

2.1 INLEIDING

In dit juridische deelonderzoek wordt een uitgebreid overzicht gegeven van de wet- en regelgeving ten aanzien van de procespositie en het hoorrecht van de minderjarige in het civiel recht. Er wordt ook ingegaan op de overeenkomsten en verschillen tussen (de toepassing van) wet- en regelgeving ten aanzien van de procespositie en het hoorrecht van de minderjarige in de verschillende deelgebieden van het civiele recht, het bestuursrecht en het jeugdstrafrecht, inclusief de achtergrond en de mogelijke relevantie ervan. Tevens zal aandacht worden besteed aan internationale kinderrechten over de procespositie van de minderjarige.

In dit hoofdstuk wordt antwoord gegeven op een onderdeel van onderzoeksvraag 1 (op basis van jurisprudentieonderzoek): hoe is de praktijk ten aanzien van de formele procespositie van minderjarigen? Ook wordt antwoord gegeven op het eerste deel van onderzoeksvraag 3: hoe is de procespositie van de minderjarige geregeld in andere rechtsgebieden en wetten (bijvoorbeeld het strafrecht, het bestuursrecht, de jeugdwet en de regeling inzake de geneeskundige behandelingsovereenkomst)? Ten slotte wordt ingegaan op onderzoeksvraag 4: wat is het doel van de huidige formele procespositie voor kinderen? en op onderzoeksvraag 5: wat is het doel van het huidige hoorrecht?

2.1.1 Opbouw van het deelonderzoek

Dit deelonderzoek begint met een overzicht van de wet- en regelgeving ten aanzien van de procespositie van de minderjarige (par. 2.2). Hierbij zal de focus steeds liggen op de procespositie van de minderjarige in het familie- en jeugdrecht (boek 1 BW). Vervolgens zal de procespositie van de minderjarige in andere rechtsgebieden en wetten worden beschreven (par. 2.3). Daarna zal er aandacht worden besteed aan het hoorrecht van de minderjarige in het civiele recht (par. 2.4). Ook zal de procespositie van de minderjarige worden belicht vanuit internationale kinderrechten (par. 2.5). Het deelonderzoek eindigt met een samenvatting en een conclusie (par. 2.6).

2.1.2 Verantwoording van het deelonderzoek

Voor het juridische deelonderzoek is informatie verzameld door middel van een *desk-research*. Zo is er informatie geput uit wet- en regelgeving, professionele standaarden en beleidsregels, juridische literatuur, (wets)evaluatierapporten en beleidsrapporten, opgenomen in databases als Legal Intelligence en OpMaat. Informatie is tevens geput uit de parlementaire stukken, (voorgestelde) wetswijzigingen, (pre)adviezen en Kamervragen. Daarnaast zijn internationale kinderrechtenstandaarden en toelichtingen en interpretaties daarvan (o.m. door het VN-Kinderrechtencomité) bestudeerd en is relevante internationale (kinderrechten)literatuur geanalyseerd.

Voor het jurisprudentieonderzoek is gezocht naar de gepubliceerde uitspraken op rechtspraak.nl van de afgelopen vijf jaar met betrekking tot: 1) de zelfstandige rechtsingangen voor minderjarigen en 2) zaken waarin verzocht is om benoeming van een bijzondere curator ex artikel 1:250 BW. Opgemerkt dient te worden dat op rechtspraak.nl niet alle rechtszaken zijn gepubliceerd (zie Besluit selectiecriteria uitsprakendatabank Rechtspraak.nl). Toch verwachten wij, gezien het feit dat het gaat om unieke zaken, dat (vrijwel) alle zaken waarin een minderjarige zelfstandig in rechte wenst op te treden, zullen zijn gepubliceerd. Uit de gepubliceerde uitspraken kan in ieder geval een beeld worden gevormd van de aard van de zaken en het oordeel van rechters in dergelijke zaken.

Het juridische deelonderzoek is afgerond op 1 mei 2019.

2.2 DE PROCESPOSITIE VAN DE MINDERJARIGE IN HET CIVIELE RECHT (MET EEN FOCUS OP DE PROCESPOSITIE IN HET FAMILIE- EN JEUGDRECHT, BOEK 1 BW)

2.2.1 Inleiding

In deze paragraaf staat de procespositie van de minderjarige in het civiel recht centraal. Hierbij zal de focus steeds liggen op de procespositie van de minderjarige in het familie- en jeugdrecht (boek 1 BW). Allereerst zal stil worden gestaan bij het beginsel van processuele onbekwaamheid en de geschiedenis hiervan. Vervolgens zal een overzicht worden gegeven van verschillende uitzonderingen waarbij de minderjarige op dit moment wel bekwaam is om zelfstandig op te treden in de civiele procedure. Daarnaast zal aandacht worden besteed aan de minderjarige als belanghebbende in de civiele procedure en de belangrijkste gevolgen die de kwalificatie van belanghebbende met zich meebrengt. Want afgezien van het feit dat de minderjarige in beginsel niet zelfstandig kan procederen in het civiele recht, wordt de minderjarige in verzoekschriftprocedures in het familie- en jeugdprocesrecht, waarin zijn positie rechtstreeks in het geding is, wel als belanghebbende aangemerkt. Vervolgens zal de rol van de bijzondere cura-

tor worden besproken. Ook zal aandacht worden besteed aan de informele rechtsingang, waarbij de minderjarige van twaalf jaar en ouder, of de minderjarige jonger dan twaalf jaar die in staat kan worden geacht zijn belangen behoorlijk waar te nemen, zich rechtstreeks tot de rechter kan wenden door deze op te bellen, een brief te schrijven of een e-mail te sturen. Ten slotte zal stil worden gestaan bij de discussie die er speelt in de praktijk en wetenschap over de huidige procespositie in de civiele procedure.

2.2.2 Het beginsel van processuele onbekwaamheid

Het beginsel van procesonbekwaamheid

In het Nederlandse Burgerlijk Wetboek wordt nergens expliciet bepaald dat de minderjarige procesonbekwaam is. Toch wordt algemeen aangenomen dat een minderjarige niet bekwaam is om zelfstandig als procespartij op te treden in de civiele procedure, ook al heeft de minderjarige bijstand van een eigen advocaat.¹ Doorgaans wordt dit afgeleid uit artikel 1:245 lid 4 jo. artikel 253i lid 1 BW: de ouder(s) met gezag vertegenwoordigen de minderjarige in burgerlijke handelingen, zowel in als buiten rechte. Kortom, het zijn de wettelijke vertegenwoordigers – de ouder(s) met gezag of voogd(en) – of de daartoe benoemde bijzondere curator die geacht worden namens het kind als procespartij op te treden. Dit betekent dat de minderjarige niet-ontvankelijk zal worden verklaard als hij zelf een vordering instelt of een verzoek indient.²

De ouder met gezag, de voogd of de bijzondere curator wordt ook wel de *formele* procespartij genoemd en de minderjarige de *materiële* procespartij.³ De minderjarige kan zowel in een dagvaardingsprocedure als in een verzoekschriftprocedure betrokken zijn. Op de dagvaarding of het verzoekschrift, de overige gedingstukken en het vonnis of de beschikking moet zowel de formele als materiële procespartij worden vermeld. Een dagvaardingsprocedure kan bijvoorbeeld zien op een procedure die verband houdt met een arbeidsovereenkomst⁴ of een medische behandelingsovereenkomst (zie verder hierover in par. 2.3).⁵ In dit onderzoek staan echter de familie- en jeugdprocedures, zoals geregeld in boek 1 BW, centraal. Voor procedures op

1 HR 5 december 2014, ECLI:NL:HR:2014:353 en meer over de proces(on)bekwaamheid: Bruning, Liefwaard & Vlaardingerbroek 2016, p. 314-315.

2 Zie uitgebreider over de processuele handeling van de minderjarige en de sanctie nietigheid: Fiege 1993, p. 73.

3 Zie ook: Fiege 1993, p. 72.

4 In arbeidsrechtzaken kan de minderjarige van zestien jaar en ouder zelfstandig in rechte verschijnen (art. 7:612 lid 1 BW).

5 In procedures die betrekking hebben op de medische behandelingsovereenkomst is de minderjarige van zestien jaar en ouder bekwaam in en buiten rechte op te treden (art. 7:447 lid 3 BW).

grond van boek 1 geldt de verzoekschriftprocedure.⁶ De familierechtprocedures zijn te verdelen in drie clusters, namelijk: (1) afstamming/adoptie, (2) gezag/omgang/scheiding en (3) kindbeschermingsmaatregelen.

Het beginsel van de procesonbekwaamheid in de loop der jaren

De achterliggende gedachte dat de minderjarige procesonbekwaam is en dus in rechte moet worden vertegenwoordigd door zijn wettelijke vertegenwoordiger, strekt tot bescherming van de minderjarige tegen onbezonnen procederen.⁷ Ondanks dat er in de afgelopen jaren steeds gepleit is voor een zelfstandige rechtsingang van de minderjarige, is er aan het beginsel van processuele onbekwaamheid vastgehouden door de regering.⁸ Er zijn in de loop der jaren wel enkele uitzonderingen gecreëerd voor de minderjarige om formeel of informeel een zaak aan de rechter voor te leggen (zie verder hierover in par. 2.2.3 en 2.2.6).

In de voorbereiding op het wetsvoorstel inzake het nieuwe familieprocesrecht is de rechtspositie van de minderjarige in 1989 in het algemeen aan de orde geweest in de vorm van een daarvoor door de Minister van Justitie ontwikkelde ‘notitie rechtspositie minderjarigen’.⁹ Deze notitie is onder andere opgesteld naar aanleiding van het advies van de Raad voor het Jeugdbeleid en de Nederlandse Gezinsraad die pleitten voor een eigen rechtsingang van de minderjarige.¹⁰ De strekking van de notitie is in de eerste plaats na te gaan in hoeverre wettelijke bepalingen met betrekking tot de rechtspositie van minderjarigen voor aanpassingen in aanmerking zouden kunnen komen.¹¹ De Minister van Justitie concludeert naar aanleiding van deze notitie echter dat de minderjarige geen eigen rechtsingang moet toekomen en onderbouwt dit met diverse argumenten. De minister heeft daarbij het volgende gezegd over geschillen tussen ouders en minderjarigen in het kader van gezagsuitoefening:

“De vraag rijst of het in zo’n geval nodig en gewenst is dat de minderjarige zelf een rechtsingang heeft in verband met het tussen de ouders en de minderjarige gerezen conflict.

6 Zie ook Wortmann & Van Duijvendijk-Brand 2018, p. 337. Voor het personen- en familie-recht, met uitzondering van scheidingszaken, geldt art. 798-813 Rv. Daarnaast gelden de algemene regels voor de verzoekschriftprocedure: art. 261-291 Rv. Voor scheidingszaken geldt art. 815 e.v. Rv.

7 Zie HR 30 januari 1987, ECLI:NL:HR:1987:AG5527, r.o. 3.2, NJ 1987/556.

8 Zo stelde de commissie Wiarda bijvoorbeeld in 1971 in haar rapport Jeugdbeschermingsrecht dat de minderjarige van zestien jaar en ouder bekwaam zou moeten zijn zelfstandig een conflict met zijn gezagsdrager aan de jeugdrechter voor te leggen (na voorafgaande verplichte bemiddeling van de Raad); zie Commissie Wiarda 1971, p. 102-103. Zie ook het advies van de Raad voor het Jeugdbeleid en de Nederlandse Gezinsraad: Raad voor het Jeugdbeleid en Nederlandse Gezinsraad 1995.

9 *Kamerstukken II 1989/90, 21309, 2* (notitie rechtspositie minderjarigen).

10 *Kamerstukken II 1989/90, 21309, 2* (notitie rechtspositie minderjarigen); Raad voor het Jeugdbeleid en Nederlandse Gezinsraad 1995.

11 *Kamerstukken II 1989/90, 21309, 1.*

Om de hiernavolgende redenen menen wij van niet. Eerst en vooral dient te worden vermeden dat gezinsconflicten in een juridisch kader worden geplaatst. [...] Daargelaten dat wij betwijfelen of door rechterlijk ingrijpen dit soort conflicten werkelijk kan worden opgelost, zijn wij van oordeel dat de verhouding tussen ouders en kinderen, gelet op het bijzondere karakter ervan en de persoonlijke aard van gezinsconflicten, zich in wezen ertegen verzet dat ouders en kinderen in een gerechtelijke procedure als partijen tegenover elkaar komen te staan. Voorts is de kans aanwezig dat de rechter te snel wordt ingeschakeld, hetgeen op zichzelf reeds het geschil onnodig kan doen escaleren. Aangenomen mag worden dat invoering van een dergelijke voorziening zal leiden tot een verzwaring van de werklast van de rechter, [...]. [...] Een ander aspect van gewicht is dat de kosten van rechtsbijstand die een beroepsmogelijkheid ongetwijfeld met zich brengt, waarschijnlijk grotendeels door de overheid zouden moeten worden gefinancierd. Dit is, gelet op het beslag dat thans reeds door de kosten van rechtshulp wordt gelegd, volstrekt niet verantwoord. [...] Is binnen het gezin een conflict ontstaan, dan zal over het algemeen in de eerste plaats door de gezinsleden zelf, in onderling overleg, naar oplossingen worden gezocht. Zulks neemt niet weg dat in een aantal gevallen hulp van buitenaf geboden zal zijn. De thans bestaande vormen van hulpverlening bieden o.i. voldoende waarborg om hieraan tegemoet te komen.

Ook de wijze waarop wij ons de nadere uitwerking van het ouderlijk gezag denken, noopt niet tot een eigen rechtsingang: eerst en vooral worden immers plichten van ouders nader geconcretiseerd. Hoe ouders hun gezag uitoefenen kan ook in de toekomst op basis van het geldende B.W.-instrumentarium worden getoetst. Het openen van andere voorzieningen dan de maatregel van kinderbescherming – meer in het bijzonder een eigen rechtsingang voor conflicten op ad hoc-basis te behandelen – zou te zeer de positie van ouders in dezen miskennen.”¹²

De argumenten die de Minister van Justitie destijds heeft aangedragen om de minderjarige geen zelfstandige procespositie toe te kennen in gevallen van conflict tussen de ouders en de minderjarige zien kort samengevat vooral op de ongewenste juridisering van de interne gezinsverhoudingen, zodat het geschil onnodig escaleert. Maar ook op de verzwaring van de werklast van de rechter en in het verlengde daarvan de kosten van rechtsbijstand die voor rekening van de overheid komen. Ook de mogelijkheid om conflicten op een andere (informele) manier op te lossen, waarbij vormen van hulpverlening een mogelijkheid kunnen zijn, wordt genoemd. Daarnaast zou een eigen rechtsingang voor minderjarigen de positie van ouders miskennen.

Verder gaat de Minister van Justitie in op andere zaken, die niet zien op de verhouding ouder-kind. Ook hier zou de minderjarige geen zelfstandige rechtsingang moeten hebben volgens de minister:

“Van een eigen rechtsingang voor minderjarigen in aangelegenheden die niet direct verband houden met de relatie ouders-kinderen, zijn wij evenmin voorstander. Wij achten het een goede zaak dat de minderjarige hier door zijn ouders of zijn voogd – zo nodig, zie hoofdstuk 4 – wordt vertegenwoordigd. De belangen van zowel de minderjarige als zijn

12 *Kamerstukken II 1989/90, 21309, 2, p. 18-21 (notitie rechtspositie minderjarigen).*

gezagsdragers zijn onzes inziens daar het meest mee gediend. Aan de ene kant speelt een rol de bescherming die de minderjarige behoeft vanwege zijn onervarenheid en daarmee gepaard gaande kwetsbaarheid. Aan de andere kant is het voor de ouder(s)/voogd – en ook voor de minderjarige – van belang, dat de ouders in de gelegenheid worden gesteld het ouderschap op verantwoorde wijze uit te oefenen en hun opvoedingstaak naar behoren te vervullen.”¹³

De belangen van de minderjarige en zijn gezagsdragers zouden derhalve het meest zijn gediend met de procesonbekwaamheid van minderjarigen. Enerzijds wordt in dit kader verwezen naar de bescherming van de minderjarige gezien zijn onervarenheid en kwetsbaarheid. Anderzijds wordt verwezen naar de taak van de ouders om het ouderschap uit te oefenen.

De Minister van Justitie heeft destijds ook aangegeven dat de processuele onbekwaamheid van de minderjarige in overeenstemming is met artikel 6 EVRM en verwijst daarbij naar de jurisprudentie van het Europees Hof voor de Rechten van de Mens (EHRM):

“Het is ook geheel in overeenstemming met artikel 6 EVRM om de toegang tot de rechter in bovengenoemde zin te beperken. Volgens de overwegingen van het Europese Hof in de zaak Golder (NJ 1978, nr. 462) is het recht op toegang tot de rechter geen absoluut recht. Het Hof erkent dat een Staat voor bepaalde categorieën van personen aan dit recht beperkingen kan stellen. In dit verband worden uitdrukkelijk de minderjarigen genoemd.”¹⁴

Tijdens de parlementaire behandeling van het wetsvoorstel inzake het nieuwe familieprocesrecht heeft de Staatssecretaris van Justitie in 1992 het beginsel van processuele onbekwaamheid opnieuw bevestigd:

“Minderjarigen [...] zijn echter procesrechtelijk niet bekwaam om zelfstandig, d.w.z. zonder wettelijke vertegenwoordiger, in de procedure op te treden. [...] Tijdens het mondeling overleg [...] is aangegeven dat ik de rechtspositie van de minderjarige invulling zal geven onder andere door uitbreiding van de mogelijkheden tot benoeming van een bijzonder curator. Dit zal geschieden in het kader van het wetsvoorstel inzake het ouderlijk gezag en de omgang. De ervaringen hiermee, alsmede met de informele rechtsingang van het kind bij de omgang, worden afgewacht, alvorens eventueel verdere stappen te ondernemen.”¹⁵

Kortom, de Staatssecretaris van Justitie heeft destijds aangegeven dat ondanks het feit dat de minderjarige processueel onbekwaam is, de rechtspositie van de minderjarige afdoende is, omdat deze op een andere manier is ingevuld. Onder andere door de mogelijkheid tot benoeming van de bijzondere curator uit te breiden (lees: benoemen in aangelegenheden betreffende de opvoeding en verzorging van de minderjarige); hiertoe was de minister

13 *Kamerstukken II 1989/90, 21309, 2, p. 18-21 (notitie rechtspositie minderjarigen).*

14 *Kamerstukken II 1989/90, 21309, 2, p. 21 (notitie rechtspositie minderjarigen).*

15 *Kamerstukken II 1991/92, 21487, 3, p. 7 (MvT).*

wel bereid (zie verder hierover in par. 2.2.5). Ook de informele rechtsingang van de minderjarige bij omgang – die sinds 1990 voor de minderjarige openstaat – zou invulling moeten geven aan de rechtspositie van de minderjarige (zie verder hierover in par. 2.2.6).

Het standpunt dat de minderjarige procesonbekwaam is en zou moeten blijven, werd door de Minister van Justitie in 2003 herhaald naar aanleiding van een in opdracht van hem uitgevoerd onderzoek door het Verwey-Jonker Instituut.¹⁶ In dit onderzoeksrapport ‘Minderjarigen als procespartij?’ wordt – door zowel jeugdigen als deskundigen – gepleit voor een zelfstandige rechtspositie voor de minderjarige.¹⁷ Toch gaat de Minister van Justitie hier niet in mee:

“Op grond van de resultaten van het onderzoek meen ik dat er onvoldoende grond is om een formele rechtsingang voor minderjarigen in het burgerlijk recht te introduceren. Uit het onderzoek blijkt niet dat de rechtspositie van de minderjarige niet afdoende is geregeld. Het huidige systeem waarin in beginsel de ouders hun kind in rechte vertegenwoordigen, voldoet. Zo nodig kan een bijzondere curator worden benoemd, die de belangen van minderjarigen in rechte behartigt. Dit kan in situaties waarin de ouders het kind niet willen of kunnen vertegenwoordigen en in situaties waarin de wettelijke vertegenwoordiger niets onderneemt («stilzit») of het belang anders waardeert dan de minderjarige. In een dergelijke situatie kan een strijd van belangen worden aangenomen waarvoor zo nodig benoeming van een bijzondere curator kan volgen. Deze treedt op als de wettelijke vertegenwoordiger van de minderjarige in en buiten rechte en hij zal zijn taak in nauw overleg met de minderjarige uitoefenen. Een rechtsingang voor de minderjarige, voor de onderwerpen waarin hij niet zelfstandig bevoegd is, via vertegenwoordiging van zijn ouders of de bijzondere curator is dan ook afdoende.”¹⁸

De Minister van Justitie geeft wederom aan dat de rechtspositie van de minderjarige voldoende is geregeld voor de onderwerpen waarin de minderjarige niet bevoegd is zelfstandig te procederen, omdat de minderjarige in deze zaken vertegenwoordigd kan worden door zijn wettelijk vertegenwoordigers en er de mogelijkheid is om een bijzondere curator te benoemen.

Tegen deze achtergrond oordeelde de Staatssecretaris van Veiligheid en Justitie in 2012 naar aanleiding van het adviesrapport van de Kinderombudsman ‘De bijzondere curator, een lot uit de loterij?’ welke in 2012 verscheen,¹⁹ dat de huidige formulering van artikel 1:250 BW voldoende mogelijkheden biedt om de belangen van het kind te waarborgen. Dit omdat de bijzondere curator in uiteenlopende zaken kan worden benoemd, ook in zaken waarin de ouders om ‘wat voor reden dan ook’ niet in staat zijn de belangen van

16 *Kamerstukken II 2003/04, 29200 VI, 116.*

17 Steketee, Overgaag & Linneman 2003.

18 *Kamerstukken II 2003/04, 29200 VI, 116, p. 3.*

19 Van der Bijl, Van Dongen & Vreeburg - Van der Laan 2012.

hun minderjarige kinderen te behartigen.²⁰ De staatssecretaris staat een ruime interpretatie van de mogelijkheid tot benoeming van een bijzondere curator (op grond van artikel 1:250 BW) voor en ziet dat als voldoende mogelijkheid voor de minderjarige om in procedures op te treden.

2.2.3 De minderjarige als formele procespartij

Op het beginsel van procesonbekwaamheid van de minderjarige zijn in het civiele recht in de loop der jaren diverse uitzonderingen gemaakt.²¹ De wettelijke uitzonderingen zullen in de onderhavige paragraaf worden besproken.²²

2.2.3.1 Wijziging van geslacht in de geboorteakte

De minderjarige van zestien jaar en ouder is op grond van artikel 1:28 lid 4 BW bekwaam in rechte op te treden in zaken die gaan over de wijziging van geslacht in zijn geboorteakte. Deze rechtsingang is voor de minderjarige sinds 2014 in de wet vastgelegd.²³ De zelfstandige rechtspositie hangt direct samen met het feit dat de minderjarige van zestien jaar en ouder ook zelfstandig een wijziging van de vermelding van het geslacht kan aangeven bij de ambtenaar van de burgerlijk stand (art. 1:28 lid 1 BW). De wetgever heeft hier willen aansluiten bij de leeftijdsgrenzen in de regeling inzake de geneeskundige behandelingsovereenkomst (zie art. 7:447 lid 1 BW). De bevoegdheid om in rechte op te treden kan van belang zijn voor de minderjarige

20 Kamerbrief 16 oktober 2012 (VenJ), *Reactie op het rapport 'De bijzondere curator, een lot uit de loterij?'*, Kenmerk 308427, bijlage bij *Kamerstukken II* 2012/13, 31753, 56.

21 Bruning, Liefwaard & Vlaardingerbroek 2016, p. 315 e.v.

22 Naast de wettelijke uitzonderingen, blijkt uit de rechtspraak dat minderjarigen in kort geding zaken soms ook zelfstandig kunnen procederen. In kort geding zaken waarin de wettelijke vertegenwoordiger niet kan of wil optreden, de benoeming van de bijzondere curator niet kan worden afgewacht en er grote belangen voor de minderjarige spelen, kan de minderjarige zelfstandig in de procedure optreden indien hij in staat is om zijn belangen behoorlijk waar te nemen, zo blijkt uit de rechtspraak. Er dient sprake te zijn van een spoedeisende situatie en bijstand door een advocaat is vereist. Zie bijvoorbeeld: Hof Amsterdam 13 juli 1989, ECLI:NL:GHAMS:1989:AC3150, *NJ* 1992/504 (dochter verzoekt om contactverbod met vader); Hof Arnhem 19 januari 1993, ECLI:NL:GHARN:1993:AD1814, *NJ* 1994/711 (minderjarige gaat in hoger beroep tegen opname in gesloten inrichting); Rb. Amsterdam 17 oktober 1996, ECLI:NL:RBAMS:1996:AH5735, *KG* 1996/355 (verzoek van minderjarige om haar kamer in opvanghuis terug te krijgen) en Rb. 's-Gravenhage 15 februari 2012, ECLI:NL:RBSGR:2012:BV8335 (geschil over een machtiging uithuisplaatsing; in deze zaak herhaalt de rechter de regel dat de minderjarige in kort geding zaken procesbekwaam kan worden geacht, maar beslist dat van een dergelijke situatie in casu geen sprake is). Zie hierover ook: Van Teeffelen, *EB* 2013/62.

23 Wet tot wijziging van Boek 1 van het Burgerlijk Wetboek en de Wet gemeentelijke basisadministratie persoonsgegevens in verband met het wijzigen van de voorwaarden voor en de bevoegdheid ter zake van wijziging van de vermelding van het geslacht in de akte van geboorte (*Stb.* 2014, 1).

als de ambtenaar van de burgerlijk stand weigert een vermelding van de geslachtswijziging aan de akte van geboorte toe te voegen. De minderjarige van zestien jaar en ouder kan zich dan zelfstandig tot de rechter wenden (zie ook art. 1:27 BW).²⁴

2.2.3.2 *Minderjarige ouder van het te adopteren kind en bezwaren van het te adopteren kind*

Ingeval van adoptie dient de moeder van het te adopteren kind minimaal zestien jaar oud te zijn op het moment van het indienen van het adoptieverzoek (art. 1:228 lid 1 sub e BW). In deze zaken is de minderjarige ouder²⁵ van het te adopteren kind ook bekwaam om in rechte op te treden (art. 1:227 lid 6 BW). Deze rechtsingang is voor de minderjarige sinds 2001 in de wet vastgelegd.²⁶ Dit ziet bijvoorbeeld op de situatie dat de minderjarige moeder die afstand heeft gedaan van haar kind en die bezwaren heeft tegen de adoptie, deze bij de rechter kenbaar kan maken.²⁷

Daarnaast kunnen te adopteren kinderen van twaalf jaar en ouder eventuele bezwaren tegen de adoptie bij de rechter tijdens 'het verhoor' (lees: het kindgesprek) kenbaar maken (art. 1:228 lid 1 sub a BW). Dit geldt ook voor het kind dat nog geen twaalf jaar is, maar wel in staat tot een redelijke waardering van zijn belangen ter zake. De eventuele bezwaren van de kinderen onder de twaalf jaar kunnen ook op een andere wijze aan de rechter bekend zijn gemaakt, bijvoorbeeld door de rapportage van de Raad voor de Kinderbescherming.²⁸

2.2.3.3 *Verzoek tot meerderjarigverklaring*

De minderjarige vrouw van zestien jaar of ouder die haar kind zelf wenst te verzorgen en op te voeden met de rechten en plichten van iemand die gezag uitoefent, kan aan de kinderrechter verzoeken haar meerderjarig te verklaren (art. 1:253ha BW).²⁹ De minderjarige vrouw is bekwaam om in rechte op

24 *Kamerstukken II* 2011/12, 33351, 3, p. 14.

25 Dan kan het gaan over zowel de moeder als de vader van het te adopteren kind. De minderjarige vader zal ook ten minste zestien jaar oud zijn, aangezien hij vanaf deze leeftijd het kind kan erkennen (art. 1:204 lid 1 sub b BW).

26 Wet van 13 december 2000, *Stb.* 2001, 11, Wijziging van de regeling in Boek 1 van het Burgerlijk Wetboek met betrekking tot het naamrecht, de voorkoming van schijnhuwelijken en het tijdstip van de totstandkoming van de scheiding van tafel en bed alsmede van enige andere wetten (in werking getreden op 2 maart 2001); deze rechtsingang kwam ook voor in het tot 1 april 1998 geldende adoptierecht, maar is om onopgehelderde redenen niet in het nieuwe adoptierecht opgenomen, zie *Kamerstukken II* 1999/2000, 26862, 3, p. 8 (MvT).

27 *Kamerstukken II* 1999/2000, 26862, 3, p. 8 (MvT).

28 Punselie, in: *GS Personen- en familierecht*, art. 1:228 BW, aant. 3.2 (online, bijgewerkt 7 mei 2019 oktober 2017).

29 Zie verder hierover: Bruning, Liefwaard & Vlaardingerbroek 2016, p. 319 en 320.

te treden en tegen afwijzing van dit verzoek, beroep in te stellen (art. 1:235ha lid 5 BW). Deze rechtsingang is sinds 1995 in de wet neergelegd.³⁰ De Staatssecretaris van Justitie heeft tijdens de parlementaire behandeling aangegeven dat deze rechtsingang voortvloeit uit het familieprocesrecht.³¹

2.2.3.4 Handlichting

Aan een minderjarige van zestien jaar of ouder kan door de kantonrechter handlichting worden verleend (art. 1:235 BW). Dit betekent dat aan een minderjarige bepaalde bevoegdheden (ook wel bekwaamheden) van een meerderjarige worden toegekend.³² De minderjarige wordt dus deels handelingsbekwaam. Men kan bijvoorbeeld denken aan minderjarigen die een bedrijf zijn gestart en door middel van handlichting voor bepaalde handelingen niet steeds de toestemming van hun wettelijke vertegenwoordig(s) nodig hebben. De minderjarige kan ter zake van de handlichting zelf en van handelingen, waartoe hij krachtens de handlichting bekwaam is, als eisende of verwerende partij in rechte optreden (art. 1:235 lid 4 BW). Deze rechtsingang staat voor de minderjarige sinds 1995 open.³³ Dit betekent bijvoorbeeld dat de minderjarige bekwaam is zelf de handlichting aan de kantonrechter te verzoeken, maar ook tegen de afwijzing van dit verzoek, in beroep te gaan.

2.2.3.5 Verzoek tot het benoemen van een bijzondere curator

Naast de mogelijkheid dat de rechter een bijzondere curator kan benoemen, kan ook de minderjarige op grond van artikel 1:250 lid 1 BW zelf een verzoek tot benoeming van een bijzondere curator indienen.³⁴ Deze rechtsingang is sinds 1995 in de wet neergelegd. In deze procedure is de minderjarige gedurende de gehele procedure een materiële en formele procespartij. De minderjarige kan zelfstandig – en dus zonder wettelijke vertegenwoordiging – een formeel of informeel verzoek indienen. Bij afwijzing van het verzoek tot benoeming van een bijzondere curator kan de minderjarige in hoger beroep

30 Wet van 6 april 1995, *Stb.* 1995, 240, Wet tot nadere regeling van het gezag over en van de omgang met minderjarige kinderen (inwerkingtreding op 2 november 1995).

31 *Kamerstukken II* 1993/94, 23012, 6, p. 2.

32 De ouders die het gezag over de minderjarige uitoefenen, kunnen de toewijzing van het verzoek verhinderen door hun tegenspraak (art. 1:235 lid 2 BW). Indien één van de ouders of beide ouders het verzoek tegenspreken, kan dit in sommige gevallen door de rechter worden omzeild en de handlichting toch worden verleend. Als de ouders met gezag het met elkaar oneens zijn, is de geschillenregeling van art. 1:253a lid 1 BW van toepassing. Als de beide ouders zich tegen het verlenen van handlichting verzetten, kan de kantonrechter bij 'onredelijk geachte weigering van de ouders' de handlichting toch verlenen. Zie verder hierover: Jansen, in: *GS Personen- en familierecht*, art. 1:235 BW, aant. 3 en Bruning, Liefwaard & Vlaardingerbroek 2016, p. 318.

33 Wet van 7 juli 1994, *Stb.* 570, Wijzigingswet Herziening van het procesrecht in zaken van Personen- en Familierecht (inwerkingtreding op 1 april 1995).

34 Limbeek 2013.

en in cassatie gaan. Wel dient de minderjarige in hoger beroep en in cassatie te worden bijgestaan door een advocaat.³⁵ Zie uitgebreider over de bijzondere curator onder paragraaf 2.2.5.

2.2.3.6 Jeugdbeschermingszaken en de procespositie van minderjarigen

Procedures in het kader van de ondertoezichtstelling (OTS)

Ook in sommige procedures in het kader van een kindbeschermingsmaatregel heeft de minderjarige een zelfstandige rechtsingang. Een kindbeschermingsmaatregel kan worden ingezet door de overheid om een minderjarige te beschermen wiens ontwikkeling ernstig wordt bedreigd. Het ouderlijk gezag wordt hiermee beperkt (een maatregel van ondertoezichtstelling, art. 1:254 e.v. BW) of beëindigd (art.1:266 e.v. BW). De wetgever heeft minderjarigen die te maken krijgen met een maatregel van ondertoezichtstelling sinds 1995 bij de herziening van de ondertoezichtstelling een sterke rechtspositie gegeven.³⁶ Voor de minderjarige geldt dat hij in de meeste gevallen waarin zijn ouders bevoegd zijn om zich tot de kinderrechter te wenden, deze bevoegdheid ook zelf heeft.³⁷ De Staatssecretaris van Justitie heeft tijdens de parlementaire behandeling bij de herziening van de OTS aangegeven dat dit onder andere op zijn plaats is omdat de gezinsvoogdijinstelling (de huidige gecertificeerde instelling) aanwijzingen kan geven aan de minderjarige zelf die hij moet opvolgen en dat er door anderen beslissingen gemaakt kunnen worden tegen zijn wil.³⁸ De staatssecretaris zegt hierover het volgende:

“Het is de taak van de ouders, ook gedurende een ondertoezichtstelling, om voor hun kinderen te zorgen en voor hun belangen op te komen. Daarnaast heeft de gezinsvoogdijinstelling tot taak de problemen die de minderjarige bedreigen te keren. Dit neemt echter niet weg dat de situatie op dit punt gedurende een ondertoezichtstelling soms ingewikkelder is. Een minderjarige kan tegen zijn zin geconfronteerd worden met een beslissing van de gezinsvoogdijinstelling om hem naar een ander pleeggezin te laten gaan terwijl zijn ouders niet in staat zijn om voor hem op te komen. Ook kan het gebeuren dat de gezinsvoogdijinstelling en zijn ouders menen dat hij in een tehuis moet worden opgenomen terwijl hij zelf bij zijn pleegouders wil blijven. In deze situaties, waarin door anderen dan zijn ouders beslissingen kunnen worden genomen tegen zijn wil, heeft hij onder het geldende recht de gelegenheid zich tot de kinderrechter te wenden teneinde een ambtshalve beslissing uit te lokken. De toegang tot de rechter, zij het dat deze op andere wijze is geregeld, wordt in het wetsvoorstel behouden.”³⁹

35 HR 3 februari 2017, ECLI:NL:HR:2017:158.

36 Wet van 26 april 1995, *Stb.* 255, Wet tot herziening van de maatregel van ondertoezichtstelling (inwerkingtreding op 1 november 1995). Voor 1995 kon de minderjarige overigens zelfstandig en informeel via een briefje of door op het spreekuur te verschijnen zich tot de kinderrechter wenden om een ambtshalve beslissing uit te lokken.

37 *Kamerstukken II* 1993/94, 23003, 5, p. 24 (MvA).

38 *Kamerstukken II* 1992/93, 23003, 3, p. 24 (MvT).

39 *Kamerstukken II* 1993/94, 23003, 5, p. 24 (MvA).

De volgende rechtsingangen staan open voor de minderjarige van twaalf jaar en ouder in het kader van een ondertoezichtstelling:

- i. *Geschillenregeling*: Gedurende de uitvoering van de OTS kunnen er geschillen ontstaan tussen ouders, kinderen, pleegouders of de zorgaanbieders over de aanpak van de problemen. De minderjarige van twaalf jaar of ouder kan dan zelfstandig – dat wil zeggen zonder tussenkomst van zijn wettelijke vertegenwoordiger, te weten een ouder of een bijzondere curator ex. artikel 1:250 BW – een geschil die de uitvoering van de OTS betreft, voorleggen aan de kinderrechter (art. 1:262b BW). Bijstand van een advocaat is overigens wel verplicht (art. 1:265k lid 1 BW). De wetgever heeft de verplichte betrokkenheid van een advocaat bedoeld als zeeffunctie bij geschillen. Een advocaat zou bijvoorbeeld al oplossingen kunnen aanreiken, waardoor een gang naar de rechter niet meer nodig is.⁴⁰ Geschillen die zien op gedragingen waartegen een klacht kan worden ingediend (zoals geregeld in art. 4.2.1 e.v. Jw), zijn van de geschillenregeling uitgesloten.

Klachtrecht in jeugdbeschermingszaken: De minderjarige heeft in jeugdbeschermingszaken ook toegang tot het klachtrecht. Dit kan worden gezien als een relatief eenvoudige manier voor de minderjarige om te participeren en geschillen aan te kaarten die bijvoorbeeld zien op de uitvoering van de OTS door een gecertificeerde instelling of zorgaanbieder zonder dat daarvoor een gerechtelijke procedure nodig is.⁴¹ De minderjarige kan bij de instelling die betrokken is bij de uitvoering van de OTS een klacht indienen zoals geregeld in de Jeugdwet (art. 4.2.1 e.v. Jw). Voorwaarde is dat de klacht moet gaan over een gedraging van een persoon die bij de instelling werkzaam is. Er worden in de Jeugdwet geen vereisten gesteld aan de minderjarige om een klacht in te dienen, zo gelden er bijvoorbeeld geen leeftijdsgrenzen. De minderjarige heeft ter ondersteuning ook recht op een vertrouwenspersoon die de minderjarige bijvoorbeeld kan helpen om een klachtbrief op te stellen en de minderjarige kan bijstaan tijdens een klachtgesprek of hoorzitting van de klachtencommissie (art. 4.1.9 Jw). Zie verder paragraaf 2.3.3.2 over de Jeugdwet.

- ii. *Verzoek vervanging instelling*: In de situatie dat de verhoudingen tussen de gecertificeerde instelling die de ondertoezichtstelling uitvoert en betrokkenen zodanig slecht is, dat betrokkenen een andere gecertificeerde instelling willen, kan een andere instelling met het toezicht worden belast. Een minderjarige van twaalf jaar of ouder kan de kinderrechter hier

40 *Kamerstukken II 2010/11, 32015, 38, p. 2.*

41 Zie over de mogelijkheid tot participatie van de minderjarige in het jeugdhulptraject en het klachtrecht: Bruning, Rap & Verkroost 2016. Zie ook Bruning, Rap & Verkroost, *FJR* 2016/61.

