerkelijk rechtsmiddel dat wel is vastgelegd in artikel 13 EVRM en in artikel 2 lid 3 IVBPR, maar niet in het IVRK. Desalniettemin stelt het VN-Kinderrechtencomité in *General Comment* nummer 5 dat het recht op een effectief rechtsmiddel wel impliciet is af te leiden uit het IVRK, nu rechten slechts betekenis hebben wanneer ze ook kunnen worden afgedwongen. Zie VN-Kinderrechtencomité 2003b, par. 24.

37 Van Bueren 1995, p. 19; Vučković Šahović, Doek en Zermatten 2012, par. 1.2.1; Kubota 1990, p. 16 en Liefwaard 2008, p. 25.

38 EHRM 15 januari 2009, appl. no. 1234/05 (*Reklos en Davourlis tegen Griekenland*).

2.3 DE INVLOED VAN 'ONTWIKKELENDE VERMOGENS' OP HET UITOEFENEN VAN RECHTEN

De eerste vraag omtrent de rechten van pleegkinderen – komen alle rechten uit kinder- en mensenrechtenbepalingen onverkort toe aan pleegkinderen – dient dus bevestigend beantwoord te worden. De tweede vraag ziet op de mogelijkheid om rechten uit te oefenen en de rol die ouders spelen bij het uitoefenen van de rechten van hun kind. Hoewel de algemene mensenrechtenverdragen nergens expliciet de mogelijkheid bieden om rechten te beperken naar gelang de vermogens van het kind zijn ontwikkeld, worden dergelijke beperkingen wel in alle rechtssystemen op de wereld erkend.³⁹ Dat is ook niet verwonderlijk. Hoewel capaciteit geen rol mag spelen bij het toekennen van rechten, kan eveneens niet worden ontkend dat het kind zich ontwikkelt en daarom niet in alle gevallen in staat zal zijn om zijn recht zelfstandig uit te oefenen. Het gevolg daarvan is, zoals hieronder zal blijken, echter niet dat rechten van kinderen wier vermogens nog niet ten volle zijn ontwikkeld ontkend kunnen worden. Ook een jong kind heeft rechten, het punt is veeleer dat het extra ondersteuning moet krijgen om er daadwerkelijk voor te zorgen dat zijn rechten ook gerealiseerd worden.

Het bieden van extra ondersteuning aan kinderen wanneer hun capaciteiten daar aanleiding toe geven klinkt eenvoudig. Toch levert ook dit dilemma's op. Juist de 'zich ontwikkelende vermogens'⁴⁰ van het kind zijn voer voor discussie in de literatuur.⁴¹ Enerzijds wil men geen onderscheid maken tussen volwassenen en kinderen waar het gaat om de mogelijkheid om rechten uit te oefenen. Anderzijds moet ook erkend worden dat niet van alle kinderen kan worden verwacht dat zij zelfstandig in staat zijn om hun rechten uit te oefenen. Zo zullen weinigen bepleiten dat ouders de bewegingsvrijheid van hun driejarige peuter op straat niet mogen beperken omdat dat in strijd zou zijn met zijn recht om zich vrijelijk te verplaatsen.⁴²

2.3.1 Het uitoefenen van rechten in kinder- en mensenrechtendocumenten

De vraag in hoeverre kinderen hun rechten zelfstandig uit kunnen oefenen komt alleen in het IVRK expliciet aan bod. Artikel 5 IVRK stelt dat ouders het kind passende leiding en begeleiding geven bij de uitoefening *door het kind* van zijn rechten in het IVRK. Het is dus het kind dat zijn rechten uitoefent, terwijl zijn ouders hem daarin begeleiden. Hier wordt dus niet zozeer van

39 *Office of the United Nations High Commissioner for Human Rights* 2005, p. 9.

40 Artikel 5 IVRK.

41 Zie hierover onder meer Varadan 2019; Hanson 2012; Freeman 2003; Freeman 2007a; Farson 1974; Holt 1974 en Guggenheim 2005.

42 Artikel 2 Vierde Protocol EVRM.

beperking in de uitoefening gesproken, maar van begeleiding. De betekenis van die bewoordingen wordt duidelijker in het licht van de totstandkoming van artikel 5 IVRK.⁴³

Bestudering van de totstandkoming van artikel 5 IVRK laat zien dat het artikel voortkomt uit een veralgemenisering van artikel 6 van de *Revised Draft Convention on the Rights of the Child*.⁴⁴ Daarin stond dat ouders het recht hebben om te bepalen waar het kind woont. In 1981 stelde de Deense afgevaardigde voor om dit artikel te vervangen door een artikel waarin de rol van ouders in meer algemene zin wordt beschreven. Het voorstel luidde: 'Parents or other guardians have the main responsibility for the child. Every State Party has, however, the responsibility to satisfy the needs of the child and ensure the child the rights set forth in this Convention.'⁴⁵

In deze formulering was het artikel met name gericht op de verantwoordelijkheid van de ouders voor de ontwikkeling van het kind. De meer op het kind gerichte benadering in het uiteindelijke artikel 5 IVRK, waarin de rol van de ouders direct wordt gekoppeld aan de uitoefening van rechten door het kind, komt pas tot stand in 1987. Deze verschuiving werd voorgesteld door de gedelegeerden van Australië en de Verenigde Staten. Zij opperden om de volgende tekst op te nemen in artikel 5 van het Verdrag:

'To help the child enjoy the rights enumerated in this Convention, States Parties undertake to protect the family as the natural and fundamental unit of society. Parents or legal guardians shall enjoy the primary rights and responsibilities for the care, upbringing and development of the child, having due regard for the importance of allowing the child to develop the skills and knowledge required for an independent adulthood.'⁴⁶

De Canadese afgevaardigde benadrukte het belang van deze nieuwe formulering. Volgens hem werd in de nieuwe tekst de ouderlijke verantwoordelijkheid direct gekoppeld aan het genot (*to enjoy*)⁴⁷ door het kind van zijn of haar rechten. Hij wees erop dat een dergelijke benadering ook al was opgenomen in de artikelen omtrent godsdienstvrijheid en onderwijs. Daarop stelde hij voor op basis van deze specifiekere bepalingen een algemeen geldend artikel te formuleren waarin duidelijk zou worden dat deze benadering relevant is voor

43 Zie daarover ook Varadan 2019.

44 UN doc E/CN.4/1349.

45 UN doc HR/(XXXVII)/WG.1/WP.21.

46 UN doc E/CN.4/1987/25 par. 100.

47 De engelse term 'to enjoy' wordt in de Nederlandse vertaling van het IVBPR vooral vertaald als het genot van rechten of het benutten van rechten. In de preambule bij het IVBPR wordt 'to enjoy' éénmaal vertaald met het 'uitoefenen van rechten'. Ook in het IVRK wordt de 'enjoyment of rights' vertaald met 'het genot van rechten' (vgl. art 22 lid 1 en artikel 44 lid 1 IVRK).

alle rechten uit het verdrag. De Nederlandse gedelegeerde kwam vervolgens met het volgende voorstel:

‘The States Parties to the present Convention shall respect the rights and duties of the parents and, where applicable, legal guardians, to provide direction to the child in the exercise of his rights enumerated in this Convention in a manner consistent with the evolving capacities of the child, having due regard for the importance of allowing the child to develop the skills and knowledge required for an independent adulthood.’⁴⁸

Met dit voorstel was het uiteindelijke artikel 5 IVRK geboren. Het artikel werd na nog enkele tekstuele aanpassingen opgenomen in de uiteindelijke versie van het Verdrag. Tijdens de second reading in 1989 werd nog gesteld dat artikel 5

‘reflected the delicate balance between the rights of children and the correlative rights of parents. If the emphasis was placed on the evolving capacities of the child in accordance with his age, the parents also had a role to play. Attention should be given to the growing child, and to his evolving capacities in a positive environment. The parents’ rights in respect of bringing up the child were already well protected in article 8’ [artikel 18 van de uiteindelijke tekst van het verdrag].⁴⁹

Daarmee werd duidelijk gemaakt dat artikel 5 IVRK draait om het recht van het kind en niet op het recht van ouders om hun kinderen op te voeden, dat aan bod komt in artikel 18 IVRK.