- zelfstandig om verzoeken (art. 1:259 BW). Vertegenwoordiging door een advocaat is niet verplicht (art. 1:265k BW). Het verzoek moet echter wel schriftelijk worden gedaan (art. 1:265k lid 1 BW) en is gebonden aan inhoudelijke vereisten (art. 799 Rv jo. art. 278 Rv.).
- iii. *Verzoek intrekking/ vervallenverklaring schriftelijke aanwijzing*: De gecertificeerde instelling kan ter uitvoering van haar taak schriftelijke aanwijzingen geven met betrekking tot de verzorging en opvoeding van de minderjarige. De met gezag belaste ouder(s) én de minderjarige moeten de schriftelijke aanwijzingen opvolgen (art. 1:263 lid 1 en 2 BW). De minderjarige van twaalf jaar of ouder kan de kinderrechter verzoeken een dergelijke schriftelijke aanwijzing van de jeugdbeschermer geheel of gedeeltelijk vervallen te laten verklaren (art. 1:264 lid 1 BW). Ook kan de minderjarige van twaalf jaar en ouder een verzoek tot intrekking van de aanwijzing bij de gecertificeerde instelling indienen (art. 1:265 lid 1 BW). Bij een afwijzing van dat verzoek of een niet of niet tijdig beslissen hierop heeft de minderjarige vervolgens toegang tot de kinderrechter (art. 1:265 lid 4 BW). Vertegenwoordiging door een advocaat is niet verplicht (art. 1:265k BW). Het verzoek moet echter wel schriftelijk worden gedaan (art. 1:265k lid 1 BW) en is gebonden aan inhoudelijke vereisten (art. 799 Rv jo. art. 278 Rv.).
- iv. *Verzoek opheffing OTS*: Als de grond voor de ondertoezichtstelling niet meer aanwezig is, dan kan de maatregel worden opgeheven (art. 1:261 lid 1 BW). De minderjarige van twaalf jaar of ouder kan – indien de gecertificeerde instelling niet tot dit verzoek overgaat – de kinderrechter zelfstandig verzoeken de ondertoezichtstelling op te heffen (art. 1:261 lid 2 BW). Vertegenwoordiging door een advocaat is niet verplicht (art. 1:265k BW). Het verzoek moet echter wel schriftelijk worden gedaan (art. 1:265k lid 1 BW) en is gebonden aan inhoudelijke vereisten (art. 799 Rv jo. art. 278 Rv.).
- v. *Verzoek beëindiging of bekorting UHP*: De uithuisplaatsing in het kader van een ondertoezichtstelling kan worden beëindigd door de gecertificeerde instelling als is voldaan aan de wettelijke vereisten (art. 1:265d BW). De minderjarige van twaalf jaar of ouder kan zelfstandig een zodanig verzoek indienen bij de gecertificeerde instelling (art. 1:265d lid 2 sub a BW) of verzoeken de duur van de uithuisplaatsing te bekorten (art. 1:265d lid 2 sub b BW). Bij een afwijzing van dat verzoek of een niet of niet tijdig beslissen hierop heeft de minderjarige vervolgens zelfstandig toegang tot de kinderrechter (art. 1:265d lid 4 BW). Vertegenwoordiging door een advocaat is niet verplicht (art. 1:265k BW). Het verzoek moet echter wel schriftelijk worden gedaan (art. 1:265k lid 1 BW) en is gebonden aan inhoudelijke vereisten (art. 799 Rv jo. art. 278 Rv.).

- vi. *Verzoek wijziging zorg- of omgangsregeling*: Door de kinderrechter kan een zorg- of omgangsregeling zijn vastgesteld voor de duur van de ondertoezichtstelling (art. 1:265g BW). De minderjarige van twaalf jaar of ouder kan de kinderrechter zelfstandig verzoeken om de vastgestelde zorg- of omgangsregeling te wijzigen als er gewijzigde omstandigheden zijn opgetreden (art. 1:265g BW). Vertegenwoordiging door een advocaat is niet verplicht (art. 1:265k BW). Het verzoek moet echter wel schriftelijk worden gedaan (art. 1:265k lid 1 BW) en is gebonden aan inhoudelijke vereisten (art. 799 Rv jo. art. 278 Rv.).

Geen rechtsingang voor overige procedures in het kader van een OTS

Ondanks de verschillende verzoeken die de minderjarige kan voorleggen aan de kinderrechter in het kader van de OTS, heeft de minderjarige niet de mogelijkheid om een ondertoezichtstelling te verzoeken aan de kinderrechter. Hiermee zou de minderjarige volgens de wetgever in een moeilijke positie geraken. De Staatssecretaris van Justitie heeft bij de herziening van de OTS in 1995 daarover het volgende opgemerkt:

“Voorstellen om de minderjarige de bevoegdheid te geven een ondertoezichtstelling te verzoeken, worden niet gevolgd. Hierbij is overwogen dat de minderjarige hiermee in een moeilijke positie zou geraken. Het kind bewerkstelligt dat zijn ouders voor de rechter moeten verschijnen teneinde de overheid tegen hun wil in hun gezins- en privéleven te doen ingrijpen. Dit kan de verhouding tussen de minderjarige en zijn ouders, ook nog lang na de meerderjarigheid van het kind, belasten. Het is niet aannemelijk dat een kind van jonger dan achttien jaar zich hiervan voldoende rekenschap zal kunnen geven. Een minderjarige die problemen met zijn ouders heeft, zal zich veeleer tot een persoon of instantie moeten kunnen wenden met wie hij zijn problemen kan bespreken.”⁴²

De bescherming van het kind lijkt hier centraal te staan. Het wordt immers niet wenselijk geacht dat de minderjarige door het indienen van een verzoek bij de rechter zich verantwoordelijk voelt voor door zijn ouders niet gewenste overheidsinmenging.⁴³ De minderjarige kan wel contact opnemen met professionals die werken bij de toegang tot hulpverlening (vanaf 2015: de wijkteams) of met het Advies- en Meldpunt Kindermishandeling (vanaf 2015: Advies- en Meldpunt Huiselijk Geweld en Kindermishandeling oftewel ‘Veilig Thuis’) met het verzoek om een ondertoezichtstelling te verzoeken aan de rechter.

Daarnaast heeft de minderjarige ook geen mogelijkheid om hoger beroep in te stellen in het kader van de OTS. De Staatssecretaris van Justitie zag bij de herziening van de OTS in 1995 geen aanleiding om de mogelijkheid te introduceren dat de minderjarige in hoger beroep zelf-

42 *Kamerstukken II 1992/93, 23003, 3, p. 16 (MvT).*

43 *Kamerstukken II 1992/93, 23003, 3, p. 16 (MvT).*

standig kan procederen, zonder de vertegenwoordiging van zijn ouder, voogd of een bijzondere curator. Volgens de staatsecretaris van Justitie paste dat niet in het stelsel van de wet en de gedachten van de regering over de rechtspositie van de minderjarige:

“De omstandigheid dat de minderjarige in het kader van een ondertoezichtstelling in bepaalde gevallen zich zelfstandig tot de kinderrechter kan wenden, leidt niet tot de logische gevolgtrekking deze informele toegang ook te openen bij het gerechtshof. Immers, met de door mij voorgestelde toegang tot de kinderrechter is beoogd, de bestaande praktijk te bestendigen. De kinderrechter is als alleensprekende rechter in de eerste aanleg snel en eenvoudig toegankelijk. De mogelijkheid die de minderjarige thans heeft om de beslissing van de kinderrechter in te roepen, dient behouden te blijven. Wat de procedure bij het gerechtshof betreft, geldt dat de minderjarige ook thans geen informele toegang tot dit college heeft. De organisatie van het Hof lijkt daar ook minder op te zijn ingericht. De rechtstreekse toegang acht ik onnodig. Met de mogelijkheid voor de minderjarige zich rechtstreeks tot de kinderrechter te wenden, wordt aan de eis van een behoorlijke rechtsbescherming van de minderjarige voldaan. Wanneer een procedure bij het gerechtshof aanhangig is, wordt de minderjarige van twaalf jaar of ouder door dit college in de gelegenheid gesteld zijn mening kenbaar te maken. In laatste instantie bestaat dan de mogelijkheid voor een minderjarige om via zijn wettelijk vertegenwoordiger of een bijzonder curator tegen een beslissing van de rechter appel in te stellen.”⁴⁴

Voor de minderjarige is het ten slotte ook niet mogelijk om een verzoek in te dienen bij de kinderrechter dat strekt tot gedeeltelijke gezagsbeperking van zijn ouder in het kader van een OTS met machtiging uithuisplaatsing of verlenging en wijziging hiervan (art. 1:265e BW). Uit de parlementaire geschiedenis blijkt niet waarom de minderjarige hier niet wordt genoemd.

- vii. *Procedures in het kader van gesloten jeugdhulp*: De meest ingrijpende vorm van een ondertoezichtstelling met machtiging uithuisplaatsing is de plaatsing van een minderjarige in een accommodatie van gesloten jeugdhulp (art. 6.1.1 e.v. Jw). De minderjarige van twaalf jaar of ouder is in alle zaken betreffende de plaatsing in gesloten jeugdhulp bekwaam om in en buiten rechte op te treden. Dit geldt ook voor de minderjarige jonger dan twaalf jaar die in staat kan worden geacht tot een redelijke waardering van zijn belangen ter zake (art. 6.1.1 lid 2 Jw).⁴⁵ Dit betekent dat de minderjarige in deze zaken volledig procesbekwaam is en bijvoorbeeld zelfstandig een verweerschrift kan indienen, getuigen kan

⁴⁴ Kamerstukken II 1992/93, 23003, 3, p. 24-25 (MvT).

⁴⁵ Zie bijvoorbeeld Hof Leeuwarden 26 oktober 2017, ECLI:NL:GHARL:2017:9275: in deze uitspraak zijn twee kinderen (10 en 8 jaar op het moment van instellen van hoger beroep) niet-ontvankelijk verklaard bij het instellen van hoger beroep tegen de machtiging gesloten jeugdhulp, het hof heeft onvoldoende informatie om vast te stellen of de kinderen in staat zijn tot een redelijke waardering van hun belangen.

doen horen, inzage en afschrift van de processtukken kan verzoeken en bijvoorbeeld desgewenst hoger beroep c.q. cassatie in kan stellen. Deze rechtsingang is in 2007 als onderdeel van de Wet op de Jeugdzorg ingevoerd.⁴⁶ Volgens de wetgever garandeert dit de betrokkenheid van de jeugdige zelf in de procedure, er wordt geen nadere uitleg gegeven:

“Het voorgestelde tweede lid bepaalt dat een jeugdige van twaalf jaar en ouder of een jeugdige die jonger is maar in staat tot een redelijke waardering van zijn belangen terzake, bekwaam is in rechte op te treden. Dit garandeert de betrokkenheid van de jeugdige zelf in de procedure. Voor jongere kinderen en voor jeugdigen die niet in staat zijn hun belangen te behartigen blijft degene die met het gezag over hem is belast bevoegd.”⁴⁷

Tegen deze achtergrond moet ook de expliciete regel worden geduid dat een afschrift van de beschikking inzage de machtiging aan de jeugdige wordt gezonden indien deze de leeftijd van twaalf jaar heeft bereikt (art. 6.1.11 onder a Jw).⁴⁸ In gesloten jeugdhulp procedures krijgt de minderjarige – met het oog op de ingrijpendheid van de beslissing – bovendien ambtshalve een advocaat toegewezen (art. 6.1.10 lid 4 Jw).⁴⁹ Dit betekent overigens niet dat de minderjarige daarna niet zelf nog een andere advocaat kan uitkiezen.⁵⁰ De advocaat kan samen met de minderjarige procespartij procederen.

Procespositie minderjarige na gezagsbeëindigende maatregel

Het is opvallend dat in het kader van een gezagsbeëindigende maatregel (art. 1:266 BW) er voor minderjarigen geen mogelijkheden bestaan om beslissingen die zien op de uitvoering van de voogdijmaatregel aan een rechter voor te leggen. Zo kunnen minderjarigen bijvoorbeeld geen gebruik maken van een geschillenregeling zoals deze geldt in het kader van een OTS (art. 1:262b BW).⁵¹

46 Wet van 20 december 2007, houdende wijziging van de Wet op de jeugdzorg met betrekking tot jeugdzorg waarop aanspraak bestaat ingevolge de wet in gesloten setting (gesloten jeugdzorg), *Stb.* 2007, 578, i.w.tr. 1 januari 2008.

47 De minister geeft dit aan bij de parlementaire behandeling van de Wet op de Jeugdzorg, *Kamerstukken II* 2005/06, 30644, 3 (MvT); dit standpunt wordt herhaald bij de parlementaire behandeling van de Jeugdwet: *Kamerstukken II* 2012/13, 33684, 3, p. 185 en 186 (MvT).

48 Het is opmerkelijk dat in art. 6.1.11 Jw niet tevens de minderjarige jonger dan twaalf jaar die in staat wordt geacht tot een redelijke waardering van zijn belangen wordt genoemd, aangezien deze wel in rechte kan optreden.

49 *Kamerstukken II* 2005/06, 30644, 3, p. 23 (MvT); *Kamerstukken II* 2012/13, 33684, 3, p. 194 (MvT).

50 *Kamerstukken II* 2012/13, 33684, 3, p. 194 (MvT).

51 Zie bijvoorbeeld: Gerechtshof Arnhem-Leeuwarden 14 maart 2019, ECLI:NL:GHARL:2019:2361. Zie ook: Kramer, FJR 2017/50 en Kinderombudsman 2018.

2.2.3.7 Jurisprudentieonderzoek

Een inventarisatie op rechtspraak.nl laat zien dat er in de afgelopen vijf jaar weinig minderjarigen zijn geweest die gebruik hebben gemaakt van de zelfstandige rechtsingangen.⁵² Daarbij moet overigens wel worden opgemerkt dat rechtspraak.nl geen volledig beeld geeft, omdat op deze website maar een klein percentage van de zaken wordt gepubliceerd. Minderjarigen lijken in ieder geval het meest gebruik te hebben gemaakt van de mogelijkheid om hoger beroep in te stellen tegen een (spoed)machtiging gesloten uithuisplaatsing. Het feit dat de minderjarige in deze zaak een eigen advocaat krijgt toegevoegd die de minderjarige kan informeren over deze rechtsingang zou hier uiteraard een rol kunnen spelen. Overigens blijkt ook uit de rechtspraak dat in bepaalde gevallen minderjarigen de gang naar de rechter wel maken, maar zich geconfronteerd zien met het feit dat er geen zelfstandige rechtsingang voor hen openstaat en zodoende niet-ontvankelijk worden verklaard.⁵³ Dit was het geval in zaken waarin minderjarigen hoger beroep instellen tegen een 'gewone' machtiging uithuisplaatsing.

52 Er is een jurisprudentieonderzoek gedaan via de digitale databank rechtspraak.nl in de periode van 01-01-2014 tot 01-01-2019. De zaken zijn geselecteerd door te zoeken op verschillende zoektermen. Voor wijziging in de geboorteakte is gezocht op: '1:28 BW' en 'wijziging geslacht geboorteakte'. Voor de minderjarige ouder van het te adopteren kind is gezocht op '1:227 lid 6 BW', '1:227 BW 'minderjarige ouder' en '1:227 'minderjarige moeder'. Voor verzoek om handlichting is gezocht op '1:235 BW' en 'handlichting'. Voor procedures in het kader van de OTS is gezocht op '1:262b BW', 'geschillenregeling ondertoezichtstelling', '1:259 BW', 'vervanging gecertificeerde instelling', '1:264 BW', 'vervallen verklaren schriftelijke aanwijzing', 'intrekken schriftelijke aanwijzing', '1:265 BW intrekken schriftelijke aanwijzing', '1:261 BW opheffing ondertoezichtstelling', 'opheffing ondertoezichtstelling', '1:265d BW', 'bekorten uithuisplaatsing' en '1:265g BW'. Voor procedures in het kader van gesloten jeugdhulp is gezocht op: '29a WJZ' en '6.1.1 lid 2 Jeugdwet'. Voor benoeming van een bijzondere curator is gezocht op '1:250 BW' en 'bijzondere curator', toegespitst op 'uitspraken'. Dit resulteerde in totaal in 164 uitspraken.

53 Zie bijvoorbeeld de volgende zaken waarin minderjarigen niet-ontvankelijk worden verklaard in hoger beroep tegen een machtiging uithuisplaatsing: Hof 's-Hertogenbosch 10 januari 2013, ECLI:NL:GHSHE:2013:BY8143 en Hof Den Haag 29 mei 2013, ECLI:NL:GHDHA:2013:2884.

Tabel 2.1: Overzicht van het aantal keer dat een minderjarige gebruik heeft gemaakt van een zelfstandige rechtsingang zoals gepubliceerd op rechtspraak.nl.

Zelfstandige Rechtsingang	2014	2015	2016	2017	2018	Totaal
Afstamming/adoptie						
Wijziging van geslacht in de geboorteakte	0	0	0	0	0	0
Minderjarige ouder van het te adopteren kind	0	0	0	0	0	0
Verzoek om handlichting	1	4	10	11	4	30
Verzoek tot meerderjarigheidverklaring	0	1	1	1	0	3
Gezag/omgang/scheiding						
Verzoekt tot het benoemen van een bijzondere curator	3	2	0	1	0	6
Kinderbeschermingsmaatregelen						
Procedures in het kader van de OTS	0	1	1	0	2	4
Procedure in het kader van gesloten jeugdhulp	27	25	18	28	23	121
Totaal	31	33	30	41	29	164

2.2.4 Belanghebbende

De minderjarige moet in verzoekschriftprocedures in het familieprocesrecht⁵⁴ waarin zijn positie rechtstreeks in het geding is als belanghebbende in de zin van artikel 798 lid 1 Rv worden aangemerkt.⁵⁵ Dit is door de Staatssecretaris van Justitie bevestigd in 1992 in het kader van de parlementaire behandeling van het wetsvoorstel inzake het nieuwe familieprocesrecht.⁵⁶ De belangrijkste gevolgen die de kwalificatie van belanghebbende met zich meebrengt, zijn: (1) het worden opgeroepen voor de zitting (art. 800 lid Rv); (2) het krijgen van een afschrift van het verzoekschrift en de bijgevoegde bescheiden bij de oproep voor de zitting (art. 800 lid 1 Rv); (3) het recht om een verweerschrift in te dienen en daarbij een zelfstandig verzoek te doen (art. 282 lid 1 en lid 4 Rv); (4) het ontvangen van een afschrift van de beschikking (art. 805 lid 1 Rv); (5) het recht om in hoger beroep en cassatie te gaan (art. 806 lid 1 en 398 Rv) en (6) het recht op inzage en afschrift van de overlegde bescheiden (art. 811 en 290 Rv).

54 Het familieprocesrecht geeft geen duidelijke definitie om welke zaken het gaat. Op grond van de wetsgeschiedenis is het echter aannemelijk dat daaronder moet worden verstaan: alle procedures die betrekking hebben op het gezag over minderjarigen, kindbeschermingsmaatregelen, adoptie en kinderalimentatie. Maar ook handlichting, meerderjarigheidverklaring, huwelijkstoestemming en afstammingszaken. Zie ook: Bruning, Liefwaard & Vlaardingerbroek 2016, p 153.

55 Uit de rechtspraak blijkt overigens dat de minderjarige niet tot de kring van belanghebbenden wordt gerekend in zaken die zien op beslissingen van broertje(s) of zusje(s), zie bijvoorbeeld: Hof Den Haag 14 november 2018, ECLI:NL:GHDHA:2018:3377. Zie verder over het belanghebbende begrip: HR 21 mei 2010, ECLI:NL:HR:2010:BL7043, NJ 2010/397 m.nt. S.F.M. Wortmann.

56 *Kamerstukken II 1991/92, 22487, 3, p. 7 (MvT).*

Het zijn van belanghebbende brengt voor de minderjarige echter niet met zich mee dat hij de aan belanghebbende toegekende procedurele bevoegdheden zonder tussenkomst van een wettelijke vertegenwoordiger of een bijzondere curator kan uitoefenen, behoudens voor zover de wet daarin voorziet. De minderjarige is namelijk procesonbekwaam.⁵⁷ Dit uitgangspunt heeft tot gevolg dat de minderjarige in procedures die rechtstreeks betrekking hebben op zijn rechten of verplichtingen wel als *materieel* belanghebbende wordt aangemerkt, maar in beginsel niet als *formeel* belanghebbende. Kortom, de minderjarige heeft zijn wettelijk vertegenwoordigers nodig om de aan hem toegekende procedurele bevoegdheden uit te oefenen. De Hoge Raad heeft in 2014 in een zaak waar het ging over de vraag of een minderjarige een zelfstandig recht heeft op inzage en afschrift van de processtukken (o.g.v. art. 290 Rv) met betrekking tot de ondertoezichtstelling, bepaald dat de minderjarige weliswaar belanghebbende is in de zin van artikel 789 Rv, maar dat hij niet procesbekwaam is en daarmee geen zelfstandig recht heeft op inzage en afschrift van de processtukken.⁵⁸ De Hoge Raad geeft aan dat de minderjarige kan worden vertegenwoordigd door zijn wettelijke vertegenwoordiger en indien deze hem stukken onthoudt die van belang zijn voor het effectief participeren, hij de rechter bij wie de procedure aanhangig is, kan verzoeken een bijzondere curator te benoemen. De Hoge Raad oordeelt dat deze afhankelijke rechtspositie van de minderjarige niet in strijd is met artikel 12 IVRK en met art. 6 EVRM, dat het recht op toegang tot het rechter garandeert. Er is echter wel een uitzondering op de hoofdregel dat de minderjarige geen zelfstandig recht heeft op inzage en afschrift van de processtukken zoals bedoeld in artikel 290 Rv. Deze uitzondering houdt in dat de minderjarige van twaalf jaar of ouder wél het recht heeft op inzage en afschrift van de door de Raad voor de Kinderbescherming, het Openbaar Ministerie of van door een deskundige op verzoek van de rechter, tijdens de procedure, overgelegde bescheiden (art. 811 lid 1 sub d Rv). Deze uitzondering is in 1995 in de wet opgenomen.⁵⁹ De wetgever heeft expliciet aangegeven dat het inzagerecht zoals neergelegd in artikel 811 Rv lid 1 sub d tot minderjarige van twaalf jaar of ouder in overeenstemming is met artikel 12 IVRK.⁶⁰

Uit het procesreglement civiel jeugdrecht dat betrekking heeft op kinderschermingsmaatregelen, blijkt wel dat de minderjarige geïnformeerd dient te worden als belanghebbende.⁶¹ Deze regeling wordt overigens niet nader gemotiveerd. Het betekent in ieder geval dat een minderjarige van twaalf

57 Zie *Kamerstukken II 1991/92*, Rol22487, 3, p. 7 (MvT) en later door de Hoge Raad benadrukt, zie: HR 5 december 2014, ECLI:NL:HR:2014:3535.

58 HR 5 december 2014, ECLI:NL:HR:2014:3535; zie voor een kritische beschouwing van deze uitspraak Liefwaard & Bruning 2017 en Ter Haar, *EB* 2015/22.

59 Wet van 7 juli 1994, *Stb.* 1994, 570.

60 *Kamerstukken II 1992/93*, 22487, 6, p. 18 (MvA).

61 Procesreglement Civiel Jeugdrecht, 14^e druk (januari 2015), par. 2.2. Zie ook Chin-A-Fat, in: *GS Burgerlijke Rechtsvordering*, art. 798 Rv, aant. 4.

jaar of ouder steeds een eigen kopie van het verzoekschrift zonder bijlagen krijgt toegestuurd. In gesloten jeugdhulp zaken (hfst. 6 van de Jeugdwet) ontvangt de minderjarige van twaalf jaar of ouder, maar ook de minderjarige jonger dan twaalf jaar die in staat kan worden geacht tot een redelijke waarderung van zijn belangen, steeds een eigen kopie van het verzoekschrift met alle bijlagen. Dit in tegenstelling tot het procesreglement gezag en omgang⁶² en het procesreglement adoptie,⁶³ waarin enkel wordt bepaald dat een afschrift van het verzoekschrift wordt gezonden aan de belanghebbende(n), maar in het midden wordt gelaten of de minderjarige als belanghebbende wordt beschouwd. Hierdoor is het niet duidelijk of de minderjarige een eigen kopie van het verzoekschrift ontvangt.

2.2.5 Vertegenwoordiging door een bijzondere curator

In beginsel worden de belangen van de minderjarige behartigd door zijn wettelijke vertegenwoordigers; de ouder(s) met gezag of de voogd(en). Dit kan anders zijn als de belangen van hen in strijd zijn met die van de minderjarige. De rechter kan dan een bijzondere curator benoemen; een belangenbehartiger voor het kind. Er bestaan in het Nederlandse Burgerlijk Wetboek twee soorten bijzondere curatoren, namelijk de bijzondere curator zoals geregeld in artikel 1:212 BW en de bijzondere curator zoals geregeld in artikel 1:250 BW. Omdat deze bijzondere curatoren naar hun aard dusdanig van elkaar verschillen zullen ze in de onderhavige paragraaf afzonderlijk van elkaar worden besproken.

2.2.5.1 De bijzondere curator op grond van artikel 1:250 BW

De historie en ontwikkeling van de bijzondere curator ex artikel 1:250 BW in de afgelopen jaren

De figuur van bijzondere curator zoals neergelegd in artikel 1:250 BW heeft de afgelopen jaren een flinke ontwikkeling doorgemaakt.⁶⁴ Waar de bijzondere curator sinds 1838 alleen kon worden benoemd voor vermogensrechtelijke aangelegenheden, kan de bijzondere curator met de wetwijziging inzake de herziening van het gezagsrecht vanaf 1995 ook worden benoemd in aangelegenheden die zien op de verzorging en opvoeding van de minderjarige waarin de belangen van ouder(s) of voogd met die van het kind strijden.⁶⁵ Ook werd toen de toetsing aan het belang van de minderjarige uitdrukkelijk in de wet opgenomen. Dit betekent dat de benoeming van de bijzondere curator noodzakelijk moet zijn in het belang van de minderjarige.⁶⁶

62 Procesreglement gezag en omgang, 14^e druk (januari 2015).

63 Procesreglement adoptie, 14^e druk (januari 2015).

64 Zie o.a. Pieters, *FJR* 2008/78; Pieters, *FJR* 2012/36; Pieters, *FJR* 2017/38; Brands-Bottema, *EB* 2018/87 en Van Leuven & Pieters, *REP* 2018/201.

65 *Kamerstukken II* 1992/93, 23012, 3, p. 11 en 36 (MvT).

66 *Kamerstukken II* 1992/93, 23012, 3, p. 11 en 12 (MvT).

De Staatssecretaris van Justitie heeft tijdens de parlementaire behandeling van het wetsvoorstel inzake het nieuwe familieprocesrecht aangegeven dat hij de rechtspositie van de minderjarige met deze uitbreiding invulling heeft willen geven.⁶⁷ In dezelfde periode is in 1995 het Internationaal Verdrag voor de Rechten van het Kind (IVRK) in Nederland in werking getreden. In de toelichting van de goedkeuringswet bij het IVRK stelt de regering dat het in de eerste plaats de ouders zijn die de rechten van de minderjarigen realiseren, maar dat in de daarvoor in aanmerking komende gevallen het verruimde artikel 1:250 BW kan bijdragen aan de effectivering van de rechten van het kind zoals neergelegd in het Kinderrechtenverdrag.⁶⁸

Sinds de wetwijziging in 2008 kan een bijzondere curator ook benoemd worden door de rechter wanneer de zaak reeds aanhangig is.⁶⁹ Over deze verruiming zegt de Minister van Justitie het volgende:

“Een kind kan in een echtscheidingsprocedure onderwerp worden van strijd tussen zijn ouders. Om de positie van het kind in de procedure te verbeteren, wordt voorgesteld om het benoemen van een bijzondere curator te vergemakkelijken (onderdeel H, artikel 250). De voorgestelde wijziging maakt het mogelijk dat niet alleen de kantonrechter, maar iedere rechter de bevoegdheid krijgt om in zaken waarbij een minderjarige rechtstreeks betrokken is, een bijzondere curator te benoemen. [...] De bijzondere curator behartigt de belangen van de kinderen in en buiten rechte. In een echtscheidingsprocedure kan de bijzondere curator de ouders meehelpen om een ouderschapsplan op te stellen door het belang van het kind bij het ouderschapsplan te verwoorden. Bij een strijd tussen de ouders over diverse aspecten van de echtscheiding, kunnen de belangen van de kinderen immers uit het oog worden verloren. Ook kan de bijzondere curator het kind ondersteunen bij het voeren van gesprekken met zijn ouders over het ouderschapsplan, uiteraard in overeenstemming met zijn leeftijd en rijpheid. Gezien deze mogelijkheden van de bijzondere curator is het denkbaar dat een rechter, bijvoorbeeld gelijktijdig met een verwijzing van de ouders naar een mediator teneinde afspraken te maken over de zorgverdeling, een bijzondere curator benoemt. Daarnaast kan de bijzondere curator de minderjarige ondersteunen bij het zelfstandig vragen van een regeling inzake de uitoefening van het ouderlijk gezag (artikel 253a, tweede en derde lid j° 377g) of een verzoek om de vader of de moeder alleen met het gezag te belasten (artikel 251a, eerste en vierde lid).”⁷⁰

Kortom, met deze wetwijziging is beoogd om de bijzondere curator een grotere rol te laten spelen in scheiding- en omgangszaken. Niet alleen de kantonrechter, maar alle rechters zijn sindsdien bevoegd om een bijzondere curator te benoemen in zaken waarin de minderjarige rechtstreeks is betrokken.

Met het in 2012 verschenen rapport van de Kinderombudsman ‘De bijzondere curator, een lot uit de loterij’ is de bijzondere curator volop in de (politieke) belangstelling komen te staan.⁷¹ De Kinderombudsman beveelt in dit

67 Kamerstukken II 1991/92, 22487, 3, p. 7 (MvT).

68 Kamerstukken II 1992/93, 22855, 3 (MvT).

69 Wet van 27 november 2008, *Stb.* 2008, 500 (inwerkingtreding op 1 maart 2009).

70 Kamerstukken II 2004/2005, 30145, 3, p. 7 (MvT).

71 Van der Bijl, Van Dongen & Vreeburg - Van der Laan 2012.

rapport onder andere aan om artikel 1:250 BW ruimer te formuleren, de bijzondere curator meer onder de aandacht van kinderen en professionals te brengen, de taakomschrijving voor de bijzondere curator zo helder en concreet mogelijk te formuleren en ten slotte een uniforme wijze van aanpak van het benoemen van bijzondere curatoren door de rechter te ontwikkelen (door het opstellen van een protocol).⁷² De Staatssecretaris van Veiligheid en Justitie heeft als reactie op het rapport aangegeven dat een bijzondere curator tevens kan worden benoemd “als blijkt dat de ouders niet in staat zijn het probleem van een kind te overzien en/of goed voor het voetlicht te brengen”.⁷³ Dit betekent in de praktijk een verruiming van de wettelijke bepaling van artikel 1:250 BW, waarin wordt uitgegaan van een conflict van belangen tussen de ouder(s) en de minderjarige.⁷⁴ De aanbeveling van de Kinderombudsman om een protocol voor bijzondere curatoren op te stellen, werd in 2014 generaliseerd met het ‘Werkproces benoeming bijzondere curator op grond van art. 1:250 BW’ door het Landelijk Overleg Vakinhoud Familie- en Jeugdrecht (LOVF).⁷⁵ De werkgroep formuleerde een landelijk uniform werkproces voor de benoeming en taakvervulling van bijzondere curatoren op grond van artikel 1:250 BW, met als bijlage de ‘Leidraad werkwijze en verslag bijzondere curatoren ex art. 1:250 BW’.⁷⁶

In 2015 en 2016 heeft er een pilot plaatsgevonden bij de rechtbank Zeeland-West-Brabant waarin specifieke bijzondere curatoren, namelijk gedragsdeskundigen, minderjarigen bijstonden in problematische vechtscheidingen, gezags- en omgangsgeschillen. Uit de evaluatie in 2017 kwam onder andere naar voren dat rechters enthousiast zijn over de inzet van gedragsdeskundigen als bijzondere curatoren.⁷⁷

Sinds 2018 is artikel 1:250 BW in de wet verder uitgebreid met de toevoeging van een tweede lid.⁷⁸ De rechter moet sindsdien in zaken van partnerdoding altijd direct een bijzondere curator benoemen. Al deze ontwikkelingen geven aan dat er de laatste jaren meer aandacht is gekomen voor de bijzondere curator als persoon die een minderjarige in procedures kan ondersteunen en zijn of haar belangen kan behartigen.

72 Van der Bijl, Van Dongen & Vreeburg - Van der Laan 2012 zie ook: Pieters, *FJR* 2017/38.

73 *Kamerstukken II* 2012/2013, 31753, 56, p. 2 (bijlage: Reactie op het rapport *De bijzondere curator, een lot uit de loterij?*).

74 Hierover bestaat discussie in de literatuur. Zo betoogt Wortmann dat de mogelijkheid om een bijzondere curator te benoemen als er geen belangenstrijd is met de minderjarige, maar beide ouders met elkaar strijden en daardoor het belang van de minderjarige niet behoorlijk kunnen behartigen, op gespannen voet staat met de tekst van art. 1:250 BW, zie HR 5 december 2014, ECLI:NL:HR:2014:3535, m.nt. S.F.M. Wortmann. En zie ook Doek 2017.

75 Online te raadplegen via rechtspraak.nl.

76 Deze richtlijn werd samen met een Richtlijn voor de benoeming van bijzondere curatoren in afstammingszaken op grond van art. 1:212 BW opgesteld.

77 Valenkamp, Sondorp & Van Montfoort, *Research Memoranda* 2017.

78 Wet van 7 juni 2017, *Stb* 2017, 245.

Dat het gebruik en de rol van de bijzondere curator in ontwikkeling is, blijkt ook uit het feit dat de bijzondere curator steeds vaker lijkt te worden ingezet door de rechtspraak. Werden er in 2014 nog in 27 zaken toevoegingen afgegeven voor een bijzondere curator in gevallen over conflicten omtrent ouderlijk gezag en voogdij, in 2017 werd dit aantal bijna verviervoudigd naar 106 (zie tabel 2.2).⁷⁹

Tabel 2.2: Aantal afgegeven toevoegingen, aangevraagd door een bijzondere curator ex art. 1:250 BW, uitgesplitst naar soort toevoeging over 2014 tot en met 2017⁸⁰

Soort toevoeging	2014	2015	2016	2017
Gezag/omgang/scheiding				
Echtscheiding met nevenvorderingen	1	0	1	3
Alimentatie of levensonderhoud	2	2	4	5
Ouderlijk gezag of voogdij	27	81	123	106
Omgangsregeling	25	88	88	57
Kinderbeschermingsmaatregelen				
Ondertoezichtstelling /Uithuisplaatsing	-	-	-	81
Overige personen- en familierecht	39	164	183	151
Totaal	94	335	399	403

De kern van artikel 1:250 BW

Op grond van artikel 1:250 lid 1 BW kan de rechter een bijzondere curator benoemen wanneer met betrekking tot de verzorging en opvoeding, dan wel het vermogen van de minderjarige, een wezenlijk conflict is ontstaan tussen de minderjarige en degene die als wettelijke vertegenwoordiger met zijn verzorging en opvoeding is belast.⁸¹ De wetgever heeft bedoeld dat het bij de benoeming van een bijzondere curator moet gaan om een probleem van substantiële aard in aangelegenheden die de verzorging en opvoeding van de minderjarige betreffen.⁸² Volgens de wetgever dient de rechter over de wenselijkheid van de benoeming te beslissen, zodoende zal de rechter als zeef fungeren.⁸³ De Hoge Raad heeft tevens bepaald dat bij de beantwoording van de vraag of een benoeming van een bijzondere curator is aangewezen, het belang van de minderjarige de eerste overweging voor de rechter

79 Raad voor Rechtsbijstand 2018a, p. 172. Zie tabel B7.9 voor het aantal afgegeven toevoegingen van de bijzondere curator, uitgesplitst naar soort zaak.

80 Bron: Raad voor Rechtsbijstand 2018a, p. 172. Zie tabel B7.9. In deze tabel stonden oorspronkelijk ook zaken die zien op curatele of onderbewindstelling, maar deze zijn er uitgehaald omdat deze zaken niet relevant zijn voor het onderhavige onderzoek.

81 HR 4 februari 2005, ECLI:NL:HR:2005:AR4850; art. 1:250 BW is op grond van art. 1:253v van overeenkomstige toepassing op het gezag van de ouder en een ander dan een ouder als bedoeld in art. 1:253sa en 1:253t.

82 *Kamerstukken II 1992/93, 23012, 3, p. 11-12 (MvT).*

83 *Kamerstukken II 1992/93, 23012, 3, p. 11-12 (MvT).*

zal moeten vormen, mede gezien de aard van de belangenstrijd. De Hoge Raad heeft uitdrukkelijk bepaald dat er sprake moet zijn van een wezenlijk conflict met betrekking tot de opvoeding en verzorging.⁸⁴ De benoeming van een bijzondere curator kan niet plaatsvinden met als doel in het algemeen de belangen van de minderjarige te beschermen. De rechter heeft volgens de Hoge Raad verder een grote mate van beoordelingsvrijheid om al dan niet tot benoeming van een bijzondere curator over te gaan.⁸⁵

De bijzondere curator kan op verzoek van een belanghebbende of ambts-halve worden benoemd. In artikel 798 lid 1 Rv wordt aangegeven wie er tot de kring van belanghebbenden behoort: degene op wiens rechten of verplichtingen de zaak rechtstreeks betrekking heeft. Ook de minderjarige moet tot de kring van belanghebbenden worden gerekend, aldus de wetgever.⁸⁶ De minderjarige kan zodoende op grond van artikel 1:250 lid 1 BW een verzoek tot benoeming van een bijzondere curator indienen.⁸⁷ Hierbij gelden geen leeftijdsgrenzen, ook kinderen jonger dan twaalf jaar kunnen een hiertoe strekkend verzoek indienen. In deze procedure is de minderjarige gedurende de gehele procedure een materiële en formele procespartij. De minderjarige kan zelfstandig – en dus zonder wettelijke vertegenwoordiging – een formeel of informeel verzoek indienen tot benoeming van een bijzondere curator. Uit de rechtspraak blijkt overigens dat de minderjarige niet tot de kring van belanghebbenden wordt gerekend in zaken die zien op beslissingen van broertje(s) of zusje(s) en dat hij zodoende ook niet-ontvankelijk wordt verklaard in een verzoek tot benoeming van een bijzondere curator.⁸⁸ Bij afwijzing van het verzoek tot benoeming van een bijzondere curator kan de minderjarige in hoger beroep en in cassatie gaan. Wel dient de minderjarige in hoger beroep en in cassatie te worden vertegenwoordigd door een advocaat.⁸⁹

84 HR 4 februari 2005, ECLI:NL:HR:2005:AR4850.

85 HR 23 november 2012, ECLI:NL:HR:2012:BY3968, r.o. 3.5.

86 *Kamerstukken II 1992/93*, 23012, 3, p. 12 (MvT). Het werkproces Benoeming bijzondere curator op grond van art. 1:250 BW geeft tevens aan wie als mogelijke belanghebbende kunnen worden aangemerkt. Gedacht kan worden aan de minderjarige en zijn juridische ouders en daarnaast aan personen, die een 'family life' in de zin van art 8 EVRM hebben met de minderjarige (juridische ouder, biologische vader, pleegouder en onder bijzondere omstandigheden: grootouder, broer/zus), maar ook bijv. een gecertificeerde instelling.

87 Limbeek 2013.

88 Zie bijvoorbeeld een zaak waarin minderjarigen geen belanghebbende waren in een geschil omtrent de feitelijke verblijfplaats van een ander kind uit hetzelfde gezin en de minderjarige zodoende niet konden worden ontvangen in hun verzoek tot benoeming van een bijzondere curator: Hof Den Haag 14 november 2018, ECLI:NL:GHDHA:2018:3377. Zie verder ook over het belanghebbende begrip: HR 21 mei 2010, ECLI:NL:HR:2010:BL7043, *NJ* 2010/397 m.nt. S.F.M. Wortmann.