De bedoeling van de opstellers om een artikel te formuleren dat zich uitstrekt over het gehele verdrag, werd vervolgens echter enigszins ondermijnd door het VN-Kinderrechtencomité dat in zijn eerste bijeenkomst besloot artikel 5 IVRK *niet* aan te wijzen als ‘*general principle*’. Desalniettemin wordt in de juridische literatuur ondertussen aangenomen dat artikel 5 IVRK zich uitstrekt over het gehele verdrag.⁵⁰ Hanson en Lundy stellen voor om artikel 6 als ‘*general principle*’ te vervangen door artikel 5 IVRK, nu dit laatste artikel bedoeld was om betekenis te hebben voor het gehele verdrag.⁵¹ Van Bueren gaat nog verder en beschrijft het artikel als ‘*new principle of interpretation in international law*’.⁵² Varadan heeft bestudeerd hoe het VN-Kinderrechtencomité het begrip ‘*evolving capacities*’ gebruikt in zijn *General Comments*. Zij concludeert dat het begrip door het Comité niet alleen wordt gebruikt in relatie tot de ouderlijke

48 UN doc E/CN.4/187/25, par. 105.

49 UN doc E/CN.4/1988/WG.1/WP.22.

50 Zie bijvoorbeeld Lansdown in haar commentaar voor UNICEF; zie Lansdown 2005, p. 3-4.

51 Hanson & Lundy 2017, p. 301.

52 Van Bueren 1998, p. 45. Zie ook Kamchedzera 2012, p. 22.

leiding (zoals in artikel 5 IVRK). Ook in bredere zin gebruikt het VN-Kinderrechtencomité het begrip om de rechten uit het IVRK uit te leggen.⁵³

Hoewel de opstellers van het IVRK dus beoogd hebben om een overkoepelend artikel te formuleren waarin de mogelijkheden van het kind om zijn rechten uit te oefenen centraal staat, wordt het artikel in verschillende commentaren aangeduid als het artikel betreffende ouderlijke leiding⁵⁴ (*'parental guidance'*). In die interpretatie gaat het artikel dus vooral om de rechten van ouders om hun kind te begeleiden. Anderen stellen juist de uitoefening *door het kind* van zijn rechten centraal.⁵⁵ De ouderlijke leiding waarover het artikel spreekt staat dan ten dienste van de mogelijkheden van het kind om zijn of haar rechten uit te oefenen. Eenzelfde terminologie is ook terug te vinden in de Engelse en Franse vertaling van het verdrag waarbij respectievelijk over *exercise* en *l'exercice* wordt gesproken. Het VN-Kinderrechtencomité stelt over dat uitoefenen dat

'the more the child knows, has experienced and understands, the more the parent, legal guardian or other persons legally responsible for him or her have to transform direction and guidance into reminders and advice, and later to an exchange on an equal footing'.⁵⁶

In overeenstemming met de totstandkomingsgeschiedenis en de interpretatie van het VN-Kinderrechtencomité wordt er in dit onderzoek uitgegaan van een benadering van artikel 5 IVRK die draait om de uitoefening door het kind van zijn of haar rechten, waarmee het artikel betekenis heeft voor alle in het IVRK vastgelegde rechten. Op grond van het IVRK kunnen pleegkinderen dus al hun rechten in het IVRK uitoefenen, terwijl zij daarin begeleid worden door hun ouders of wettelijke vertegenwoordigers. Over de vraag of het ook pleegouders kunnen zijn die het kind begeleiden bij de uitoefening van zijn rechten geven het IVRK noch de bijhorende *General Comments* uitsluitel.⁵⁷

Anders dan in het IVRK wordt er in de algemene mensenrechtenverdragen geen algemene bepaling over de mogelijkheden van het kind om zijn rechten uit te oefenen gegeven. Wel wordt in het IVBPR aan ouders de mogelijkheid

53 Varadan 2019.

54 Zie bijv. Hodgkin & Newell, p. 75; Detrick 1999, p. 115. Zie over de betekenis van artikel 5 ook Varadan 2019.

55 Zie ook Kamchedzera 2012, p. 14-15.

56 VN-Kinderrechtencomité 2009, par. 84.

57 In de *Guidelines on Alternative Care* wordt gesteld dat na een uithuisplaatsing in ieder geval duidelijk moet zijn bij wie de beslissingsbevoegdheid over het pleegkind ligt. Daaruit zou kunnen worden afgeleid dat een uithuisplaatsing niet mag leiden tot een vacuüm in de beslissingsbevoegdheid, waardoor het ook mogelijk zou moeten zijn dat een ander dan de ouders beslissingen over het kind neemt. Wie vervolgens deze beslissingen moet nemen wordt niet gespecificeerd in de richtlijnen. Zie *Guidelines on Alternative Care*, par. 101.

gegeven om de godsdienstige opvoeding van hun kind te bepalen⁵⁸ en wordt in het eerste protocol bij het EVRM het recht op een vrije schoolkeuze toegeschreven aan de ouders.⁵⁹

Uit bestudering van totstandkoming van de verdragen komt naar voren dat de mogelijkheid om kinderen te beperken bij het uitoefenen van hun rechten bij het opstellen van de UVRM helemaal niet ter sprake komt. Artikel 6 van het UVRM geeft als gesteld aan *een ieder* het recht om erkend te worden als persoon voor de wet. Dat artikel omvat, zo bleek hierboven, ook de mogelijkheid om rechten uit te oefenen en contractuele verplichtingen aan te gaan.⁶⁰ Over de vraag wat dit impliceert voor kinderen wordt tijdens de onderhandelingen over de verklaring met geen woord gerept.

Later is bij het opstellen van het IVBPR, dat de politieke en burgerlijke rechten uit het UVRM vastlegt in een eenieder bindend verdrag, voor een andere benadering gekozen. De *draft*-tekst van artikel 16 IVBPR, waarin het recht op erkenning als persoon voor de wet staat, maakt een duidelijk onderscheid tussen rechtssubjectiviteit enerzijds, en de capaciteit om te handelen anderzijds. Met betrekking tot de capaciteit om te handelen wordt een aantal beperkingsgronden gegeven, namelijk voor minderjarigen, geesteszieken en bepaalde groepen strafrechtelijk veroordeelden.⁶¹ Deze expliciete grond voor de beperking van kinderen in de uitoefening van hun rechten komt echter in de uiteindelijke tekst van het IVBPR weer te vervallen. Omdat de opstellers het niet eens kunnen worden over de beperkingsgronden en de precieze bewoordingen van het artikel wordt opnieuw gekozen voor dezelfde bewoordingen als die in het UVRM.

De bedoeling ervan is nu echter anders. Met betrekking tot de vraag of het artikel ook de uitoefening van rechten omvat, zijn de opstellers duidelijk. Gesteld wordt dat artikel 16 IVBPR: 'was intended to ensure that every person would be a subject, and not an object, of the law; but (...) it was not intended to deal with the question of a person's legal capacity to act, which might be restricted for such [various] reasons'.⁶² Anders dan de opstellers van het UVRM beoogden, strekt artikel 16 IVBPR zich dus niet uit over de mogelijkheid om rechten uit te oefenen.⁶³ Daarmee wordt duidelijk aangegeven dat beperkingen van de mogelijkheden voor kinderen om hun rechten uit te oefenen (bijvoorbeeld doordat het kind volgens de nationale wet handelingsonbekwaam is), op zichzelf niet kunnen leiden tot een schending van artikel 16 IVBPR.⁶⁴ Waar

58 Artikel 18 lid 4 IVBPR. Ten aanzien van het recht op onderwijs wordt de onderwijskeuze in artikel 13 lid 3 IVESCR bij ouders neergelegd.

59 Artikel 2, Aanvullend Protocol bij het EVRM.

60 UN-Doc A/2929, par. 97.

61 *Office of the United Nations High Commissioner for Human Rights* 2005, p. 8.

62 UN doc A/4625, par. 25, zoals geciteerd in *Office of the United Nations High Commissioner for Human Rights* 2005, p. 9.

63 Zie hierover ook Van Bueren 1998, p. 21.

64 *Office of the United Nations High Commissioner for Human Rights* 2005, p. 9.

het om gaat is dat kinderen niet beperkt worden bij de inhoud van het recht, terwijl het wel zo kan zijn dat een ander het recht voor hen uitoefent.

Dat de mogelijkheid tot beperking slechts de *uitoefening* van het recht en niet de *inhoud* daarvan betreft wordt ook benadrukt door het VN-Mensenrechtencomité in zijn benadering van artikel 24 IVBPR. Artikel 24 IVBPR geeft, evenals zijn tegenhanger in artikel 10(3) IVESCR, aan kinderen een recht op 'bijzondere bescherming'. Het kind heeft volgens het VN-Mensenrechtencomité recht op die bijzondere bescherming 'required by his status as a minor'. Deze status als minderjarige verwijst naar de kwetsbaarheid en afhankelijkheid van kinderen. De daarmee gepaard gaande obstakels voor kinderen bij het realiseren van hun mensenrechten, zoals de beperkingen van de mogelijkheid om rechten uit te oefenen, moeten worden overwonnen. In het *General Comment* over artikel 24 IVBPR stelt het VN-Mensenrechtencomité dat deze verplichting tot het nemen van extra maatregelen bestaat naast de algemene verplichting op grond van artikel 2 IVBPR die bepaalt dat lidstaten maatregelen moeten nemen om de rechten uit het IVBPR voor iedereen te garanderen.⁶⁵ Welke maatregelen dit precies zijn, moeten lidstaten volgens het VN-Mensenrechtencomité zelf vaststellen in het licht van de beschermingsbehoeften van kinderen in de desbetreffende lidstaat. Daarbij wijst het comité erop dat de maatregelen die op grond van dit artikel uit het IVBPR moeten worden genomen ook van economische, sociale of culturele aard kunnen zijn. Het recht op vrijheid van meningsuiting krijgt bijvoorbeeld slechts betekenis als mensen ook de mogelijkheid hebben om zich persoonlijk te ontwikkelen en te scholen.⁶⁶ Het uitgangspunt moet zijn dat kinderen ten volle gebruik kunnen maken van de rechten in het IVBPR, daar waar dat extra maatregelen vergt moeten deze genomen worden.

Artikel 24 IVBPR wordt zo gezien gebruikt als keukentrapje: daar waar de rechten van het kind beperkt worden als gevolg van zijn capaciteit om te handelen, dient het keukentrapje van artikel 24 ingezet te worden om toch dezelfde hoogte van bescherming te bereiken. Er moeten dan, met andere woorden, aanvullende maatregelen worden genomen. Op die manier kan kinderen eenzelfde bescherming worden geboden als volwassenen.

Zowel uit artikel 16 als uit artikel 24 IVBPR volgt dus een erkenning van de mogelijkheid om kinderen te beperken bij de *uitoefening* van hun rechten. Het gaat daarbij expliciet niet om beperkingen in de *inhoud* van de rechten, maar om beperkingen voortvloeiend uit een veronderstelde beperkte capaciteit om rechten uit te oefenen.⁶⁷ Kan het kind zijn rechten niet zelf uitoefenen,

⁶⁵ VN-Mensenrechtencomité 1989, par. 1.

⁶⁶ VN-Mensenrechtencomité 1989, par. 1.

⁶⁷ Dit is slechts anders waar het gaat om het recht op deelname aan het openbare leven, waaronder de uitoefening van het stemrecht. Hoewel ook dit recht niet expliciet wordt beperkt voor kinderen, wordt dit over het algemeen redelijk geacht in de zin van lid 1 van artikel 25 IVBPR. In dit geval gaat het echter niet slechts om de uitoefening van een recht, maar ook om de inhoud van het recht. Het stemrecht komt simpelweg niet toe aan de minderjarige en kan ook niet voor de minderjarige worden uitgeoefend door een derde.

dan betekent dat niet dat het kind niet van zijn rechten kan genieten, maar dat aanvullende maatregelen genomen moeten worden zodat het recht voor het kind van betekenis is.

Die benadering is ook te zien in de jurisprudentie van het VN-Mensenrechtencomité. In zaken waarin de rechten van het kind worden beperkt vanwege een veronderstelde beperkte capaciteit om te handelen, wordt de staat op grond van artikel 24 IVBPR aanbevolen om extra beschermende maatregelen te nemen.⁶⁸ Zo leidde in de zaak *Mónaco tegen Argentinië* het feit dat de minderjarige in deze zaak geen mogelijkheid had om op te komen voor haar rechten tot een schending van artikel 24 IVBPR. Hoewel de handelingsonbekwaamheid van de minderjarige op zichzelf geen strijd opleverde met de rechten in het IVBPR, leidde het feit dat zij vanwege de afwezigheid van een wettelijke vertegenwoordiger helemaal geen rechtsingang meer had, wel tot een schending van artikel 24 IVBPR.⁶⁹

In het EVRM is als gezegd geen recht op erkenning als persoon voor de wet opgenomen noch een specifiek artikel over kinderen opgenomen. Dat zou kunnen verklaren waarom de vraag of kinderen de rechten in het EVRM ook mogen *uitoefenen* bij het opstellen van het EVRM geen enkele rol lijkt te hebben gespeeld. In de jurisprudentie van het EHRM is wel aandacht voor de uitoefening van rechten door het kind.

In twee oudere zaken voor het EHRM werd het Hof gevraagd te oordelen over weggelopen tieners die zich verzetten tegen het feit dat hun ouders zouden bepalen waar zij woonden. In deze twee zaken kwam het Hof tot een ogenschijnlijk tegengesteld oordeel. In de ene zaak leverde het *terugbrengen* van een veertienjarige naar haar ouders géén schending op van het recht op privéleven van de minderjarige (artikel 8 EVRM).⁷⁰ In de tweede zaak oordeelde het Hof echter dat het *niet terugbrengen* van een ook weggelopen, ook veertienjarige, geen schending van het recht op bescherming van het familieleven van de ouders opleverde (art. 8 EVRM).⁷¹ Hoewel het Hof hier niet erg consequent lijkt te zijn ten aanzien van de mogelijkheden van minderjarigen om autonome beslissingen te nemen over hun woonplek, moet de verklaring

Het VN-Mensenrechtencomité stelt in het General Comment 17: 'as individuals children benefit from all of the civil rights enunciated in the Covenant'. Dit lijkt te impliceren dat politieke rechten niet onverkort van toepassing zijn op kinderen. Waarschijnlijk doelt het VN-Mensenrechtencomité hier op de algemeen geaccepteerde beperking van het recht op deelname aan het openbare leven; zie ook Joseph, Schultz & Castan 2004, p. 626.

68 VN-Mensenrechtencomité 18 juni 2013, comm. nrs. 1917/2009, 1918/2009, 1925/2009 en 1953/2010 (*Fatima Prutina e.a. tegen Bosnië en Herzegovina*); VN-Mensenrechtencomité 25 maart 1996, comm. nr. 540/1993 (*Celis Laureano tegen Peru*); VN-Mensenrechtencomité 21 mei 2010, comm. nr. 1465/2006 (*Diene Kaba and Fatoumata Kaba tegen Canada*).

69 VN-Mensenrechtencomité 27 april 1995, comm. nr. 400/1990 (*Mónaco tegen Argentinië*), par. 10.3.

70 ECRM 19 december 1974, appl. no. 6753/74 (*X en Y tegen Nederland*).

71 ECRM 29 september 1976, appl. no. 6854/74 (*X tegen Denemarken*).

voor de tegengestelde uitspraken mijns inziens vooral worden gezocht in de afwezigheid van positieve verplichtingen in de vroege jurisprudentie van het EHRM.⁷² Het oordeelde in beide zaken slechts of de overheid zich niet te veel had bemoeid met het familieleven en dus niet of de overheid meer had moeten doen om de rechten van klagers te beschermen.

Duidelijkere aanknopingspunten voor de rol van autonomie en bescherming in de jurisprudentie kunnen worden gevonden in de zaak *Nielsen tegen Dene-marken*. In die zaak klaagde een minderjarige bij het EHRM over de beslissing van zijn moeder om hem – op educatieve gronden – te laten opnemen in een gesloten afdeling, teneinde hem te behandelen voor zijn nervositeit. Hoewel de minderjarige zich bij het Hof beklaagde over schending van zijn recht op vrijheid – zoals beschermd onder artikel 5 EVRM, deed het Hof de zaak af onder artikel 8. De beslissing van zijn moeder om hem op de gesloten afdeling te plaatsen was volgens het Hof te zien als: ‘a responsible exercise by his mother of her custodial rights in the interest of the child. Accordingly, Article 5 is not applicable in the case.’⁷³

Fortin wijst erop dat deze beslissing, die slechts door een krappe meerderheid van de rechters werd ondersteund (9 rechters stemden voor, 7 rechters stemden tegen), mede lijkt te zijn bepaald door de relatief jonge leeftijd van de klager.⁷⁴ De klager in deze zaak was, ten tijde van de vrijheidsbeneming twaalf jaar, een leeftijd waarop het volgens het Hof normaal is dat de ouders beslissingen voor het kind kunnen nemen, zelfs wanneer deze niet in overeenstemming zijn met de wil van het kind.⁷⁵

Het Hof stemt in de zaak *Nielsen* dus in met de beperking van de autonomie van de minderjarige in het kader van de opvoedingsverantwoordelijkheid.⁷⁶ Toch blijkt volgens Fortin uit de verwijzing naar de jonge leeftijd van de minderjarige al dat het Hof wel open staat voor een toenemende autonomie van de minderjarige om zelfstandig beslissingen te nemen en rechten uit te

72 Het Hof nam in 1979 voor het eerst positieve verplichtingen in het kader van artikel 8 EVRM aan. Tot die tijd beperkte de bescherming onder artikel 8 EVRM zich tot een negatieve verplichting van de staat om niet in de rechten van zijn burgers te treden; zie EHRM 13 juni 1979, appl. no. 6833/74 (*Marckx tegen België*).