89 Pieters, *FJR* 2017/38.

De taak van de bijzondere curator ex artikel 1:250 BW

De bijzondere curator kan juridisch geschoold zijn, maar dat hoeft niet; doorgaans gaat het om een advocaat-mediator of een mediator met een andere professionele achtergrond, bijvoorbeeld een gedragsdeskundige.⁹⁰ Volgens het ‘*Werkproces benoeming bijzondere curator op grond van art. 1:250 BW*’ moet er bij de keuze van de bijzondere curator rekening gehouden worden met de aard van het conflict en de achtergrond van de bijzondere curator. In beginsel dient er voorafgaand aan de benoeming geen contact te hebben plaatsgevonden tussen de bijzondere curator en de minderjarige, tenzij de minderjarige reeds een vertrouwensband heeft met de bijzondere curator.⁹¹ De bijzondere curator heeft vaak een bemiddelende en/of adviserende rol en kan namens de minderjarige procederen. In de beschikking wordt door de rechter specifiek aangegeven wat er van de bijzondere curator wordt verwacht door het formuleren van een concrete taakomschrijving.⁹² Die taakomschrijving kan bijvoorbeeld zien op de bemiddeling bij de totstandkoming van een ouderschapsplan. Van de bijzondere curator wordt in principe verwacht om binnen vier weken na zijn benoeming een schriftelijk verslag te doen van zijn bevindingen en daarbij tevens een standpunt van het verzoek in te nemen, eventueel vergezeld met een namens de minderjarige(n) gewenst verzoekschrift.⁹³ Volgens de ‘Leidraad werkwijze en verslag bijzondere curatoren ex art. 1:250 BW’ (hierna: Leidraad) zal de bijzondere curator er in ieder geval voor dienen te zorgen dat de belangen van de minderjarige zo goed mogelijk worden belicht en dat de minderjarige zich gehoord voelt en zijn belangen worden meegewogen in de belangenstrijd.⁹⁴ Uit de Leidraad volgt ook dat de bijzondere curator gesprekken dient te voeren met alle belanghebbenden, inclusief een gesprek met de minderjarige van twaalf jaar of ouder.⁹⁵ Als de minderjarige de leeftijd van twaalf jaar nog niet heeft bereikt, maar wel in staat kan worden geacht tot een redelijke waardering van zijn belangen, zal de bijzondere curator ook met deze minderjarige een gesprek dienen te voeren.⁹⁶

90 Van Leuven e.a., *FJR* 2015/57, p. 236.

91 De Rechtspraak 2014a, p. 5.

92 De Rechtspraak 2014a, p. 5; zie ook Hof ‘s-Hertogenbosch 8 mei 2018 ECLI:NL:GHSHE:2018:2022 m.nt. S.H. Oosterhuis-Broers.

93 De Rechtspraak 2014a, p. 6.

94 De Rechtspraak 2014a, p. 8.

95 De Rechtspraak 2014a, p. 6.

96 Voor de volledigheid wordt ook gewezen op de mogelijkheid tot ondersteuning van kinderen en gezinnen door zgn. ‘kindbehartigers’ die in de praktijk zijn ontstaan en door ouders kunnen worden ingezet; hiervoor bestaan geen (wettelijke) kwaliteitseisen en ouders zullen dit ook zelf moeten bekostigen. Zie hierover Lips & Spekschoor, *Tijdschrift Conflictantering* 2019, 44-47.

Soorten zaken en jurisprudentieonderzoek

Er zijn verschillende situaties die kunnen vragen om de benoeming van een bijzondere curator. Onder aangelegenheden die het vermogen betreffen van de minderjarige moet men denken aan bijvoorbeeld zaken die zien op een nalatenschap.⁹⁷ De kantonrechter zal dan de bijzondere curator benoemen. Onder aangelegenheden die gaan over de verzorging en opvoeding vallen veelal kwesties over gezag, hoofdverblijfplaats, omgang en verhuizing. Het kan ook gaan om situaties waarbij de minderjarige te maken heeft met een kindbeschermingsmaatregel en diens belangen onvoldoende worden behartigd.⁹⁸ Het lijkt er overigens op dat de rechter in sommige gevallen terughoudend omgaat met de benoeming van een bijzondere curator in het kader van kindbeschermingsmaatregelen.⁹⁹ Deze terughoudendheid lijkt bijvoorbeeld voort te komen uit het feit dat in deze situaties al een jeugdbeschermer is betrokken die de belangen van de minderjarigen dient te behartigen en hun belangen in de procedure naar voren brengt.¹⁰⁰ Of vanwege het feit dat er een tweede jeugdbeschermer kan worden aangesteld die zich uitsluitend richt op de behartiging van de belangen van de kinderen.¹⁰¹ Ook wordt wel aangevoerd dat er bij conflicten over de uitvoering van een ondertoezichtstelling door een jeugdbeschermer zonder dat er conflicten tussen ouder(s) en kind bestaan, andere wettelijke mogelijkheden bestaan en niet is voldaan aan de grond tot benoeming van een bijzondere curator.¹⁰²

Uit de inventarisatie van de op rechtspraak.nl gepubliceerde uitspraken in de afgelopen vijf jaar blijkt dat van de 121 gepubliceerde uitspraken 21 bijzondere curatoren zijn toegewezen op verzoek, 32 ambtshalve benoemd en ruim een derde van de verzoeken tot een benoeming van een bijzondere

97 Rb. Midden-Nederland 15 augustus 2014, ECLI:NL:RBMNE:2014:3619.

98 Zie bijvoorbeeld: Rb. Amsterdam 19 januari 2018, ECLI:NL:RBAMS:2018:509, waarin de gecertificeerde instelling niet overgaat tot een verlenging van de machtiging UHP en de rechter zich genoodzaakt ziet om de belangen van de minderjarige te beschermen door het benoemen van een bijzondere curator. Of zie Hof Amsterdam 12 april 2016, ECLI:NL:GHAMS:2016:140, waarin het hof een bijzondere curator benoemd in het kader van een ondertoezichtstelling. Het hof overweegt dat, de gezinsmanager in het kader van de ondertoezichtstelling voornamelijk een rol speelt bij de totstandkoming en voortzetting van de hulpverlening binnen het gezin en ten aanzien van de minderjarige, terwijl de bijzondere curator enkel en alleen is belast met de belangen van de minderjarige.

99 Zie ook het jurisprudentieonderzoek van Limbeek 2013. Zie ook over deze terughoudendheid: Bruning 2016.

100 Zie bijvoorbeeld: Hof 's-Hertogenbosch 17 maart 2016, ECLI:NL:GHSHE:2016:980 en Hof Den Haag 20 januari 2016, ECLI:NL:GHDHA:2016:115. Zie ook Hof Amsterdam 7 augustus 2013, ECLI:NL:GHAMS:2013:3198 waarin de het hof de benoeming van een bijzondere curator voor een kortere termijn heeft toegewezen dan verzocht door de minderjarige, omdat de belangen van de minderjarige op korte termijn door een gezinsvoogd zullen worden behartigd.

101 Hof Arnhem-Leeuwarden 8 juni 2017, ECLI:NL:GHARL:2017:4855.

102 Hof Arnhem-Leeuwarden 25 september 2018 ECLI:GHARL:2018:8509.

curator afgewezen (49 verzoeken).¹⁰³ Daarnaast zijn er vijf verzoeken niet-ontvankelijk verklaard. De grootste categorie gepubliceerde zaken waarbij een bijzondere curator (ambtshalve) is benoemd, ziet op gezag-, omgang-, en scheidingszaken. In uitspraken waarin de benoeming van een bijzondere curator wordt afgewezen, lijken de volgende argumenten vaak mee te spelen: (1) er is geen sprake van een belangenstrijd tussen de minderjarige en de wettelijk vertegenwoordiger(s); (2) er is geen sprake van een ‘wezenlijk’ conflict; (3) de benoeming van een bijzondere curator is niet in het belang van de minderjarige; (4) er is al een jeugdbeschermer aanwezig in het gezin die de belangen van de minderjarige behartigt; en (5) de benoeming van een bijzondere curator heeft geen meerwaarde omdat de minderjarige goed in staat is gebleken zijn mening kenbaar te maken tijdens het kindgesprek. De rechtspraak laat tevens zien dat ook het gerechtshof in sommige gevallen zelf een bijzondere curator benoemt; zodoende wordt de tekst van artikel 1:250 BW opgerekt. Daarin wordt namelijk alleen gesproken over de benoeming door de rechtbank.¹⁰⁴ Opgemerkt dient te worden dat rechtspraak.nl geen volledig beeld geeft, omdat op deze website maar een klein percentage van de zaken wordt gepubliceerd.

Tabel 2.3: Overzicht op rechtspraak.nl gepubliceerde uitspraken bijzondere curator in de periode 2014-2018

Overzicht zaken bijzondere curator	2014	2015	2016	2017	2018	Totaal
Verzoek bijzondere curator toegewezen	6	5	4	2	4	21
Bijzondere curator ambtshalve benoemd	2	2	7	5	16	32
Verzoek bijzondere curator afgewezen	8	14	8	12	7	49
Niet-ontvankelijk	2	0	1	1	1	5
Overig	2	3	5	1	3	14
Totaal	20	21	25	21	31	121

Financiering

Als een bijzondere curator staat ingeschreven in het Register van de Raad voor de Rechtsbijstand, kan hij daar de vergoeding aanvragen.¹⁰⁵ In de praktijk blijkt dat de financiering van de bijzondere curator een knelpunt is.¹⁰⁶

103 Er is een jurisprudentieonderzoek gedaan via de digitale databank rechtspraak.nl in de periode van 01-01-2014 tot 01-01-2019. De zaken zijn geselecteerd door te zoeken op de volgende zoektermen: “1:250 BW” en “bijzondere curator”. Dit resulteerde in totaal in 121 uitspraken.

104 Hof Den Haag 20 juni 2018, *JPF* 2018/19 m.nt. J.H. de Graaf.

105 Raad voor de Rechtsbijstand 2018b.

106 Zie o.a. Pieters, *FJR* 2017/38.

Uit de pilot bij de Rechtbank Zeeland-West-Brabant komt bijvoorbeeld naar voren dat de vergoeding voor de bijzondere curator niet in verhouding staat tot het aantal uren dat daarin door de bijzondere curator wordt besteed.¹⁰⁷ Bij benoeming van een bijzondere curator voor meerdere kinderen uit één gezin is het uitgangspunt dat er slechts één toevoeging wordt verstrekt. Dit kan wringen als de kinderen bij verschillende ouders wonen en/of er meerdere rechtsbelangen spelen.¹⁰⁸ Oordeelt de rechtbank bij de benoeming van de bijzondere curator dat er sprake is van per kind uiteenlopende belangen, dan kent de Raad voor Rechtsbijstand – per 1 januari 2018 – ongeacht het aantal kinderen, anderhalf keer de basisvergoeding toe. In de rechtspraktijk blijkt dat er soms ook ruimte wordt gevonden om naast de reguliere betaling door de Raad voor de Rechtsbijstand, een bijdrage ten laste van 's Rijks kas te declareren.¹⁰⁹ Als een bijzondere curator niet is ingeschreven bij de Raad voor de Rechtsbijstand, dan dient de bijzondere curator te declareren aan de hand van een tijdsverantwoording en op basis van een uurtarief, exclusief omzetbelasting.¹¹⁰

Professionalisering

In de praktijk blijkt er behoefte aan professionalisering en herbezinning van de rol van de bijzondere curator. Een klankbordgroep, bestaande uit vertegenwoordigers van de NvO, NoVa, Nip, vFAS, NvJA, Lovf rechtbanken en -hoven en de Raad voor Rechtsbijstand, heeft gewerkt aan een rapport met aanbevelingen op het gebied van onder meer bekwaamheidsvereisten, opleiding, examinering en registratie.¹¹¹ De belangrijkste aanbeveling van de klankbordgroep is dat de praktijk behoefte heeft aan organisatie en centralisatie van bijzondere curatoren. In december 2017 is in dit kader dan ook de Stichting bijzondere curator Nederland opgericht, voor zowel de bijzondere curator ex artikel 1:212 BW als artikel 1:250 BW.¹¹² Deze stichting zal gaan adviseren over de vooropleiding, beroepsachtergrond en kwaliteitseisen en zal bijvoorbeeld aandacht besteden aan een eigen klachtenregeling voor de bijzondere curator, die er momenteel nog niet is.¹¹³ Daarnaast zal de stichting een aanspreekpunt vormen voor zaken die zien op de bijzondere curator ten behoeve van bijvoorbeeld de rechterlijke macht en de Raad voor Rechtsbijstand.¹¹⁴

107 Zie o.a. Pieters, *FJR* 2017/38 en Valenkamp, Sondorp & Van Montfoort, *Research Memoranda* 2017.

108 Zie o.a. Pieters, *FJR* 2017/38.

109 Hof Arnhem-Leeuwarden 22 mei 2018, ECLI:NL:GHARL:2018:4784.

110 Zie hierover ook Brands-Bottema, *EB* 2018/87.

111 Klankbordgroep bijzondere curator 2016.

112 Zie uitgebreid over de stichting: Van Leuven & Pieters, *REP* 2018/201.

113 Zie bijv. Rb. Gelderland 3 juli 2018, ECLI:NL:RBGEL:2018:3711 waarin de rechtbank zelf ingaat op de klacht over de bijzondere curator, omdat er momenteel nog geen klachtenregeling voorhanden is.

114 Van Leuven & Pieters, *REP* 2018/201.

2.2.5.2 De bijzondere curator in afstammingszaken op grond van artikel 1:212 BW

Als de minderjarige optreedt in afstammingszaken als verzoeker of belanghebbende, dan wordt hij niet vertegenwoordigd door zijn wettelijke vertegenwoordiger(s), maar door een bijzondere curator. De belangen van de wettelijke vertegenwoordiger(s) kunnen immers strijdig zijn met de belangen van het kind.¹¹⁵ De bijzondere curator wordt in afstammingszaken ambtshalve benoemd door de rechtbank op grond van artikel 1:212 BW; de rechter heeft hier geen discretionaire bevoegdheid.¹¹⁶ De wettelijke vertegenwoordiger kan overigens ook een verzoek indienen tot benoeming van een bijzondere curator om namens het kind een procedure te starten. Doorgaans dient de wettelijk vertegenwoordiger een zodanig verzoek in als de eigen termijn is verstreken om een verzoek in te dienen. Het werkterrein van de bijzondere curator van art. 1:212 BW lijkt zich niet uit te strekken tot adoptiezaken.¹¹⁷

De bijzondere curator voor afstammingszaken is in 1998 geïntroduceerd door de wetgever om de minderjarige een stem geven in afstammingsrechtelijke procedures.¹¹⁸ Het lijkt erop dat de bijzondere curator ex artikel 1:212 BW de laatste jaren steeds vaker is benoemd. Werden er in 2014 nog in 306 zaken toevoegingen afgegeven voor een bijzondere curator in zaken omtrent een vaderschapsactie of -ontkenning, in 2017 werd dit aantal bijna verdrievoudigd naar 896 (zie tabel 2.4).¹¹⁹ In 2008 is een LOVF-richtlijn *Benoeming bijzondere curator in afstammingszaken op grond van 1:212 BW (hierna: richtlijn) verschenen* die ziet op de benoeming en de taak van de bijzondere curator in afstammingszaken.¹²⁰

115 Zie bijvoorbeeld Rb. Arnhem 27 april 2010, ECLI:NL:RBARN:2010:BM3857, r.o. 4.3.

116 Tenzij dat de bijzondere curator zelf een procedure is gestart, dan wordt de bijzondere curator niet opnieuw benoemd, zie ook: De Rechtspraak 2014b. *Asser/De Boer 1** 2010/757.

117 Schrama, in: GS Personen- en familierecht, art. 1:212 BW, aant. 1 (online, bijgewerkt 28 oktober 2018).

118 Wet van 24 december 1997, *Stb.* 772, Wet tot herziening van het afstammingsrecht alsmede van de regeling van adoptie (inwerkingtreding op 1 april 1989); Zie ook Van Leuven & Pieters, *REP* 2018/201.

119 Raad voor Rechtsbijstand 2018a. Zie tabel B7.9 voor het aantal afgegeven toevoegingen van de bijzondere curator, uitgesplitst naar soort zaak.

120 De Rechtspraak 2014b.

Tabel 2.4: Aantal afgegeven toevoegingen van een bijzondere curator ex artikel 1:212 BW, uitgesplitst naar soort toevoeging over 2014 tot en met 2017¹²¹

Soort toevoeging	2014	2015	2016	2017
Afstamming/adoptie				
Adoptie	-	-	-	1
Vaderschapsactie of – ontkenning	306	817	929	896
Voornaamswijziging	-	-	-	1
Totaal	306	817	929	898

Functies en taak bijzondere curator bij afstamming

De bijzondere curator moet de belangen van de minderjarige behartigen. De bijzondere curator ex artikel 1:212 BW kan in de hoedanigheid van belangenbehartiger twee verschillende functies vervullen.¹²² Enerzijds kan de bijzondere curator als *verzoeker* namens de minderjarige optreden. De verzoeken die kunnen worden ingediend zien bijvoorbeeld op ontkenning van het ouderschap¹²³, vernietiging van een erkenning¹²⁴ en gerechtelijke vaststelling van het ouderschap.¹²⁵ De bijzondere curator kan ook namens het nog (zeer) jonge kind een afstammingsprocedure starten. De Hoge Raad heeft bepaald dat er situaties bestaan waarin het belang van een zeer jong kind dit met zich meebrengt.¹²⁶ Het is de taak van de bijzondere curator om de belangen van het kind te behartigen, zowel op de korte als de lange termijn. Hij zal zelfstandig moeten toetsen of het belang van het kind gediend is bij het ingediende verzoek en of niet gewacht moet worden totdat het kind oud genoeg is om zelfstandig een weloverwogen oordeel te kunnen vormen.¹²⁷ Anderzijds kan de bijzondere curator als *belanghebbende* namens de minderjarige in een procedure optreden die bijvoorbeeld door een ouder is gestart.¹²⁸ Of in een procedure die is gestart door de verwekker of biologisch vader met een nauwe persoonlijke betrekking of een instemmende levensgezel om vervangende toestemming tot erkenning te krijgen.¹²⁹

121 Bron: Raad voor Rechtsbijstand 2018a, p. 172. Zie tabel B7.9.

122 Zie hierover ook: Lok & Vonk, *FJR* 2016/10.

123 Art. 1:200 BW (ontkenning vaderschap) en art. 1:202a BW (ontkenning lesbisch ouderschap).

124 Art. 1:205 BW en art. 1:205a BW.

125 Art. 1:207 BW.

126 HR 31 oktober 2003, ECLI:NL:HR:2003:AJ3261, *NJ* 2004/315, m.nt J. De Boer; zie ook Rb. Arnhem 20 februari 2004, ECLI:NL:RBARN:2004:AO7457.

127 HR 31 oktober 2003, ECLI:NL:HR:2003:AJ3261, *NJ* 2004/315 m.nt J. De Boer.

128 Ontkenning ouderschap (art. 1:200 lid 1 onder a of 1:202a lid 1 onder a of b BW) vernietiging erkenning (art. 1:205 lid 1 onder b of c BW) of gerechtelijke vaststelling ouderschap (art. 1:207 lid 1 onder a BW).

129 Art. 204 lid 3 of lid 4 BW.

Volgens de “Richtlijn benoeming bijzondere curator o.g.v. artikel 1:212 BW” (hierna: richtlijn) zal de bijzondere curator bij beschikking worden benoemd, waarin wordt aangegeven dat van de bijzondere curator een verslag van bevindingen en een standpunt ten aanzien van het afstammingsverzoek wordt verwacht.¹³⁰ In iedere situatie zal de bijzondere curator in kaart moeten brengen wat het belang van het kind is. Het zal steeds aankomen op een belangenafweging, waarbij de mening van de minderjarige een belangrijke factor is.¹³¹ In zaken waarin minderjarige(n) van twaalf jaar of ouder zijn betrokken, zal de bijzondere curator een persoonlijk gesprek met de minderjarige moeten voeren.¹³² De richtlijn geeft daarnaast aan dat de bijzondere curator ook een gesprek moet voeren met de betrokken minderjarige jonger dan twaalf jaar als hij in staat kan worden geacht tot een redelijke waardering van zijn belangen. Overigens zal de rechter de minderjarige van twaalf jaar of ouder ook in de gelegenheid stellen zijn mening kenbaar te maken tijdens een kindgesprek.¹³³ Deze mogelijkheid kan de rechter aanbieden aan de minderjarige jonger dan twaalf jaar. Volgens de richtlijn is het mogelijk dat de bijzondere curator aanwezig is bij het kindgesprek, indien de minderjarige dat zelf wenst.¹³⁴

Het kind wil zelf een verzoek tot bijzondere curator indienen

De minderjarige kan zelf al dan niet vertegenwoordigd door zijn wettelijk vertegenwoordiger aan de rechter vragen een bijzondere curator ex artikel 1:212 BW te benoemen. Het kind is hierbij niet afhankelijk van zijn wettige vertegenwoordigers en hij kan dit verzoek naar analogie van artikel 1:250 BW vormvrij indienen.¹³⁵

2.2.6 De informele rechtsingang

In sommige gevallen kan een minderjarige gebruik maken van de informele rechtsingang. Dit betekent dat de minderjarige zich rechtstreeks tot de rechter kan wenden door deze op te bellen, een brief te schrijven of een e-mail te sturen, zonder dat hij door een wettelijke vertegenwoordiger wordt vertegenwoordigd of dat er een bijzondere curator moet worden benoemd. Ook hoeft de minderjarige niet te worden bijgestaan door een advocaat. Deze rechtsingang kan niet worden gezien als een zelfstandig optreden als procespartij, maar biedt wel een belangrijke rechtsingang voor de minderjarige.¹³⁶ De informele rechtsingang staat open voor de minderjarige van twaalf

130 De Rechtspraak 2014b, p. 4 en 5.

131 Schrama, in: GS Personen- en familierecht, art. 1:212 BW, aant. 11 (online, bijgewerkt 28 oktober 2018).

132 De Rechtspraak 2014b, p. 5.

133 Art. 809 lid 1 Rv.

134 De Rechtspraak 2014b, p. 7.

135 Zie: HR 5 december 2014, ECLI:NL:HR:2014:3535 en HR 29 mei 2015, ECLI:NL:HR:2015:1409, zie hierover ook: Lok & Vonk, *FJR* 2016/10.

136 Zie ook: Bruning, Liefwaard & Vlaardingerbroek 2016, p. 316.

jaar of ouder en de minderjarige jonger dan twaalf jaar die in staat kan worden geacht zijn belangen behoorlijk waar te nemen (ter beoordeling van de rechter). De rechter neemt ambtshalve een beslissing op het verzoek van de minderjarige. De rechter is niet verplicht het informele verzoek formeel in behandeling te nemen. Dat betekent bijvoorbeeld dat hij geen beschikking hoeft te geven en ook dat hij de minderjarige (en diens ouders) kan oproepen of kan volstaan met een afwijzend briefje.¹³⁷ Bij afwijzing van het verzoek dat ziet op eenhoofdig gezag, omgang of informatie en verdeling zorg- en opvoedingstaken als bedoeld in artikel 1:251a lid 4, 1:377g en 1:253a lid 4 BW, kan de minderjarige niet zelfstandig in hoger beroep en/of cassatie gaan. De minderjarige moet dan worden vertegenwoordigd door een wettelijke vertegenwoordiger of door een bijzondere curator.¹³⁸ In de wet zijn de volgende informele rechtsingangen – voor de minderjarige van twaalf jaar of ouder en de minderjarige jonger dan twaalf jaar die in staat kan worden geacht zijn belangen behoorlijk waar te nemen – opgenomen.

- a. *Verzoek in het kader van het vaststellen dan wel wijzigen van een regeling in het kader van zorg- en opvoedtaken, inclusief vaststelling hoofdverblijfplaats of van omgang, informatie en consultatie*

De minderjarige van twaalf jaar of ouder en de minderjarige jonger dan twaalf jaar die in staat kan worden geacht zijn belangen behoorlijk waar te nemen, kan aan de rechter op geheel informele wijze verzoeken om een omgangsregeling vast te laten stellen (art. 1:377g BW), te beëindigen (art. 1:377a BW) of te laten wijzigen (art. 1:377e BW). Deze informele rechtsingang is bij amendement in 1990 in de wet 'Nadere regeling van de omgang in verband met scheiding' vastgelegd,¹³⁹ toen nog alleen voor minderjarigen vanaf twaalf jaar. De procedure die ziet op de informele rechtsingang is toegelicht bij de totstandkoming van deze wet door de Minister en de Staatssecretaris van Justitie.¹⁴⁰ Zij geven aan op welke wijze de minderjarige de rechter informeel kan benaderen:

“Dit kan bij voorbeeld geschieden door middel van een telefoontje of een eenvoudig briefje. Ook zou de minderjarige de rechter te spreken kunnen vragen. Het spreekt vanzelf dat, ten einde deze wens van het kind een zo zorgvuldig mogelijke behandeling te kunnen geven, de rechter het kind voor een gesprek zal doen oproepen. Naar aanleiding van een dergelijk gesprek zal de rechter moeten overwegen of hij voornemens is ambtshalve over de omgang in het concrete geval een beschikking te geven dan wel of hij dat niet zal doen.”¹⁴¹

137 *Kamerstukken II, 1987/1988 18964, 17, p. 1 en 2.; zie ook Bruning, Liefwaard & Vlaardingebroek 2016, p. 233.*

138 HR 29 mei 2015, ECLI:NL:HR:2015:1409.

139 Art. 162a oud; Wet van 13 september 1990, *Stb.* 482, Nadere regeling van de omgang in verband met scheiding (inwerkingtreding op 1 december 1990).

140 *Kamerstukken II 1987/1988, 18964, 17.*

141 *Kamerstukken II 1987/1988, 18964, 17, p. 1 en 2.*

Met het oog op de zorgvuldige behandeling zal de rechter de minderjarige dus altijd voor een gesprek moeten oproepen om een beslissing te nemen op het informele verzoek, aldus de bewindslieden. In het geval dat de rechter na het gesprek met de minderjarige van oordeel is dat er geen aanleiding bestaat om ambtshalve te beslissen, kan hij het kind hiervan mondeling dan wel schriftelijk op de hoogte stellen.¹⁴² Deze informele rechtsingang is later in 1995 verruimd voor de minderjarige die de leeftijd van twaalf jaar nog niet heeft bereikt, maar in staat kan worden geacht tot een redelijke waardering van zijn belangen ter zake en situaties waarbij de minderjarige ook aan de rechter op informele wijze kan vragen om een regeling die ziet op het verschaffen van informatie en raadpleging van de ene ouder jegens de andere (art. 1:377b BW).¹⁴³ Bij de parlementaire behandeling geeft de wetgever aan alleen ruimte te zien voor een informele rechtsingang en uitdrukkelijk niet voor een formele rechtsingang.¹⁴⁴ Hierbij wordt wederom verwezen naar de wettelijke vertegenwoordigers die de minderjarige in rechte kunnen vertegenwoordigen en indien nodig de benoeming van een bijzondere curator.¹⁴⁵ Later – in 2009 – is deze informele rechtsingang verruimd voor het vaststellen of wijzigen van een regeling inzage de verdeling van zorg- en opvoedingstaken (art. 1:253a lid 4 BW).¹⁴⁶

b. Verzoek eenhoofdig gezag tijdens en na de echtscheidingsprocedure

De rechter kan bepalen dat na echtscheiding het gezag over een kind aan één ouder toekomt als voldaan is aan de wettelijke vereisten (art. 1:251a lid 1 BW). De minderjarige van twaalf jaar of ouder en de minderjarige jonger dan twaalf jaar die in staat kan worden geacht zijn belangen behoorlijk waar te nemen, kan de rechter zelfstandig hiertoe benaderen als hij of zij het niet eens is met het voornemen van de ouders het gezamenlijk gezag door te laten lopen (art. 1: 251a lid 4 BW). Deze informele rechtsingang is sinds 1998 in de wet vastgelegd.¹⁴⁷ In de Memorie van Toelichting wordt overigens geen verdere toelichting gegeven over de reden waarom deze informele rechtsingang in de wet is neergelegd.¹⁴⁸ Strikt gezien kan de minderjarige van zijn bevoegdheid slechts gebruik

142 *Kamerstukken II 1987/1988, 18964, 17, p. 2.*

143 Wet van 6 april 1995, *Stb.* 1995, 240, Wet tot nadere regeling van het gezag over en van de omgang met minderjarige kinderen.

144 *Kamerstukken II 1992/1993, 23012, 3, p. 25 (MvT).*

145 *Kamerstukken II 1992/1993, 23012, 6 (Brief van de Staatssecretaris van Justitie), p. 3.*

146 Wet van 27 november 2008, *Stb.* 500, Wet voortgezet ouderschap en zorgvuldige scheiding.

147 Wet van 30 oktober 1997, *Stb.* 506, Wet tot wijziging van, onder meer, Boek 1 van het Burgerlijk Wetboek in verband met invoering van gezamenlijk gezag voor een ouder en zijn partner en van gezamenlijke voogdij (inwerkingtreding 1 januari 1998).

148 *Kamerstukken II 1995/96, 23714, 7.*

maken tijdens de echtscheidingsprocedure.¹⁴⁹ Toch valt uit de jurisprudentie van de Hoge Raad af te leiden dat er tevens aanleiding kan zijn voor de minderjarige om na afloop van de scheidingsprocedure nog gebruik te maken van zijn rechtsingang.¹⁵⁰ “Voor de betrokken minderjarige kan het juist van groot belang zijn dat hij aan de hand van de ervaringen na het uiteengaan van zijn ouders kan beoordelen of het naar zijn mening noodzakelijk is dat alsnog een beslissing omtrent het gezag wordt genomen, en die mening aan de rechter kenbaar kan maken met het oog op een ambtshalve te nemen beslissing”, aldus de Hoge Raad.¹⁵¹ De rechtsingang kan echter niet meer worden gebruikt als in de scheidingsprocedure naar aanleiding van een verzoek tot toekenning van eenhoofdig gezag een beslissing is gegeven door de rechter.¹⁵²

c. *Verzoek tot benoeming van een bijzondere curator (art. 1:250 BW).*

De mogelijkheid om door de minderjarige informeel een benoeming van een bijzondere curator te verzoeken, zal hier niet verder worden besproken, zie daarover uitgebreid paragraaf 2.2.5.

De huidige informele rechtsingang ziet op zaken betreffende contact of omgang, zorgregeling en gezag na scheiding, maar niet op andere gezagskwesties. Ook biedt de wet geen ruimte voor de minderjarige om een verzoek in te dienen die het eenhoofdig gezag wijzigt in het gezamenlijk gezag van ouders die voorafgaand aan hun scheiding een niet-huwelijkse relatie hadden zonder dat zij gezamenlijk gezag hebben uitgeoefend.¹⁵³

Uit het onderzoek van Van den Hoogen en Montanus uit 2017 blijkt dat ondanks de stijging van het aantal informele verzoeken bij de rechtbank, het gebruik van de informele rechtsingang nog steeds vrij uitzonderlijk is.¹⁵⁴ Uit dit onderzoek komt ook naar voren dat er geen enkele uniformiteit tussen de verschillende rechtbanken in Nederland bestaat ten aanzien van de werkwijze bij de informele rechtsingang. Zo wordt er bijvoorbeeld verschillend omgegaan met verzoeken van minderjarigen die niet kunnen worden verzocht via de informele rechtsingang. Bij sommige rechtbanken wordt dan de formele lijn aangehouden en wordt de minderjarige niet uitgenodigd, terwijl

149 Zie ook: Punselie, in: GS Personen- en familierecht, art. 1:251a BW, aant. 4 (online, bijgewerkt 1 oktober 2017).

150 HR 4 april 2008, ECLI:NL:HR:2008:BC2241, NJ 2008/494, m.nt. J. de Boer.

151 HR 4 april 2008, ECLI:NL:HR:2008:BC2241, r.o. 3.4.3.

152 Een beslissing van de rechter tot toekenning van eenhoofdig gezag kan slechts worden gewijzigd op de voet van art. 1:253n of 1:253o BW. De minderjarige heeft in deze bepalingen geen (informele) rechtsingang.

153 Hof Arnhem-Leeuwarden 10 maart 2015, ECLI:NL:GHARL:2015:1721; zie art. 1:253c BW.

154 Van den Hoogen & Montanus 2017, FJR 2017/62; voor dit onderzoek zijn bijna alle rechtbanken in Nederland geïnterviewd en is de gepubliceerde jurisprudentie van de afgelopen tweeënhalve jaar (terugrekenend vanaf 2017) bestudeerd.

dit bij andere rechtbanken toch wel gebeurt om vervolgens te kijken of er een oplossing voor het probleem van de minderjarige kan worden gevonden. Daarnaast blijken de rechtbanken bijna allemaal een verschillende werkwijze te hanteren na het gesprek met het kind. Bijstand van een advocaat (voor zowel ouders en kinderen) wordt bij de rechtbanken verschillend ingezet. Ook gaan de rechtbanken anders om met het delen van de beslissing (mondeling, per brief of de beschikking wordt alleen naar de ouders gestuurd). Deze lijn komt ook terug in de jurisprudentie die de auteurs raadpleegden van 2015-2017. De meeste rechtbanken lijken overigens wel standaard een bijzondere curator te benoemen voor de minderjarige die een informeel verzoek indient.¹⁵⁵

2.2.7 Discussie

Vanuit zowel de praktijk als de wetenschap klinkt in de rechtsliteratuur onvrede door over de wijze waarop de minderjarige participeert in de civiele procedure. De meeste kritiek richt zich op het feit dat de hoofdregel van procesonbekwaamheid van de minderjarige inmiddels is ondergesneeuwd door tal van uitzonderingen op de regel. Er ontbreekt volgens velen een doordacht, toegankelijk en duidelijk systeem.¹⁵⁶ Diverse auteurs pleiten voor een versterking van de procedurele positie van minderjarigen in het civiele recht.

Van Leuven en De Klerk signaleren de verschillende mogelijkheden waar de minderjarige een eigen rechtsingang heeft en werpen de vraag op of de minderjarige nog wel in staat kan zijn, zelfs met rechtsbijstand, de (juiste) weg te vinden naar de rechter.¹⁵⁷ Van Leuven en de Klerk pleiten voor een eenvoudiger systeem, bijvoorbeeld een systeem waarbij de minderjarigen steeds en onvoorwaardelijk een formele rechtsingang wordt gegund. Als men niet zo ver wil gaan, dan pleiten de auteurs voor een formele en informele rechtsingang die enerzijds waarborgen bieden voor minderjarigen die iets van de rechter willen en anderzijds onbezonnen (mee)procederen in voldoende mate kunnen voorkomen of tegengaan. Overigens wordt dit verder niet concreet door de auteurs uitgewerkt.

Van Teeffelen concludeert dat zestien- en zeventienjarigen thans al bij een aantal belangrijke aangelegenheden in het civiele recht processueel bekwaam zijn.¹⁵⁸ Hij pleit daarom voor een eigen rechtsingang van zestien- en zeventienjarigen in het civiele recht. Dit zou volgens hem bovendien sterk uniformerend werken op het terrein van het civiele procesrecht, het strafprocesrecht en het formele bestuursrecht. In het strafproces komen aan

155 Van den Hoogen & Montanus, *FJR* 2017/62.

156 Van den Hoogen & Montanus, *FJR* 2017/62; Jansen, *NJB* 2016/1563; Bruning 2016; Lief-aard, *FJR* 2015/12; Kentie & Hendriks 2013, *EB* 2013/93; Van Leuven & de Klerk, *EB* 2013/3; Van Teeffelen, *EB* 2013/62 en Limbeek 2013.

157 Van Leuven & De Klerk, *EB* 2013/3.

158 Van Teeffelen, *EB* 2013/62.

minderjarigen immers alle bevoegdheden toe en in het formele bestuursrecht hebben minderjarigen een zelfstandige rechtsingang, indien zij tot een redelijke waardering van belangen in staat kunnen worden geacht (zie verder hierover: par. 2.3.2 en 2.3.3). Ten aanzien van minderjarigen van twaalf tot zestien jaar (en minderjarigen onder de twaalf voor zover deze in staat wordt geacht tot een redelijke waardering van zijn belangen) pleit Van Teeffelen voor een algemene informele rechtsingang in zaken die zien op gezagsuitoefening, inclusief hoofdverblijfplaats, toedeling van de zorg- en opvoedingstaken, omgang, informatie- en alimentatieverplichtingen, alsmede de maatregelen van kindbescherming. Dat betekent aldus dat de informele rechtsingang zoals deze nu is geregeld voor een specifiek aantal zaken, verruimd dient te worden. Volgens van Teeffelen is het voordeel van de informele rechtsingang, dat deze laagdrempelig is en aangepast aan de leeftijd van de minderjarigen. Een nadeel is volgens hem dat de rechten van de minderjarige beperkt worden doordat deze geen recht heeft op een (gemotiveerde beslissing) en ook niet zelfstandig in hoger beroep kan gaan. De bijzondere curator zou volgens hem in deze leemte kunnen voorzien.

Jansen pleit voor een 'versimpelingsoperatie' van het huidige systeem.¹⁵⁹ Volgens hem zouden alle wettelijke bijzondere civielrechtelijke procesbevoegdheden voor de minderjarige moeten worden geschrapt. Zo komt men meer tegemoet aan het streven van de wetgever om de regeldruk te verminderen en de algemene fictie dat het recht te begrijpen is. Jansen pleit ervoor om een flexibel uitgangspunt in het Wetboek van Rechtsvordering op te nemen, zoals dat ook in het bestuursrecht is neergelegd. Dat houdt in dat minderjarigen zelf in het geding optreden, indien zij tot redelijke waardering van hun belangen in staat kunnen worden geacht. Jansen benadrukt dat dit uitgangspunt voor tal van procedures maatwerk kan opleveren en tot een rechtvaardigere uitkomst kan leiden.¹⁶⁰ Daarnaast blijft er volgens de auteur na een echtscheiding en bij conflict met de ouders een belangrijke rol weggelegd voor de bijzondere curator. Ook de informele rechtsingang na echtscheiding zou volgens Jansen gehandhaafd kunnen worden.

Van den Hoogen en Montanus signaleren in hun onderzoek naar de informele rechtsingang dat er geen enkele uniformiteit bestaat tussen de verschillende rechtbanken in Nederland ten aanzien van de werkwijze bij de informele rechtsingang, hetwelk volgens hen leidt tot rechtsongelijkheid en rechtsonzekerheid voor alle betrokkenen, met name voor de minderjarigen.¹⁶¹ Volgens de auteurs is uitbreiding van de informele rechtsingang dan ook pas verstandig als de informele rechtsingang meer uniformiteit kent.

159 Jansen, *NJB* 2016/1563.

160 Ook Barkhuysen en Van Emmerik hebben gepleit om de rechtspositie voor de minderjarige in het burgerlijk recht aan te passen naar het model van de Awb, zie: ABRvS 23 februari 2011, ECLI:NL:RVS:2011:BP5457 m.nt. T. Barkhuysen & M.L. van Emmerik onder punt 7.

161 Van den Hoogen & Montanus 2017, *FJR* 2017/62.

De auteurs pleiten als belangrijke stap naar uniformiteit voor een speciaal procesreglement informele rechtsingang.