73 EHRM 28 november 1988, appl. no. 10929/84 (*Nielsen tegen Noorwegen*), par. 73.

74 Fortin 2009, p. 101.

75 EHRM 28 november 1988, appl. no. 10929/84 (*Nielsen tegen Noorwegen*), par. 72.

76 In de literatuur is de uitspraak in de zaak *Nielsen* wel geduid als ongelukkig en wordt de verwachting uitgesproken dat het EHRM onder de huidige omstandigheden zou oordelen dat de beslissing niet onder de ouderlijke verantwoordelijkheid valt. Nu het EHRM ook in zaken omtrent volwassenen steeds meer nadruk legt op het recht op autonomie lijkt deze verwachting des te meer gerechtvaardigd; zie Fortin 2011, p. 68 en De Bruijn-Lückers 1994, p. 218. In de zaak *M. en M. tegen Kroatië* benadrukte het EHRM bovendien dat ook kinderen een recht op autonomie hebben, welk recht meer betekenis krijgt naarmate het kind zich ontwikkelt; zie EHRM 8 september 2015, appl. no. 10161/13 (*M. en M. tegen Kroatië*), par. 171.

oefenen.⁷⁷ In latere zaken bevestigt het Hof dit, bijvoorbeeld wanneer het erop wijst dat een veertienjarige zelfstandig en geïnformeerd keuzes moet kunnen maken over het wel of niet voortzetten van een zwangerschap.⁷⁸ In zijn *partly dissenting opinion* bij deze zaak stelt rechter De Gaetano, dat de moeder van een zwangere minderjarige weliswaar een recht en een plicht had haar dochter te adviseren, maar niet het recht om voor haar te beslissen.⁷⁹

Een algemenere beperking van kinderen om hun rechten uit te oefenen kwam naar voren in de zaak *Stagno tegen België*. In die zaak konden de kinderen pas nadat zij meerderjarig waren geworden klagen over het feit dat hun moeder een aan hen toekomende erfenis er doorheen had gejaagd. Op dat moment was de zaak echter inmiddels verjaard, waardoor zij feitelijk geen mogelijkheid meer hadden om effectief voor hun rechten op te komen. Het EHRM kwam in deze zaak tot een schending van het recht van de kinderen op toegang tot de rechter, zoals beschermd onder 6 EVRM. Daarbij gaf het Hof aan dat hoewel het recht op toegang tot de rechter beperkt kon worden, deze beperkingen niet de inhoud van het recht mochten raken.⁸⁰ Niet de beperking van de handelingsbekwaamheid van de minderjarigen op zichzelf was in strijd met het EHRM, maar het feit dat het ertoe leidde dat zij effectief niet meer voor hun rechten op konden komen.

In de zaak *S.J. en J.L. tegen Kroatië* kwam het Hof tot eenzelfde conclusie. In deze zaak ging het om een woning die de klagsters op voorspraak van hun moeder en de vader van een van de klagsters hadden geruild tegen woning die veel minder waard was. Ten tijde van de nationale procedures waren beide klagsters minderjarig. Voor het EHRM stelde de Kroatische overheid zich op het standpunt dat klagsters niet alle nationale rechtsmiddelen hadden uitgeput. Het Hof gaat echter voorbij aan dit standpunt en wijst erop dat klagsters voor het inzetten van deze nationale middelen afhankelijk waren van hun wettelijke vertegenwoordigers. Nu van deze wettelijke vertegenwoordigers niet verwacht kon worden dat zij de belangen van klagsters goed konden vertegenwoordigen – de moeder kampte met een drugsverslaving en de vader van een van de klagsters zat in de gevangenis – hadden zij geen effectieve manier tot hun beschikking om voor hun rechten op te komen. Het EHRM concludeert dan ook tot een schending van artikel 1 van het eerste protocol bij het EVRM. De staat had niet voldaan aan zijn verplichting om het recht van klagsters op een vreedzaam genot van hun eigendommen te be-

⁷⁷ Fortin 2009, p. 101.

⁷⁸ EHRM 30 oktober 2012, appl. no. 57375/08, (*P. en S. tegen Polen*) par. 148. Zie ook EHRM 12 juni 2012, appl. no. 29518/10 (*N.B. tegen Slowakije*) en EHRM 8 september 2015, appl. no. 10161/13 (*M. en M. tegen Kroatië*).

⁷⁹ EHRM 30 oktober 2012, appl. no. 57375/08, (*P. en S. tegen Polen*), *Partly dissenting opinion* Judge de Gaetano, par. 3.

⁸⁰ EHRM 7 juli 2009, appl. no. 1062/07 (*Stagno tegen België*), par. 25; zie ook EHRC 2009/108, m.nt. Fernhout.

schermen.⁸¹ Volgens Florescu kan uit deze zaak worden afgeleid dat vertegenwoordiging van een minderjarige door hun wettelijk vertegenwoordigers (doorgaans de ouders), niet per se in strijd is met het EHRM, maar dat deze wettelijke vertegenwoordigers wel in staat moeten zijn om de belangen van hun kinderen effectief te vertegenwoordigen. Effectieve vertegenwoordiging door de ouders vereist onder meer dat er geen sprake moet zijn van conflicterende belangen.⁸²

In de zaak *M. en M. tegen Kroatië* wijdde het Hof een expliciete overweging aan de mogelijkheid kinderen te beperken bij het uitoefenen van rechten in het licht van hun met de leeftijd veranderende autonomie. Het Hof stelt:

‘This right to personal autonomy – which in case of adults means the right to make choices as to how to lead one’s own life, provided that this does not unjustifiably interfere with the rights and freedoms of others – has a different scope in case of children. They lack the full autonomy of adults but are, nevertheless, subjects of rights (...). This circumscribed autonomy in case of children, which gradually increases with their evolving maturity, is exercised through their right to be consulted and heard.’⁸³

Het Hof gaat hier dus niet zozeer in op de vraag in hoeverre kinderen beperkt kunnen worden bij het uitoefenen van hun rechten, maar stelt vooral dat als kinderen worden beperkt, de mening van het kind wel serieus moet worden meegewogen.⁸⁴ Daarnaast benadrukt het Hof ook dat de autonomie van het kind toeneemt naar mate het ouder wordt, waardoor het beperken van kinderen in de uitoefening van hun rechten, steeds lastiger te rechtvaardigen zal zijn.

2.4 TUSSENCONCLUSIE

Uit het voorgaande kan worden afgeleid dat hoewel het kind subject van rechten is, en derhalve ook aanspraak maakt op alle rechten die zijn vastgelegd in de kinder- en mensenrechtenverdragen, er wel degelijk de mogelijkheid bestaat om kinderen te beperken bij de uitoefening van hun rechten. Dat beperken dient, zoals het IVRK in artikel 5 bepaalt en het EHRM heeft onder-

81 EHRM 7 mei 2015, appl. no. 13712/11 (*S.J. en J.L. tegen Kroatië*); zie ook EHRC 2015/154 m.nt. S. Florescu.

82 Florescu in haar noot bij S.J. en J.L. tegen Kroatië, EHRC 2015/154 onder punt 12.

83 EHRM 8 september 2015, appl. no. 10161/13 (*M. en M. tegen Kroatië*), par. 171. Zie ook EHRC 2015/234 m.nt. Bruning.

84 De zaak heeft er in Kroatië toe geleid dat de Kroatische wetgeving omtrent echtscheidingsprocedures is aangepast om de procedurele positie van kinderen te versterken. Kinderen worden nu erkend als zelfstandige partij in de procedure, waaraan ook het recht om gehoord te worden is gekoppeld. Bij echtscheidingsprocedures op tegenspraak krijgt het kind een bijzondere curator (*special guardian*) toegewezen; zie hierover Rešetar 2018, p. 72.

streept in (onder meer) de uitspraak *M. en M. tegen Kroatië*, te gebeuren in overeenstemming met de leeftijd en rijpheid van het kind. Naarmate het kind ouder wordt, krijgt het steeds meer de mogelijkheid om ook zelfstandig rechten uit te oefenen. Dat het kind kan worden beperkt bij het uitoefenen van zijn rechten mag er echter niet toe leiden dat het recht geen betekenis meer heeft voor het kind. Zo hoeft het kind niet de mogelijkheid te hebben om zelf te klagen over schending van zijn rechten, zolang er maar iemand anders is die dat met of namens hem kan doen.⁸⁵

Voor een pleegkind betekent dit dat alle rechten uit kinder- en mensenrechtenverdragen onverkort aan hem toekomen. Dat neemt niet weg dat zijn mogelijkheden om die rechten zelfstandig uit te oefenen wel beperkt kunnen worden. Voor de meeste kinderen geldt dat ouders – als gezagsdrager – het kind begeleiden bij de uitoefening van hun rechten. Zo zullen het doorgaans de ouders zijn die bepalen waar het kind woont en ook de frequentie van bezoeken aan familieleden wordt – zeker wanneer het om jonge kinderen gaat – bepaald door de ouders. Vervullen de ouders hun taken echter niet naar behoren, dan kan de staat ingrijpen. In die gevallen neemt de overheid de taken van de ouders (deels) over. Niet de ouder, maar de bevoegde autoriteiten zullen bepalen waar het pleegkind gaat wonen, terwijl ook de omgangsregeling met ouders en andere familieleden vastgesteld kan worden door de Gecertificeerde Instelling, of de kinderrechter.⁸⁶ Van Bijleveld en collega's wijzen erop dat dit een ingewikkelde situatie is. Zij stellen:

'For children not in care, decisions are often made by one or two adults with whom they have daily contact, like their parents or daily caregivers, but when children are in care, decisions often are made by a number of adults (parents, social workers, lawyers, judges), some of whom the child has never met and who do not know what is important to the child'.⁸⁷

De scheiding van het pleegkind met zijn ouders, heeft zo belangrijke gevolgen voor de beslissingen die over hem worden genomen. Het naleven van zijn rechten is dan ook van groot belang.