Liefaard & Bruning pleiten naar aanleiding van de uitspraak van de Hoge Raad van 5 december 2014 specifiek voor een zelfstandigere rechtspositie voor de minderjarige (in deze zaak elf jaar) in het kader van het recht op inzage en afschrift van processtukken.¹⁶² In het licht van internationale kinderrechten betogen zij dat naarmate een minderjarige zich ontwikkelt, deze geacht wordt zijn rechten zelfstandiger te kunnen uitoefenen (art. 5 IVRK). Dit staat volgens hen in de weg aan het categorisch bestempelen van (jongere) minderjarigen als procesonbekwaam en het ontzeggen van het zelfstandig recht op toegang tot processtukken.

Bruning pleit voor een versterking van de procedurele positie van minderjarigen, juist voor hen die te maken krijgen met een jeugdbeschermingsmaatregel.¹⁶³ Ze werpt de vraag op of de toevoeging van een advocaat voor elke minderjarige die met een uithuisplaatsing te maken krijgt, of het hierbij toekennen van procesbekwaamheid aan minderjarigen, niet meer recht zou doen aan de procedurele eisen die volgens het EHRM voortvloeien uit artikel 8 EVRM, en tevens tegemoet zou komen aan internationale verplichtingen. Zolang dit door de wetgever nog zo duidelijk wordt verworpen, zou volgens Bruning de bijzondere curator veel vaker een rol moeten spelen.¹⁶⁴ Ook door anderen is er gepleit voor een versterking van de rechtspositie van minderjarigen die te maken krijgen met een jeugdbeschermingsmaatregel. Zo stelt De Graaf voor een ruimere inzet van de advocaat als rechtsbijstandsverlener in jeugdbeschermingszaken mogelijk te maken alsmede, net zoals nu al bij een machtiging gesloten plaatsing, de handelingsonbekwaamheid van de minderjarige op te heffen.¹⁶⁵ Het gaat volgens De Graaf niet zo zeer om een conflict tussen de minderjarige en de ouder, maar eerder om een conflict met een derde die bij de maatregel is betrokken; met de huidige tekst van artikel 1:250 BW is de benoeming van een bijzondere curator dan ook problematisch. Zij bepleit handelingsbekwaamheid voor minderjarigen die te maken krijgen met een kindbeschermingsmaatregel, zodat zij zich in rechte kunnen laten horen zonder dat ambtshalve toevoeging van een advocaat altijd nodig is.¹⁶⁶ Enkelaar en Van Zutphen pleiten – net zoals dat thans in het jeugdstrafrecht gebeurt – voor het standaard toevoegen van een advocaat aan een minderjarige die met een maatregel van kindbescherming te maken krijgt.¹⁶⁷ Een advocaat zal namelijk als spreekbuis van het kind optreden in plaats van als belangenbehartiger die niet op de instructies

162 HR 5 december 2014 ECLI:NL:HR:2014:3535; Bruning & Liefaard 2017 en Liefaard & Bruning 2017. Zie ook Liefaard, *FJR* 2015/12.

163 Bruning 2016.

164 Bruning 2016, p. 88.

165 De Graaf, *JIP* 2014/1.

166 De Graaf, 2010, p. 17-32.

167 Enkelaar & van Zutphen, 2010, p. 183-185.

van het kind werkt, maar zelf de belangen van het kind vaststelt (zoals de huidige rol van een bijzondere curator). Alleen voor minderjarigen die hun eigen wil nog niet kenbaar kunnen maken, is volgens hen een bijzondere curator gewenst.

Volgens Smits zou de bijzondere curator juist in echtscheidingsituaties waarin minderjaren zijn betrokken vaker (vroegtijdiger) moeten worden ingezet.¹⁶⁸ In complexe echtscheidingsituaties kan er mogelijk minder aandacht zijn voor de belangen van de minderjarige en zou de bijzondere curator een grote rol kunnen spelen door de visie van de minderjarige te verwoorden en zijn belangen te behartigen. Zo zou volgens haar de bijzondere curator ondersteunend kunnen zijn bij het opstellen van het ouderschapsplan. Volgens Smits zal een gedragsdeskundige hiertoe beter zijn toegerust dan een juridisch geschoolde advocaat of mediator. Het zou volgens Smits bovendien mogelijk moeten zijn om de bijzondere curator reeds in een eerder stadium – voordat de zaak aanhangig is bij de rechter – te benoemen, zodat de bijzondere curator ook aanwezig kan zijn in de fase dat ouders overleggen over het ouderschapsplan. Smits ziet hier een taak weggelegd voor het Centrum voor Jeugd en gezin, maatschappelijk werk en de huisarts om een bijzondere curator te verzoeken.

Doek vraagt zich af of de huidige ontwikkelingen in het kader van de bijzondere curator hebben geleid tot een betere rechtsbescherming van minderjarigen.¹⁶⁹ Hij is van mening dat de bijzondere curator een instrument van de rechtbank is geworden (als deskundige) in plaats van een belangenbehartiger en procesondersteuner voor het kind en acht het onwenselijk dat de praktijk op gespannen voet is komen te staan met de regels die worden gesteld in artikel 1:250 BW. Overigens rijst volgens hem de vraag of de verruiming van het gebruik van de bijzondere curator in feite niet betekent dat de minderjarige zo'n ruime toegang tot de rechter krijgt dat dit het einde van zijn processuele onbekwaamheid betekent. Het is volgens hem noodzaak om tot een duidelijke afbakening van rol van de bijzondere curator te komen.

Wat betreft de bijzondere curator die wordt benoemd in afstammingszaken (ex art. 1:212 BW) vragen Lok en Vonk zich af tot welke leeftijd minderjarigen vertegenwoordigd dienen te worden door deze bijzondere curator.¹⁷⁰

168 Smits 2015, p. 146-164 en 290. Zie ook Antokolskaia e.a. 2019, die in het kader van onderzoek naar de naleving van contact- en omgangsafspraken na scheiding o.m. aanbevelen dat kinderen na scheiding ondersteund zouden moeten worden m.b.v. interventieprogramma's, aangezien kinderen er last van blijken te hebben als ouders afspraken over omgang niet naleven; Antokolskaia e.a. 2019, p. 239-240.

169 Doek 2017. Zie ook: Pieters, *FJR* 2017/38.

170 Lok & Vonk, *FJR* 2016/10.

Met het oog op de regelingen die gelden voor zestien-plussers om zelfstandig toestemming te geven tot erkenning of een verzoek om gerechtelijke vaststelling ouderschap in te dienen, stellen zij dat de zestien-plusser in staat moet zijn om zonder tussenkomst van een bijzondere curator een verzoek tot het wijzigen van een afstammingsrelatie in te dienen. Verder kan men zich afvragen of het werkterrein van de bijzondere curator (ex art. 1:212 BW) zich enkel zou moeten uitstrekken tot afstammingszaken. Schrama bear-gumenteert dat deze bijzondere curator ook in (sommige) adoptiezaken de belangen van de minderjarige zou moeten kunnen behartigen.¹⁷¹ Daarbij speelt volgens haar een rol dat door adoptie een kind in een familierechtelijke betrekking tot zijn adoptiefouder(s) komt te staan, hetgeen aldus vergelijkbaar is met afstamming.

De roep vanuit de rechtspraak en rechtsliteratuur om de procespositie van minderjarigen grondig te verbeteren is niet nieuw. In 2003 presenteerde het Verwey-Jonker Instituut een uitgebreid onderzoek over het functioneren van de bijzondere curator en een formele rechtsingang voor minderjarigen.¹⁷² In dit adviesrapport wordt – door zowel jeugdigen als deskundigen – gepleit voor een zelfstandige rechtspositie voor de minderjarige. De bijzondere curator ex. 1:212 BW dient dan alleen als rechtsfiguur gehandhaafd te blijven in procedures betreffende de afwikkeling van nalatenschappen en in afstammingszaken. Er wordt in het adviesrapport een model voorgesteld voor een eigen rechtsingang. Dit model omvat een zelfstandige toegang tot de rechter en ondersteuning door een gespecialiseerde advocaat. In het model wordt uitgegaan van de volgende voorwaarden: (1) een laagdrempelige toegang tot de rechter; (2) een heldere en eenduidige procedure; (3) een brede reikwijdte van de rechtsingang; (4) ondersteuning van de minderjarige door een gespecialiseerde advocaat en (5) geen leeftijdsgrenzen. Ondanks deze kritiek op het huidige systeem en voorgestelde wijzigingen is er zoals eerder beschreven aan het beginsel van processuele onbekwaamheid steeds vastgehouden door de regering (zie par. 2.2.2).

2.2.8 Samenvattend

De minderjarige is in beginsel procesonbekwaam in het civiel recht. Het zijn de wettelijke vertegenwoordigers – de ouder(s) met gezag of voogd(en) – of de daartoe benoemde bijzondere curator die geacht worden namens het kind als procespartij op te treden. Dit betekent dat de minderjarige zijn rechten niet zelf mag effectueren en daarbij afhankelijk is van de medewerking van zijn wettelijke vertegenwoordiger(s). Ondanks dat er in de afgelopen

171 Schrama, in: GS Personen- en familierecht, art. 1:212 BW, aant. 1 (online, bijgewerkt 28 oktober 2018).

172 Steketee, Overgaag & Lünne-man 2003.

jaren steeds gepleit is voor een zelfstandige rechtsingang van de minderjarige, is er door de regering aan het beginsel van processuele onbekwaamheid vastgehouden. Het argument dat de regering hierbij steeds gebruikt ziet op het feit dat men vindt dat de rechtspositie van de minderjarige op dit moment afdoende is geregeld. Zo kan de minderjarige volgens de regering worden vertegenwoordigd door zijn wettelijke vertegenwoordigers en is er altijd nog de mogelijkheid om een bijzondere curator voor de minderjarige te benoemen bij conflicten tussen de minderjarige en de wettelijke vertegenwoordigers. De achterliggende reden van de terughoudendheid om minderjarigen een sterkere algemene rechtspositie in het civiele recht te geven, lijkt vooral gelegen te zijn in de angst dat dit de verhouding tussen minderjarigen en ouders zal verslechteren door deze juridisering van hun onderlinge relatie. Daarbij lijkt tevens de gedachte mee te spelen dat minderjarigen moeten worden beschermd tegen het voeren van een juridische procedure, omdat dit niet in hun belang zou zijn.

Toch zijn er in de afgelopen jaren wel verschillende uitzonderingen gecreëerd voor de minderjarige om zelfstandig (zowel op formele als informele wijze) te procederen; deze zijn in het Burgerlijk Wetboek echter gefragmenteerd terug te vinden en hebben soms twaalf jaar, en soms zestien jaar als ondergrens. De regering legt verschillende redenen ten grondslag aan het openstellen van deze rechtsingangen. Soms heeft de minderjarige een zelfstandige rechtsingang gekregen, omdat de minderjarige op een bepaald onderwerp al handelingsbekwaam wordt geacht en de minderjarige dan ook logischerwijs zelfstandig kan procederen over deze zaken (bijv. wijziging van geslacht in de geboorteakte). In andere gevallen kan de minderjarige zelfstandig procederen vanwege zijn afhankelijke en kwetsbare positie ten opzichte van de verantwoordelijke kinderbeschermingsautoriteiten en kan zodoende de betrokkenheid van de minderjarige worden gegarandeerd (bijv. in het kader van kinderbeschermingsmaatregelen). Niet alleen is er zodoende in het wetboek een onduidelijk en onoverzichtelijk geheel ontstaan ten aanzien van de civiele procespositie van minderjarigen, maar tevens lijken de aangevoerde argumenten vanuit de regering om minderjarigen op bepaalde onderdelen wel een sterkere procespositie te geven en tegelijk minderjarigen geen zelfstandige rechtspositie toe te kennen, niet consistent. Evenmin is door de jaren heen een duidelijk beleid of uniforme zienswijze te ontwaren ten aanzien van de civiele procespositie van minderjarigen.

Naast deze verschillende uitzonderingsmogelijkheden voor de minderjarige om zelfstandig te procederen bestaat de figuur van de bijzondere curator. De bijzondere curator kan worden gezien als een belangenbehartiger voor het kind in de civiele procedure. De rechter kan een bijzondere curator benoemen voor een minderjarige als de belangen van de minderjarige strijdig zijn met die van zijn wettelijke vertegenwoordigers. In afstammingszaken wordt er standaard een bijzondere curator benoemd voor de minderjarige. De bijzondere curator heeft de afgelopen jaren een flinke ontwikkeling door-

gemaakt en lijkt steeds meer bekendheid te krijgen. Ondanks dat uit cijfers blijkt dat de bijzondere curator steeds vaker wordt ingezet, blijkt ook dat in de afgelopen vijf jaar een substantieel deel van de verzoeken tot de benoeming van een bijzondere curator wordt afgewezen en dat het nog steeds om een relatief klein deel van alle familie- en jeugdzaken gaat.

Afgezien van het feit dat de minderjarige in beginsel niet zelfstandig kan procederen in het civiele recht, wordt de minderjarige in verzoekschriftprocedures in het familie- en jeugdprocesrecht, waarin zijn positie rechtstreeks in het geding is, wél als belanghebbende aangemerkt. Dit ziet bijvoorbeeld op het recht op inzage en afschrift van de overlegde bescheiden in een procedure. Overigens heeft de minderjarige wel wettelijke vertegenwoordigers nodig om de aan hem toegekende procedurele bevoegdheden uit te oefenen, behoudens voor zover de wet daarin voorziet.

Kort samengevat kan worden geconcludeerd dat een wirwar aan verschillende regelingen ervoor zorgt dat de hoofdregel van procesonbekwaamheid van de minderjarige inmiddels is ondergesneeuwd door tal van uitzonderingen op de regel. Het lijkt te ontbreken aan een doordacht, toegankelijk en duidelijk systeem. Men kan met recht de vraag stellen of de minderjarige nog wel in staat is, zelfs met rechtsbijstand, om de (juiste) weg te vinden naar de rechter. Uit de rechtspraak van de afgelopen vijf jaar blijkt namelijk dat er weinig minderjarigen zijn geweest die gebruik hebben gemaakt van de zelfstandige rechtsingangen. Alleen in gesloten jeugdhulpprocedures, waarbij de minderjarige een eigen advocaat krijgt toegevoegd, starten minderjarigen vaker een procedure. Ook de informele rechtsingangen lijken nog vrij onbekend. Diverse auteurs hebben in de afgelopen decennia gepleit voor een versterking van de procedurele positie van minderjarigen in het civiele recht.

2.3 DE PROCESPOSITIE VAN DE MINDERJARIGE IN ANDERE RECHTSGEBIEDEN EN WETTEN

2.3.1 Inleiding

In dit deel zal de procespositie worden besproken van de minderjarige in andere rechtsgebieden en wetten. Er zal aandacht worden besteed aan het strafrecht, het bestuursrecht, inclusief de Jeugdwet, en overige civiele procedures zoals geregeld in de regeling inzake de geneeskundige behandelingsovereenkomst (boek 7 BW) en het arbeidsrecht. Uiteindelijk zal er in dit juridisch deelonderzoek worden gezocht naar de overeenkomsten en verschillen tussen (de toepassing van) wet- en regelgeving ten aanzien van de procespositie en het hoorrecht van de minderjarige in de verschillende deelgebieden van het civiele recht, het bestuursrecht en het jeugdstrafrecht, inclusief de achtergrond en de mogelijke relevantie ervan.

2.3.2 Het straf(proces)recht

In het strafrecht komt de minderjarige verdachte vanaf zestien jaar alle bevoegdheden toe die hem in het Wetboek van Strafrecht of Strafvordering zijn toegekend, kortom de minderjarige verdachte vanaf zestien jaar kan van alle bevoegdheden die een verdachte in een strafproces toekomen, gebruik maken.¹⁷³ Dit betekent onder andere dat de minderjarige de (kinder)rechter kan vragen een door hem opgegeven getuige alsnog op te roepen als de officier van justitie dit weigert of verzuimt (art. 287 lid 3 Sv), de minderjarige zelf vragen kan stellen aan de getuigen (art. 292 lid 3 Sv) en de minderjarige zelf zich kan verzetten tegen het beantwoorden van een bepaalde vraag door een getuige (art. 293 lid 1 Sv).¹⁷⁴ Zodra de minderjarige gedagvaard is, krijgt hij een advocaat toegevoegd (tenzij hem eerder een advocaat werd toegevoegd). Deze zal in de praktijk veelal actiever zijn dan de minderjarige verdachte zelf. Wel worden in praktisch alle gevallen de schriftelijke mededelingen aan de minderjarige verdachte tevens ter kennis gebracht van zijn ouders of voogd en zijn advocaat (art. 504 Sv).

Zolang de minderjarige nog geen zestien jaar is, komen de bevoegdheden in het strafproces eveneens toe aan zijn advocaat. Dat betekent dat zijn advocaat de bevoegdheden van de minderjarige eveneens zelfstandig kan uitoefenen indien hij dit in het belang van zijn cliënt acht (art. 503 lid 1 Sv). Zo kan zijn advocaat bijvoorbeeld zelfstandig hoger beroep c.q. cassatie instellen. De minderjarige en zijn wettelijke vertegenwoordigers kunnen tegen de handelswijze van de advocaat (instellen, intrekken of afstand doen van enig rechtsmiddel) een bezwaarschrift indienen bij de president van de gerechtelijke instantie waar de zaak het laatst is vervolgd (art. 503 lid 2 Sv).

2.3.3 Het bestuurs(proces)recht

2.3.3.1 *Het bestuursrecht in het algemeen*

De minderjarige is in het bestuursrecht in beginsel procesonbekwaam en wordt 'in het geding' vertegenwoordigd door zijn wettelijk vertegenwoordigers, dat wil zeggen de ouder(s) met gezag of voogd(en) (art. 8:21 lid 1 Awb). Er bestaat de mogelijkheid om een voorlopige vertegenwoordiger te benoemen, als de wettelijke vertegenwoordiger(s) niet aanwezig of beschikbaar zijn en de zaak spoedeisend is (art. 8:21 lid 3 Awb). De minderjarige heeft echter, zonder dat daar leeftijdsgrenzen aan worden gesteld, een zelfstandige rechtsingang als hij tot een redelijke waardering van zijn belangen in staat kan worden geacht (art. 8:21 lid 2 Awb). Als een minderjarige door

173 Zie bijvoorbeeld over de procespositie van de minderjarige in het strafprocesrecht Liefwaard, Rap & Weijers 2010, p. 283.

174 Zie ook Bruning, Liefwaard & Vlaardingebroek 2016, p. 648 e.v.

de bestuursrechter bekwaam wordt geacht, zal hij ontvankelijk worden verklaard in zijn (hoger) beroep tegen het bestreden besluit. De bestuursrechter zal de bekwaamheid van de minderjarige beoordelen naar de omstandigheden van het geval.

Er zijn diverse voorbeelden te vinden in de jurisprudentie waarbij de minderjarige zelfstandig procedeert. Situaties waaraan men kan denken, zijn bijvoorbeeld zaken waarbij de minderjarige procedeert over de afwijzing van bepaalde voorzieningen in het sociale zekerheidsrecht¹⁷⁵ of in het vreemdelingenrecht.¹⁷⁶ Ook zijn er situaties waarin de minderjarige procedeert over de aanvraag van een vergunning in het omgevingsrecht¹⁷⁷ of waarbij de minderjarige in beroep komt tegen een verwijdering op school.¹⁷⁸ Criteria die in de jurisprudentie van belang lijken te zijn voor de ontvankelijkheid van de minderjarige zien onder andere op de leeftijd van de minderjarige, de aard van het besluit, de vraag of de minderjarige de zaak in voldoende mate overziet en of de minderjarige precies kan aangeven waarmee hij het niet me eens is en de vraag of de minderjarige een aanvraag of zienswijze al dan niet zelfstandig heeft ingediend. Het is overigens opmerkelijk dat het meestal de oudere minderjarigen (ouder dan twaalf jaar) zijn die ontvankelijk worden verklaard, een enkele keer gaat het om een jongere minderjarige. De steeds casuïstische beoordeling van de rechter maakt het echter lastig om daadwer-

175 Zie bijvoorbeeld een zaak waarin de minderjarige ontvankelijk werd verklaard: Rb. Middelburg 20 september 2001, ECLI:NL:RBMID:2001:AD5479: in deze zaak procedeert een zeventienjarige minderjarige over een afgewezen aanvraag in het kader van de Algemene Bijstandswet. De minderjarige werd ontvankelijk verklaard vanwege haar zeventienjarige leeftijd. Zaken waarin minderjarigen niet konden worden geacht tot redelijke waardering van hun belangen zijn bijvoorbeeld: CRvB 22 mei 2012, ECLI:NL:CRVB:2012:BW6529 en CRvB 14 augustus 2012, ECLI:NL:CRVB:2012:BX4557. In deze zaken speelde volgens de Raad een rol dat de minderjarigen met hun leeftijd (15, 13 en 9 jaar) niet in staat konden worden geacht de rechten en verplichtingen op grond van de Wet werk en bijstand in voldoende mate te overzien.

176 Zie bijvoorbeeld: Rb. Den Haag 28 juni 2004, ECLI:NL:RBSGR:2004:AR2951: in deze zaak procedeert een tienjarige minderjarige over de afgewezen aanvraag om verlening van een machtiging tot voorlopig verblijf. De enkele leeftijd van de minderjarige eiseres is volgens de rechter niet zonder meer bepalend voor de vraag of zij geacht kan worden tot een redelijke waardering van haar belangen. In deze zaak werd voor ontvankelijkheid in aanmerking genomen dat de minderjarige al op tienjarige leeftijd een aanvraag zelfstandig heeft ingediend.

177 Zie bijvoorbeeld: Rb. Oost-Brabant 31 oktober 2013, ECLI:NL:RBOBR:2013:6015: de minderjarige van zestien jaar werd in deze zaak in staat geacht tot een redelijke waardering van haar belangen, de voorzieningenrechter overwoog dat zij zelfstandig haar zienswijze had ingediend en uit deze zienswijze bleek voldoende dat zij de mogelijke gevolgen van het bestreden besluit voor haar en haar omgeving kon benoemen en precies kon aangeven waarmee zij het niet eens was.

178 Zie ABRvS 13 december 2017, ECLI:NL:RVS:2017:3421 in deze zaak oordeelde de ABRvS dat de zestienjarige minderjarige, gelet op haar leeftijd, de aard van het besluit waartegen zij opkomt, en het ernstige verwijt dat haar wordt gemaakt door de school – een mishandeling –, zelf hoger beroep kon instellen. Hierbij is de ABRvS van oordeel dat het hebben van voldoende juridische kennis geen vereiste is om in rechte te kunnen staan.

kelijk een duidelijke lijn in de bestuursrechtelijke jurisprudentie te ontdekken als het gaat om de uitleg van het criterium dat minderjarigen tot een redelijke waardering van hun belangen in staat kunnen worden geacht.¹⁷⁹

2.3.3.2 *De Jeugdwet*

In de Jeugdwet heeft de minderjarige belanghebbende – net als in de Algemene wet bestuursrecht – de mogelijkheid om zelfstandig tegen een jeugdhulpbesluit op te komen ofwel ‘bezwaar aan te tekenen’ bij degene die het besluit heeft genomen, namelijk het college van burgemeesters en wethouders van de gemeente (hierna: college). De Jeugdwet noch de Awb stelt hieraan leeftijdsgrenzen. De minderjarige moet in de gelegenheid worden gesteld om te worden gehoord, voordat op bezwaar wordt beslist (art. 7:2 lid 1 Awb).¹⁸⁰ Als de minderjarige het niet eens is met de beslissing op bezwaar, dan kan hij hiertegen beroep instellen bij de kinderrechtter en hoger beroep bij de Centrale Raad van Beroep als hij in staat wordt geacht tot een redelijke waardering van zijn belangen (art. 8:21 Awb). In tegenstelling tot jeugdhulp in het vrijwillige kader, kan er tegen kinderbeschermingsmaatregelen en jeugdhulp in het gedwongen kader geen bezwaar en beroep worden ingesteld zoals geregeld in het bestuursrecht, maar dient er gekeken te worden naar het civiele recht. Daar gelden andere uitgangspunten ten aanzien van de processuele bekwaamheid van de minderjarige (zie verder hierover in par. 2.2). Overigens geldt dit niet voor de machtiging gesloten jeugdhulp die in de Jeugdwet wordt geregeld. De minderjarige van twaalf jaar of ouder is in alle zaken betreffende de plaatsing in gesloten jeugdhulp bekwaam om in en buiten rechte op te treden. Dit geldt ook voor de minderjarige jonger dan twaalf jaar die in staat kan worden geacht tot een redelijke waardering van zijn belangen ter zake (art. 6.1.1 lid 2 Jeugdwet; zie verder hierover in par. 2.2.3.6).¹⁸¹

179 CRvB 22 mei 2012, ECLI:NL:CRVB:2012:BW6529, m.nt. T. Barkhuysen & M.L. van Emmerik onder punt 6.

180 Vergelijk ook de leeftijdsgrenzen in het vreemdelingenrecht (onderdeel van het bestuursrecht) in het kader van het horen t.b.v. de aanvraag van een verblijfsvergunning door de Immigratie- en Naturalisatiedienst (IND). Het gaat de reikwijdte van dit onderzoek te buiten om hier verder op in te gaan, desalniettemin is het opmerkelijk dat in dit verband specifieke leeftijdsgrenzen gelden. Zo worden alleenstaande minderjarige vreemdelingen (amv's) vanaf zes jaar gehoord in de vorm van een eerste gehoor door de IND. Bij het horen van amv's onder de twaalf jaar wordt er gebruik gemaakt van een aangepaste vragenlijst. Begeleide minderjarigen krijgen echter pas vanaf vijftien jaar - afzonderlijk van zijn wettelijke vertegenwoordigers – een eerste gehoor.

181 Zie bijvoorbeeld Hof Arnhem-Leeuwarden 26 oktober 2017, ECLI:NL:GHARL:2017:9275: in deze uitspraak zijn twee kinderen (10 en 8 jaar op het moment van instellen van hoger beroep) niet-ontvankelijk verklaard bij het instellen van hoger beroep tegen de machtiging gesloten jeugdhulp, het hof heeft onvoldoende informatie om vast te stellen of de kinderen in staat zijn tot een redelijke waardering van hun belangen.

Als de minderjarige een klacht heeft of het niet eens is met de toegang of de uitvoering van de jeugdhulp, dan kan hij ook op grond van de Jeugdwet gebruik maken van het klachtrecht. Jeugdhulpaanbieders en Gecertificeerde Instellingen hebben een klachtregeling (op grond van artt. 4.2.1 e.v. Jw).¹⁸² Er bestaat overigens ook een gemeentelijke klachtregeling (op grond van de Awb). De minderjarige heeft ter ondersteuning ook recht op een vertrouwenspersoon die de minderjarige bijvoorbeeld kan helpen om een klachtbrief op te stellen en de minderjarige kan bijstaan tijdens een klachtgesprek of hoorzitting van de klachtencommissie (art. 4.1.9 Jw).

2.3.4 Overige civiele procedures

Naast de hierboven genoemde rechtsgebieden zijn er voor het huidige onderzoek nog een aantal andere procedures in het civiele recht relevant om te bespreken, zoals procedures in het kader van het gezondheidsrecht (lees: de regeling inzake de geneeskundige behandelingsovereenkomst) en het arbeidsrecht.

2.3.4.1 Het gezondheidsrecht

Minderjarigen zijn in beginsel procesonbekwaam in het civiele recht. In het gezondheidsrecht wordt hier echter een uitzondering op gemaakt. In procedures die betrekking hebben op de medische behandelingsovereenkomst is de minderjarige van zestien jaar en ouder bekwaam in en buiten rechte op te treden (art. 7:447 lid 3 BW). Deze procesbekwaamheid geldt alleen voor procedures over de medische behandelingsovereenkomst die de minderjarige zelf heeft gesloten.¹⁸³ Dit gaat bijvoorbeeld over situaties waarbij de arts de medische behandelingsovereenkomst niet (of onvoldoende) nakomt. De eventuele proceskosten zijn ook voor rekening van de minderjarige (art. 7:477 lid 2 BW); hij kan indien nodig wel een beroep doen op gefinancierde rechtsbijstand. De keuze voor procesbekwaamheid vanaf de leeftijd van zestien jaar wordt in de memorie van toelichting van de regeling slechts summier toegelicht.¹⁸⁴ Dit wordt afgedaan met de zinsnede dat er in *'algemeen van kan worden uitgegaan dat minderjarigen bij de leeftijd van zestien jaar het noodzakelijke inzicht hebben bereikt'*.¹⁸⁵ Het kiezen van één leeftijd, in plaats van het achterwege laten van een leeftijdsgrens, zou daarnaast de rechtszekerheid bevorderen en bijdragen aan de hanteerbaarheid van de wet voor medische hulpverleners.¹⁸⁶

182 Zie over de verschillende (klacht)regelingen: Friele e.a. 2018 p. 79-80.

183 Vgl. Asser/Tjong Tjin Tai 7-IV 2018/405.

184 Kamerstukken II (MvT) 1989/90, 21561, 3.

185 Kamerstukken II (MvT) 1989/90, 21561, 3, p. 19.

186 Kamerstukken II (MvT) 1989/90, 21561, 3, p. 19.

2.3.4.2 *Het arbeidsrecht*

De minderjarige vanaf zestien jaar kan zelfstandig een arbeidsovereenkomst aangaan en zonder bijstand van zijn wettelijke vertegenwoordigers over deze arbeidsovereenkomst procederen (art. 7:612 lid 1 BW). Vertegenwoordiging door een advocaat is in de procedure bij arbeidszaken doorgaans niet verplicht.¹⁸⁷ De minderjarige van zestien jaar en ouder is in het arbeidsrecht dus zonder meer procesbekwaam.¹⁸⁸ De minderjarige jonger dan zestien jaar kan enkel met bijstand van zijn wettelijke vertegenwoordiger procederen, tenzij de wettelijke vertegenwoordiger niet bij machte is zich te verklaren (art. 7:612 lid 4 BW). Jonge ondernemers van zestien jaar en ouder kunnen handlichting vragen aan de rechter. De minderjarige kan ter zake van de handlichting zelf en van handelingen, waartoe hij krachtens de handlichting bekwaam is, als eisende of verwerende partij in rechte optreden (zie verder hierover par. 2.2.3.4).

2.3.5 *Samenvattend*

In tegenstelling tot het familie- en jeugdrecht waar de minderjarige in beginsel procesonbekwaam is, heeft de minderjarige in veel andere rechtsgebieden wel een mogelijkheid om zelfstandig te procederen. In het familie- en jeugdrecht speelt uiteraard de familiale context een rol. Toch zou kunnen worden gezegd dat in andere rechtsgebieden van een ander kindbeeld wordt uitgegaan, waarbij de minderjarige meer autonomie wordt toegekend. Zo zijn oudere minderjarigen vanaf zestien jaar in andere procedures in het civiele recht (zoals ten aanzien van het gezondheidsrecht of het arbeidsrecht) bekwaam om zelfstandig te procederen. In het bestuurs(proces)recht zijn alle minderjarigen procesbekwaam, mits de minderjarige tot een redelijke waardering van zijn belangen in staat kan worden geacht. De hieraan inherente casuïstische beoordeling van de rechter maakt het overigens wel lastig om daadwerkelijk een duidelijke lijn in de bestuursrechtelijke jurisprudentie te ontdekken als het gaat om de uitleg van het criterium dat minderjarigen tot een redelijke waardering van hun belangen in staat kunnen worden geacht. Dit criterium lijkt op gespannen voet te staan met de rechtszekerheid, omdat de minderjarige steeds afhankelijk is van de individuele beoordeling van de rechter. In het straf(proces)recht komen minderjarigen (vanaf twaalf jaar, wanneer ze strafrechtelijk aansprakelijk zijn) alle bevoegdheden toe die hem in het Wetboek van Strafrecht of Strafvordering zijn toegekend. Zodra de minderjarige gedagvaard is, krijgt hij altijd een advocaat toegevoegd. Zolang de minderjarige nog geen zestien jaar is, komen de bevoegdheden in het strafproces eveneens toe aan zijn advocaat.

187 Zo hoeft de minderjarige bij de kantonrechter (de veelal bevoegde rechter in arbeidszaken) niet te worden vertegenwoordigd door een advocaat.

188 Mellema-Kranenburg, in: *GS Vermogensrecht*, art. 3:32 BW, aant. 4.9 (online, bijgewerkt 25 juni 2018) en Jansen, in: *GS Arbeidsovereenkomst*, art. 7:612 BW, aant. 6 (online, bijgewerkt tot 1 augustus 2018).

2.4 HET HOORRECHT VAN DE MINDERJARIGE IN HET CIVIEL RECHT

2.4.1 Inleiding

In deze paragraaf zal nader worden ingegaan op het hoorrecht van de minderjarige. Hierbij zal achtereenvolgens aandacht worden besteed aan de wettelijke regeling van het hoorrecht en de uitvoeringspraktijk (door onder andere te kijken naar de verschillende procesreglementen). Tot slot zal er worden ingegaan op de discussie die er in de literatuur speelt over het huidige hoorrecht.

2.4.2 Het hoorrecht als een procedureel voorschrift

Ondanks dat de minderjarige in beginsel niet procesbekwaam is in de civiele procedure, moet de minderjarige wel worden betrokken in familie- en jeugdrechtprocedures. De minderjarige heeft een zogenaamd hoorrecht. Dit houdt in dat in 'zaken betreffende de minderjarige' de minderjarige van twaalf jaar of ouder gehoord moet worden door de kinderrechter en dat de minderjarige jonger dan twaalf jaar gehoord kan worden door de kinderrechter. Het hoorrecht van de minderjarige in de civiele procedure komt tot uitdrukking in artikel 809 lid 1 Rv en luidt als volgt:

"In zaken betreffende minderjarigen, uitgezonderd die welke het levensonderhoud van een minderjarige betreffen die de leeftijd van zestien jaren nog niet heeft bereikt, beslist de rechter niet dan na de minderjarige van twaalf jaren of ouder in de gelegenheid te hebben gesteld hem zijn mening kenbaar te maken, tenzij het naar het oordeel van de rechter een zaak van kennelijk ondergeschikt belang betreft. De rechter kan minderjarigen die de leeftijd van twaalf jaren nog niet hebben bereikt, in de gelegenheid stellen hem hun mening kenbaar te maken op een door hem te bepalen wijze. Hetzelfde geldt in zaken betreffende het levensonderhoud van minderjarigen die de leeftijd van zestien jaren nog niet hebben bereikt."

2.4.2.1 Hoorrecht minderjarigen vanaf twaalf jaar

In zaken die de minderjarige aangaan geldt het procedurele voorschrift dat de rechter *eerst* de minderjarige van twaalf jaar of ouder in de gelegenheid stelt om zijn mening kenbaar te maken, alvorens hij beslist over de zaak. De leeftijdsgrens van twaalf jaar is in de wet opgenomen zoals destijds voorgesteld door de commissie-Wiarda (art. 902b lid 1 (oud) Rv).¹⁸⁹ De Minister van Justitie heeft tijdens de parlementaire behandeling van de 'Nadere regeling van het horen van minderjarigen in hen betreffende burgerrechtelijke zaken' aangegeven dat deze leeftijdsgrens is voorgesteld ter verbetering van de rechtsbescherming van de minderjarigen:

189 Wiarda 1971.

“Ter verbetering van de rechtsbescherming van minderjarigen die betrokken zijn bij dergelijke procedures, wordt voorgesteld de minderjarige vanaf twaalf jaar in de gelegenheid te stellen zijn mening aan de rechter kenbaar te maken in vrijwel alle voornamelijk het gezag betreffende kwesties, die het persoonlijk belang van de minderjarige raken.”¹⁹⁰

Over de reden waarom er voor de leeftijdsgrens van twaalf jaar is gekozen, herhaalt de Minister van Justitie het advies van de commissie Wiarda:

“Het overgrote deel der kinderen sluit op deze leeftijd de lagere schoolperiode af en begint een voortgezette opleiding, die in sterkere mate dan voordien een beroep doet op eigen zelfstandigheid en verantwoordelijkheid. Tevens wordt het kind vanaf de twaalfjarige leeftijd strafrechtelijk verantwoordelijk geacht.”¹⁹¹

De Minister van Justitie benadrukte tijdens de algemene beraadslagingen over het wetsvoorstel ‘Nadere regeling van het horen van minderjarigen in hen betreffende burgerrechtelijke zaken’ uitdrukkelijk dat de leeftijdsgrens van twaalf jaar geen vrijbrief is om onder deze grens helemaal niets te doen. In bepaalde gevallen kan een kind onder de twaalf jaar volgens de minister zelfs heel goed een bepaalde bijdrage leveren.¹⁹²

In kinderalimentatiezaken geldt overigens de leeftijdsgrens voor minderjarigen van zestien jaar en ouder voor het hoorrecht (art. 809 lid 1 Rv). Over de achterliggende gedachte van deze leeftijdsgrens zegt de wetgever in het kader van de Herziening van het procesrecht in zaken van personen- en familierecht het volgende:

“Twaalf- tot zestienjarigen zijn in het algemeen nog niet of niet volledig in staat hun financiële positie te overzien. Daarin komt pas wijziging als zij zelfstandig aanspraak kunnen maken op een vorm van inkomen, zoals de Studiefinanciering. Bovendien liggen mededelingen op het financiële vlak vaak zeer gevoelig, hetgeen de kans op verstoring van de relatie tussen het kind en de ouder vergroot. Voorts zou een te ver gaande hoorplicht een aanzienlijke verzwaring van de werklust van de rechter ten gevolge hebben. Het voorgaande neemt niet weg dat de rechter bevoegd is om hem moverende redenen de minderjarige te horen. Een verdergaande inperking van de hoorplicht lijkt mij niet wenselijk. Zodra van de minderjarige verwacht mag worden dat hij inzicht in zijn financiële positie heeft en hij belang bij de zaak kan hebben bij voorbeeld in verband met de studiefinanciering, is het redelijk hem te horen.”¹⁹³

Kortom, de minderjarige wordt pas vanaf zestien jaar gehoord, omdat de minderjarige jonger dan zestien jaar nog niet in staat kan worden geacht zijn financiële positie te overzien. Uit het procesreglement Alimentatie blijkt ove-

190 Kamerstukken II 1979/80, 16127, 3, p. 1 (MvT).

191 Kamerstukken II 1979/80, 16127, 3, p. 6 (MvT) en zie Wiarda 1971, p. 63.

192 Handelingen II 25 augustus 1981 p. 264 (bijbehorend kamerstuknummer 16127).

193 Kamerstukken II 1992/93 22487, 6 (MvA) p. 16. Zie ook: Kamerstukken II 1992/93 22487, (MvT) p. 13 en 14.

rigens dat de minderjarige van zestien of zeventien jaar in de gelegenheid wordt gesteld zijn mening in beginsel schriftelijk kenbaar te maken.¹⁹⁴

De hoorregeling is een recht van de minderjarige om zijn mening kenbaar te maken en dus een plicht van de rechter om hem of haar daartoe in de gelegenheid te stellen. Het betekent niet dat van de gelegenheid gebruik *moet* worden gemaakt.¹⁹⁵ Als de minderjarige overigens geen gebruik heeft gemaakt van zijn hoorrecht en de rechter toch een gesprek nodig acht, kan de rechter een nadere dag bepalen, waarop de minderjarige voor hem wordt gebracht (art. 809 lid 4 Rv). Het Openbaar Ministerie (en de ambtenaar van de politie) kan zo nodig medewerking verlenen tot deze zogenaamde voorgeleiding (art. 813 lid 1 sub a en lid 2 Rv). Slechts in zeer uitzonderlijke omstandigheden kan de rechter ervan afzien om de minderjarige in de gelegenheid te stellen om zijn mening kenbaar te maken (afgezien van alimentatiezaken). De Hoge Raad¹⁹⁶ verwijst naar vijf (wettelijke en buitenwettelijke) uitzonderingen op grond van art. 809 Rv, de wetsgeschiedenis, en de ontwikkeling in andere landen. Deze zullen hieronder worden benoemd en toegelicht.

1) *Een zaak van kennelijk ondergeschikt belang (art. 809 lid 1 BW)*

De rechter kan afzien van het horen van een minderjarige van twaalf jaar of ouder (dat wil zeggen oproeping achterwege laten) in een zaak van 'kennelijk ondergeschikt belang' (art. 809 lid 1 BW). In de wet is niet opgenomen om welke soort zaken dit gaat. In de parlementaire stukken wordt echter uitdrukkelijk terugverwezen naar de oude wetsbepaling (art. 902b lid 1 onder a t/m e Rv oud), waarin deze zaken wel werden genoemd. Het is niet de bedoeling geweest van de wetgever om de uitzonderingsgrond met de komst van het nieuwe wetsartikel te verruimen.¹⁹⁷ Men kan bijvoorbeeld denken aan zaken die zien op het ontslag van de voogd(en) en het bewind van ouders en voogden.¹⁹⁸

2) *De gelegenheid waarop de minderjarige zijn mening kenbaar kan maken kan niet worden afgewacht zonder onmiddellijk en ernstig gevaar voor de minderjarige (art. 809 lid 3 BW)*

Ook kan de rechter ervan afzien de minderjarige van twaalf jaar of ouder in de gelegenheid te stellen om zijn mening kenbaar te maken in zaken

194 Aan de belanghebbenden wordt geen kopie verstrekt van de brief van de minderjarige. Tijdens de mondelinge behandeling deelt het hof kort en zakelijk mee wat de minderjarige heeft geschreven; zie: Procesreglement Alimentatie, 14^e druk (januari 2015), hoofdstuk 6.

195 Zie o.a. HR 1 november 2013, ECLI:NL:HR:2013:1084, NJ 2014/24 m.nt. S.F.M. Wortmann; Parket bij de Hoge Raad 4 mei 2018, ECLI:NL:PHR:2018:463 en Chin-A-Fat, in: *GS Burgerlijke Rechtsvoordering*, art. 809, aant. 2.

196 HR 1 november 2013, NJ 2014/24, m.nt. S.F.M. Wortmann.

197 *Kamerstukken II 1992/93*, 22487, 3 p. 13 en 14 (MvT).

198 Art. 902b lid 1 onder a t/m e Rv oud; *Kamerstukken II 1992/93*, 22487, 3, p. 13 en 14 (MvT).

die zien op een voorlopige ondertoezichtstelling (art. 1:257 BW), een machtiging uithuisplaatsing (art. 1:265b), een voorlopige voogdij (art. 1:266 BW en art. 1:241 BW) of een wijziging tot verblijfplaats van de minderjarige in het kader van een ondertoezichtstelling en uithuisplaatsing (art. 1:265i lid 2 BW). Voorwaarde is steeds wel dat de mening van de minderjarige niet kan worden afgewacht zonder dat er een onmiddellijk en ernstig gevaar bestaat voor de minderjarige. De minderjarige moet overigens binnen verloop van twee weken in de gelegenheid worden gesteld om zijn mening kenbaar te maken, anders verliest de beschikking haar kracht (art. 800 lid 3 en 809 lid 3 BW).

- 3) *Het is naar het oordeel van de rechter aannemelijk dat de minderjarige niet gehoord wil worden*

De rechter is ook niet verplicht de minderjarige van twaalf jaar of ouder te horen, van wie duidelijk blijkt dat hij niet gehoord wenst te worden. Deze uitzondering staat niet in de wet opgenomen, maar blijkt uit de parlementaire geschiedenis.¹⁹⁹ Voor minderjarigen die uit huis zijn geplaatst met een machtiging gesloten jeugdhulp wordt dit expliciet bepaald in het procesreglement Civiel Jeugdrecht.²⁰⁰

- 4) *De minderjarige is wegens een lichamelijke of geestelijke stoornis niet in staat zich een mening te vormen*

Daarnaast is de rechter niet verplicht om de minderjarige van twaalf jaar of ouder in de gelegenheid te stellen om gehoord te worden die wegens een lichamelijke of geestelijke stoornis niet in staat is om zijn mening te vormen. Ook deze uitzondering is niet in de wet opgenomen, maar blijkt uit de wetsgeschiedenis.²⁰¹ Daarin wordt uitdrukkelijk vermeld dat de rechter zich niet naar de minderjarige hoeft te begeven als op voorhand duidelijk is dat de minderjarige niet zal begrijpen wat er tegen hem wordt gezegd.

- 5) *Naar het oordeel van de rechter valt te vrezen dat het bieden van de gelegenheid om te worden gehoord de gezondheid van de minderjarige zal schaden*

Ten slotte kan de rechter afzien om de minderjarige van twaalf jaar en ouder op te roepen voor een kindgesprek als het horen van de minderjarige de gezondheid van de minderjarige zal schaden. Ook deze uitzondering is niet in de wet opgenomen en is door de Hoge Raad toegevoegd onder verwijzing naar het recht van de ons omringende landen.²⁰²

199 *Kamerstukken II 1992/93, 22487, 6, p. 16 (MvA)* en vgl. ook HR 19 maart 1982, NJ 1982, 559.

200 Art. 7.1 Procesreglement Civiel Jeugdrecht, 17^e druk (april 2018).

201 *Kamerstukken II 1991/92, 22487, 3, p. 10 (MvT)*.

202 HR 1 november 2013, NJ 2014/24, m.nt. S.F.M. Wortmann.

Het hoorrecht in procedures in het kader van gesloten jeugdhulp

In gesloten jeugdhulpzaken bepaalt de Jeugdwet dat de kinderrechter, alvorens te beslissen op een verzoek tot een (voorwaardelijke) machtiging of een spoedmachtiging tot plaatsing in een accommodatie voor gesloten jeugdhulp, de jeugdige hoort (art. 6.1.10 lid 1 Jw). Het is opmerkelijk dat de Jeugdwet hier geen nadere leeftijdsgrenzen noemt. Dit betekent dat de jeugdige jonger dan twaalf jaar ook gehoord dient te worden.²⁰³ In het procesreglement Civiel Jeugdrecht staat expliciet vermeld dat in zaken, waarin een spoedmachtiging, een machtiging dan wel een voorwaardelijke machtiging in accommodatie voor gesloten jeugdhulp wordt verzocht, de minderjarige altijd door de kinderrechter wordt gehoord, tenzij deze vaststelt dat de minderjarige niet bereid is om gehoord te worden.²⁰⁴ Volgens dit procesreglement wordt de minderjarige van twaalf jaar en ouder en de minderjarige, die de leeftijd van twaalf jaar nog niet heeft bereikt maar in staat kan worden geacht tot een redelijke waardering van zijn belangen ter zake, in beginsel in aanwezigheid van andere belanghebbende gehoord.²⁰⁵ In spoedsituaties kan de rechter afzien om de minderjarige te horen. Voorwaarde is wel dat de mening van de minderjarige niet kan worden afgewacht zonder dat er een onmiddellijk en ernstig gevaar bestaat voor de minderjarige. De minderjarige moet overigens binnen verloop van twee weken in de gelegenheid worden gesteld om zijn mening kenbaar te maken (art. 6.1.8 lid 3 Jw jo. art. 800 lid 3 Rv).

2.4.2.2 Hoorrecht minderjarigen jonger dan twaalf jaar (c.q. zestien jaar in alimentatiezaken)

De rechter kan ook kinderen jonger dan twaalf jaar (c.q. zestien jaar in alimentatiezaken) uitnodigen om te worden gehoord, maar is daartoe niet verplicht, ook niet als de minderjarige uitdrukkelijk heeft aangegeven gehoord te willen worden.²⁰⁶ Als een minderjarige jonger dan twaalf jaar zijn mening aan de rechter kenbaar wil maken, zal dit aan de rechter moeten worden voorgelegd. De Hoge Raad heeft bepaald dat de rechter zijn beslissing om de minderjarige jonger dan twaalf jaar niet te horen, niet hoeft te motiveren, behoudens bijzondere omstandigheden.²⁰⁷ Het is onduidelijk om welke bijzondere omstandigheden het gaat.²⁰⁸

203 Bruning 2016, p. 80.

204 Art. 7.1 Procesreglement Civiel Jeugdrecht, 17^e druk (april 2018).

205 Art. 7.2 Procesreglement Civiel Jeugdrecht, 17^e druk (april 2018).

206 Vgl. Parket bij de Hoge Raad 4 mei 2018, ECLI:NL:PHR:2018:463 par. 2.44.

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

208 Zie HR 24 januari 2003, ECLI:NL:HR:2003:AF0204; in deze zaak ging het om een ingediend verzoek door moeder en stiefvader tot geslachtsnaamwijziging van twee kinderen van tien en bijna twaalf jaar in die van de stiefvader; een en ander was niet voldoende om bijzondere omstandigheden aan te nemen en de kinderen te horen. Zie ook: Chin-A-Fat, in: *GS Burgerlijke Rechtsvordering*, art. 809, aant. 6.

2.4.2.3 De praktische invulling van het horen van de minderjarige

Over de wijze hoe de minderjarige in de gelegenheid moet worden gesteld om zijn mening kenbaar te maken, is wettelijk niets geregeld. Minderjarigen worden thans door middel van een brief (de 'oproepbrief') uitgenodigd om hun mening kenbaar te maken. De minderjarige kan daarbij kiezen om zijn mening te geven in de vorm van een mondeling verhoor, een zogenaamd kindgesprek, of desgewenst schriftelijk te reageren. Een klein onderzoek naar de oproepbrieven van verschillende rechtbanken laat zien dat deze zeer verschillend zijn en doorgaans formeel zijn opgesteld.²⁰⁹

Daarnaast is er in de wet niet expliciet voorgeschreven op welke plaats en op welke wijze de uitvoering van het kindgesprek moet plaatsvinden.²¹⁰ De rechter kan de minderjarige bijvoorbeeld ook horen op de verblijfplaats van de minderjarige als deze niet in staat is om zich naar de rechter te begeven voor het kindgesprek (art. 802 Rv). De rechter heeft in elk geval een grote mate van vrijheid om de plaats en de wijze van het 'horen' van de minderjarige te bepalen. Dit heeft de wetgever in 1993 in het kader van 'de Herziening van het procesrecht in zaken van personen- en familierecht' uitdrukkelijk benadrukt:

“Om het voor de minderjarige gemakkelijker te maken informatie te verschaffen is de rechter vrij in het bepalen van de wijze waarop en de plaats waar het kind gehoord moet worden. Het komt regelmatig voor dat de jongere hetgeen hij «kwijt wil» in een brief neerlegt. Voorts kan de rechter op deze manier een omgeving kiezen, die past bij de omstandigheden van het geval en de behoeften van de jongere. Leidt dit niet tot resultaat en is de rechter van oordeel dat de jongere gehoord dient te worden, dan kan hij de voorleiding van het kind door het openbaar ministerie gelasten. De rechter is echter niet verplicht de minderjarige, van wie duidelijk blijkt dat hij niet gehoord wenst te worden, te laten voorleiden (vgl. HR 19 maart 1982 NJ 1982, 559).”²¹¹

Kortom, waar het gesprek precies moet plaatsvinden, bijvoorbeeld in de rechtszaal of in een aparte ruimte, is niet duidelijk. Ook de wijze waarop het gesprek dient plaats te vinden is niet expliciet geregeld. Het moet de minderjarige in ieder geval gemakkelijk worden gemaakt om informatie te geven aan de rechter. Het is dan aan de rechter om de vorm van het gesprek te kiezen en om bijvoorbeeld zijn toga uit te doen. De wet voorziet niet in een rechtens afdwingbare aanwezigheid van een advocaat of iemand anders

209 Er zijn oproepbrieven vergeleken van verschillende rechtbanken (Haarlem, Amsterdam, Roermond, Den Haag, Breda, Zwolle en Rotterdam). Deze oproepbrieven dateren uit 2014, 2015 en 2018.

210 Dit was in het oude recht wel opgenomen; art. 902b lid 3, eerste zin, Rv oud. Zie ook beschouwing van Chin-A-Fat over de oude regel dat de rechter de wijze waarop en de plaats waar de minderjarige zijn mening kenbaar maakt bepaalt: Chin-A-Fat, in: *GS Burgerlijke Rechtsvordering*, art. 809, aant. 1.

211 *Kamerstukken II 1992/93, 22487, 6, p. 16 (MvA).*

die de minderjarige bijstaat bij het horen.²¹² De procesreglementen geven thans enkel aan dat de minderjarige buiten de mondelinge behandeling in beginsel afzonderlijk moet worden gehoord.²¹³ Van het verhoor wordt geen proces-verbaal opgemaakt; de rechter zal tijdens de mondelinge behandeling kort en zakelijk weergeven wat de minderjarige heeft verklaard.²¹⁴ In gesloten jeugdhulp zaken wordt de minderjarige echter in beginsel in aanwezigheid van andere belanghebbenden gehoord.²¹⁵

Vanuit de rechterlijke macht is in de afgelopen jaren veel aandacht geweest voor het horen van minderjarigen in civiele procedures. Zo is door de Gerechtshoven in 2015 een professionele standaard kindgesprekken ontwikkeld, waarmee een uniformering van de werkwijze bij de kindgesprekken in de Gerechtshoven wordt nagestreefd.²¹⁶ In de *preambule* van deze professionele standaard wordt aangegeven dat het doel van het kindgesprek is om uitvoering te geven aan het recht tot participatie en het recht om gehoord te worden. Informatievergaring lijkt niet het primaire doel van het gesprek. Bij de rechtbanken wordt er nog niet gewerkt met een dergelijke professionele standaard en het is de vraag in hoeverre er gebruik gemaakt wordt van de standaard van de Gerechtshoven.

Verder is er binnen de rechtspraak de laatste paar jaar steeds meer aandacht voor kindvriendelijke rechtspraak. Hier wordt door rechters op verschillende manieren invulling aan gegeven. Zo nemen sommige rechters een aparte overweging op in de beschikking die speciaal is gericht tot het kind²¹⁷, terwijl andere rechters de gehele beschikking in 'kindvriendelijke taal' schrijven²¹⁸ of juist in een aparte brief de uitspraak aan het kind uitleg-

212 Zie: Hof 's-Hertogenbosch 10 januari 2013, ECLI:NL:GHSHE:2013:BY8143 r.o.3.8.6 en 3.8.7 waarin het hof overweegt dat het niet gebruikelijk is dat de minderjarige bij het horen wordt bijgestaan door een advocaat of vertrouwenspersoon. In deze zaak oordeelt het hof dat het hoorrecht niet is geschonden ondanks dat er geen advocaat bij het verhoor aanwezig is geweest.

213 Procesreglement gezag en omgang, 14^e druk (januari 2015), art. 6.2; Procesreglement Adoptie, 14^e druk (januari 2015), art. 6.2; Procesreglement Civiel Jeugdrecht, 17^e druk (april 2018), art. 7.2 en in alimentatiezaken zal de minderjarigen van zestien jaar en ouder in beginsel schriftelijk zijn mening kenbaar maken, zie Procesreglement Alimentatie, 14^e druk (januari 2015), art. 6.1.

214 Procesreglement gezag en omgang, 14^e druk (januari 2015), art. 6.2 en 6.4; Procesreglement Adoptie, 14^e druk (januari 2015), art. 6.2 en 6.4; Procesreglement Alimentatie, 14^e druk (januari 2015), art. 6.4; Procesreglement Civiel Jeugdrecht, 17^e druk (april 2018), art. 7.2 en 7.4.

215 Procesreglement Civiel Jeugdrecht, 17^e druk (april 2018), art. 7.2.

216 Raad voor de Rechtspraak 2016.

217 Zie bijv. Gerechtshof Arnhem-Leeuwarden 21 maart 2017, ECLI:NL:GHARL:2017:2579 en Rechtbank Noord-Nederland 31 augustus 2018, ECLI:NL:RBNNE:2018:3537.

218 Zie bijv. Rechtbank Midden-Nederland 22 maart 2017, ECLI:NL:RBMNE:2017:1541 en Rechtbank Noord-Nederland 14 november 2018, ECLI:NL:RBNNE:2018:4835.

gen.²¹⁹ Ook komt het voor dat het kind door een rechter wordt uitgenodigd op een zogenaamd ‘nagesprek’, waarin de minderjarige uitleg kan krijgen over de beslissing en vragen kan stellen aan de rechter.²²⁰

2.4.2.4 *Het indirect horen van minderjarigen*

Daarnaast zij erop gewezen dat de mening van de minderjarige ook indirect aan de kinderrechter kenbaar kan worden gemaakt. Zo kunnen vertegenwoordigers of belangenbehartigers de mening van de minderjarige verwoorden. Deze mening wordt daarnaast – indien de Raad voor de Kinderbescherming (hierna: Raad) bemoeienis heeft met de zaak – veelal in het raadsrapport opgenomen.²²¹ Uit het kwaliteitskader van de Raad blijkt dat de Raad in principe met het kind spreekt tijdens het raadsonderzoek.²²² Daarnaast zal het verzoekschrift ook met het kind worden besproken, bijvoorbeeld door de Raad, maar in geval van een verlenging OTS kan dit ook door de gecertificeerde instelling. Het verzoekschrift tot de (verlenging van) ondertoezichtstelling dient te vermelden of, en zo ja, op welke wijze, de inhoud dan wel strekking van het verzoek met de minderjarige is besproken en welke reactie hij of zij hierop heeft gegeven (799a lid 2 Rv). Uit de Tus-senevaluatie Wet Herziening Kinderbeschermingsmaatregelen komt naar voren dat in de meerderheid van de zaken het verzoekschrift of de bijgesloten rapportage door de raadsonderzoekers of de medewerkers van de gecertificeerde instelling wordt besproken met de minderjarige van twaalf jaar of ouder.²²³ Maar dit gebeurt nog steeds niet altijd, zeker medewerkers van de gecertificeerde instelling spreken het kind minder vaak over het verzoekschrift.²²⁴ Het is onbekend hoe vaak er met minderjarigen jonger dan twaalf jaar wordt gesproken over het verzoekschrift.

219 Rechtbank Limburg 29 januari 2019, ECLI:NL:RBLIM:2019:1253.

220 Hof Arnhem-Leeuwarden 19 juli 2019, ECLI:NL:GHARL:2018:6699.

221 Zie bijv. HR 29 maart 2002, ECLI:NL:HR:2002:AD8191, r.o. 3.6. jo. HR 26 maart 2010, ECLI:NL:HR:2010:BL2226, r.o. 2.11 jo. 2.13.

222 Raad voor de Kinderbescherming 2016, p. 7. Zie verder over het toesturen van de (concept)rapportage: Raad voor de Kinderbescherming 2016, p. 9: de conceptrapportage van de Raad wordt toegestuurd naar ouders en kinderen vanaf zestien jaar. Daarnaast krijgt het kind van twaalf tot zestien jaar minimaal zijn/haar gedeelte van het conceptrapport ter inzage toegestuurd, tenzij diens belang zich daartegen verzet. Kinderen onder de twaalf jaar worden in principe, om pedagogische redenen, in een gesprek geïnformeerd over de inhoud van de conceptrapportage. Dat neemt niet weg dat daar waar noodzakelijk of gewenst het kind ook haar/ zijn gedeelte van de conceptrapportage krijgt toegestuurd. De ouders en het kind (zestien+) krijgen het definitieve raadsrapport opgestuurd.

223 Lünemann e.a. 2018, p. 30. NB. Kinderen onder de twaalf jaar zijn buiten het dossieronderzoek gebleven.

224 Lünemann e.a. 2018, p. 30 en 31.

In dit verband is ook de pilot relevant die per 1 mei 2018 bij de rechtbank Overijssel is gestart.²²⁵ Tijdens deze pilot worden kinderen betrokken bij de totstandkoming van het ouderschapsplan door middel van een 'bruggesprek'. Tijdens dit bruggesprek spreken ouders met hun kind over het ouderschapsplan. De rechter bevrageert de ouders en de advocaten vervolgens actief naar de uitkomsten van dit bruggesprek tijdens de echtscheidingsprocedure. De effecten van het bruggesprek zijn tot nu toe erg positief, zo blijkt uit de tussenresultaten van (lopend) onderzoek.²²⁶ In ongeveer 75% van alle gevallen hebben de ouders daadwerkelijk met hun kinderen gesproken over het ouderschapsplan.

2.4.3 Discussie

Vanuit zowel de praktijk als de wetenschap klinkt onvrede over het hoorrecht van de minderjarige in het civiele recht. Deze kritiek richt zich op zowel de leeftijdsgrens van twaalf jaar als de uitvoeringspraktijk van het hoorrecht.

Ten aanzien van de leeftijdsgrens vraagt Chin-A-Fat zich af of de door de Hoge Raad geformuleerde regel aangaande twaalfminners niet te 'zuinig' is geformuleerd.²²⁷ Deze regel houdt in dat de rechter niet verplicht is om een minderjarige jonger dan twaalf jaar te horen en hij, behoudens bijzondere omstandigheden zijn beslissing om hem *niet* te horen niet hoeft te motiveren. Chin-A-Fat verwijst in dit kader ook naar uitspraken van het EHRM.²²⁸ "Het oproepen en horen van minderjarigen van twaalf jaar en ouder behoort een automatisme te zijn op grond van art. 809 Rv, maar het afzien van een verhoor van een beneden 12-jarige kan niet in dezelfde mate een automatisme zijn", aldus Chin-A-Fat. Dit geldt volgens haar met name als om dat horen gemotiveerd is gevraagd door de minderjarige. Volgens Chin-A-Fat zou de rechter dan in ieder geval moeten motiveren waarom hij afziet van het horen. Van Leeuwen stelt voor om de ambtshalve bevoegdheid van de rechter te vervangen door een hoorplicht voor de rechter in het geval dat de minderjarige die jonger is dan de twaalf jaar expliciet aangeeft zijn of haar mening aan de rechter kenbaar te willen maken. Op deze manier kan de leeftijdsgrens van twaalf jaar volgens haar worden gerechtvaardigd.²²⁹ Ze geeft aan dat de leeftijdsgrens niet mag worden onderschat omdat deze een objectieve norm zet en bijdraagt aan de rechtszekerheid.

225 Zie: <https://www.rechtspraak.nl/Organisatie-en-contact/Organisatie/Rechtbanken/Rechtbank-Overijssel/Nieuws/Paginas/Rechtbank-Overijssel-start-pilot-Betrekken-van-kinderen-bij-het-ouderschapsplan.aspx> (laatst geraadpleegd op 8 oktober 2019).

226 Zie: <https://www.rechtspraak.nl/Organisatie-en-contact/Organisatie/Rechtbanken/Rechtbank-Overijssel/Nieuws/Paginas/Proef-kinderen-betrekken-ouderschapsplan-succesvol-afgerond.aspx> (laatst geraadpleegd op 8 oktober 2019).

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

228 Zie o.a. EHRM 11 oktober 2001 (*Sahin/Duitsland*), NJ 2002, 417, m.nt. S.F.M. Wortmann.

229 Van Leeuwen, *FJR* 2017/56.

In de praktijk blijkt dat de mogelijkheden van minderjarigen jonger dan twaalf jaar om hun mening kenbaar te maken – met uitzondering van gesloten jeugdhulp zaken – uiterst beperkt zijn.²³⁰ Uit onderzoek blijkt dat bij het horen van minderjarigen vrij strikt wordt vastgehouden aan de twaalfjaarsgrens.²³¹ In 2014 en 2015 onderzochten De Jong en Van der Zon bij Gerechtshoven hoe vorm wordt gegeven aan het kindgesprek tijdens procedures over uithuisplaatsing van minderjarigen. Zij observeerden bij vier Gerechtshoven 59 uithuisplaatsingszaken, waarbij zij de zitting en – indien dat plaatsvond – het kindgesprek observeerden en het dossier en de eindbeschikking analyseerden. Uit hun bevindingen blijkt dat er door de Hoven en zelfs door raadsheren verschillend wordt omgegaan met het kindgesprek. Slechts twee van de 57 kinderen jonger dan twaalf jaar participeerden in de procedure en dat was op eigen verzoek of via de advocaat van een meisje dat gesloten geplaatst was. In verreweg de meeste zaken werden in de beschikking geen woorden gewijd aan het kindgesprek dat had plaatsgevonden. In gesloten jeugdhulp zaken, waar minderjarigen wel een zelfstandige procespositie hebben, werd de mening van de minderjarige wel duidelijk weergegeven en werd gemotiveerd waarom aan deze mening al dan niet – doorgaans niet – gehoor werd gegeven.

Uit het jurisprudentieonderzoek dat Aalders in 2016 en 2017 uitvoerde onder vier gerechtshoven naar het horen van minderjarigen bij gezagsbeëindigingszaken, lijkt eenzelfde uitkomst te komen.²³² Uit dit onderzoek blijkt namelijk dat de leeftijdsgrens van twaalf jaar strikt wordt gehanteerd onder de hoven en de minderjarige jonger dan twaalf jaar in geen enkele zaak is gehoord.

Smits pleit voor een herijking van het hoorrecht met het oog op internationale verplichtingen.²³³ Uit haar dissertatieonderzoek, waarin 313 echtscheidingsdossiers bij drie rechtbanken zijn geanalyseerd, blijkt dat het kind in 251 zaken is uitgenodigd voor een kindgesprek. In 174 zaken (ruim 85%) hebben kinderen schriftelijk gereageerd (invullen standaardformulier). In 46 zaken heeft het kind een gesprek gevoerd met een rechter. In slechts 4 zaken heeft dezelfde rechter zowel de beslissing genomen als het gesprek gevoerd (dat is ruim 10%). Dat betekent dat in de overige gevallen de rechter die de beslissing in de echtscheiding heeft genomen, dat mede heeft gedaan op basis van een gesprek dat een andere rechter heeft gevoerd met het kind. Van de mogelijkheid om jongere kinderen te horen, wordt slechts

230 Bruning 2016, p. 84.

231 Van der Zon, & De Jong-de Kruijf, *TREMA Tijdschrift voor de rechterlijke macht* 2015, p. 298-307.

232 Aalders, *FJR* 2018/11.

233 Smits 2015, p. 293 en 294. Zie ook: Wamelen, van 1987, p. 483-486: Van Wamelen pleitte reeds in 1987 al voor aanpassing van de leeftijdsgrens van het hoorrecht en stelt voor dat minderjarigen vanaf de leeftijd van tien jaar in staat zijn om hun mening kenbaar te maken.

zeer sporadisch gebruik gemaakt. In 67 zaken waren de kinderen te jong om te worden gehoord; slechts in 1 van deze zaken is toch een gesprek met het kind gevoerd. In de beschikking ontbreekt meestal de visie van het kind. Slechts in 3.8% van de zaken waarin een kindgesprek is afgenomen, werd in de beschikking aangegeven wat de visie van het kind was (in 2.4% in een hoofdzin en in 1.2% in een bijzin). In de huidige praktijk is volgens Smits derhalve niet zichtbaar in hoeverre de rechter rekening houdt met de visie van het kind. Uit haar dossieronderzoek blijkt verder dat in geen enkele zaak de afwijkende mening van het kind over de inhoud van het ouderschapsplan aanleiding is geweest tot een zitting, terwijl in een aantal zaken is geconstateerd dat het kind een andere mening had over de regeling dan de ouders. Ook is geen enkele keer een bijzondere curator benoemd.

Zij stelt voor om de leeftijdsgrens zoals neergelegd in artikel 809 Rv af te schaffen en daarvoor in de plaats als criterium het ontwikkelingsniveau van de minderjarige te stellen waaraan zal worden getoetst. Daarbij zal de rechter moeten kijken in welke mate en op welke wijze het kind bij een procedure waarin zijn belangen aan de orde zijn, kan worden betrokken. Met betrekking tot de uitvoeringspraktijk van het hoorrecht, zou volgens Smits de rechter een veel actievere rol moeten innemen om met het kind in contact te komen. Zo is een schriftelijke uitnodiging (oproepbrief) in dit tijdperk van digitalisering mogelijk achterhaald en in ieder geval niet toereikend. Bij het sturen van een schriftelijke uitnodiging is het volgens haar maar de vraag of deze de minderjarige bereikt, zeker in zaken waarbij het gaat om complexe echtscheidingsproblematiek. De minderjarige zou in deze tijd ook via een email, de telefoon, sms- of appbericht of twitter kunnen worden gevraagd naar zijn visie. Ook de wijze waarop het kind gehoord wordt, verdient volgens Smits verbetering. Kindvriendelijke ruimtes, de rechter die zijn toga uitdoet en bijstand door een vertrouwd persoon, zoals een bijzondere curator, maar ook het achteraf informeren van de minderjarigen over de beslissing, zou meer recht doen aan het recht op participatie van de minderjarige.

Bruning signaleert eveneens dat er in de uitvoeringspraktijk nogal wat haken en ogen zitten aan de invulling van het hoorrecht.²³⁴ Met name de wijze waarop wordt gehoord en de bedoeling van het horen laten volgens haar te wensen over. De aandacht zou volgens Bruning veel meer gericht moeten zijn op wat het doel is van het horen en wat de invloed is van de mening van het kind op rechterlijke beslissingen. Lieber pleit ervoor dat de minderjarige niet alleen in de procedure wordt gehoord, maar ook dat er feedback wordt gegeven over de uitkomst van de procedure aan de minderjarige en uitgelegd wordt hoe zijn mening is meegewogen.²³⁵ Dat zou volgens hem schriftelijk in een uitspraak of een brief kunnen, maar ook mondeling in een voortgezet kindgesprek. De taal van de rechter moet volgens hem in ieder geval steeds afgestemd zijn op de taal die het kind spreekt.

234 Bruning 2016, p. 84.

235 Lieber, *FJR* 2018/40.

De discussie over de wettelijke regeling van het hoorrecht is niet nieuw. Zo was de Kinderombudsman in de afgelopen jaren ook steeds kritisch over de leeftijdsgrens van twaalf jaar in het hoorrecht.²³⁶ Volgens hem wordt er bij minderjarigen jonger dan twaalf jaar een soort 'bewijslast' opgelegd, omdat deze minderjarigen de rechter moeten overtuigen waarom zij toch gehoord moeten worden.²³⁷

2.4.4 Samenvattend

Ondanks dat de minderjarige in beginsel niet procesbekwaam is in de civiele procedure, moet de minderjarige wel worden betrokken in familie- en jeugdprocedures. Minderjarigen worden door de kinderrechter in familie- en jeugdprocedures vanaf twaalf jaar in de gelegenheid gesteld om te worden gehoord. Alleen in zeer uitzonderlijke omstandigheden kan de rechter hiervan af zien. Kinderen onder de twaalf jaar *kunnen* door de rechter in de gelegenheid worden gesteld om te worden gehoord. Het niet horen van een twaalfminder hoeft de rechter niet te motiveren, behoudens bijzondere omstandigheden. Een uitzondering hierop zijn minderjarigen in gesloten jeugdhulp zaken; zij worden, ongeacht hun leeftijd, in de gelegenheid gesteld om te worden gehoord. Uit de praktijk blijkt dat er strikt wordt vastgehouden aan de leeftijdsgrens van twaalf jaar en minderjarigen onder de twaalf jaar bijna niet worden gehoord. Er zijn geen specifieke aantallen bekend van minderjarigen van twaalf jaar die gehoord hadden (willen) worden. In de literatuur wordt door verschillende auteurs gepleit voor een verlaging van de leeftijdsgrens voor het horen van minderjarigen in civiele procedures dan wel voor een soepeler omgaan met de mogelijkheid om (al dan niet op verzoek van de minderjarige) hen ook jonger dan twaalf jaar te horen, waardoor meer minderjarigen jonger dan twaalf jaar worden gehoord.

Over de uitvoeringspraktijk van de hoorregeling is wettelijk niets geregeld; in de praktijk wordt hier heel verschillend mee omgegaan. Het is overigens in vele zaken zo dat de visie van het kind indirect aan de kinderrechter kenbaar wordt gemaakt, bijvoorbeeld via een raadsrapportage als de Raad voor de Kinderbescherming betrokken is bij de zaak.

2.5 DE PROCESPOSITIE VAN MINDERJARIGEN IN DE CONTEXT VAN INTERNATIONALE KINDERRECHTENSTANDAARDEN

2.5.1 Inleiding

Het recht van minderjarigen om gehoord te worden is één van de pijlers van het IVRK. Dit recht wordt ook erkend in verschillende andere internationale documenten en in de rechtspraak van het Europese Hof voor de Rechten van

236 Rap e.a. 2013, p. 165, Rap e.a. 2014, p. 39, Rap e.a. 2015, p. 45, Bolscher e.a. 2016, p. 45.

237 Rap. e.a. 2013, p. 165.

de Mens (EHRM). Deze erkenning markeert de verschuiving in het denken die het IVRK teweeg heeft gebracht voor kinderen: de benadering van het kind als object waarover wordt beslist naar rechtssubject dat een eigenstandige inbreng heeft in beslissingen die hem of haar aangaan.²³⁸ Met de bijna universele ratificatie van het IVRK stemde de internationale gemeenschap er mee in om het kind te accepteren als een drager van eigen rechten.

Het is echter vooral in de laatste jaren waarin de aandacht voor *Child Friendly Justice* en *Access to justice for children* lijkt te zijn toegenomen. Onder invloed van onder meer de rechtspraak van het EHRM is de afgelopen twee decennia het recht van kinderen op 'effectieve participatie' als onderdeel van het recht op een eerlijk proces erkend.²³⁹ Deze erkenning heeft onder meer geleid tot de *Guidelines on Child-friendly Justice* die in 2010 zijn aangenomen door de Raad van Europa²⁴⁰ en het opnemen van het doel 16.3 in de *Sustainable Development Goals* van de Verenigde Naties waarin is bepaald dat op nationaal en internationaal niveau een gelijke toegang tot het rechtssysteem voor iedereen – dus ook voor kinderen – moet worden gegarandeerd.²⁴¹

In verband met de toegenomen mondiale aandacht voor de positie van kinderen in (juridische) procedures is het van belang om in dit onderzoek de relevante internationale kinderrechtenstandaarden in kaart te brengen en te analyseren. In deze paragraaf staat daarom de procespositie van minderjarigen in de context van internationale kinderrechtenstandaarden centraal. Bekeken wordt in hoeverre uit het internationale recht verplichtingen, randvoorwaarden en aanbevelingen voortvloeien voor wat betreft het hoorrecht van kinderen en het recht van kinderen om te participeren in gerechtelijke procedures, ook in relatie tot hun recht op toegang tot de rechter en het recht op rechtsbijstand.

2.5.2 Access to Justice

Ondanks de toegenomen internationale aandacht voor het belang van *access to justice* van kinderen²⁴² is dit begrip niet helder gedefinieerd in het internationale recht. *Access to justice* is nauw verweven met het recht op een *effective remedy*.²⁴³ De High Commissioner voor de Mensenrechten van de Verenigde Naties heeft in december 2013 een rapport uitgebracht over *access to justice* voor kinderen. In dit rapport stelt de High Commissioner dat *access to justice* een fundamenteel recht is en een essentiële voorwaarde voor de bescher-

238 Zie o.m. Parkes 2013, p. 5.

239 Kilkelly 2015, p. 196; Bruning, *EHRC* 2015/234.

240 Guidelines of the Committee of Ministers of the Council of Europe on Child-friendly Justice, 17 november 2010.

241 Doel 16.3 UN Sustainable Development Goals: "Promote the rule of law at the national and international levels and ensure equal access to justice for all".

242 Zie Liefwaard 2019, p. 195-227.

243 Zie o.m. art. 8 Universele Verklaring voor de Rechten van de Mens; art. 2 lid 3 Internationaal Verdrag van Burgerlijke en Politieke rechten (IVBPR).

ming en bevordering van alle andere mensenrechten. Hij geeft de volgende omschrijving van het begrip *access to justice*:

“Access to justice refers to the ability to obtain a just and timely remedy for violations of rights as put forth in national and international norms and standards, including the Convention on the Rights of the Child.²⁴⁴ It applies to civil, administrative and criminal spheres of national jurisdictions, including customary and religious justice mechanisms, international jurisdictions, as well as alternative and restorative dispute resolution mechanisms, and covers all relevant judicial proceedings, affecting children without limitation, including children alleged as, accused of, or recognized as having infringed the penal law, victims and witnesses or children coming into contact with the justice system for other reasons, such as regarding their care, custody or protection.”²⁴⁵

De High Commissioner wijst er ook op dat *“the concept of access to justice requires the legal empowerment of all children”*. Kinderen moeten in staat worden gesteld om relevante informatie te krijgen en zij hebben recht op ‘*effective remedies*’ om voor hun rechten op te komen, mede via juridische en andere diensten, kinderrechteneducatie, advies en hulp en ondersteuning van volwassenen die daartoe in staat zijn.²⁴⁶ Het VN-Kinderrechtencomité gaat in General Comment nr. 5 eveneens in op het recht van kinderen op ‘*effective remedies*’:

“For rights to have meaning, effective remedies must be available to redress violations. This requirement is implicit in the Convention and consistently referred to in the other six major international human rights treaties. Children’s special and dependent status creates real difficulties for them in pursuing remedies for breaches of their rights. So States need to give particular attention to ensuring that there are effective, child-sensitive procedures available to children and their representatives. These should include the provision of child-friendly information, advice, advocacy, including support for self-advocacy, and access to independent complaints procedures and to the courts with necessary legal and other assistance.”²⁴⁷

Ook vereist *access to justice* volgens de High Commissioner dat de zich ontwikkelende vermogens van kinderen en hun begrip bij het uitoefenen van hun rechten serieus wordt genomen.

Als belemmering van de toegang tot het recht voor kinderen benoemt de High Commissioner dat kinderen vaak niet procesbekwaam zijn en daarom geen procedurele bevoegdheid hebben zonder ouders of andere wettelijke vertegenwoordigers; dit is problematisch in geval van een conflict van belangen. *“In addition, children are sometimes not accepted or seen as rights holders, but rather as subject to the good will of adults, who may not act in the best interest*

244 UN Common Approach to Justice for Children, maart 2008, p. 4.

245 UN High Commissioner for Human Rights 2013, par. 4.

246 UN High Commissioner for Human Rights 2013, par. 5.

247 General Comment No. 5 (UNCRC), par. 24.

of the child".²⁴⁸ In het rapport wordt genoemd dat kinderen waar mogelijk direct gehoord moeten worden en dat procedures kindvriendelijk moeten worden ingericht om een effectieve toegang tot het recht voor kinderen te waarborgen, maar wordt geen standpunt ingenomen over de vraag of kinderen procesbekwaam zouden moeten zijn en zelf procedures zouden moeten kunnen starten. Wel benadrukt de High Commissioner het standpunt van het VN-Kinderrechtencomité dat kinderen van elke leeftijd, onafhankelijk van een leeftijdsgrens, in staat zijn om hun mening te vormen, ook als zij nog niet in staat zijn om deze mening verbaal weer te geven.