Wanneer de staat (in plaats van de ouders) beslissingen neemt over het pleegkind, zal het daarbij doorgaans als toetsingskader 'de belangen van het

85 Zoals bijvoorbeeld werd bepaald in de zaken VN-Mensenrechtencomité 27 april 1995, comm. nr. 400/1990 (*Mónaco tegen Argentinië*) en EHRM 7 juli 2009, appl. no. 1062/07 (*Stagno tegen België*).

86 De Gecertificeerde Instelling kan slechts een contactbeperking opleggen wanneer niet eerder door de kinderrechter een omgangsregeling is vastgesteld. In die gevallen waarin de kinderrechter al een omgangsregeling heeft vastgesteld, bijvoorbeeld in het kader van een echtscheidingsprocedure, kan de bestaande regeling slechts gewijzigd worden door de kinderrechter. Zie hierover artikel 1:265f BW; artikel 1:265g BW en de uitleg door de Hoge Raad van deze bepalingen in HR 14 december 2018, NJ 2019/88, m.nt. S.F.M. Wortmann.

87 Van Bijleveld, Dedding & Bunders-Aelen 2015, p. 130-131.

kind' hanteren. Tisdall wijst erop dat het beschermen van iemands belangen in het algemene mensenrechtendiscours geen veel gebruikt begrip is. Er wordt immers van uit gegaan dat iedereen die dat wil, zelf voor zijn belangen kan opkomen. Nu dat voor kinderen niet geldt, moeten die belangen zorgvuldig worden vastgesteld en meegewogen in de besluitvorming.⁸⁸ De wijze waarop invulling wordt gegeven aan deze belangen door de overheid is derhalve cruciaal voor pleegkinderen, nu in de meeste gevallen zijzelf noch hun ouders er toe in staat zullen zijn om die belangen te vertegenwoordigen. In het navolgende zal daarom worden ingegaan op de vraag hoe de belangen van het kind bij beslissingen over hem worden ingevuld en meegewogen.

2.5 DE BETEKENIS VAN DE BELANGEN VAN HET KIND

Bij beslissingen over pleegkinderen moeten de belangen van het pleegkind een eerste overweging vormen. Het centraal stellen van de belangen van het kind is echter niet altijd gemakkelijk. Van Bijleveld e.a. wijzen erop dat degenen die zorgbeslissingen nemen, veelal te maken hebben met verschillende personen wier belangen en rechten regelmatig met elkaar in strijd met elkaar zijn. Bovendien is het in een context waarin de focus ligt op het beschermen van het kind gemakkelijk om voorbij te gaan aan de mening en wensen van het kind zelf.⁸⁹ Om vast te stellen wat de belangen van het kind zijn, geeft het IVRK een aantal handvatten. Daarbij is het belangrijk om een duidelijk onderscheid te maken tussen het vaststellen van de belangen van het kind, en het meewegen van deze belangen in de uiteindelijke beslissing. In het navolgende zal opeenvolgend de wijze waarop de belangen van het kind kunnen worden vastgesteld en het meewegen van die belangen worden besproken.

2.5.1 Het vaststellen van wat de belangen van het kind zijn

De manier waarop de belangen van het kind vastgesteld moeten worden, heeft tot uitgebreide discussie in de literatuur geleid. Het begrip belang van het kind kan dan ook als kapstok dienen voor eindeloos veel percepties van wat 'goed' is voor het kind. Mnookin wijst erop dat 'deciding what is best for a child poses a question no less ultimate than the purposes and values of life itself'.⁹⁰ Het is juist deze onbepaaldheid die maakt dat wel bepleit is dat de belangen van het kind ongeschikt zijn als juridisch concept bij beslissingen over kinderen, met name wanneer het gaat om beslissingen binnen de jeugd-

⁸⁸ Zie daarover ook Tisdall 2018, p. 161.

⁸⁹ Van Bijleveld, Dedding & Bunders-Aelen 2015, p. 130.

⁹⁰ Mnookin 1975, p. 260.

bescherming.⁹¹ Bij die beslissingen zou de onbepaaldheid van het begrip er namelijk toe leiden dat ouders en kinderen geen duidelijkheid meer hebben over hun eigen positie en steeds iets anders tegengeworpen krijgen.

Daartegenover staat dat de belangen van het kind ruimte bieden om beslissingen te nemen die zijn toegesneden op de specifieke situatie van dit specifieke kind. Eekelaar wijst erop dat de verwijzing naar 'de belangen van het kind' in kinderrechtenbepalingen ervoor heeft gezorgd dat bij iedere beslissing overwegingen kunnen worden meegenomen die louter zijn gebaseerd op het kind, onafhankelijk van andere overwegingen.⁹² Juist nu kinderen zelf vaak niet of slechts beperkt kunnen meebeslissen, wordt zo gegarandeerd dat er in ieder geval ook expliciet en nadrukkelijk gekeken moet worden naar de belangen van het kind zelf.

De vraag die hier centraal staat is echter niet *of* de belangen van het kind wel of niet onderdeel zouden moeten zijn van de besluitvorming. Het begrip is inmiddels niet meer weg te denken uit internationale kinderrechten. Bovendien is het argument van Eekelaar overtuigend: zonder belang van het kind als onderdeel van het beslisproces, zouden allerlei overwegingen over het kind buiten de reikwijdte van de beslissing vallen. Deze paragraaf gaat daarom in op *de manier waarop* de belangen van het kind vastgesteld moeten worden. Daarbij wordt eerst het onderscheid tussen normatieve assumpties over de belangen van het kind en feitelijke informatie over hoe het met het kind gaat besproken. Daarna wordt ingegaan op de rol die de mening van het kind speelt bij de vaststelling van zijn belangen.⁹³

2.5.2 Normatieve en feitelijke overwegingen

Om de belangen van het kind zorgvuldig vast te stellen, moet onderscheid worden gemaakt tussen normatieve en feitelijke veronderstellingen over de belangen van het kind.⁹⁴ Normatieve veronderstellingen over de belangen van het kind zien op zienswijzen die gebaseerd zijn op iemands overtuiging. Deze assumpties zijn voor discussie vatbaar. Zo zal de ene ouder groot voorstander zijn van digitaal onderwijs op basisscholen, terwijl de andere ouder de 'iPads' liever buiten de deur houdt. Toch redeneren ze beiden vanuit het belang van hun kind. Zo ook zijn er bijvoorbeeld verschillen van mening over de vraag of de moeder de primaire verzorger van het kind zou moeten zijn, of kinderen wel of niet gebaat zijn bij de erkenning van meer-ouderschap en of kinderen wel of niet ingeënt moeten worden tegen infectieziekten. Alle komen ze voort uit persoonlijke zienswijzen en overtuigingen met betrekking

91 Mnookin 1975, p. 267-277.

92 Eekelaar 1994, p. 46.

93 Zie over het vaststellen van het belang van het kind ook Tobin 2009 en Tobin 2012.

94 Vgl. ook Tobin 2009, p. 592.

tot de belangen van het kind, zonder dat daar noodzakelijk een feitelijke onderbouwing aan ten grondslag ligt.

Aan de andere kant zullen er ook feitelijke overwegingen meespelen in de beslissing. Zo zal het doorgaans duidelijk zijn in welke situatie het kind zich nu bevindt, welke mogelijkheden er zijn, en wellicht ook wat de mogelijke gevolgen van een bepaalde beslissing voor het kind zouden zijn. Zo kan met enige zekerheid worden vastgesteld dat een scheiding van een kind met zijn primaire verzorger inbreekt op de gehechtheidsrelatie tussen het kind en zijn verzorger en dat dit zorgen over de ontwikkeling van het kind teweeg kan brengen.⁹⁵ Over de consequenties daarvan voor dit specifieke kind kan vervolgens verschillend worden gedacht, maar daarover kan wel advies worden gevraagd aan een gedragswetenschapper.