2.5.3 Het IVRK en participatierechten

Op 20 november 1989 is het VN-Kinderrechtenverdrag door de Algemene Vergadering van de Verenigde Naties aangenomen en dit heeft sindsdien een belangrijke omslag in het denken tot gevolg gehad.²⁴⁹ Het IVRK biedt een juridisch bindend kader voor Nederland en is van grote invloed op de juridische positie van kinderen, wat onder meer is terug te zien in rechterlijke uitspraken.²⁵⁰

Het IVRK heeft als belangrijk uitgangspunt dat kinderen zelfstandig rechtssubject zijn en moeten worden gezien als *'rights holders'* en dit uitgangspunt is, ook gezien de bijna universele ratificatie van het verdrag, breed omarmd.²⁵¹ Niet alleen artikel 12 IVRK, waarin het recht van elk kind om te worden gehoord is vastgelegd, onderstreept dit uitgangspunt. Ook artikel 5 IVRK benadrukt dat kinderen als zelfstandig rechtssubject hun eigen rechten uitoefenen en daarbij, met inachtneming van de zich ontwikkelende vermogens van het kind, door ouders, verzorgers of andere wettelijke vertegenwoordigers moeten worden geleid en begeleid. Artikel 3 IVRK, waarin is bepaald dat bij alle maatregelen die kinderen betreffen de belangen van het kind voorop moeten staan, benadrukt het belang van kinderen om hun stem te laten horen. Artikel 3 en 12 IVRK zijn complementair: de eerste bepaling doelt op het realiseren van de belangen van het kind, en de tweede bepaling biedt de methode om dit te verwezenlijken, namelijk door het horen van kinderen en het hechten van een passend belang aan deze mening. Als de vereisten uit artikel 12 IVRK niet worden nageleefd, kan artikel 3 IVRK niet voldoende worden geëffectueerd, zo geeft het VN-Kinderrechtencomité aan.²⁵²

248 UN High Commissioner for Human Rights 2013, par. 16. Zie voor een uitgebreid landenoverzicht het onderzoek van CRIN 2016.

249 Voor Nederland is het verdrag op 8 maart 1995 in werking getreden, zie: *Trb.* 1995, 92. Het verdrag is inmiddels, op de Verenigde Staten na, door alle landen ter wereld geratificeerd.

250 Limbeek & Bruning 2015, p. 89-105 (chapter 6).

251 Liefwaard & Bruning 2017, p. 177.

252 General Comment No. 14 (UNCRC), par 43.

In het IVRK worden procedurele rechten van het kind erkend. Zo is in artikel 12 lid 2 IVRK bepaald dat kinderen in de gelegenheid worden gesteld te worden gehoord in iedere gerechtelijke en bestuurlijke procedure die het kind betreft. Er is echter geen bepaling opgenomen waarin het fundamentele recht op een effectief rechtsmiddel wordt erkend. Het VN-Kinderrechtencomité onderstreept dat artikel 12 IVRK uitdraagt dat kinderen zelfstandige rechten hebben, zoals het recht om gehoord te worden, omdat zij in staat zijn om zelf invloed uit te oefenen op hun leven door middel van hun rechten, en niet omdat zij kwetsbaar zijn of afhankelijk van hun ouders.²⁵³ Artikel 12 IVRK omvat een van de belangrijke fundamentele waarden van het Verdrag en wordt door het VN-Kinderrechtencomité gezien als een van de vier pijlers van het IVRK, ook wel het 'participatie-artikel' van het IVRK genoemd.

2.5.3.1 Artikel 12 IVRK

Zoals reeds beschreven, wordt het kind in het IVRK erkend als een rechts-subject aan wie rechten toekomt en die in de gelegenheid moet worden gesteld om in alle aangelegenheden die hem betreffen, deze zelfstandig te kunnen uitoefenen. Deze erkenning is terug te vinden in artikel 12 IVRK. In het eerste lid van deze bepaling is opgenomen dat verdragsstaten dienen te verzekeren dat het kind dat in staat is zijn eigen mening te vormen, het recht heeft die mening vrijelijk te uiten in alle aangelegenheden die het kind betreffen, waarbij aan de mening van het kind een passend belang wordt gehecht in overeenstemming met zijn of haar leeftijd en rijpheid.

Het VN-Kinderrechtencomité vond deze bepaling dusdanig waardevol dat dit artikel wordt aangemerkt als één van de vier kernbeginselen (*general principles*) van het IVRK.²⁵⁴ Dit houdt in dat artikel 12 IVRK bij de implementatie van (andere) kinderrechten altijd in acht moet worden genomen. In 2006 heeft het VN-Kinderrechtencomité een 'algemene bespreking' georganiseerd over de betekenis en het belang van artikel 12 IVRK tijdens de jaarlijkse discussiedag.²⁵⁵ Tijdens deze bespreking is onder meer besloten om een algemeen commentaar (*General Comment*) te ontwikkelen, waarin het VN-Kinderrechtencomité haar interpretatie van artikel 12 IVRK nader uiteenzet.²⁵⁶ Dit commentaar is in 2009 gepubliceerd en geeft een juridische analyse en nadere richtlijnen voor de implementatie van artikel 12 IVRK, waarbij onder meer uitgebreid wordt ingegaan op de vraag hoe passend belang moet worden gehecht aan de mening van het kind.

Het VN-Kinderrechtencomité heeft in haar commentaar bepaald dat in artikel 12 IVRK het woord 'verzekeren' ("De Staten die partij zijn, verzekeren ...") een verplichting inhoudt voor verdragsstaten om te waarbor-

253 General Comment No. 12 (UNCRC), par. 18.

254 General Comment No. 5 (UNCRC), par. 12.

255 Committee on the Rights of the Child 2006; General Comment No. 12 (UNCRC), par. 5.

256 Committee on the Rights of the Child 2006, par. 56. Zie ook de toelichting op General Comment No. 12 van Lansdown 2011.

gen dat dit recht ook daadwerkelijk wordt gerealiseerd.²⁵⁷ Deze verplichting bestaat volgens het Comité uit twee elementen: verdragsstaten moeten enerzijds verzekeren dat het kind in de gelegenheid wordt gesteld om zijn mening kenbaar te maken en anderzijds moeten zij waarborgen dat aan deze mening een passend belang wordt gehecht.²⁵⁸ Om aan deze verplichting te kunnen voldoen, dienen verdragsstaten passende maatregelen te nemen.²⁵⁹ Onder passende maatregelen zouden maatregelen kunnen worden verstaan die procedures toegankelijk voor kinderen maken. Dit kan bijvoorbeeld inhouden dat bijzondere aandacht moet uitgaan naar het verstrekken van kindvriendelijke informatie, het bieden van ondersteuning en de inzet van speciaal opgeleid personeel. Ook is het volgens het Comité van belang dat aandacht wordt besteed aan de inrichting van bijvoorbeeld zittingsruimte en de kleding van rechters en advocaten.²⁶⁰

Het eerste lid van artikel 12 IVRK luidt als volgt:

“De staten die partij zijn, verzekeren het kind dat in staat is zijn of haar eigen mening te vormen, het recht die mening vrijelijk te uiten in alle gelegenheden die het kind betreffen, waarbij aan de mening van het kind passend belang wordt gehecht in overeenstemming met zijn of haar leeftijd en rijpheid.”

Deze bepaling omvat een drietal onderdelen. Het is allereerst belangrijk dat zij goed worden geïnformeerd over dit recht, om zodoende vervolgens een keuze te kunnen maken tussen gehoord willen worden of niet. Kinderen moeten niet alleen geïnformeerd worden over dit recht, maar ook over de beslissing die genomen moet worden, de mogelijke uitkomsten van de beslissing en de context waarin en de wijze waarop het kind gehoord wordt.²⁶¹ Ook in het algemene commentaar van het VN-Kinderrechtencomité over artikel 3 IVRK (“bij alle maatregelen die kinderen betreffen vormen de belangen van het kind de eerste overweging”) wordt het recht op informatie van kinderen benadrukt; kinderen moeten op geschikte wijze worden geïnformeerd en er moeten noodzakelijke condities worden gecreëerd voor kinderen om hun visie en mening te delen en gegarandeerd moet worden dat hieraan passend belang wordt gehecht.²⁶²

Het tweede onderdeel van deze bepaling betreft het uitgangspunt dat kinderen in elke aangelegenheid die het kind betreft, moeten worden gehoord als ze in staat zijn hun eigen mening te vormen. Kinderen hebben het recht, en niet de plicht, om hun stem te laten horen. Zij hebben de keuze om al dan niet gehoord te worden en hebben het recht om hun mening vrijelijk te uiten.

257 Blaak e.a. 2012, p. 232.

258 General Comment No. 12 (UNCRC), par. 19.

259 General Comment No. 12 (UNCRC), par. 19.

260 General Comment No. 12 (UNCRC), par. 34, 35.

261 General Comment No. 12 (UNCRC), par. 25.

262 General Comment No. 14 (UNCRC), par. 15(g).

Dit houdt in dat zij zonder enige druk van anderen moeten kunnen kiezen of ze van dit recht gebruik willen maken en dat zij hun eigen mening, en niet die van anderen, kenbaar maken zonder enige manipulatie of onwenselijke invloed van anderen.²⁶³

In artikel 12 IVRK is geen leeftijdsgrens opgenomen. Het VN-Kinderrechtencomité is namelijk van mening dat alle verdragsstaten ervan uit moeten gaan dat een kind bekwaam is om zijn eigen mening te vormen en te erkennen en dat hij het recht heeft deze uit te dragen.²⁶⁴ Volgens het VN-Kinderrechtencomité is het hoorrecht niet afhankelijk van een leeftijdsgrens en zijn alle minderjarigen – ongeacht hun leeftijd – in staat om een mening te vormen en hebben alle minderjarigen het recht – om ongeacht hun leeftijd – gebruik te maken van het hoorrecht.²⁶⁵ De biologische leeftijd is volgens het Comité niet bepalend in de beoordeling van de capaciteiten van de minderjarige om gehoord te worden.²⁶⁶ Het Comité benoemt hierbij dat onderzoek uitwijst dat zelfs hele jonge kinderen die nog niet in staat zijn om zich verbaal uit te drukken, in staat zijn om een mening of opvatting te hebben. Daarom zijn ook niet-verbale communicatievormen nodig om de stem van jonge kinderen te horen. Het Comité wijst er op dat onderzoek heeft aange-toond dat veel andere factoren, zoals leefomgeving en ervaringen, bijdragen aan de ontwikkeling van de bekwaamheid van een kind om een mening te vormen.²⁶⁷ Benadrukt wordt dan ook dat leeftijd nooit als strikte grens gehanteerd mag worden om een minderjarige uit te sluiten van het hoorrecht.²⁶⁸ De ‘bekwaamheid van de minderjarige’ (het ‘*capability*’ criterium) impliceert volgens het VN-Kinderrechtencomité juist een verplichting voor de verdragsstaten om deze te beoordelen en om een zo autonoom mogelijk oordeel hierover te geven.²⁶⁹ Het IVRK vraagt om een individuele beoordeling van de capaciteiten van een kind, zo wordt benadrukt.²⁷⁰ Het is niet noodzakelijk dat het kind een duidelijk begrip heeft van een zaak waarover wordt beslist; het gaat er om dat het kind zijn of haar mening over de zaak kan vormen; in beginsel kan elk kind dit, ook hele jonge kinderen die hun mening nog niet verbaal kunnen uiten.²⁷¹

Het VN-Kinderrechtencomité benadrukt dat de frase ‘kinderen die in staat zijn om hun mening te vormen’ niet moet worden gezien als beperking, maar juist als een verplichting voor verdragsstaten om de oordeels-

263 General Comment No. 12 (UNCRC), par. 22.

264 General Comment No. 12 (UNCRC), par. 20. Zie ook General Comment No. 14 (UNCRC), par. 54.

265 General Comment No. 12 (UNCRC), par. 20-21; zie ook Van Leeuwen, *FJR* 2017/56, p. 263.

266 General Comment No. 12 (UNCRC), par. 29.

267 General Comment No. 12 (UNCRC), par. 29.

268 Committee on the Rights of the Child 2006, par. 51 jo. General Comment No. 12 (UNCRC), par. 20.

269 General Comment No. 12 (UNCRC), par. 20.

270 General Comment No. 12 (UNCRC), par. 52.

271 Lansdown 2011, p. 20.

bekwaamheid van een kind te beoordelen waarbij een zo ruimhartig mogelijke benadering wordt voorgestaan. Het uitgangspunt moet zijn dat elk kind de capaciteit heeft om zijn of haar mening te vormen en de bewijslast ligt niet bij het kind, maar bij de verdragsstaat om aan te tonen dat dit niet zo is. Het Comité maakt echter niet duidelijk wat precies verstaan moet worden onder het ‘*capability*’ criterium om gehoord te worden en of het bij de beoordeling hiervan relevant is om wat voor soort zaak en beslissing het gaat.²⁷²

Het derde onderdeel van deze bepaling betreft de verplichting aan iedereen die het kind hoort, om aan de mening van dat kind passend belang te hechten in overeenstemming met zijn of haar leeftijd en rijpheid. Het is niet voldoende om naar het kind te luisteren; de stem van het kind moet vervolgens worden meegewogen in de beslissing. Bij het afwegen welk belang aan de mening van het kind moet worden gehecht, moet aldus worden beoordeeld wat de relevantie is van die mening. Daarbij mag de leeftijd van een kind niet enkel leidend zijn. Het Comité benadrukt dat de mate waarin kinderen de gevolgen van een beslissing kunnen overzien niet slechts gekoppeld is aan hun biologische leeftijd; onderzoek heeft uitgewezen dat veel andere aspecten, zoals informatie, ervaring, omgeving en mate van ondersteuning, ook bijdragen aan de oordeelsbekwaamheid van een kind.²⁷³ De rijpheid van een kind²⁷⁴ moet op individuele basis worden beoordeeld.

Of en hoe passend belang wordt gehecht aan de mening van het kind, met andere woorden of en zo ja in welke mate de stem van het kind invloed heeft gehad op de beslissing, moet transparant worden gemaakt. Dat betekent dat het kind over de uitkomst van het beslissingsproces en het gewicht van de stem van het kind moet worden geïnformeerd.²⁷⁵ Deze verplichting tot terugkoppeling is een garantie dat het horen van de stem van het kind niet louter als formaliteit wordt gezien, maar dat de stem van het kind ook serieus wordt genomen. Naar aanleiding van deze informatie kan een kind besluiten om op te komen tegen een beslissing, bijvoorbeeld door een klacht in te dienen of bezwaar aan te tekenen. Beslissers moeten derhalve niet alleen de mening van het kind horen, maar vervolgens ook motiveren of en zo ja, in hoeverre deze mening op de beslissing van invloed is geweest.

In het tweede lid van artikel 12 IVRK wordt het recht van elk kind om gehoord te worden, nader gespecificeerd:

272 Mol, *International Journal of Children's Rights* 2019, p. 85.

273 General Comment No. 12 (UNCRC), par. 29.

274 “Maturity refers to the ability to understand and assess the implications of a particular matter (...) it is the capacity of the child to express her or his views on issues in a reasonable and independent manner”; General Comment No. 12 (UNCRC), par. 30.

275 General Comment No. 12 (UNCRC), par. 45; zie ook General Comment No. 14 (UNCRC), par. 97.

“Hiertoe wordt het kind met name in de gelegenheid gesteld te worden gehoord in iedere gerechtelijke en bestuurlijke procedure die het kind betreft, hetzij rechtstreeks, hetzij door tussenkomst van een vertegenwoordiger of een daarvoor geschikte instelling op een wijze die verenigbaar is met de procedureregels van het nationale recht.”

Het VN-Kinderrechtencomité geeft aan dat een kind zelf moet kunnen kiezen hoe het gehoord wil worden, direct (horen door de rechter) of indirect (via bijvoorbeeld een gedragsdeskundige). Het Comité heeft wel een duidelijke voorkeur: in het algemeen commentaar benadrukt het dat indien mogelijk, het kind altijd in de gelegenheid moet worden gesteld om zijn mening direct (“hetzij rechtstreeks”) kenbaar te maken.²⁷⁶ Indien de minderjarige zijn mening indirect (“hetzij door tussenkomst (...)”) kenbaar wil maken, kan dit via een vertegenwoordiger of een daarvoor bevoegde instantie.²⁷⁷ Onder vertegenwoordiger kan bijvoorbeeld één van de ouders, een advocaat of een maatschappelijk werker worden verstaan.²⁷⁸ Daarbij benadrukt het Comité dat er in veel zaken een risico bestaat op een conflict van belangen tussen het kind en de meest voor de hand liggende vertegenwoordiger, de ouder(s). Artikel 12 IVRK noch het Comité gaat in op de vraag welke vormen van vertegenwoordiging in procedures voor kinderen beschikbaar zouden moeten zijn.²⁷⁹

Als een kind indirect via een vertegenwoordiger wordt gehoord, is het van het grootste belang dat de mening van het kind op juiste wijze wordt overgebracht aan de beslissers. Het Comité geeft aan dat de vertegenwoordiger van een kind slechts de belangen van het kind, en niet ook van anderen zoals ouders of betrokken organisaties, moet behartigen en dat professionele standaarden moeten worden ontwikkeld voor deze vertegenwoordigers.²⁸⁰

Parkes geeft aan dat het VN-Kinderrechtencomité dan wel duidelijk maakt dat kinderen zelf zouden moeten beslissen of zij direct of indirect gehoord willen worden, maar tegelijk weinig duidelijkheid biedt over de vraag wat de meest effectieve wijze is om kinderen in familierechtprocedures hun mening te laten horen.²⁸¹ Zij concludeert dat het Comité onduidelijk is over de vraag wie het kind het beste kan vertegenwoordigen als deze indirect gehoord wil worden en welke rol een vertegenwoordiger van het kind bij het uitvoeren van deze taak zou moeten hebben. Met andere woorden: wat wordt in artikel 12 IVRK nu precies bedoeld met een ‘geschikte instelling’?²⁸² Als kinderen indirect worden gehoord via een *guardian ad litem* of andere belangenbehartiger, dan zou het volgens haar een verplichting moeten zijn om niet alleen de belangen van het kind, maar ook de eigen mening van het kind te presenteren aan de rechter. Ook bespreekt zij het zogenaam-

276 General Comment No. 12 (UNCRC), par. 35.

277 General Comment No. 12 (UNCRC), par. 35.

278 General Comment No. 12 (UNCRC), par. 36.

279 Mol, *International Journal of Children's Rights* 2019, p. 70, 74.

280 General Comment No. 12 (UNCRC), par. 37.

281 Parkes 2013, p. 120.

282 Parkes 2013, p. 255.

de 'tandem-model', waarin een kind zowel een bijzondere curator (die zijn of haar belangen vertegenwoordigt) als een advocaat (die de instructies van het kind opvolgt) krijgt toegewezen. Volgens Leviner is juridische bijstand voor kinderen zowel volgens het VN-Kinderrechtencomité als de Raad van Europa een essentieel element van het recht van kinderen om gehoord te worden.²⁸³

Schuz is van mening dat kinderen beter direct door de rechter zelf gehoord kunnen worden en dat het voor het effectief kunnen participeren niet voldoende is dat de mening van het kind wordt 'vertaald' door de professional die het kind ter zitting vertegenwoordigt. Het kind moet het gevoel hebben dat het direct wordt betrokken in een procedure waarbij het kind toegang heeft tot de beslisser.²⁸⁴ Hierbij verwijst Schuz naar een onderzoek dat suggereert dat de ervaring van de minderjarige om gehoord te worden zeer belangrijk, zo niet belangrijker is dan de beslissing zelf. Minderjarigen zouden een "nadelige" uitspraak beter kunnen verwerken, wanneer zij het idee hebben dat hun stem is gehoord.²⁸⁵

Ook in het algemeen commentaar bij artikel 3 IVRK wordt ingegaan op de wijze waarop kinderen zouden moeten participeren in gerechtelijke procedures. Het VN-Kinderrechtencomité merkt daarbij op dat kinderen in civiele zaken direct of indirect via een vertegenwoordiger voor hun belangen zouden moeten opkomen, zoals bijvoorbeeld in zaken over afstamming, kindermishandeling, gezinshereniging en verblijfplaats. Daarbij noemt het Comité dat "*a child may be affected by the trial, for example in procedures concerning adoption or divorce, decisions regarding custody, residence, contact or other issues which have an important impact on the life and development of the child, as well as child abuse or neglect proceedings*".²⁸⁶ Daarom moeten de belangen van het kind in dergelijke zaken altijd serieus worden genomen. In het algemeen commentaar wordt tevens een speciaal onderdeel gewijd aan procedurele waarborgen om de implementatie te garanderen van het recht van kinderen om hun belangen de eerste overweging te laten vormen.²⁸⁷ De belangen van het kind moeten in elke procedure die kinderen betreffen, als procedureel recht worden meegenomen, waarbij kindvriendelijke waarborgen moeten worden geïntroduceerd. Ten aanzien van juridische bijstand wordt genoemd dat "*the child will need appropriate legal representation when his or her best interests are to be formally assessed and determined by courts and equivalent bodies. In particular, in cases where a child is referred to an administrative or judicial procedure involving the determination of his or her best interests, he or she should be provided with a legal representative, in addition to a guardian or representative of his or her views,*

283 Leviner, *International Journal of Children's Rights* 2018, p. 140.

284 Schuz 2013, p. 381.

285 Schuz 2013, p. 383.

286 General Comment No. 14 (UNCRC), par. 29.

287 General Comment No. 14 (UNCRC), deel V onder B.

when there is a potential conflict between the parties in the decision".²⁸⁸ Het lijkt alsof het Kinderrechtencomité hier duidelijker stelling neemt ten aanzien van de vraag of kinderen recht hebben op juridische bijstand in procedures. Hoewel niet met zoveel woorden wordt genoemd dat kinderen recht hebben op juridische bijstand, wordt wel benadrukt dat kinderen passende juridische bijstand nodig hebben als hun belangen in procedures in kaart worden gebracht. Bij potentiële conflicten zou een kind zelfs zowel juridische ondersteuning als andere ondersteuning (via ouders of bijzondere curator) nodig hebben om de belangen van het kind voldoende voor het daglicht te brengen. In par. 90 van het algemeen commentaar noemt het Comité: *"Where the child wishes to express his or her views and where this right is fulfilled through a representative, the latter's obligation is to communicate accurately the views of the child. In situations where the child's views are in conflict with those of his or her representative, a procedure should be established to allow the child to approach an authority to establish a separate representation for the child (e.g. a guardian ad litem), if necessary"*.²⁸⁹ Dit onderstreept de noodzaak dat de eigen mening van kinderen wordt weergegeven door ondersteuners (doorgaans ouders, maar bij conflicten met ouders derden) van het kind in de procedure.

Het Kinderrechtencomité besteedt ook aandacht aan de verplichting voor verdragsstaten om een mogelijkheid tot bezwaar of beroep te bieden voor kinderen als een beslissing niet in lijn lijkt met de belangen van het kind. *"There should always be the possibility to request a review or to appeal such a decision at the national level. Mechanisms should be made known to the child and be accessible by him or her directly or by his or her legal representative (...)"*.²⁹⁰ Het Comité spreekt zich derhalve niet uit over een recht van elk kind om zelfstandig in hoger beroep te gaan of bezwaar aan te tekenen, maar onderstreept wel het belang van het opnieuw kunnen laten beoordelen van de belangen van het kind en de invloed daarvan op de beslissing.

De leeftijd en rijpheid van het kind ('capacity' criterium)

Volgens artikel 12 lid 1 IVRK dient aan de mening van het kind een passend belang te worden gehecht in overeenstemming met de leeftijd en rijpheid van het kind. Het Comité is duidelijk dat leeftijd alleen niet bepalend mag zijn, maar dat naar de individuele kenmerken van elk kind moet worden gekeken om te beslissen over de 'rijpheid' van het kind, wat volgens artikel 12 lid 1 IVRK bepalend is voor de vraag hoeveel belang er aan de mening van het kind moet worden gehecht.

In de kinderrechtenliteratuur bestaat er kritiek op wat wordt genoemd de vage terminologie van het VN-Kinderrechtencomité ten aanzien van het criterium dat er 'passend belang' moet worden gehecht aan de mening van het kind (*'due weight'*). Het Comité verwijst hierbij naar de *'capacity'* van het

288 General Comment No. 14 (UNCRC), par. 96.

289 General Comment No. 14 (UNCRC), par. 90.

290 General Comment No. 14 (UNCRC), par. 98.

kind; ook wordt verwezen naar de mate van 'rijpheid' en 'begrip'. Omdat artikel 12 IVRK bij het 'hechten van passend belang aan de mening van het kind' verwijst naar de leeftijd en rijpheid van het kind, is het volgens Daly niet onbegrijpelijk dat het Comité bij het nader invulling geven van 'passend belang' veel waarde hecht aan 'competentie' en 'capaciteit'. Daly bepleit dat het Comité echter met deze vage bewoordingen en terminologie geen houvast biedt en zodoende deze begrippen op verschillende manieren ingevuld kunnen worden door volwassenen.²⁹¹ Artikel 12 IVRK leidt volgens haar derhalve tot een "*timid, vague and limited status for children in proceedings*" en dat de positie van kinderen door de toepassing van de begrippen 'competentie' en 'capaciteit' juist wordt ontkracht.²⁹² Zij geeft aan dat verdragsstaten geen duidelijke juridische definities hebben geïntroduceerd van 'competentie' en 'capaciteit', begrippen die vaak zijn verbonden met 'rijpheid' en 'begrip'. In de rechtspraak blijkt volgens Daly dat aan deze begrippen op onduidelijke en wisselende wijze invulling wordt gegeven, waarbij vaak doorslaggevend is in hoeverre de mening van kinderen aansluit op die van de rechter. Is dat het geval, dat wordt aan deze mening passend belang gehecht, maar als de mening van het kind een andere is dan die van de rechter, dan kan deze mening eenvoudigweg aan de kant worden geschoven omdat het kind niet 'competent' zou zijn of de benodigde 'capaciteit' niet zou hebben en derhalve hun mening niet in hun belang zou zijn. Ook wordt daarbij door rechters vaak genoemd dat kinderen door ouders gebruikt en gemanipuleerd zouden worden en dat hun mening slechts die van (één van) de ouders is. Juist in procedures waarin wordt beslist over wat in het belang van het kind is, zoals familie- en kinderschermingszaken, is het recht van het kind om gehoord te worden volgens Daly onvoldoende geïmplementeerd; kinderen worden uitgesloten van dergelijke procedures en hun stem wordt niet gehoord met het argument dat dit niet 'in hun belang' zou zijn.²⁹³

Ook Tisdall spreekt haar zorgen uit over de impact van het gebruik van de begrippen 'competentie' en 'capaciteit' op de participatie van kinderen in procedures.²⁹⁴ Zij beschrijft hoe deze begrippen veelvuldig voorkomen in literatuur over minderjarigheid en kinderrechten, terwijl er op verschillende wijze invulling aan wordt gegeven en de begrippen ook regelmatig zonder nadere definitie worden gebruikt. 'Competentie' wordt volgens haar situationeel bepaald en wordt ontwikkeld en bepaald door context en relaties; het zou geen vaststaande eigenschap zijn, zoals dit vaak wel wordt gezien.²⁹⁵ Tisdall geeft aan dat door de bewoordingen van artikel 12 IVRK en de interpretatie daarvan door het VN-Kinderrechtencomité in het General Comment nr. 12 sommige kinderen die niet volwassen (*'mature'*) genoeg

291 Daly, *International Journal of Children's Rights* 2018, p. 69.

292 Daly 2018, p. 399, 412.

293 Daly 2018, p. 393.

294 Tisdall, *International Journal of Children's Rights* 2018, p. 159-182.

295 Tisdall, *International Journal of Children's Rights* 2018 p. 164-165.

zijn, worden uitgesloten om hun recht uit artikel 12 IVRK te realiseren.²⁹⁶ Zij toont ook aan dat er in de rechtspraak sprake is van een ‘*competence bias*’ omdat het uitgangspunt wordt gehanteerd dat de mening van kinderen rationeel, autonoom en stabiel moet zijn, waarbij ‘*the view is largely individualistic and essentialist, rather than situational and contextual*’.²⁹⁷ Er zijn aantoonbare onderzoeksresultaten waaruit blijkt dat competentie situationeel en relationeel is, maar deze bevinding wordt genegeerd in General Comment nr. 2 en in de nationale rechtspraak, aldus Tisdall.²⁹⁸ Zo blijkt bijvoorbeeld uit rechterlijke beslissingen in Schotland, waar de mening van kinderen volgens de Children Act 1995 bijvoorbeeld moet worden meegewogen in beslissingen over een (echt)scheiding van ouders, dat de mening van het kind pas serieus wordt genomen als die niet verandert, niet onnodig door anderen is beïnvloed en als het kind niet zeer emotioneel of zenuwachtig is.²⁹⁹ Dit betekent dat in plaats van het erkennen van een relationele dimensie en emoties juist de rationaliteit voorop wordt gesteld bij het serieus nemen van de mening van een kind.

De begrippen ‘competentie’ en ‘capaciteit’ houden volgens Daly een hoge standaard in, hoger dan bij volwassenen, en kinderen worden door rechters niet snel als ‘competent’ beschouwd, zo blijkt uit haar onderzoek.³⁰⁰ Daly vergelijkt dit met de rechten van volwassenen met beperkingen, voor wie – mede vanuit internationale documenten – de focus niet langer ligt op ‘competentie’ en ‘capaciteit’, maar op autonomie en gelijkheid. In plaats van het nemen van beslissingen voor deze kwetsbare volwassenen, is het doel nu om inspanningen te verrichten om hen zelf – met ondersteuning – beslissingen te laten nemen en hun wensen te respecteren. Ook geeft Daly aan dat de begrippen ‘competentie’ en ‘capaciteit’ inmiddels in het gezondheidsrecht worden bediscussieerd. Daly pleit voor het loslaten in juridische procedures van de begrippen ‘rijpheid’ en ‘competentie’ voor het bepalen van het belang dat aan de mening van een kind wordt gehecht. Zij wil een andere invulling van deze bepaling in juridische procedures, te weten een ‘*children’s autonomy*’ principe, dat inhoudt dat kinderen die dat wensen de wijze van hun participatie in procedures mogen kiezen en ook de uitkomst van een procedure mogen bepalen, tenzij het waarschijnlijk is dat dit voor hen ernstige schade oplevert.³⁰¹ Kinderen hebben hierbij ‘*autonomy support*’ nodig:

296 Tisdall, *International Journal of Children’s Rights* 2018, p. 165.

297 Tisdall, *International Journal of Children’s Rights* 2018, p. 174.

298 Tisdall, *International Journal of Children’s Rights* 2018, p. 176.

299 Tisdall 2015, p. 191.

300 Daly 2018, hfst. 6, p. 350 e.v.

301 Daly, *International Journal of Children’s Rights* 2018, p. 83-84. Zie ook Daly 2018, p. 379: zij stelt hierbij een leeftijdsgrens van zeven jaar waarbij het voor jongere kinderen ook mogelijk moet zijn om hier een beroep op te doen. Zij beargumenteert dat zeven jaar een belangrijke mijlpaal is in de ontwikkeling van kinderen; daarom zou hun stem vanaf dat moment altijd serieus moeten worden genomen. De leeftijdsgrens voor het horen van kinderen zou volgens haar lager dan zeven jaar moeten liggen, bijv. op vier jaar.

informatie en ondersteuning om hun meningen en beslissingen te vormen over zaken waarin hun belangen in het geding zijn.³⁰² Volgens Daly zou er een nieuw Optioneel Protocol bij het IVRK moeten worden geïntroduceerd waarin onder meer een hogere standaard van autonomie voor kinderen in procedures is uitgewerkt en ook bijvoorbeeld het recht op zelfstandig hoger beroep voor kinderen, omdat zij artikel 12 IVRK onvoldoende vindt.³⁰³ Tot die tijd zouden rechters artikel 12 IVRK volgens haar op deze wijze moeten interpreteren. Ook Tisdall pleit voor een paradigma-verschuiving waarbij kwetsbare personen worden ondersteund vanuit een perspectief van autonomie zonder dat capaciteit wordt beoordeeld en zonder dat er een ‘*competence bias*’ voor kinderen bij het realiseren van het recht om gehoord te worden, bestaat.³⁰⁴

Stalford en Hollingsworth wijzen bij het uitwerken van autonomie van kinderen op het verschil tussen de twee verschillende interne aspecten van autonomie: de capaciteit tot autonoom handelen van kinderen en de authenticiteit van de mening van het kind (dat wil zeggen: is de mening van het kind in overeenstemming met de diepere waarden van een kind en is het kind vrijwillig tot deze mening gekomen?).³⁰⁵ Een kind is doorgaans capabel om zijn mening te formuleren, maar kan daarbij soms zodanig beïnvloed zijn dat geen sprake is van authenticiteit. Ook wijzen zij er op dat het concept ‘autonomie’ op grond van theoretische ontwikkelingen zou moeten worden benaderd vanuit de relationele theorie: keuzes die worden gemaakt, houden rekening met de belangen van anderen en het feit dat kinderen ondersteuning van volwassenen nodig hebben bij het maken van keuzes en het nemen van beslissingen, betekent niet dat deze niet-autonoom zijn.³⁰⁶ Het feit dat een kind door anderen wordt beïnvloed door relaties, normen en structuren is dan ook geen reden om uit te gaan van het ontbreken van autonomie. Het IVRK is volgens hen wellicht te veel op de eigen mening van het kind gericht zonder rekening te houden met het feit dat die mening door anderen kan zijn beïnvloed.³⁰⁷

2.5.3.2 *Andere relevante artikelen uit het IVRK*

Het recht om gehoord te worden is sterk verbonden met de andere verdragsartikelen. Artikel 12 IVRK moet in samenhang worden gezien met de andere kernbeginselen van het IVRK, te weten het non-discriminatie beginsel (art. 2 IVRK), het principe dat het belang van het kind de eerste overweging vormt (art. 3 IVRK) en het recht op leven en ontwikkeling (art. 6 IVRK).³⁰⁸

302 Daly, *International Journal of Children's Rights* 2018, p. 85.

303 Daly 2018, p. 436-437.

304 Tisdall, *International Journal of Children's Rights* 2018, p. 177.

305 Hollingsworth & Stalford 2017, p. 72.

306 Hollingsworth & Stalford 2017, p. 73-75.

307 Hollingsworth & Stalford 2017, p. 75.

308 General Comment No. 12 (UNCRC), par. 2 en 68.

In artikel 2 IVRK is bepaald dat verdragsstaten verplicht zijn kinderen te beschermen tegen elke vorm van discriminatie. Het Comité benadrukt dat verdragsstaten passende maatregelen moeten nemen ten einde te waarborgen dat kinderen hun mening kenbaar kunnen maken zonder dat zij gediscrimineerd worden op grond van onder meer ras, huidskleur, geslacht.³⁰⁹

In artikel 3 IVRK is bepaald dat het belang van het kind in alle aangelegenheden een eerste overweging dient te zijn. Dit basisprincipe van 'het belang van kind' kan niet worden gerealiseerd zonder dat de mening van de minderjarige bekend is.³¹⁰ Door het kind te horen, wordt het in staat gesteld om zijn belangen kenbaar te maken en wordt dus ook beter inzichtelijk gemaakt wat in zijn beste belang zou kunnen zijn. Het VN-Kinderrechtencomité heeft in het algemeen commentaar over artikel 3 IVRK onderstreept dat vertegenwoordigers van het kind de verplichting hebben om op juiste wijze de zienswijze van het kind over te brengen. Bij een conflict van belangen tussen het kind en de vertegenwoordiger moet een procedure beschikbaar zijn waarmee het kind kan verzoeken om onafhankelijke vertegenwoordiging, zoals door een bijzondere curator, als dat noodzakelijk is.³¹¹ Zoals eerder is genoemd, wordt in het algemeen commentaar tevens aangegeven dat een kind geschikte juridische vertegenwoordiging nodig heeft als zijn of haar belangen in een gerechtelijke procedure moeten worden vastgesteld en gewogen. *"In particular, in cases where a child is referred to an administrative or judicial procedure involving the determination of his or her best interests, he or she should be provided with a legal representative, in addition to a guardian or representative of his or her views, when there is a potential conflict between the parties in the decision."*³¹²

In de literatuur wordt ten aanzien van het horen van kinderen in familieprocedures gewezen op de neiging van professionals, zoals rechters, om vanuit de gedachte dat de belangen van het kind voorop moeten staan, kinderen juist te beschermen door hen niet te laten participeren in bepaalde juridische procedures. Het kindbeeld dat in het familierecht centraal staat, gaat nog steeds uit van de afhankelijkheid en kwetsbaarheid van kinderen die niet zouden moeten participeren in beslissingen over omgang, contact en verblijfplaats na scheiding van de ouders.³¹³ Vanuit 'het belang van het kind' wordt zo beargumenteerd dat kinderen niet zouden moeten participeren in dergelijke juridische procedures.³¹⁴ Resetar en Emery geven aan dat kinderen in verschillende Europese landen (Engeland, Duitsland, Italië, Zweden en Kroatië) volgens de wet wel het recht hebben om hun stem te laten horen in scheidings- en omgangsprocedures, maar dat dit recht in de praktijk

309 General Comment No. 12 (UNCRC), par. 75.

310 Zie o.m. Krappmann, *International Journal of Children's Rights* 2010, p. 504.

311 General Comment No. 14 (UNCRC), par. 90.

312 General Comment No. 14 (UNCRC), par. 96.

313 Tisdall 2015, p. 189; Stalford & Hollingsworth 2017, p. 38-39.

314 Leviner, *International Journal of Children's Rights* 2018, p. 153.

niet wordt geëffectueerd.³¹⁵ Deze auteurs zien als verklaring dat kinderen zodoende buiten de strijd tussen ouders worden gehouden en zij omarmen dit; kinderen zou niet om hun mening ten aanzien van hun voorkeur voor gezag, omgang en verblijfplaats moeten worden gevraagd in dergelijke procedures op tegenspraak, omdat hen dan ten onrechte verantwoordelijkheid zou worden gegeven voor het nemen van beslissingen die door volwassenen genomen moeten worden. “Such positions seem to reflect a growing emphasis on the importance of the quality of harmony in family relationships over championing the rights of the individual in families”, zo geven zij aan.³¹⁶ Parkes ziet dit anders en waarschuwt juist voor het gevaar dat artikel 3 IVRK wordt gebruikt als legitimatie om kinderen niet te laten participeren in familieprocedures.³¹⁷ Het onderzoek van Parkes toont aan dat juist in familieprocedures vaak gebruik wordt gemaakt van leeftijdsgrenzen voor de participatie van kinderen, terwijl juist ook de ‘rijpheid’ van het kind bepalend zou moeten zijn voor het belang dat aan de mening van het kind wordt gehecht.³¹⁸

Ook in kinderbeschermingsprocedures is het gangbare uitgangspunt onder professionals dat kinderen beschermd moeten worden tegen participatie bij beslissingen in deze context omdat dit in hun belang zou zijn, zo toont Van Bijleveld aan.³¹⁹ Deze benadering past in een ‘welfare discourse’ als pijler van kinderbeschermingsstelsels, dat al decennialang wordt aangehangen.³²⁰

Volgens het laatste kernbeginsel, artikel 6 IVRK, zijn verdragsstaten verplicht de mogelijkheden tot overleven en de ontwikkeling van het kind in de ruimst mogelijke mate te waarborgen. Het Comité benadrukt dat het recht van het kind op participatie een instrument is om de volledige ontwikkeling van de persoonlijkheid en de ontwikkelende vermogens van het kind te stimuleren.³²¹ Daarom is ook de samenhang met artikel 12 IVRK van dusdanig groot belang.

Artikel 12 IVRK is daarnaast nauw verbonden met een aantal andere artikelen – niet zijnde kernbeginselen – uit het Verdrag. Zo wordt in artikel 9 IVRK genoemd dat alle betrokken partijen bij een mogelijke scheiding van het kind met zijn ouder(s) in de gelegenheid moeten worden gesteld om deel te nemen aan de procedure zodat zij hun standpunten naar voren kunnen

315 Resetar & Emery, *Family Court Review* 2008, p. 65-77.

316 Resetar & Emery, *Family Court Review* 2008, p. 74.

317 Parkes 2013, p. 268.

318 Parkes 2013, p. 264.

319 Van Bijleveld, Dedding & Bunders-Aelen, *Child and Family Social Work* 2015, p. 129-138. Zie ook Van Bijleveld 2019.

320 Leviner, *International Journal of Children's Rights* 2018, p. 141.

321 General Comment No. 12 (UNCRC), par. 79.

brengen.³²² Ook de samenhang met artikel 5 IVRK is van groot belang.³²³ Deze bepaling, waarin is vastgelegd dat de Staat de rechten en verantwoordelijkheden van ouders of verzorgers moet eerbiedigen ten aanzien van de begeleiding van het kind bij de uitoefening door het kind van zijn rechten op een wijze die verenigbaar is met de zich ontwikkelende vermogens van het kind, is nauw verbonden met de 'rijpheid van het kind' zoals dit in artikel 12 IVRK wordt genoemd.³²⁴ In artikel 5 IVRK is dus bepaald dat verdragsstaten rekening moeten houden met de zich ontwikkelende vermogens van het kind. Naarmate de minderjarige zich ontwikkelt, wordt hij op grond van artikel 5 IVRK geacht zijn rechten zelfstandiger te kunnen uitoefenen. Volgens het VN-Kinderrechtencomité moet naarmate het kind ouder wordt, er meer gewicht worden toegekend aan zijn mening bij de beoordeling van het belang van het kind. Verdragsstaten zijn dus verplicht om rekening te houden met de ontwikkeling van het kind, zodat per geval beoordeeld kan worden welk gewicht wordt toegekend aan de mening van het kind.³²⁵

2.5.3.3 *Derde Facultatieve Protocol*

Het IVRK voorziet niet in een eigen klachtenprocedure voor minderjarigen en hun vertegenwoordigers. Het ontbreken van een onafhankelijke klachtenprocedure voor minderjarigen en hun vertegenwoordigers werd in de literatuur aangemerkt als een ernstige lacune in het verdrag.³²⁶ Op 14 april 2014 is het derde Facultatieve Protocol inzake een Communicatieprocedure in werking getreden. Met de komst van het derde Facultatieve Protocol kunnen minderjarigen en hun vertegenwoordigers, nadat alle nationale klachtenprocedures zijn doorlopen, zelf een klacht over kinderrechtenschendingen bij het VN-Kinderrechtencomité indienen. Hoewel Nederland dit

322 In art. 9 lid 2 IVRK is bepaald dat in procedures waarin beslist wordt over een mogelijke scheiding van kind en ouders tegen hun wil 'alle betrokken partijen de gelegenheid dienen te krijgen om aan de procedures deel te nemen en hun standpunten naar voren te brengen'. Hoewel velen hieruit een extra sterke procedurele positie van minderjarigen afleiden in zaken waar een uithuisplaatsing speelt, blijkt uit de totstandkomingsgeschiedenis van het IVRK echter niet dat hiermee extra procedurele rechten aan kinderen worden toegekend; zie Sandberg 2019, p. 200-201. Andere voorbeelden waarin wordt verwezen naar artikel 12 IVRK zijn de artikelen 21 (a), 37 (d) en 40 (b) IVRK (zie Krappmann, *International Journal of Children's Rights* 2010, p. 503-504).

323 Parkes 2013, p. 41.

324 Zie hierover uitgebreid Lansdown 2005; zie ook Krappmann, *International Journal of Children's Rights* 2010, p. 505.

325 General Comment No. 14 (UNCRC), par. 44.

326 Phillips, *FJR* 2012/35, par. 2 waarin onder meer wordt verwezen naar S. Meuwese, M. Blaak & M. Kaandorp (red.), *Handboek Internationaal Jeugdrecht. Een toelichting voor rechtspraktijk en jeugdbeleid op het Verdrag inzake de Rechten van het Kind en andere internationale regelgeving over de rechtspositie van minderjarigen*, Nijmegen: Ars Aequi Libri 2005, p. 19; Y. Lee, 'Introduction. Celebrating important milestones for children and their rights', *The International Journal of Children's Rights*, 2010/18, afl. 4, p. 480.

protocol nog niet heeft geratificeerd, kan het Protocol wel worden gezien als een erkenning van het recht van het kind op 'access to justice'.

Belangrijke artikelen uit het derde Facultatieve Protocol zijn de artikelen 13 en 14. In deze artikelen is de onderzoeksprocedure voor ernstige of systematische kinderrechtenschendingen opgenomen. Wanneer het Comité betrouwbare informatie ontvangt over ernstige of systematische kinderrechtenschendingen, zal het Comité een onderzoek verrichten naar deze schendingen, waarbij de betreffende verdragsstaat wordt verzocht medewerking te verlenen. De bevindingen van het onderzoek worden vervolgens gerapporteerd aan het Comité. Nadat de betreffende verdragsstaat op de hoogte is gebracht van de bevindingen, dient de verdragsstaat binnen zes maanden een reactie te geven aan het Comité. Hierbij kan de verdragsstaat verzocht worden om toelichting te geven over eventuele voorzieningen die naar aanleiding van het onderzoek naar de vermeende schendingen zijn getroffen. Het Comité besluit of de bevindingen worden gerapporteerd aan de Algemene Vergadering van de VN.³²⁷ Met betrekking tot deze onderzoeksbevoegdheid van het VN-Kinderrechtencomité is een *opt-out-clausule* opgenomen in het Protocol. Verdragsstaten kunnen ervoor kiezen de onderzoeksbevoegdheid van het Comité niet te erkennen. Wanneer verdragsstaten gebruikmaken van deze *opt-out-clausule* en ze zodoende bovenstaande bevoegdheden van het Comité niet erkennen, omvat het Protocol enkel het individueel klachtrecht.³²⁸

Veldman is van mening dat het Protocol een meerwaarde kan hebben ten opzichte van andere klachtenprocedures bij verdragen die ook voor kinderen zouden openstaan, omdat het Protocol een kindgerichte aanpak kent. Hij benadrukt echter wel dat de meerwaarde van het derde Facultatieve Protocol afhangt van de welwillendheid van staten.³²⁹ Spronk merkt op dat het Protocol er voor kan zorgen dat het VN-Kinderrechtencomité kan bemiddelen in het conflict, waarbij kinderen ondersteund kunnen worden in het opkomen voor hun rechten.³³⁰

Inmiddels hebben vierenveertig landen het derde Facultatieve Protocol geratificeerd en zijn er negenenvijftig klachten ingediend. De meeste klachten zijn niet doorgezet of niet-ontvankelijk verklaard. De klachten die ontvankelijk zijn verklaard en waarover een uitspraak is gedaan, zijn onder meer ingediend door een moeder die namens haar kind klaagt dat de uitzetting van moeder en dochter naar Somalië, waar de dochter een risico zou lopen op vrouwelijke genitale verminking, in strijd zou zijn met het IVRK (onder

327 Phillips, *FJR* 2012/35, par. 3.2.

328 Phillips, *FJR* 2012/35, par. 3.3.

329 Veldman, *JIP* 2015, p. 24.

330 Spronk, *International Journal of Children's Rights* 2014, p. 199.

andere art. 3 en 19 IVRK).³³¹ Een alleenstaande minderjarige vreemdeling heeft een klacht ingediend dat bij het bepalen van zijn leeftijd zijn rechten uit het IVRK zijn geschonden, waaronder artikel 3 en 12 IVRK.³³² Een derde klacht betreft een koppel dat namens een minderjarige die aan hen was toevertrouwd in de context van *kafala* klaagt over de weigering om de minderjarige een humanitair visum te verlenen (onder meer art. 3, 10 en 12 IVRK).³³³

2.5.3.4 De monitoring van het VN-Kinderrechtenverdrag

Verdragsstaten die het VN-Kinderrechtenverdrag hebben geratificeerd, zijn verplicht iedere vijf jaar ten overstaan van het VN-Kinderrechtencomité verantwoording af te leggen over de door hen genomen maatregelen die uitvoering geven aan de in het Verdrag erkende rechten en over de vooruitgang die is geboekt ten aanzien van het genot van die rechten.³³⁴ In reactie hierop schrijft het Comité *Concluding Observations*. Deze aanbevelingen vormen een richtlijn voor verdragsstaten om in de daaropvolgende vijf jaren verder te werken aan een volledige implementatie van het IVRK in hun verdragsstaat.

Artikel 12 IVRK is altijd een centraal thema bij de rapportering van de verdragsstaten aan het VN-Kinderrechtencomité.³³⁵ Het VN-Kinderrechtencomité bespreekt met alle delegaties de wijze van implementatie van artikel 12 IVRK.³³⁶ Nederland heeft sinds de inwerkingtreding van het IVRK in 1995 inmiddels vier keer gerapporteerd aan het Comité. In alle vier de *Concluding Observations* doet het VN-Kinderrechtencomité aanbevelingen ter verbetering van de implementatie van artikel 12 IVRK in Nederland.³³⁷ In de meest recente *Concluding Observations* stelt het VN-Kinderrechtencomité zelfs – ondanks de mogelijkheid in Nederland tot het benoemen van een bijzondere curator in gerechtelijke procedures – zich zorgen te maken over de beperkte mogelijkheden voor kinderen om te participeren bij beslissingen en beleid dat hen aangaat.³³⁸ Het Comité geeft dan ook een aantal aanbevelingen aan Nederland ter verbetering van de implementatie van artikel

331 Committee on the Rights of the Child 25 januari 2018, communication 3/2016 (*I.A.M. namens K.Y.M./Denemarken*), UN Doc CRC/C/77/D/3/2016.

332 Committee on the Rights of the Child 27 september 2018, communication 11/2017 (*N.B.F./Spanje*), UN Doc CRC/C/79/D/11/2017.

333 Committee on the Rights of the Child 27 september 2018, communication 12/2017 (*Y.B. en N.S. namens C.E./België*), UN Doc CRC/C/79/D/12/2017. Zie voor meer over het derde Facultatieve Protocol en commentaren bij de ingediende klachten: Leiden Children's Rights Observatory (online publiek via universiteitleiden.nl/en/law/institute-of-private-law/child-law/leiden-childrens-rights-observatory)

334 Art. 44 lid 1 IVRK.

335 Krappmann, *International Journal of Children's Rights* 2010, p. 511.

336 Zie de richtlijnen van het VN-Kinderrechtencomité met betrekking tot de vorm en inhoud van de periodieke verslagen die worden ingediend door de verdragsstaten; Committee on the Rights of the Child 2015a.

337 Committee on the Rights of the Child 1999; Committee on the Rights of the Child 2004; Committee on the Rights of the Child 2009; Committee on the Rights of the Child 2015b.

338 Committee on the Rights of the Child 2015b, par. 30.

12 IVRK. Daarnaast heeft het VN-Kinderrechtencomité Nederland opgeroepen het derde Facultatieve Protocol te ratificeren. Volgens het Comité zou de erkenning van de juridische status van minderjarigen die de schending van hun rechten zelfstandig willen herstellen, een belangrijke stap zijn in een betere rechtsbescherming van kinderen.³³⁹

2.5.3.5 *Tussenconclusie: IVRK en procedurele positie minderjarigen*

Het IVRK is van grote betekenis voor de positie van kinderen in juridische procedures. Het recht van elk kind om gehoord te worden, waarbij aan zijn mening passend belang wordt gehecht in overeenstemming met zijn leeftijd en rijpheid, betekent als algemeen principe van het IVRK dat kinderen rechtssubjecten zijn en zelf, met ondersteuning van hun ouder(s) of verzorgers, hun rechten kunnen uitoefenen. Dit belangrijke uitgangspunt is als pijler van het IVRK in 1989 geïntroduceerd in artikel 12.

Het VN-Kinderrechtencomité heeft in 2009, dus zo'n twintig jaar later, met General Comment nr. 12 een nadere interpretatie gegeven aan artikel 12 IVRK. Hieruit blijkt onder meer dat het Comité voorstaat dat er geen leeftijdsgrenzen worden gebruikt voor het horen van kinderen in juridische procedures. Elk kind is in beginsel in staat om zijn mening te uiten; voor jonge kinderen is hierbij de hulp van deskundigen nodig om bijvoorbeeld niet-verbale signalen te duiden. Daarbij spreekt het Comité een voorkeur uit voor het direct (door de rechter) in plaats van indirect (via deskundigen) horen van kinderen. Als kinderen indirect gehoord worden via een verklaring van een deskundige, dan zou deze deskundige die de stem van het kind vertegenwoordigt enkel de belangen van het kind moeten behartigen, en niet ook de belangen van anderen moeten meenemen, zo geeft het Comité aan in General Comment nr. 14. Het Comité geeft in dit document ook aan dat kinderen doorgaans door hun ouders of verzorgers worden vertegenwoordigd in procedures; bij een mogelijk conflict van belangen zou de stem van het kind door een andere vertegenwoordiger naar voren moeten worden gebracht.

Volgens het Comité hebben kinderen recht op juridische ondersteuning in procedures bij een mogelijk conflict tussen de belangen van de ouder(s) of verzorger(s) en het kind. Voor vertegenwoordigers van kinderen in juridische procedures zijn professionele standaarden nodig. Elk kind zou volgens het Comité individueel beoordeeld moeten worden, waarbij niet alleen leeftijd, maar ook 'rijpheid' bepalend zou moeten zijn voor de vraag welke waarde aan hun mening zou moeten worden gehecht.

Artikel 12 IVRK en de interpretatie daarvan door het VN-Kinderrechtencomité zijn van belangrijke betekenis geweest om de procespositie van kinderen te verbeteren. Het uitgangspunt dat in beginsel elk kind, al dan niet

339 Committee on the Rights of the Child 2015b, par. 63.

ondersteund en al dan niet direct, recht heeft om gehoord te worden in procedures, heeft wereldwijd tot een verbetering van de positie van kinderen, onder meer in juridische procedures, geleid. Tegelijk blijven deze documenten algemeen en weinig gedetailleerd over de vraag hoe het horen van minderjarigen in de rechtspraktijk invulling moet krijgen, hoe bepaald moet worden welke waarde aan de mening van een kind moet worden gehecht en in hoeverre minderjarigen recht hebben op vertegenwoordiging in procedures door een deskundige in plaats van door ouders of verzorgers. Het IVRK zegt niets over toegang tot het recht voor minderjarigen en een mogelijke eigen rechtsingang om bijvoorbeeld zelfstandig civiele procedures te starten. Ook blijkt in de praktijk, zo wordt in de recente literatuur aangegeven, dat de verwijzing naar de 'rijpheid' van het kind, waarbij vaak wordt verwezen naar begrippen als 'competentie' en 'capaciteit', beperkend kan werken voor de daadwerkelijke participatie van kinderen in procedures omdat rechters geneigd zijn slechts capaciteit aan het kind toe te kennen bij een bepaalde leeftijd of als meningen overeenkomstig die van de rechter zijn. Sommigen bepleiten derhalve om deze begrippen los te laten en uit te gaan van de autonomie van kinderen in procedures, waarbij ondersteuning om deze autonomie te realiseren, noodzakelijk is. Daarbij blijkt uit onderzoek naar de rechtspraktijk dat veel rechters en andere professionals het in scheidings- en omgangsprocedures en kinderbeschermingsprocedures niet 'in het belang van het kind' achten (vgl. art. 3 IVRK) om kinderen in procedures te betrekken en dat zodoende hun recht om te participeren in juridische procedures wordt beperkt.

2.5.4 Het EVRM en participatierechten

Op 4 november 1950 is, in navolging van de in 1948 opgestelde Universele Verklaring van de Rechten van de Mens, het Europees Verdrag van de rechten van de mens en de fundamentele vrijheden (EVRM) tot stand gekomen.³⁴⁰ In tegenstelling tot het IVRK bevat het EVRM geen aparte bepaling waarin het hoorrecht of de zelfstandige procespositie van kinderen is opgenomen. Desalniettemin is het EVRM van waarde voor de procespositie van minderjarigen.

Met de ratificatie van het EVRM hebben verdragsstaten het individuele klachtrecht en de rechtsmacht van het Europese Hof voor de Rechten van de Mens (EHRM) aanvaard.³⁴¹ Het toezichtstelsel van het EHRM vormt een belangrijk middel om kinderrechten in Europa te verwezenlijken.³⁴² Kinderen kunnen zelf een zaak voor het Hof brengen en zo vermeende kinderrechtenschendingen onder de aandacht brengen.³⁴³ Het EHRM heeft in de afge-

340 In Nederland is het verdrag op 31 augustus 1954 in werking getreden, zie: *Trb.* 1954, 151.

341 Art. 32 EVRM jo. art. 53 EVRM.

342 Kilkelly, *Human Rights Quarterly*, 2001, p. 311.

343 Art. 34 EVRM. Zie ook Graziani 2017, p. 130.

lopen decennia een belangrijke ontwikkeling laten zien waarin rechten van kinderen steeds centraler zijn komen te staan en kinderrechten uit het IVRK en andere internationale documenten worden gebruikt als interpretatiemiddel in EHRM-uitspraken. Zo heeft het EHRM in enkele uitspraken handvatten ontwikkeld voor de implementatie van het hoorrecht van kinderen zoals dat voortvloeit uit het IVRK.

2.5.4.1 Artikel 6 en 13 EVRM: toegang tot de rechter

In artikel 6 lid 1 EVRM is het recht op een eerlijk proces gewaarborgd. Al in 1979 boog het EHRM zich in de *Golder* zaak over de vraag of het recht op toegang tot de rechter onderdeel uitmaakt van artikel 6 EVRM. In deze zaak werd een gevangene belemmerd om een advocaat te benaderen en een procedure te starten over een incident in de gevangenis waar hij bij was betrokken. Het EHRM besliste dat het recht op toegang tot de rechter voortvloeit uit artikel 6 EVRM, maar dat dit geen absoluut recht is. De wetgever kan beperkende regels stellen aan het recht op toegang tot de rechter, onder meer voor minderjarigen, zo lang de kern van het recht op toegang tot de rechter niet wordt aangetast.³⁴⁴

Artikel 13 EVRM garandeert eenieder wiens rechten zijn geschonden het recht op een daadwerkelijk rechtsmiddel voor een nationale instantie ('*effective remedy*'). Op 26 februari 1992 besliste het EHRM in een kinderbeschermingszaak tegen Zweden over een klacht die er op neerkwam dat het recht op een daadwerkelijk rechtsmiddel van een twaalfjarige jongen die in een pleeggezin was geplaatst, was geschonden.³⁴⁵ In Zweden waren minderjarigen belanghebbenden in een procedure, maar hadden zij pas vanaf de leeftijd van vijftien jaar een zelfstandige procespositie (procesbekwaamheid); minderjarigen jonger dan vijftien jaar werden vertegenwoordigd door hun wettelijke vertegenwoordiger(s).³⁴⁶ Het EHRM gaf aan dat artikel 13 EVRM niet vereist dat een twaalfjarige zelfstandig een gerechtelijke procedure kan starten en voeren; het is in het licht van deze bepaling voldoende dat een vertegenwoordiger dit namens het kind kan doen. Aangezien de moeder van de vijftienjarige namens hem een procedure kon voeren, was er dan ook geen sprake van een schending van artikel 13 EVRM, aldus het Hof.³⁴⁷

344 EHRM 21 februari 1975, ECLI:CE:ECHR:1975:0221JUD000445170 (*Golder/Verenigd Koninkrijk*), r.o. 38 en 39. In 1990 verwijst de Staatssecretaris van Justitie expliciet naar deze uitspraak bij zijn pleidooi om geen wijziging van de procespositie van de minderjarige voor te staan; zie par. 2.2.2.

345 EHRM 25 februari 1992, ECLI:CE:ECHR:1992:0225JUD001296387 (*Andersson/Zweden*).

346 EHRM 25 februari 1992, ECLI:CE:ECHR:1992:0225JUD001296387 (*Andersson/Zweden*), r.o. 63.

347 EHRM 25 februari 1992, ECLI:CE:ECHR:1992:0225JUD001296387 (*Andersson/Zweden*), r.o. 101-103.

Het EHRM heeft in jeugdstrafzaken het recht van minderjarige verdachten op effectieve participatie in het licht van artikel 6 EVRM (het recht op een eerlijk proces) erkend.³⁴⁸ Zo is het volgens het EHRM essentieel dat wanneer kinderen worden verdacht van het plegen van een misdrijf, zij worden behandeld op een manier die rekening houdt met hun leeftijd, rijpheid en intellectuele en emotionele capaciteit en dat stappen worden ondernomen om de bekwaamheid van de minderjarigen te begrijpen zodat zij kunnen deelnemen aan de procedure.³⁴⁹ Volgens het Hof zouden procedures moeten worden aangepast aan de intellectuele vermogens en het ontwikkelingsstadium van de jeugdige. Het Hof heeft benadrukt dat het recht op een eerlijk proces echter niet betekent dat de jeugdige elk detail van de zaak moet kennen, maar wel dat hij een breed begrip heeft van de aard van het proces, begrijpt wat er op het spel staat en snapt wat het belang van de mogelijk opgelegde straf kan zijn.³⁵⁰

2.5.4.2 Artikel 8 EVRM

Het recht van kinderen om gehoord te worden vloeit voort uit de rechtspraak van het EHRM ten aanzien van artikel 8 EVRM.³⁵¹ Hoewel artikel 8 EVRM, waarin het recht op respect voor gezins- en privéleven is gegarandeerd, met geen woord rept over de positie van minderjarigen, laat staan over procedurele aspecten van hun positie, heeft het EHRM bij de interpretatie van artikel 8 EVRM met behulp van andere internationale documenten zoals het IVRK, General Comments bij het IVRK en de *Guidelines on Child-friendly Justice*, benadrukt dat de stem van het kind in procedures serieus genomen moet worden.³⁵² Het EHRM beschouwt het recht om te worden gehoord als relevant voor de beoordeling van de belangen van het kind en heeft in zaken over omgang en gezag, internationale kinderontvoering en kinderbescherming benadrukt dat minderjarigen actief betrokken moeten worden in procedures, zodat zij effectief kunnen participeren.

348 Kilkelly 2015, p. 197.

349 EHRM 16 december 1999, ECLI:CE:ECHR:1999:1216JUD002472494 (*T./Verenigd Koninkrijk, 'Bulger zaak'*), r.o. 84.

350 EHRM 15 juni 2004, ECLI:CE:ECHR:2004:0615JUD006095800 (*S.C./Verenigd Koninkrijk*), r.o. 29. Zie ook EHRM 20 april 2009, ECLI:CE:ECHR:2009:0120JUD007033701 (*Güvec/Turkije*), waarin het belang van de rol van de advocaat in jeugdstrafzaken wordt benadrukt; de afwezigheid van een advocaat tijdens een groot deel van de procedure leidde er toe dat de jeugdige verdachte niet effectief heeft kunnen participeren en dat derhalve sprake was van een schending van art. 6 EVRM.

351 Kilkelly 2015, p. 193-195; zie ook EHRM 3 september 2015, ECLI:CE:ECHR:2015:0903JUD001016113 (*M&M/Kroatië*).

352 Het recht om gehoord te worden vloeit ook voort uit de procedurele rechten van art. 8 EVRM zoals die zijn geformuleerd door het Europese Hof voor de Rechten van de Mens; zie Williams 2017, p. 165-172 en Bruning & Liefwaard 2019, p. 195-227.

Het EHRM heeft in de zaak M&M t. Kroatië in 2015 beslist dat het niet horen van het kind in strijd was met artikel 8 EVRM.³⁵³ In deze zaak was het kind, dat tijdens de vele procedures tussen haar ouders (civielrechtelijk over het verkrijgen van het gezag na echtscheiding en strafrechtelijk over de vermeende kindermishandeling door vader) tussen de negen en een half en dertien jaar oud was, niet gehoord door de rechter. Het kind woonde op grond van een eerdere gezagsbeslissing al jarenlang bij haar vader, maar had herhaaldelijk aangegeven dat zij bij haar moeder wilde wonen. Het Hof was, onder verwijzing naar het *jura novit curia* principe, dat inhoudt dat het Hof niet gebonden is aan de juridische middelen die klagers en staat aanvoeren, maar vrij is om de door partijen aangevoerde feiten juridisch in te bedden, van oordeel dat het kind betrokken had moeten worden in de beslissingen die de rechten onder artikel 8 EVRM raken. Het kind had, zoals hierboven genoemd, een aantal keren aangegeven dat zij bij haar moeder wilde wonen en had in haar schoolopstel in oktober 2014 onthuld dat zij zich stelselmatig sneed en zeer ongelukkig was omdat zij niet zelf mocht bepalen bij wie zij woonde. Het Hof legde in de beslissing een verband met het recht op persoonlijke autonomie dat voortvloeit uit artikel 8 EVRM. Het recht op persoonlijke autonomie werd 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 artikel 12 IVRK en het algemeen commentaar bij artikel 12 van het VN-Kinderrechtencomité dat voorschrijft.³⁵⁴ Hieruit leidde het Hof af dat het feit 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). De gezagsprocedure duurde vier jaar en drie maanden en ondanks het feit dat een nationale rechter eerder had beslist dat het meisje, dat toen twaalf jaar oud was, in staat moest worden gesteld om haar stem in de gerechtelijke procedure te laten horen indien zij in staat was tot een redelijke waardering van belangen, was er een jaar en zeven maanden na deze rechterlijke instructie nog niets mee gedaan. Het Hof benadrukte met een verwijzing naar artikel 12 IVRK en het bijbehorende algemene commentaar (General Comment nr. 12) dat *“it cannot be said that 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”*.³⁵⁵

353 EHRM 3 september 2015, ECLI:CE:ECHR:2015:0903JUD001016113 (M&M/Kroatië).

354 EHRM 3 september 2015, ECLI:CE:ECHR:2015:0903JUD001016113 (M&M/Kroatië), r.o. 171-172.

355 EHRM 3 september 2015, ECLI:CE:ECHR:2015:0903JUD001016113 (M&M/Kroatië), r.o. 181.

Het meisje was negen en een half jaar bij de start van de gerechtelijke procedure en was inmiddels dertien en een half jaar oud en daaruit leidde het Hof af dat zij in staat was om haar eigen mening te vormen en deze uit te dragen. Het niet respecteren van haar mening over bij wie ze het liefst wilde wonen leverde volgens het Hof dan ook een schending van artikel 8 EVRM op.

In de beslissing van het EHRM blijft in het midden of de benoeming van de bijzondere curator voor het meisje betekende dat sprake was van een 'effectieve' manier voor M. om te participeren in de procedure. Uit de uitspraak valt impliciet af te leiden dat dit niet het geval is geweest en dat daarom sprake was van een schending van artikel 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.³⁵⁶

In de zaak *N.TS. e.a. t. Georgië* heeft het EHRM in 2016 opnieuw – onder verwijzing naar artikel 12 IVRK en het daarbij behorende General Comment nr. 12 – besloten dat er sprake was van een schending van artikel 8 EVRM omdat geen van de drie betrokken kinderen door de justitiële instanties waren gehoord of behoorlijk vertegenwoordigd.³⁵⁷ In deze zaak ging het om de beslissing waar de kinderen, die hun moeder hadden verloren en een aantal jaren bij hun tantes en grootmoeder opgroeiden omdat hun vader was gedetineerd, moesten opgroeien nu hun vader na detentie weer voor hen wilde zorgen. Op het moment dat de vader verzocht om terugplaatsing van de kinderen bij hem, was de oudste tien en was de tweeling zes jaar oud. Het Hof verwees in de uitspraak naar artikel 3 en 12 IVRK, de bijbehorende algemene commentaren nr. 12 en 14 en naar de Guidelines on Child-friendly Justice van de Raad van Europa. In de uitspraak staat de vraag centraal of de jongens voldoende waren betrokken in de procedure.

Het Hof overwoog dat de kinderen wel waren vertegenwoordigd door de Social Service Agency, maar dat deze vertegenwoordiging in de procedure niet kon worden aangemerkt als een voldoende en betekenisvolle vertegenwoordiging. Het is opmerkelijk dat het Hof hierbij inhoudelijk toetste hoe deze vertegenwoordiging is vormgegeven. Het Hof gaf aan dat er in de wet niet is voorgeschreven hoe deze vertegenwoordiging er inhoudelijk uit moet zien, maar dat duidelijk is dat de Social Service Agency gedurende meer dan twee jaar de jongens maar een paar keer had ontmoet om rapporten op te stellen en dat geen structureel en frequent contact was onderhouden.³⁵⁸ Het Hof verwees naar de *European Convention on the Exercise of Children's Rights* waarin is vastgelegd dat de rol van een vertegenwoordiger bestaat uit het op een passende manier optreden namens de minderjarige, en

356 Bruning, *EHRC* 2015/234.

357 EHRM 2 februari 2016, ECLI:CE:ECHR:2016:0202JUD007177612 (*N.TS. e.a./Georgië*).

358 EHRM 2 februari 2016, ECLI:CE:ECHR:2016:0202JUD007177612 (*N.TS. e.a./Georgië*), r.o. 75.

dat deze rol onvoldoende was vervuld. Vervolgens beoordeelde het Hof of de kinderen op andere wijze zijn betrokken in de procedure; dit bleek evenmin het geval, nu geen van de jongens in persoon gehoord was door de rechterlijke instanties. Hoewel de wetgeving van Georgië voorschreef dat kinderen van zeven tot achttien jaar moeten worden betrokken in gerechtelijke procedures, was dit niet gebeurd. Het Hof overwoog dat het niet te begrijpen was waarom de oudste jongen niet direct gehoord was in de procedure en dat evenmin gemotiveerd was aangegeven waarom dit niet was gebeurd. Het Hof concludeerde dat *“the combination of flawed representation, and as a consequence the failure to duly present and hear the views of the boys, undermined the procedural fairness of the decision-making process”* en – ook omdat een te eenzijdige afweging van belangen van de kinderen was gemaakt – derhalve sprake was van een schending van artikel 8 EVRM.³⁵⁹

In december 2018 sprak het EHRM zich opnieuw uit over het belang dat aan de mening van een dertienjarig kind moet worden gehecht in een procedure over het ouderlijk gezag en de verblijfplaats van een meisje dat bij haar grootouders woonde, terwijl de vader dit aanvocht.³⁶⁰ Het meisje is als tienjarige tijdelijk bij haar grootouders van moederszijde in Oezbekistan gaan wonen, aangezien haar moeder ernstig ziek werd nadat het gezin een half jaar eerder was geëmigreerd naar de Verenigde Staten. Nadat de moeder kort daarna overleed, kwamen haar vader en de grootouders overeen dat zodra de vader vanuit de Verenigde Staten naar Moskou zou verhuizen, zijn dochter bij hem in Moskou zou komen wonen. In maart 2009 is de vader naar Moskou verhuisd, maar grootouders weigerden hun kleindochter naar haar vader terug te brengen. Vader startte verschillende procedures, maar zonder succes. Rekening houdend met de uitdrukkelijke wens van het meisje om bij haar grootouders te blijven wonen en de mening van de kindbeschermingsautoriteiten op dit punt, oordeelde de rechtbank dat het in haar belang was om bij haar grootouders te blijven.

Volgens het EHRM waren er geen redenen om eraan te twijfelen dat de beslissingen van de nationale autoriteiten om het meisje bij haar grootouders te laten wonen zijn gebaseerd op het belang van het kind. In het bijzonder hebben de nationale rechters volgens het Hof rekening gehouden met het feit dat zij de duidelijke wens heeft uitgesproken om bij haar grootouders te blijven. Het Hof merkte hierbij op dat zij op dat moment dertien jaar oud was en dus al in staat was om haar eigen mening over de zaak te vormen en de consequenties ervan te begrijpen. Het Hof gaf aan al eerder te hebben vastgesteld dat zodra kinderen rijper worden en zij in staat zijn om hun eigen mening te formuleren over de relatie met hun ouders, rechtbanken passend gewicht moeten geven aan hun opvattingen en gevoelens en aan

359 EHRM 2 februari 2016, ECLI:CE:ECHR:2016:0202JUD007177612 (*N.TS. e.a./Georgië*), r.o. 74-84.

360 EHRM 18 december 2018, ECLI:CE:ECHR:2018:1218JUD007659812 (*Khusnutdinov & X/Rusland*).

hun het recht op respect voor hun privéleven. Wat betreft de stelling van de vader dat, aangezien de grootmoeder aanwezig was toen het meisje naar haar mening werd gevraagd, zij door haar grootmoeder had kunnen worden beïnvloed en er daarom om een deskundig oordeel had moeten worden gevraagd om haar ware mening vast te stellen, overwoog het Hof dat het te ver gaat om nationale autoriteiten altijd te verplichten een psychologische expert te betrekken bij geschillen waarbij kinderen zijn betrokken. Gekeken moet worden naar de specifieke omstandigheden van elk geval, rekening houdend met de leeftijd en rijpheid van het betreffende kind. In deze zaak kon het ontbreken van een advies van een psychologisch deskundige naar het oordeel van het Hof niet worden gezien als een fout in de procedure. Het meisje was dertien jaar oud toen ze door de rechtbank werd gehoord over de terugkeer van haar vader en werd hierbij bijgestaan door een deskundige van de kinderbeschermingsautoriteiten. In dergelijke omstandigheden konden de nationale rechtbanken redelijkerwijs aannemen dat haar verklaring haar ware mening weerspiegelde. De klacht van vader op dit punt wordt verworpen. Deze uitspraak laat opnieuw zien dat het EHRM veel waarde hecht aan het serieus nemen van de mening van oudere kinderen.

In een zaak uit 2015 tegen Kroatië over eigendomsrecht (huizenruil bij eigendom van twee minderjarigen die op het moment waarop deze zaak op nationaal niveau speelde negen resp. veertien jaar oud waren) en die werd beslist onder artikel 1 Eerste Protocol EVRM, is het Hof ook ingegaan op de procedurele positie van minderjarigen. In deze zaak had het Openbaar Centrum voor Maatschappelijk Welzijn, die toestemming had gegeven voor de woningruil die zeer nadelig uitpakte voor de kinderen, volgens het Hof de belangen van de twee minderjarigen onvoldoende behartigd. Het Centrum had ook niet onderzocht of het nodig was om een voogd of vertegenwoordiger te benoemen die de specifieke belangen van de kinderen, gelet op hun bijzondere omstandigheden (o.m. een vader die gedetineerd was en een moeder die drugsverslaafd was en grote financiële problemen had), zou kunnen verdedigen. Met name gelet op het feit dat de klaagsters ten tijde van de relevante feiten nog minderjarig waren, oordeelde het Hof dat het voor hen procedureel gezien onmogelijk was om de rechtsmiddelen te benutten waarvan de regering had aangegeven dat ze beschikbaar zouden zijn (een administratief beroep en een specifiek soort civiele actie). Het Hof overwoog dat de minderjarigen in de civiele procedure werden vertegenwoordigd door een advocaat die een conflict van belangen had. De minderjarigen konden geen zelfstandige procespositie innemen en konden de beslissing tot de huizenruil niet zelf aanvechten. Er was voor de minderjarigen geen bijzondere curator benoemd die hun belangen onafhankelijk kon behartigen.³⁶¹ Het Hof besliste dat het veertienjarige kind door de nationale autoriteiten (het Centrum) gehoord had moeten worden (zonder overigens

361 EHRM 7 mei 2015, ECLI:CE:ECHR:2015:0507JUD001371211 (S.L. & J.L./Kroatië), r.o. 84.

te verwijzen naar artikel 12 IVRK) en concludeerde dat de verdragsstaat niet de noodzakelijke maatregelen heeft getroffen om de eigendomsrechten van de kinderen te waarborgen en dat daarmee sprake is van een schending van artikel 1 Eerste Protocol EVRM.

Florescu wijst er in haar annotatie bij deze uitspraak op dat de verwijzing van het Hof naar het ontbreken van een zelfstandige procespositie van minderjarigen niet zo moet worden geïnterpreteerd, dat het Hof vereist dat kinderen zelfstandig moeten kunnen opkomen voor hun rechten in procedures. Het wordt aan de verdragsstaten overgelaten om invulling te geven aan de procespositie van minderjarigen, en zo lang deze invulling voor minderjarigen een effectieve realisatie van hun recht om gehoord te worden is, denk bijvoorbeeld aan de mogelijkheid om een bijzondere curator voor minderjarigen te benoemen, is dit toegestaan onder het EVRM.³⁶² Zo lang de wettelijke vertegenwoordiger van het kind zijn of haar belangen op effectieve wijze behartigt en weergeeft, zal er geen sprake zijn van een schending van een verdragsbepaling uit het EVRM. Een effectieve belangenbehartiging betekent onder meer dat er geen (dreigend) conflict van belangen is.

Ook ten aanzien van adoptie heeft het EHRM zich in 2004 uitgesproken over de procespositie van minderjarigen.³⁶³ In de zaak Pini e.a. tegen Roemenië ging het om twee Italiaanse adoptiestellen die een klacht indienden bij het Europese Hof omdat de Roemeense autoriteiten de eerdere Roemeense adoptiebeslissingen niet wilden uitvoeren en daarom hun adoptiekinderen uit Roemenië niet naar Italië werden overgebracht, aangezien de beide adoptiekinderen, die negen en een half jaar oud waren ten tijde van de adoptiebeslissing, duidelijk hadden aangegeven dat zij een voorkeur hadden om in hun eigen omgeving in de residentiële instelling te blijven wonen en niet naar de Italiaanse echt)paren wilden gaan. De meisjes waren daarom ook met juridische bijstand een procedure gestart om de adoptie tegen te gaan. In het Roemeense recht hadden kinderen vanaf de leeftijd van tien jaar bij adoptie een vetorecht en konden zij vanaf die leeftijd een procedure starten om een adoptiebeslissing aan te vechten. Hoewel de meisjes, omdat ze ten tijde van de adoptiebeslissing jonger dan tien jaar oud waren, niet om toestemming voor de adoptie was gevraagd, oordeelde het Hof dat dit geen fout was van de verdragsstaat: *“such a threshold does not appear unreasonable, since the relevant international treaties leave the national authorities some discretion as to the age from which children are to be regarded as sufficiently mature for their wishes to be taken into account”*.³⁶⁴ Het Hof geeft met andere woorden aan dat het aan de verdragsstaten zelf wordt overgelaten hoe zij invulling geven aan het recht van kinderen om in procedures betrokken te worden. Hieruit lijkt te kunnen worden afgeleid dat het gebruik van leeftijdsgrenzen in het recht is toegestaan als invulling van een competentietest van kinderen (wanneer

362 Florescu, *EHRC* 2015/154, par. 11.

363 EHRM 22 juni 2004, ECLI:CE:ECHR:2004:0622JUD007802801 (*Pini e.a./Roemenië*).

364 EHRM 22 juni 2004, ECLI:CE:ECHR:2004:0622JUD007802801 (*Pini e.a./Roemenië*), r.o. 145.

zijn kinderen voldoende rijp en bekwaam om aan hun mening een zwaar of doorslaggevend belang te hechten?). Het EHRM besliste echter dat er in deze zaak geen sprake was van een schending van artikel 8 EVRM door de verdragsstaat door de adoptie niet ten uitvoer te leggen vanwege de uitdrukkelijke wens van de meisjes, die jonger waren dan de leeftijd van tien jaar ten tijde van de adoptie en daarom geen vetorecht hadden, om in Roemenië te blijven.