Voor invulling van de belangen van het kind zijn normatieve keuzes uiteindelijk onvermijdelijk. Houvast kan daarbij in ieder geval op twee punten worden gevonden.⁹⁶

Allereerst kan aansluiting worden gezocht bij de overige rechten van het kind. Het VN-Kinderrechtencomité geeft in *General Comment* 14 een leidraad voor het vaststellen van het belang van het kind. Daarbij wordt gesteld dat inzet van het belang van het kind uiteindelijk gericht moet zijn op 'the full and effective enjoyment of the rights recognized in the Convention and the holistic development of the child'.⁹⁷ Om vast te stellen wat het belang van het kind inhoudt, moet worden gekeken naar het individuele kind.⁹⁸ In ieder geval moet gekeken worden naar de mening van het kind; de identiteit van het kind; het belang van de familie; de zorg, bescherming en veiligheid van het kind; de kwetsbaarheid van het kind; de gezondheid van het kind; en het recht van het kind op onderwijs.⁹⁹ Het uiteindelijke doel bij het vaststellen van de belangen van het kind is dan 'to ensure the full and effective enjoyment of the rights recognized in the Convention and the holistic development of the child'.¹⁰⁰

Ten tweede zal de invulling zoveel mogelijk moeten aansluiten bij empirisch onderzoek naar kinderen, om zo ook de 'holistic development of the child' te kunnen waarborgen.¹⁰¹ Tobin wijst erop dat het risico dat beslissingen over het kind worden bepaald door de subjectieve voorkeur van de beslisser geminimaliseerd kan worden door zoveel mogelijk empirische gegevens te betrekken bij de beslissing. Dat kunnen gegevens over dit specifieke kind zijn, maar ook empirische kennis over kinderen in algemenere zin, voor

95 Juffer p. 22.

96 Zie hierover ook Tobin 2009, p. 590-592 en Tobin 2012, p. 62.

97 VN-Kinderrechtencomité 2013, par. 51.

98 VN-Kinderrechtencomité 2013, par. 48-49.

99 VN-Kinderrechtencomité 2013, par. 52-79.

100 VN-Kinderrechtencomité 2013, par. 51 en 82.

101 Zie ook Tobin 2009, p. 592.

zover dergelijke kennis relevant is voor de betreffende zaak. Een goed voorbeeld daarvan is mijns inziens de door Juffer opgestelde *Research Memorandum* over beslissingen in de jeugdbescherming, waarin wordt uitgewerkt wat de implicaties zijn van de huidige wetenschappelijke kennis over gehechtheid voor beslissingen over kinderen in problematische opvoedingssituaties.¹⁰²

2.5.3 De belangen van het kind en de mening van het kind

Een tweede criterium dat cruciaal is bij het vaststellen van de belangen van het kind is de rol die de mening van het kind speelt in het vaststellen van de belangen van het kind. Logisch gevolg van het uitgangspunt dat het kind zelfstandig subject van rechten is, is dat niet over de hoofden van kinderen wordt besloten maar dat zij op betekenisvolle wijze worden betrokken bij de beslissing en de invulling van hun belangen.¹⁰³ Belangrijke beslissingen voor pleegkinderen worden veelal genomen door anderen, die pogen te handelen in het belang van het kind. Hoewel niet verwacht kan worden van kinderen dat zij zelf besluiten of een uithuisplaatsing in hun belang is, of welke omgangsregeling hun belangen dient, ligt het wel voor de hand dat de mening van het kind een belangrijke rol speelt in de beslissing. Dat geldt te meer naarmate het kind ouder wordt. Het belang daarvan wordt helder verwoord door Freeman die stelt dat: '[a]s agents rights-bearers can participate. They can make their own lives, rather than having their lives made for them. Participation is a fundamental human right. It enables us to demand rights'.¹⁰⁴

Artikel 12 IVRK geeft kinderen een recht om gehoord te worden bij beslissingen die hen aangaan, én het recht dat aan deze mening passend gewicht wordt toegekend in overeenstemming met de leeftijd en rijpheid van het kind. Het recht om gehoord te worden omvat dus meer dan een procedureel vereiste om gehoord te worden (zie daarover hoofdstuk 3), de mening van het kind moet ook daadwerkelijk worden meegenomen in de inhoudelijke afweging die wordt gemaakt. Het gewicht dat wordt toegekend aan de mening van het kind dient daarbij in overeenstemming te zijn met de leeftijd en rijpheid van het kind. Om te garanderen dat dit daadwerkelijk gebeurt, stelt het VN-Kinder-

102 Juffer 2010. Ook de op empirisch onderzoek gebaseerde richtlijnen voor de jeugdzorg kunneNhelpen bij de invulling van het belang van het kind; zie <http://richtlijnenjeugdhulp.nl>.

103 Artikel 12 IVRK.

104 Freeman 2007a, p. 8.

rechtencomité dat: ‘(...) the decision maker has to inform the child of the outcome of the process and explain how her or his views were considered’.¹⁰⁵

De mening van het kind en de belangen van het kind zoals die zijn vastgesteld door professionals, vallen niet altijd samen.¹⁰⁶ Zo kan het zijn dat een pleegkind een medische behandeling weigert, terwijl medici en de betrokken professionals in de jeugdbescherming van mening zijn dat die behandeling wel in zijn belang zou zijn. In hoeverre de mening van het kind dan toch leidend kan zijn bij de beslissing hangt dan op grond van artikel 12 IVRK af van de zich ontwikkelende vermogens van het kind. In hoeverre kan het kind overzien wat de gevolgen zijn van zijn beslissing? Voor het meenemen van de mening van het kind in de beslissing, is het daarom belangrijk om goed zicht te hebben op de capaciteiten van het kind.¹⁰⁷ Archard en Skivines wijzen erop dat het belangrijk is om deze twee vragen apart te behandelen.¹⁰⁸ De beoordeling van de capaciteiten van het kind kan immers gemakkelijk beïnvloed worden door de inhoudelijke mening van het kind. Wanneer een dokter een bepaalde medische behandeling voorschrijft en het kind weigert die behandeling, dan zal het verleidelijk zijn die weigering te wijten aan een verondersteld onvermogen van het kind om de gevolgen van zijn beslissing te overzien. Een dergelijke benadering reduceert het recht van het kind op inspraak echter tot louter een recht op instemming. Stemt het kind niet in, dan is het volgens de beslissers nog niet voldoende ontwikkeld om zijn belang te overzien en zal de mening van het kind ‘overruled’ worden. Het niet scheiden van de vraag naar competentie en de inhoudelijke mening van het kind leidt er dan toe dat het participatierecht van het kind geen betekenis meer heeft. Juist in die gevallen waarin de mening van het kind niet (geheel) overeenkomt met die van de beslisser kan de mening van het kind immers nog van invloed zijn op de beslissing. Komt de mening van het kind overeen met die van de beslisser, dan zal het voor de uitkomst van de beslissing niet uitmaken of de mening van het kind wel of niet is meegenomen.¹⁰⁹

105 VN-Kinderrechtencomité 2009, par. 45. Zie ook de *Guidelines on Child friendly justice* waarin staat dat: ‘(J)udgments and court rulings affecting children should be duly reasoned and explained to them in language that children can understand, particularly those decisions in which the child’s views and opinions have not been followed.’

106 Zie daarover Archard & Skivines 2009, p. 10.

107 Vgl. ook VN-Kinderrechtencomité 2013, par. 53, 54 en 83.

108 Archard & Skivines 2009, p. 10.

109 Daarbij zij erop gewezen dat dit verschil vooral ziet op de uiteindelijke beslissing. Voor het beslisproces zal het in alle gevallen van belang zijn dat het kind naar zijn mening wordt gevraagd. Zo komt uit onderzoek van Woelfsen e.a. naar voren dat participatie kinderen helpt om zich verbonden te voelen met de uiteindelijke beslissing; zie Woelfsen e.a. 2010. Vis e.a. laten zien dat betrokkenheid van kinderen bij beslissingen over de uithuisplaatsing de kans op een stabiele plaatsing vergroot en bij kan dragen aan de veiligheid en het welzijn van kinderen; zie Vis e.a. 2011. Zie ook Lindsay 1995.

Het VN-Kinderrechtencomité noemt de mening van het kind als eerste criterium dat moet worden meegenomen bij het vaststellen van de belangen van het kind. In situaties waarin het beschermen van het kind moet worden afgewogen tegen de zelfbeschikking (*empowerment*) van het kind stelt het VN-Kinderrechtencomité dat de leeftijd en rijpheid van het kind bepalend moet zijn bij de afweging.¹¹⁰ Ook het EHRM hecht veel waarde aan de mening van het kind bij het vaststellen van de belangen van het kind.¹¹¹ Zo oordeelde het in de zaak *N.TS. en anderen tegen Georgië* dat de nationale hoven een belangrijk element hadden verzuimd mee te wegen bij het vaststellen van de belangen van de kinderen, namelijk de mening van de kinderen zelf.¹¹² In de zaak *Aune tegen Noorwegen* was de wens van een 10-jarige dat zijn pleegouders beslissingen over hem konden nemen een belangrijk argument voor het toestaan van adoptie van deze jongen door zijn pleegouders, waarmee de banden met zijn biologische moeder werden doorbroken.¹¹³ In de zaak *Hokkanen tegen Finland* zag het Hof geen reden om te twijfelen aan de overtuiging van de nationale hoven dat een elfjarige voldoende in staat was haar mening te bepalen. Omgang met haar vader hoefde niet tegen haar wil in tot stand te worden gebracht.¹¹⁴ In de zaak *Bronda tegen Italië* omtrent de terugplaatsing van een 14-jarige uit een pleeggezin overwoog het Hof:

‘The Court attaches special weight to the overriding interest of the child, who, now aged fourteen, has always firmly indicated that she does not wish to leave her foster home. In the present case, S.’s interest outweighs that of her grandparents.’¹¹⁵

Ook in deze zaak was de mening van het kind dus bepalend voor de invulling die werd gegeven aan de belangen van het kind en werd aan deze belangen vervolgens veel waarde gehecht bij het nemen van de uiteindelijke beslissing. Datzelfde gold in de zaak *Piri en anderen tegen Roemenië* waarin een adoptie de Italiaanse beoogd adoptieouders van twee Roemeense adoptiekinderen klaagden dat de adoptie nooit ten uitvoer was gelegd door de Roemeense autoriteiten. Deze weigering van de Roemeense autoriteiten kwam voort uit het feit dat de kinderen die negen jaar oud waren ten tijde van de adoptie zich hevig verzetten tegen de adoptie. Ze wilden niet weg uit het Roemeense kindertehuis en ook niet naar Italië verhuizen. Het EHRM hechtte veel waarde

110 VN-Kinderrechtencomité 2013, par. 83.

111 Zie ook EHRM 27 april 2010, appl. no. 16318/07 (*Moretti en Benedetti tegen Italië*), EHRC 2010/79 m.nt. Forder.

112 EHRM 2 februari 2016, appl. no. 71776/12 (*N.TS. en anderen tegen Georgië*), par. 80.

113 EHRM 28 oktober 2010, appl. no. 52502/07 (*Aune tegen Noorwegen*).

114 EHRM 23 september 1994, appl. no. 19823/92 (*Hokkanen tegen Finland*).

115 EHRM 9 juni 1998, appl. no. 22431/93 (*Bronda tegen Italië*), par. 62.

aan deze weigering van de kinderen en concludeerde dat geen sprake was van een schending van artikel 8 EVRM.¹¹⁶

2.5.4 Een minimale versus een optimale invulling van de belangen van het kind

Sommige auteurs bepleiten een optimale benadering van de belangen van het kind waarbij het uitgangspunt is dat de ontwikkeling van het kind optimaal ondersteund en gestimuleerd moet worden. Zo hebben Heiner en Bartels een lijst met optimale ontwikkelingscondities opgesteld die tot een zo gunstig mogelijke ontwikkeling van het kind zouden moeten leiden.¹¹⁷ Zo ook hebben Kalverboer en Zijlstra een 'Model belang van het kind opgesteld', waarmee op basis van een zeer uitgebreide vragenlijst kan worden vastgesteld welke consequenties een bepaalde beslissing voor de ontwikkeling van het kind heeft.¹¹⁸ Weijers daarentegen, die zijn analyse omtrent de belangen van het kind beperkt tot beslissingen in de jeugdbescherming, noemt dergelijke initiatieven bevoogdend en paternalistisch en staat een hele minimale benadering van de belangen van het kind voor waarin de belangen van het kind vooral zien op beschermen van kinderen tegen schade in hun ontwikkeling.¹¹⁹ Een realistische kijk op de praktijk binnen de jeugdbescherming laat volgens Weijers vooral zien dat we de beoogde optimale ontwikkelingscondities vrijwel nooit kunnen bieden. Bovendien, zo stelt Weijers, hebben ouders 'rechten als ouders en niet als *goede ouders*'.¹²⁰ De Ruyter, die zich eveneens beperkt tot beslissingen in het kader van jeugdbescherming, geeft een vergelijkbare benadering waarin minimale eisen aan de belangen van het kind moeten worden gesteld.¹²¹ Centraal staat daarbij de vraag in hoeverre het gedrag van ouders schade toebrengt aan het kind.

De benaderingen van Weijers en De Ruijter helpen, zoals bepleit door Liefwaard, om 'hooggespannen verwachtingen te temperen'.¹²² Bovendien voorkomt het paternalisme van de overheid, die wijzend op de optimale ontwikkeling van het kind, zijn visie van goed ouderschap zou opleggen aan

116 EHRM 22 juni 2004, appl. nos. 78028/01 en 78030/01, NJ 2005/507 (*Piri en anderen tegen Roemenië*), m.nt. de Boer. De Boer wijst er in zijn noot bij deze uitspraak op dat het opvallend te noemen is dat het EHRM wel tot een schending van artikel 6 EVRM komt wegens het niet ten uitvoer leggen van de adoptiebeslissing, nu het EHRM in het kader van artikel 8 EVRM juist oordeelde dat overbrenging van de kinderen naar Italië een onaanvaardbaar *fait accompli* zou hebben opgeleverd.

117 Heiner & Bartels 1989.

118 Kalverboer & Zijlstra 2006.

119 Weijers 2014.

120 Weijers 2014, p. 48.

121 De Ruyter 1989.

122 Liefwaard 2016, p. 25.

kind en ouders.¹²³ Wat in de benaderingen van Weijers en De Ruyter echter niet naar voren komt is *op welke wijze* de belangen van het kind een rol spelen in de belangenafweging die van de kinderrechter wordt verwacht. Eerder lijkt het erop dat binnen de invulling van de belangen van het kind reeds een belangenafweging is gemaakt. In ieder geval zijn de belangen (of rechten) van ouders reeds meegenomen bij de invulling van de belangen van het kind. Zoals eerder gesteld, is de toegevoegde waarde van de belangen van het kind mijns inziens nu juist dat opname van de belangen van het kind ruimte biedt voor overwegingen die louter gebaseerd zijn op het kind. Belangen van ouders en anderen spelen zeker een rol in de uiteindelijke beslissing, maar pas in de belangenafweging die plaats vindt nadat de belangen van het kind zijn vastgesteld.

2.5.5 De belangen van het kind zijn een eerste overweging

Hoewel de Nederlandse vertaling van het IVRK stelt dat de belangen van het kind *de* eerste overweging vormen bij beslissingen die het kind aangaan, stelt de officiële Engelse vertaling dat het gaat om *a primary consideration*. De Nederlandse vertaling lijkt daarmee een zwaarder gewicht toe te kennen aan de belangen van het kind dan de oorspronkelijke Engelse vertaling, hoewel de stelligheid van de vertaling reeds in de Memorie van Toelichting bij de goedkeuringswet IVRK genuanceerd lijkt te worden.¹²⁴ Het is echter maar de vraag of de inzet van de belangen van het kind als troefkaart zal leiden tot een zorgvuldige belangenafweging en rechtvaardige geschilbeslechting.¹²⁵ Eekelaar wijst erop dat een beslissing die louter gebaseerd is op wat we denken dat het beste is voor het kind, zonder dat de andere betrokken belangen daarbij in aanmerking worden genomen ‘encourages a laziness and unwillingness to pay proper attention to all the interests that are at stake in these decisions and, possibly, also a tendency to abdicate responsibility for decision making to welfare professionals’.¹²⁶ Waar Eekelaar op doelt is dat jeugdhulpprofessionals vaak goed in staat zullen zijn om een oordeel te vormen over de belangen van het kind, terwijl het juist de taak van de rechter is om alle betrokken belangen te wegen en toe te zien op een zorgvuldig besluitvormingsproces. Het serieus nemen van het principe van het belang van het kind bij beslissingen over pleegkinderen vraagt daarom om een zorgvuldige afweging van de bij de beslissing betrokken belangen, waarbij de belangen van het kind

123 Liefwaard 2016, p. 25. Ook Van den Brink wijst erop dat het verschil tussen de officiële tekst van artikel 3 lid 1 IVRK en de Nederlandse vertaling weliswaar subtiel is, maar essentieel voor de betekenis van het artikel, waarmee kan worden gesproken van een ongelukkige vertaalfout; zie Van den Brink 2018, p. 145.

124 *Kamerstukken II* 1992/93, 22855 nr. 3, p. 15.

125 Tobin 2009, p. 589.

126 Eekelaar 2002, p. 248.

een eerste overweging vormen. De belangen van het kind moeten dan ook niet worden gezien als troefkaart om andere belangen opzij te zetten of een beslissing te nemen die ingaat tegen het geldende recht. Veeleer is het een erkenning van het feit dat bij beslissingen omtrent kinderen de belangen van het kind in strijd kunnen zijn met die van ouders, of andere betrokkenen.¹²⁷ De belangen van het kind leggen in zulke gevallen veel gewicht in de schaal. Zo is ook de benadering van het VN-Kinderrechtencomité in *General Comment* 14. Bij besluitvorming moeten alle belangen in overweging genomen, de belangen van het kind wegen extra zwaar nu – in de woorden van het VN-Kinderrechtencomité:

‘Children have less possibility than adults to make a strong case for their own interests and those involved in decisions affecting them must be explicitly aware of their interests. If the interests of children are not highlighted, they tend to be overlooked.’¹²⁸

2.5.6 Conclusie belang van het kind

Gesteld kan worden dat het kind subject van rechten is terwijl ouders het kind begeleiden bij de uitoefening van die rechten. Voor pleegkinderen geldt dat ouders vaak niet in staat zullen zijn om hun rechten uit te oefenen. Juist vanwege de onmacht van deze ouders heeft de staat ingegrepen en neemt de staat namens de ouders beslissingen over het kind, bijvoorbeeld waar het gaat wonen. Uitgangspunt voor de beslissingen die de staat (of namens de staat de bevoegde autoriteiten) neemt over pleegkinderen zijn steeds de belangen van het kind. Juist nu het kind en zijn ouders beperkt in staat zullen zijn deze belangen van het kind te vertegenwoordigen, is het zorgvuldig vaststellen en meewegen van deze belangen van cruciale betekenis voor het pleegkind. Het gevaar dat deze belangen vooral bepaald worden door de subjectieve mening van de beslisser kan worden geminimaliseerd door bij het vaststellen van de belangen van het kind een duidelijk onderscheid te maken tussen meningen en feiten. De rechten van het kind en empirische gegevens over het kind dienen daarbij leidraad te vormen voor de uiteindelijke beslissing, in samenhang met de mening van het kind. Nadat de belangen van het kind zijn vastgesteld, kunnen deze worden meegewogen in de te nemen beslissing.

Vastgesteld kan worden dat het zorgvuldig meewegen van de belangen van het kind voor alle kinderen belangrijk is. Voor pleegkinderen geldt dit echter des te meer. Bij beslissingen over pleegkinderen neemt de staat immers namens

127 Tobin 2009, p. 589.

128 VN-Kinderrechtencomité 2013, par. 37. Dit punt wordt ook onderstreept door Tisdall; zie Tisdall 2018. Zie ook Van Bijleveld; zie Van Bijleveld, Dedding & Bunders-Aelen 2015.

de ouders beslissingen over het kind, terwijl zowel het kind als de ouders beperkt in staat zullen zijn om de belangen van het kind te vertegenwoordigen. Degenen die namens de staat beslissingen nemen over het kind zullen het kind bovendien vaak niet goed kennen. De staat heeft derhalve een lastige positie als 'surrogaat ouder' en het kan dan verleidelijk zijn om vooral vanuit een beschermend perspectief te oordelen, zonder daarbij de rechten van het kind en zijn mening serieus te nemen. Zoals hierboven gebleken kunnen de belangen van het kind, mits zorgvuldig vastgesteld, tegenwicht bieden tegen het risico van paternalistische besluitvorming over het kind. De Lange stelde daarover in 1973 al:

'het lijkt niet overdreven te zeggen, dat veel misverstand, en misschien zelfs onrechtvaardigheid en in ieder geval voor de jeugdige onbegrijpelijk optreden, is te wijten aan de omstandigheid dat men te lang heeft gemeend te weten wat het belang van het kind eiste zonder uit te gaan van de autonome gedachten, behoeften en wensen van het kind'.¹²⁹

Hiermee wijst de Lange op goed bedoelde maar paternalistische invullingen van de belangen van het kind, waarbij volwassenen menen te weten wat goed is voor het kind zonder daarbij te luisteren naar het kind zelf.

Het zorgvuldig vaststellen en meewegen van de belangen van het kind biedt daarmee een belangrijke rechtswaarborg voor pleegkinderen. Het waarborgt dat ook wanneer de ouder geen beslissingen meer kan nemen over het kind, diens belangen en meningen toch centraal staan in de besluitvorming. Dat is niet alleen vanuit het perspectief van de rechtsbescherming van het kind toe te juichen maar ook vanuit gedragswetenschappelijk perspectief. Verschillende onderzoekers hebben laten zien dat betrokkenheid van kinderen bij de beslissingen in de pleegzorg bijdraagt aan het succes van de plaatsing en de zelfwaardering van het kind.¹³⁰ Die kennis wordt gereflecteerd in kinderen mensenrechtendocumenten, waarin steeds meer de nadruk is komen te liggen op rechten en belangen van het pleegkind zelf. Cantwell wijst er in dat verband op dat met betrekking tot alternatieve zorg de kinder- en mensenrechtenbepalingen:

'trace a gradual move away from considering the child purely as vulnerable being in need of protection to someone who is a member of a family and community and who, in particular, must be consulted and involved in decisions about, in this instance, by whom and where he or she wants to be cared for, and with what aim'.¹³¹

129 De Langen 1973, p. 121-122.

130 Zie onder meer Van Bijleveld, Dedding & Bunders-Aelen 2015, p. 129; Woolfsen e.a. 2010; Vis en anderen 2011 en Munro 2001.

131 Cantwell 2015, p. 259.

2.6 CONCLUSIE

Op beslissingen over kinderen in de pleegzorg zijn vaak veel verschillende rechten van kinderen van toepassing. Een opsomming van die rechten alleen geeft echter nog weinig inzicht in de betekenis van deze rechten in een specifieke situatie. Voor pleegkinderen geldt dat hun rechtspositie om twee redenen ingewikkeld is. Allereerst betekent het feit dat ze kind zijn, dat zij beperkt kunnen worden bij de uitoefening van hun rechten. Die beperking betreft echter niet de inhoud van het recht. Het kind is subject van rechten, waardoor alle rechten in de kinder- en mensenrechtendocumenten hem onverkort toekomen. Dat neemt niet weg dat kinderen beperkt kunnen worden bij de uitoefening van hun rechten. Voor de vraag hoe ver kinderen beperkt kunnen worden zijn de zich ontwikkelende vermogens van het kind richtinggevend. Bovendien is vastgesteld dat een beperking in de uitoefening van het recht niet mag leiden tot een beperking van de inhoud van het recht. Met andere woorden als het kind wordt beperkt bij de uitoefening van het recht, dan moet er wel een ander zijn die het recht met of namens het kind kan uitoefenen.

Veelal zullen het de ouders zijn die de rechten van het kind namens het kind uitoefenen, dan wel het kind begeleiden bij de uitoefening van zijn rechten. Daarbij dient te worden opgemerkt dat het hiervoor besproken uitgangspunt dat het kind subject is van rechten ook gevolgen heeft voor de rol van ouders. Het veronderstelt immers dat rechten van kinderen niet samenvallen met de rechten van hun ouders. Het kind heeft zelfstandige rechten los van zijn ouders. Juist bij pleegkinderen kunnen de rechten van het kind in botsing komen met die van zijn ouders. Tegelijkertijd worden zij bij een uithuisplaatsing in het kader van de ondertoezichtstelling wel vertegenwoordigd door hun ouders. Op die momenten kunnen de belangen van het kind gemakkelijk overschaduw worden door die van zijn ouders. Bovendien kunnen beslissingen die genomen worden in het kader van pleegzorg vergaande gevolgen hebben voor het kind. Juist dat maakt het meewegen van de belangen van het pleegkind van prominent belang bij beslissingen vanuit een kinderrechtenperspectief. Nu kinderen niet vanzelfsprekend voor hun belangen kunnen opkomen, moeten die belangen zorgvuldig worden vastgesteld en meegewogen in de besluitvorming. Dit zorgvuldig vaststellen en meewegen van de belangen van het kind in het besluitvormingsproces biedt dan ook tegenwicht tegen beperkingen voor het kind om zelf voor zijn rechten op te komen.

In de navolgende hoofdstukken zullen de rechten van pleegkinderen bij vier verschillende beslissingen zoals vastgelegd in kinder- en mensenrechtendocumenten worden besproken. Uitgangspunt daarbij is telkens dat het kind subject is van rechten.