Het achterwege laten van een kinderverhoor levert volgens het EHRM niet altijd strijd op met het EVRM. In de zaak *Sahin t. Duitsland* heeft de Grote Kamer van het EHRM in 2003 besloten dat het niet horen van het kind EVRM-conform is, indien er een duidelijk advies is dat het horen schadelijk zal zijn voor het kind. Het wel of niet horen van het kind is volgens het Hof afhankelijk van de specifieke omstandigheden van elk geval, waarbij rekening wordt gehouden met de leeftijd en de volwassenheid van het kind.³⁶⁵ In deze omgangszaak voerde de vader als klager aan dat zijn jonge kind direct gehoord moest worden in de procedure; het kind was ongeveer drie jaar en tien maanden oud toen de procedure startte, en vijf jaar en twee maanden toen de vader het opnieuw wilde laten horen. De nationale autoriteiten hadden het advies van een deskundige gevolgd om het kind niet direct te horen omdat dit teveel schade zou opleveren. Volgens het Hof was er aan de procedurele vereisten voldaan en werd de klacht van vader derhalve afgewezen.

2.5.4.3 *Tussenconclusie EVRM*

Uit het bovenstaande blijkt dat het Europese Hof in Straatsburg in zaken waarbij artikel 8 EVRM een rol speelde, aandacht heeft voor de procespositie van het kind in civiele procedures en voor het belang dat de mening van kinderen serieus genomen moet worden. In de uitspraak *M. & M. tegen Kroatië* onderstreepte het Hof dat in juridische procedures waarbij een kind betrokken is, verdragsstaten de stem van het kind serieus moeten nemen omdat zij recht hebben op persoonlijke autonomie en daarbij ondersteund moeten worden. Dat betekent dat zij in juridische procedures gehoord moeten worden en dat aan hun mening passend belang wordt gehecht. Deze zienswijze waarbij de autonomie van minderjarigen centraal wordt gesteld, waarbij wordt aangegeven dat minderjarigen om hun persoonlijke autonomie te kunnen realiseren ondersteuning nodig hebben, sluit goed aan bij de eerdergenoemde auteurs die kritiek hebben op het belang dat wordt gehecht aan termen als 'competentie' en 'capaciteit' in plaats van dat de autonomie van kinderen centraal wordt gesteld bij het bepalen welke waarde aan de mening van een kind moet worden gehecht.

In de hierboven genoemde uitspraken is niet duidelijk geworden hoe het EHRM denkt over het gebruik van leeftijdsgrenzen voor het horen van

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

kinderen, al geeft bijvoorbeeld de zaak Pini tegen Roemenië aan dat ook als een kind jonger is dan de leeftijdsgrens, maar in staat is om zijn mening te uiten, hij serieus genomen moet worden. In verschillende hierboven besproken zaken waren kinderen tien jaar oud en gaf het Hof aan dat zij gehoord hadden moeten worden; dat geeft in elk geval aan dat ook kinderen jonger dan twaalf jaar serieus genomen moeten worden. Het Hof geeft tegelijk ook aan dat het aan de verdragsstaten zelf wordt overgelaten hoe zij invulling geven aan het recht van kinderen om in procedures betrokken te worden en of daarbij leeftijdsgrenzen worden gebruikt. Als niet direct naar de mening van het kind wordt gevraagd door de rechter die het kind hoort, maar die mening door een professional zoals een bijzondere curator wordt weergegeven tijdens de zitting, moet deze taak wel zodanig passend worden uitgevoerd, dat kinderen op effectieve wijze gebruik kunnen maken van het recht om gehoord te worden. Als bijvoorbeeld gedurende meer dan twee jaar kinderen maar een paar keer zijn ontmoet, terwijl geen structureel en frequent contact met hen is onderhouden, betekent dit volgens het Hof dat deze rol onvoldoende is vervuld.

Over het direct of indirect horen van kinderen heeft het EHRM zich aldus niet duidelijk uitgesproken. Evenmin zijn uitspraken gevonden die iets kunnen zeggen over een eigen rechtsingang en zelfstandige procespositie van minderjarigen.

2.5.5 Guidelines on Child-friendly Justice

Het EHRM maakt, zoals hierboven al is genoemd, ook gebruik van de *Guidelines on Child-friendly Justice* als bron voor interpretatie van het EVRM.³⁶⁶ In deze richtlijnen, die door het Comité van Ministers van de Raad van Europa op 17 november 2010 zijn aangenomen,³⁶⁷ staat het bredere recht om te participeren centraal en worden zeer concrete aanbevelingen gedaan voor wat betreft de inrichting van kindvriendelijke procedures die aansluiten bij de leeftijd en het ontwikkelingsniveau van het kind.³⁶⁸ Aan de lidstaten van de Raad van Europa wordt in deze richtlijnen op gedetailleerde wijze richting gegeven om juridische procedures kindvriendelijk te maken. De richtlijnen zijn niet bindend en de aandachtspunten voor kindvriendelijke procedures die genoemd worden, zullen dan ook vooral invulling moeten krijgen door rechters die in de praktijk te maken hebben met kinderen in procedures.³⁶⁹ De richtlijnen zijn bedoeld om ervoor te zorgen dat de rechten van kinderen in alle procedures zijn gewaarborgd. Om dit te bewerkstelligen, wordt in de richtlijnen onder meer het belang benadrukt van het recht van minderjari-

366 Zie onder meer EHRM 3 september 2015, ECLI:CE:ECHR:2015:0903JUD001016113 (*M&M/Kroatië*), r.o. 102.

367 Guidelines of the Committee of Ministers of the Council of Europe on Child-friendly Justice, 17 november 2010 (in het vervolg: *Guidelines on Child-friendly Justice*).

368 Rap, *JIP* 2017, p. 19.

369 Hollingsworth & Stalford 2017, p. 76.

gen op informatie, bescherming van hun privacy, (juridische) ondersteuning in procedures door professionals die hiertoe opgeleid zijn, het voorkomen van onnodige vertraging en het waarborgen van een veilige en kindvriendelijke omgeving.³⁷⁰ In de toelichting bij de richtlijnen wordt benadrukt dat elk kind, onafhankelijk van zijn of haar leeftijd, het recht hebben om hun mening te geven in een veilige omgeving. Ze moeten zich op hun gemak voelen als ze met een rechter spreken; *“this may require the judge to omit certain formalities, such as wearing a wig and gown or hearing the child in the courtroom itself; by way of example, it can be helpful to hear a child in the judge’s chambers”*.³⁷¹ Ook wordt in de richtlijnen het belang van kindvriendelijke uitspraken benadrukt. Volgens de richtlijnen moeten rechterlijke uitspraken met betrekking tot kinderen naar behoren worden gemotiveerd en moeten deze worden uitgelegd in een taal die kinderen kunnen begrijpen.³⁷² Dit wordt vooral van belang geacht in uitspraken waarin de opvattingen en de meningen van het kind niet zijn gevolgd. In de toelichting wordt dit nader uitgelegd: het is niet altijd haalbaar om de beslissing uit te leggen in een rechterlijke uitspraak of de motivering daarbij, maar kinderen hebben wel recht op een uitleg van de beslissing door een advocaat of een andere geschikte persoon zoals een ouder of een gedragsdeskundige.³⁷³ Dit wordt vooral van belang geacht in uitspraken waarin de opvattingen en de meningen van het kind niet zijn gevolgd.

De richtlijnen benadrukken het recht op informatie van elk kind en zijn of haar ouders. Daarbij is in de richtlijnen een niet-limitatieve opsomming te vinden van onderdelen van dit recht op informatie van het kind, zoals informatie over de rol van het kind in de procedure en de verschillende stappen die tijdens de procedures genomen moeten worden, de waarschijnlijke duur van de procedure, de mogelijkheden tot ondersteuning van het kind in procedures en de datum en tijd van gerechtelijke procedures en kindgesprekken daarbij.³⁷⁴ In de toelichting bij de richtlijnen staat genoemd dat:

*“Children may experience a lack of objective and complete information. Parents may not always share all pertinent information, and what they give may be biased. In this context, the role of children’s lawyers, ombudspersons and legal services for children is very important.”*³⁷⁵

370 Guidelines on Child-friendly Justice.

371 Explanatory memorandum bij de Guidelines on Child-friendly Justice, par. 112.

372 Guidelines on Child-friendly Justice, IV, par. 49. Zie ook de FJR-special Child-Friendly Justice, FJR 2018, afl. 6 en Hollingsworth & Stalford 2017, die uitgebreid beschrijven aan welke vereisten kinderrechtenbeslissingen zouden moeten voldoen en daarbij tevens ingaan op het belang dat in rechterlijke beslissingen rekening moet worden gehouden met het feit dat kinderen (ook) adressant zijn.

373 Explanatory memorandum bij de Guidelines on Child-friendly Justice, par. 124.

374 Guidelines on Child-friendly Justice, IV.A.1, par. 1. Zie ook Liefwaard 2019, p. 195-227.

375 Explanatory memorandum bij de Guidelines on Child-friendly Justice, par. 52.

De richtlijnen hebben als uitgangspunt dat zowel minderjarigen als hun ouders recht op informatie hebben; zodoende zijn minderjarigen niet afhankelijk van de informatie die ouders al dan niet met hen delen. Informatie kan aan minderjarigen bijvoorbeeld worden gegeven in de oproepbrief van de rechterlijke instantie als het gaat om gerechtelijke procedures. De informatie moet op kindvriendelijke wijze worden verstrekt aan minderjarigen, waarbij rekening wordt gehouden met hun leeftijd en rijpheid, in een voor een kind eenvoudig te begrijpen taal.³⁷⁶

In de richtlijnen wordt aangegeven dat er drie varianten bestaan om de toegang van minderjarigen tot het recht te regelen.³⁷⁷ Dit kan door gebruik te maken van leeftijdsgrenzen, door de capaciteiten of competentie van een kind per geval te beoordelen, of door een mix van deze beide varianten (een minimum leeftijdsgrens en daarbij voor jongere kinderen de mogelijkheid van toegang tot het recht als zij voldoende competent zijn of hiervoor over voldoende capaciteiten beschikken). Voor wat betreft de individuele beoordeling van elk kind wordt in de richtlijnen gewaarschuwd dat dit een grote discretionaire bevoegdheid geeft aan rechters en dat dit voor kinderen nadelig zou kunnen uitpakken. Als risico van de derde variant (mix van beide eerste varianten) wordt genoemd dat de bewijslast ten aanzien van competentie en capaciteiten bij het jongere kind wordt gelegd, wat nadelig is. In de toelichting bij de richtlijnen wordt aangegeven dat:

“No age limit is set in these guidelines, as it tends to be too rigid and arbitrary and can have truly unjust consequences. It also cannot fully take into account the diversity in capacities and levels of understanding between children. These can vary greatly depending on the individual child’s development capacities, life experiences, cognitive and other skills (...) The capability, maturity and level of understanding are more representative of the child’s real capacities than his or her age.”³⁷⁸

Over het beoordelen van competentie en capaciteiten van het kind wordt in de toelichting het volgende gesteld:

“In these guidelines, reference is made to concepts such as “age and maturity” and “sufficient understanding”, which implies a certain level of comprehension, but does not go as far as to demand from the child a full comprehensive knowledge of all aspects of the matter at hand. Children have the right to give their views freely, without any pressure and without manipulation.”³⁷⁹

In de toelichting wordt verder aangegeven dat, uitgaande van de wensen en belangen van het kind, ofwel een rechter ofwel een door de rechtbank benoemde kindexpert naar het kind zal luisteren. Sommige kinderen willen liever door bijvoorbeeld een gedragsdeskundige gehoord worden en zullen

376 Guidelines on Child-friendly Justice, IV.A.I, par. 2.

377 Explanatory memorandum bij de Guidelines on Child-friendly Justice, par. 95.

378 Explanatory memorandum bij de Guidelines on Child-friendly Justice, par. 96.

379 Explanatory memorandum bij de Guidelines on Child-friendly Justice, par. 108.

kiezen voor indirect horen, waarbij de gedragsdeskundige de mening van het kind vervolgens overbrengt aan de rechter. Andere kinderen zullen juist liever zelf met de rechter spreken omdat dat degene is die de beslissing zal nemen.³⁸⁰ Het risico dat kinderen door hun ouders gebruikt worden om de wens van de ouder te verwoorden, wordt ook genoemd:

“While it is true that there is a risk of children being manipulated when they are heard and express their views (for example, by one parent against the other), all efforts should be made not to let this risk undermine this fundamental right.”³⁸¹

Dit risico mag met andere woorden nooit een reden zijn om het recht van kinderen om gehoord te geven, geen inhoud te geven.

Over een zelfstandige procespositie van minderjarigen wordt in de richtlijnen genoemd dat *“the domestic law should facilitate where appropriate the possibility of access to court for children who have sufficient understanding of their rights and of the use of remedies to protect these rights, based on adequately given legal advice”*.³⁸² Hoewel derhalve wordt benadrukt dat kinderen die voldoende begrip hebben van hun rechten en de mogelijkheden om op te komen voor hun rechten, toegang tot de rechter moet worden geboden, wordt tegelijkertijd ruimte gelaten aan verdragsstaten om zelf invulling te geven aan de vraag wanneer het geschikt is om kinderen een zelfstandige mogelijkheid te geven om procedures te starten. Wel wordt benadrukt dat hindernissen ten aanzien van toegang tot de rechter, zoals proceskosten of het gebrek aan juridische bijstand, moeten worden weggenomen.³⁸³ Ook wordt in de richtlijnen genoemd dat kinderen recht hebben op zelfstandige juridische bijstand in elke procedure waarin sprake is of zou kunnen zijn van een conflict van belangen tussen het kind en de ouders of andere betrokken partijen.³⁸⁴ Dit komt overeen met wat hierover in General Comment nr. 12 van het VN-Kinderrechtencomité is genoemd. Indien sprake is van een conflict van belangen tussen ouders en kind moeten de bevoegde autoriteiten tevens een bijzondere curator of een andere onafhankelijke vertegenwoordiger benoemen om de belangen van het kind te vertegenwoordigen.³⁸⁵

In de toelichting bij de richtlijnen wordt een duidelijk onderscheid gemaakt tussen de rol van een *guardian ad litem* (bijzondere curator) en een advocaat die het kind bijstaat. Uit de richtlijnen blijkt dat elk kind recht heeft op bijstand van een advocaat, en dat daarnaast een vertegenwoordiger kan worden benoemd (een *guardian ad litem* of een ander) die bij (mogelijke) conflicten tussen de ouders of verzorgers en het kind de mening en belangen

380 Explanatory memorandum bij de Guidelines on Child-friendly Justice, par. 115.

381 Explanatory memorandum bij de Guidelines on Child-friendly Justice, par. 116.

382 Guidelines on Child-friendly Justice, IV, par. 34.

383 Guidelines on Child-friendly Justice, IV, par. 35.

384 Guidelines on Child-friendly Justice, IV, par. 37.

385 Guidelines on Child-friendly Justice, IV, par. 42.

van dit kind vertegenwoordigt. Over de rol van de advocaat wordt in de toelichting gezegd:

*“It is important to clarify the exact role of the child’s lawyer. The lawyer does not have to bring forward what he or she considers to be in the best interests of the child (as does a guardian or a public defender), but should determine and defend the child’s views and opinions, as in the case of an adult client. The lawyer should seek the child’s informed consent on the best strategy to use.”*³⁸⁶

Ook wordt in de toelichting aangegeven dat de rol van de advocaat verschilt van die van de *guardian ad litem* (de bijzondere curator), omdat deze wordt benoemd door de rechtbank en niet door een cliënt, en de rechtbank moet helpen te bepalen wat in het belang van het kind is. Het combineren van deze beide functies wordt afgeraden in de toelichting, dit gezien het potentiële belangenconflict dat dit met zich kan brengen.³⁸⁷

De richtlijnen zijn op zichzelf niet juridisch bindend, maar zijn wel van betekenis voor het Nederlandse rechtssysteem. Zoals hierboven is beschreven, maakt het EHRM in haar rechterlijke motivering bij de interpretatie van EVRM-bepalingen soms gebruik van de richtlijnen. De Raad van Europa heeft in haar Europese Strategieplan voor de rechten van het kind aangegeven dat in navolging van de *Guidelines on Child-friendly Justice* ook voor de komende jaren het uitdragen van participatierechten en kindvriendelijke procedures hoog op de agenda staan. Het uiteindelijke doel van de Raad voor Europa is dat kinderen gebruik kunnen maken van hun rechten in het rechtssysteem.³⁸⁸

2.5.6 Guidelines on Children in Contact with the Justice System

De internationale vereniging van familie- en jeugdrechters heeft in 2017 de *Guidelines on Children in Contact with the Justice System* vastgesteld en geratificeerd.³⁸⁹ In deze richtlijnen zijn veel van de bovenstaande uitgangspunten voor kindvriendelijke procedures terug te vinden. In sectie 2.3 wordt uitgebreid ingegaan op de participatie van kinderen in procedures:

“Children who are capable of forming their own views have the right to participate, intervene and express those views freely in all judicial or administrative proceedings that affect them. Their views must be given due weight in accordance with their age and maturity. They may decide to participate. If they participate, they may do so either directly, or through a representative or an appropriate body, in a manner consistent with the procedural rules of law.”

386 Explanatory memorandum bij de Guidelines on Child-friendly Justice, par. 104.

387 Explanatory memorandum bij de Guidelines on Child-friendly Justice, par. 105.

388 Council of Europe 2016, p. 18-19.

389 International Association of Youth and Family Judges and Magistrates, *Guidelines on Children in contact with the Justice System*, 2017 (aimjf.org) (in het vervolg Guidelines on Children in Contact with the Justice System).

Voor jonge kinderen die nog niet in staat zijn hun mening te verwoorden, zou een deskundige moeten worden benoemd om de belangen van het kind naar voren te brengen in de procedure.³⁹⁰ Het recht op informatie wordt als essentieel onderdeel gezien van een effectieve participatie van kinderen in procedures.³⁹¹ Kinderen moeten onder meer worden geïnformeerd over hun rechten en mogelijkheden om deze uit te oefenen, het rechtssysteem en de procedure en de plaats en rol die zij daarin hebben.³⁹² Slechts als informatie schadelijk voor het kind wordt geacht, mag hen informatie worden onthouden.³⁹³ Ook moeten kinderen *geïnformeerd* worden over de uitkomsten van de beslissingen in een voor hen begrijpelijke taal.³⁹⁴ Verder moet de context en de houding van professionals kindvriendelijk zijn, zodat kinderen worden aangemoedigd hun stem te laten horen en het gevoel hebben dat er serieus naar hen wordt geluisterd.³⁹⁵

Over het recht op juridische bijstand en ondersteuning in procedures noemen deze richtlijnen dat *“children must be provided with access to legal assistance and representation in their contacts with justice whenever their interests are at stake. In cases where there is, or could be, a conflict of interest between children and their parents or any other party, children must have their own counsel and representation, in their own name”*.³⁹⁶ Deze richtlijnen gaan vervolgens concreter in op de rol van de juridische of andere ondersteuner van het kind; zij hebben dezelfde taken als die zij hebben bij het bijstaan van volwassenen in procedures. Deze taken moeten op een voor het kind begrijpelijke wijze worden uitgevoerd. Zij moeten het kind alle noodzakelijke informatie geven, het kind adviseren en begeleiden tijdens de procedure, de mening van het kind weergeven en bij alle onderdelen van de procedure aanwezig zijn. Daarbij moeten zij oog hebben voor psychologische of andere ondersteuning van het kind.³⁹⁷ Er wordt in de richtlijnen niets genoemd over het weergeven van ‘de belangen van het kind’ en dit maakt duidelijk dat ondersteuners primair de mening van het kind naar voren moeten brengen (in plaats van enkel hun eigen opvatting over wat de belangen van het kind omvatten, uitdragen). Ook wordt in deze richtlijnen benadrukt dat kinderen recht hebben op gratis juridische bijstand. Dit is volgens de richtlijnen in het bijzonder noodzakelijk in situaties waar er een conflict van belangen tussen ouders en kind kan zijn of ontstaan; de juridische bijstand mag dan niet door ouders worden georganiseerd of betaald, maar moet voor het kind onafhankelijk zijn.³⁹⁸

390 Guidelines on Children in Contact with the Justice System, richtlijn 2.3.2.

391 Guidelines on Children in Contact with the Justice System, richtlijn 2.3.3 en sectie 3.1.

392 Guidelines on Children in Contact with the Justice System, richtlijn 3.1.3.

393 Guidelines on Children in Contact with the Justice System, richtlijn 3.1.5.

394 Guidelines on Children in Contact with the Justice System, richtlijn 2.3.3.

395 Guidelines on Children in Contact with the Justice System, richtlijn 2.3.4.

396 Guidelines on Children in Contact with the Justice System, richtlijn 3.3.1.

397 Guidelines on Children in Contact with the Justice System, richtlijn 3.3.2.

398 Guidelines on Children in Contact with the Justice System, richtlijn 3.3.5.

In de toelichting bij deze bepaling wordt aangegeven dat mogelijke belangenconflicten tussen ouders en kinderen moeten worden voorkomen, en wordt aandacht gevraagd voor het feit dat vaak sprake is van belangenconflicten in situaties van gescheiden ouders *“who are guided by their personal interests when fighting over the legal custody of their children, or parents who are brought before the justice system for abusing or neglecting their children (...)”*.³⁹⁹ Bij elk mogelijk belangenconflict moet het kind volgens deze toelichting worden bijgestaan door iemand die in de naam van het kind handelt, geen juridische ondersteuning aan een van de ouders van het kind biedt en niet door ouders is uitgekozen of wordt betaald. In afstammings- en adoptiezaken, scheiding- en omgangszaken en kindbeschermingszaken bestaat doorgaans een potentieel belangenconflict tussen kinderen en ouders; dat zou betekenen dat kinderen in deze procedures recht hebben op zelfstandige (juridische) bijstand.

De richtlijnen gaan verder uitgebreid in op de noodzaak tot het garanderen van kindvriendelijke procedures, waarbij allerlei onderdelen worden onderscheiden, en tot gespecialiseerde en continue opgeleide experts die voldoende zijn onderlegd om met kinderen te werken. De richtlijnen benoemen tevens het recht van kinderen tot het instellen van hoger beroep in elke zaak waarin zij belanghebbende zijn; dit recht op hoger beroep mag niet minder inhouden dan het recht op hoger beroep van volwassenen.⁴⁰⁰ Hieruit valt af te leiden dat minderjarigen in procedures recht hebben op een zelfstandig recht op hoger beroep, zonder dat zij daarvoor afhankelijk zijn van een wettelijke vertegenwoordiger die dit namens hen instelt.

2.5.7 Tussenconclusie Guidelines

Uit de richtlijnen voor kindvriendelijke rechtspraak van de Raad van Europa valt af te leiden dat kindvriendelijke rechtspraak betekent dat kinderen toegang moeten hebben tot het recht en dat juridische procedures kindvriendelijk moeten worden ingericht. Daarbij wordt veel aandacht besteed aan het zelfstandige recht van minderjarigen om over alle facetten van een procedure, inclusief hun eigen rol daarin en de betekenis daarvan, te worden geïnformeerd. Minderjarigen met een *‘sufficient understanding of their rights’* moeten zelfstandig toegang tot het recht hebben, gebaseerd op voor kinderen begrijpelijk juridisch advies. De richtlijnen geven hierbij ruimte voor keuzes over hoe dit op nationaal niveau wordt ingericht, met andere woorden: welke minderjarigen hier onder vallen en dus toegang tot het recht hebben. Er wordt bijvoorbeeld geen harde ondergrens genoemd (bijvoorbeeld: alle minderjarigen van twaalf jaar en ouder) en evenmin wordt aangegeven hoe beoordeeld moet worden welke minderjarigen voldoende begrip hebben van hun rechten en de mogelijkheden om op te komen voor hun rechten. Wel wordt een voorkeur aangegeven voor een individuele beoordeling

399 Guidelines on Children in Contact with the Justice System, p. 28.

400 Guidelines on Children in Contact with the Justice System, sectie 4.7.

van elk kind in plaats van het gebruik van een leeftijdsgrens, waarbij wordt benadrukt dat voldoende 'competentie' of 'capaciteiten' voor een kind niet betekent dat zij volledig kennis hebben van alle aspecten die in een procedure worden besproken.

In de richtlijnen wordt het recht van minderjarigen op juridische of andere bijstand benadrukt bij een mogelijk conflict van belangen. Daarbij wordt ook duidelijk gemaakt hoe deze bijstand er uit moet zien. Elke minderjarige heeft recht op bijstand van een advocaat, die de stem van het kind moet weergeven (vergelijk de rol van de advocaat die instructies krijgt van de minderjarige). Daarbij kan de rechtbank bij een (mogelijk) conflict van belangen een deskundige benoemen die de belangen van een minderjarige vertegenwoordigt (vergelijk de rol van de bijzondere curator) en de rechtbank ondersteunt bij het vaststellen van de belangen van het kind.

In de richtlijnen die zijn opgesteld door de internationale vereniging van familie- en jeugdrechters wordt specifieke aandacht gevraagd voor de positie van kinderen in familierechtprocedures. Aangegeven wordt dat in afstammings- en adoptiezaken, scheiding- en omgangszaken en kinderschermingszaken doorgaans sprake is van een potentieel belangenconflict tussen ouders en kind en kinderen daarom recht hebben op onafhankelijke (juridische) bijstand. Ook wordt genoemd dat kinderen die belanghebbende zijn in een procedure, recht hebben op zelfstandig hoger beroep. Dit betreft de zelfstandige rechtspositie van minderjarigen, waarover de Europese richtlijnen die hierboven zijn besproken, niet duidelijk zijn.

2.5.8 European Convention on the Exercise of Children's Rights

Voor de volledigheid moet ook kort worden stilgestaan bij de *European Convention on the Exercise of Children's Rights*, een document dat de Raad van Europa op 25 januari 1996 heeft vastgesteld.⁴⁰¹ Dit document heeft als doel om kinderen procedurele rechten te geven en om de uitoefening van deze rechten te faciliteren door hen te informeren over deze rechten en te laten participeren in juridische procedures (zie art. 1 sub 2). Dit verdrag is speciaal gericht op de participatie van minderjarigen in familieprocedures. Hoewel Nederland dit verdrag tot op heden niet heeft geratificeerd, hebben inmiddels 20 andere Europese landen het verdrag geratificeerd en daarmee is het wel degelijk een verdrag dat niet verwaarloosd mag worden.

Het Europese Verdrag van 1996 verplicht verdragsstaten om kinderen 'considered by internal law as having sufficient understanding', het recht te garanderen om alle relevante informatie te ontvangen over de procedure, om zijn of haar mening te geven en om te worden geïnformeerd over de wijze waarop deze mening is meegenomen in de beslissing en welke invloed deze mening heeft gehad (art. 3). Het verdrag blijft wel terughoudend en

401 Zie ook: M. Killerby, *International Journal of Children's Rights* 1995.

geeft verdragsstaten de ruimte om zelf te bepalen welke minderjarigen in staat zijn om hun mening te uiten in juridische procedures: "States are free to limit the right to children who are considered by internal law to have sufficient understanding". Minderjarigen met 'sufficient understanding' moeten door rechters gehoord worden, "if necessary privately, itself or through other persons or bodies, in a manner appropriate to his or her understanding, unless this would be manifestly contrary to the best interests of the child" (art. 6 sub b), en ook moet passend gewicht worden gehecht aan de mening van het kind (art. 6 sub c).⁴⁰²

Het Europees Verdrag onderstreept het belang van juridische ondersteuning voor kinderen in situaties waar de belangen van het kind niet overeenkomen met die van de ouders (art. 9 sub 1). Bij een belangenconflict moet er een speciale vertegenwoordiger voor de minderjarige worden benoemd; "in appropriate cases a lawyer" (art. 9 sub 2). Er blijft dan ook veel ruimte voor de verdragsstaten om te oordelen over welke minderjarigen in staat zijn om hun mening te uiten, wanneer sprake is van een belangenconflict en in welke zaken een advocaat de minderjarige zou moeten bijstaan. Desalniettemin wordt in het verdrag benadrukt dat kinderen recht hebben op een stem in familieprocedures en recht hebben op bijstand in geval van een belangenconflict.

Een laatste belangrijk onderdeel van het Europees Verdrag is te vinden in artikel 5: verdragsstaten moeten overwegen om kinderen extra procedurele rechten toe te kennen in procedures die hen aangaan, en daarbij wordt onder meer het recht om enkele of alle rechten van procespartijen zelfstandig uit te oefenen, met andere woorden, het toekennen van – al dan niet gedeeltelijke – procesbekwaamheid van minderjarigen.

2.5.9 Conclusie internationale kinderrechten

Uit de hierboven besproken relevante internationale bronnen en jurisprudentie over de procespositie van minderjarigen is gebleken dat kinderen het recht hebben om in procedures te participeren; zij moeten gehoord worden in procedures en hun stem of mening moet serieus genomen worden. Daarbij zouden leeftijdsgrenzen niet absoluut mogen zijn; er moet ruimte zijn om elk kind individueel te beoordelen op de mate waarin hij de procedure kan begrijpen en beslissingen kan overzien. Ook moeten jongere kinderen ondersteund worden om gehoord te worden in procedures en invloed te hebben op beslissingen die over hen worden genomen. Desalniettemin wordt in artikel 12 IVRK en de nadere interpretatie die het VN-Kinderrechtencomité hieraan heeft gegeven aan verdragsstaten ruimte gegeven om op basis van

402 Zie ook: Caroline Sawyer, *Child and Family Law Quarterly* 1999, p. 153, die van mening is dat het Europese Verdrag zeer restrictief is ten aanzien van de relevante bepalingen uit het IVRK: "the replacement of the UN Convention's test of the capacity to form and express a view with the ECECR test of 'sufficient understanding' is a retrograde step, entailing a much tougher test of mental or psychological capacity."

leeftijd en rijpheid onderscheid te maken tussen het verplicht uitnodigen om gehoord te worden van (slechts) een bepaalde categorie minderjarigen die met procedures te maken krijgen, bijvoorbeeld die van twaalf jaar en ouder, zo lang maar geen absolute grenzen worden gebruikt en elk kind individueel wordt beoordeeld.

Als we nader inzoomen op het recht van kinderen om gehoord te worden, dan blijken de internationale standaarden geen blauwdruk te geven voor de concrete implementatie van dit recht in een nationale rechtsorde. Kinderen zouden zelf mogen aangeven of zij direct (bij de rechter) of indirect (bijvoorbeeld bij een gedragsdeskundige) gehoord willen worden; in de praktijk zijn verschillende modellen mogelijk om dit invulling te geven en hebben verdragsstaten doorgaans een duidelijke voorkeur voor ofwel indirect horen, ofwel direct horen. Het IVRK schrijft voor dat aan de mening van het kind passend belang moet worden gehecht, in overeenstemming met zijn leeftijd en rijpheid. In de kinderrechtenuitvoer wordt erop gewezen dat deze bepaling in de praktijk beperkend werkt voor kinderen, omdat zij beoordeeld worden op hun 'competentie' en 'capaciteit' terwijl bijvoorbeeld voor volwassenen met beperkingen het uitgangspunt in internationale documenten juist is dat hun autonomie gerespecteerd moet worden en dat zij met ondersteuning mogen meebeslissen over alles wat hen aangaat. Artikel 12 IVRK zou derhalve ruimer geïnterpreteerd moeten worden en kinderen zouden voor het respecteren en realiseren van hun autonomie professionele ondersteuning moeten hebben bij het participeren in procedures, waarbij aan hun mening in beginsel gewicht moet worden toegekend. Ook het Europese Hof voor de Rechten van de Mens heeft het recht van kinderen op autonomie in procedures, waar het recht om gehoord te worden en serieus genomen te worden van kan worden afgeleid, uitdrukkelijk benoemd als essentieel voor kinderen die met familieprocedures te maken krijgen.

Over een mogelijke eigen rechtsingang wordt in de internationale documenten weinig genoemd. In de richtlijnen die zijn opgesteld door de internationale vereniging van familie- en jeugdrechters wordt specifiek genoemd dat kinderen recht hebben op zelfstandig hoger beroep; dit maakt onderdeel uit van een eigen rechtsingang. Maar over het zelfstandig starten van een procedure is niets concreets te vinden.

Hoewel de hierboven besproken internationale documenten derhalve geen concrete handvatten geven voor de vraag hoe op nationaal niveau de procespositie van kinderen in civiele procedures invulling moet worden gegeven, ademen alle documenten wel uit dat kinderen in beginsel mogen en moeten meedoen in civiele procedures door gehoord te worden en door serieus genomen te worden, waarbij zij voor het uitoefenen van hun autonomie ondersteuning nodig hebben. Het zou aan minderjarigen zelf moeten zijn om aan te geven hoe zij willen participeren in een procedure. Daarbij kunnen onder meer leeftijdsgrenzen in de wet worden gebruikt voor het hoorrecht, maar dit mag nooit betekenen dat kinderen onder deze leeftijdsgrenzen stelselmatig worden uitgesloten om gehoord te worden. Integendeel, juist bij het gebruik van leeftijdsgrenzen is het van belang dat er voor kinde-

ren onder deze grens mogelijkheden blijven bestaan om effectief te participeren in een procedure. Ook een discretionaire bevoegdheid van de rechter om kinderen onder een bepaalde leeftijdsgrens te horen, mag niet leiden tot een praktijk waar jongere kinderen in beginsel niet gehoord worden.⁴⁰³

2.6 SAMENVATTEND EN CONCLUSIES

Uit het bovenstaande blijkt dat minderjarigen in Nederland in het civiele recht in beginsel procesonbekwaam zijn en een afgeleide procespositie hebben van hun wettelijke vertegenwoordigers, waarbij de mogelijkheid bestaat tot benoeming van een bijzondere curator indien er een conflict is tussen de belangen van de minderjarige en de wettelijke vertegenwoordiger(s). In de afgelopen jaren zijn wel verschillende uitzonderingen gecreëerd voor de minderjarige om zelfstandig (zowel op formele als informele wijze) te procederen; deze zijn in het Burgerlijk Wetboek echter gefragmenteerd terug te vinden en hebben soms twaalf jaar, en soms zestien jaar als ondergrens. Inmiddels bestaat het civiel recht uit een wirwar aan verschillende regelingen, wat ervoor zorgt dat de hoofdregel van procesonbekwaamheid van de minderjarige inmiddels is ondergesneeuwd door tal van uitzonderingen op de regel. Het is de vraag of minderjarigen nog wel in staat zijn, zelfs met rechtsbijstand, om de (juiste) weg te vinden naar de rechter. Uit de rechtspraak van de afgelopen vijf jaar blijkt namelijk dat er weinig minderjarigen zijn geweest die gebruik hebben gemaakt van de zelfstandige rechtsingangen. Het lijkt ondertussen te ontbreken aan een doordacht, toegankelijk en duidelijk systeem met een uniforme benadering van de civiele procespositie van minderjarigen.

De minderjarige wordt in verzoekschriftprocedures in het familie- en jeugdrecht wel als belanghebbende aangemerkt. Dit ziet bijvoorbeeld op het recht op inzage en afschrift van de overlegde bescheiden in een procedure. Daarbij heeft de minderjarige wel wettelijke vertegenwoordigers nodig om de aan hem toegekende procedurele bevoegdheden uit te oefenen, tenzij de wet de minderjarige toestaat zelfstandig procedurele bevoegdheden uit te oefenen.

Ondanks dat er in de afgelopen jaren steeds gepleit is voor een zelfstandige rechtsingang van de minderjarige, is er door de regering aan het beginsel van processuele onbekwaamheid vastgehouden. De hiervoor aangevoerde argumenten om minderjarigen op bepaalde onderdelen wel een sterkere procespositie te geven en tegelijk minderjarigen geen zelfstandige rechtspositie toe te kennen, blijken niet consistent. Evenmin is door de jaren heen een duidelijk beleid of uniforme zienswijze te ontwaren ten aanzien van de civiele procespositie van minderjarigen.

403 Bruning & Liefwaard 2017 en Liefwaard & Bruning 2017.

Het argument dat steeds wordt gebruikt om de civiele procespositie in algemene zin niet te verbeteren, ziet op het feit dat men vindt dat de rechtspositie van de minderjarige op dit moment afdoende is geregeld. Zo kan de minderjarige worden vertegenwoordigd door zijn wettelijke vertegenwoordigers en is er de mogelijkheid om een bijzondere curator voor de minderjarige te benoemen bij conflicten tussen de minderjarige en de wettelijke vertegenwoordigers. De achterliggende reden van de terughoudendheid om minderjarigen een sterkere algemene rechtspositie in het civiele recht te geven, lijkt vooral gelegen te zijn in de angst dat dit de verhouding tussen minderjarigen en ouders zal verslechteren door een mogelijke juridisering van hun onderlinge relatie. Daarbij lijkt tevens de gedachte mee te spelen dat minderjarigen moeten worden beschermd tegen het voeren van een juridische procedure, omdat dit niet in hun belang zou zijn.

Uit de bestudering van de procespositie van de minderjarige in het bestuursrecht, waaronder de Jeugdwet, en het strafrecht blijkt dat de minderjarige in veel andere rechtsgebieden wel een mogelijkheid heeft om zelfstandig te procederen. Er lijkt in deze rechtsgebieden van een ander kindbeeld te worden uitgegaan, waarbij de minderjarige meer autonomie wordt toegekend. Zo zijn oudere minderjarigen vanaf zestien jaar in andere procedures in het civiele recht (zoals ten aanzien van het gezondheidsrecht of het arbeidsrecht) bekwaam om zelfstandig te procederen. In het bestuurs(proces)recht zijn alle minderjarigen procesbekwaam, mits de minderjarige tot een redelijke waardering van zijn belangen in staat kan worden geacht. In het straf(proces)recht komen minderjarigen vanaf twaalf jaar alle bevoegdheden toe die in het Wetboek van Strafrecht of Strafvordering aan een verdachte zijn toegekend. Minderjarigen krijgen in het strafrecht een advocaat toegevoegd en zolang de minderjarige nog geen zestien jaar is, komen de bevoegdheden in het strafproces eveneens toe aan zijn advocaat.

De figuur van de bijzondere curator wordt door de wetgever telkens genoemd als extra mogelijkheid voor de minderjarige om te participeren in civiele procedures indien de wettelijke vertegenwoordiger(s) hun kind niet kunnen of willen ondersteunen in de procedure. De bijzondere treedt als belangenbehartiger voor het kind in de civiele procedure op. De rechter kan een bijzondere curator benoemen voor een minderjarige als de belangen van de minderjarige in strijd zijn met die van zijn wettelijke vertegenwoordigers. In afstammingszaken is de benoeming van een bijzondere curator voor de minderjarige (ongeacht zijn leeftijd) bij de wet verplicht. De ondersteuning van de minderjarige in afstammingszaken lijkt zodoende goed geregeld. Wel kan men zich afvragen of in afstammingszaken de oudere minderjarige niet beter vertegenwoordigd kan worden door een advocaat die namens de minderjarige kan procederen in plaats van een bijzondere curator die uitdrukkelijk de taak heeft de belangen van de minderjarige te behartigen. De bijzondere curator heeft de afgelopen jaren een grote ontwikkeling doorgemaakt en heeft steeds meer bekendheid gekregen, waarbij ook sprake is van een

professionaliseringsslag van bijzondere curatoren. Ondanks dat uit cijfers blijkt dat de bijzondere curator steeds vaker wordt ingezet, blijkt ook dat in de afgelopen vijf jaar een substantieel deel van de verzoeken tot de benoeming van een bijzondere curator wordt afgewezen en dat het nog steeds om een relatief klein deel van alle familie- en jeugdzaken gaat.

Minderjarigen van twaalf jaar en ouder hebben in procedures wel het recht om te worden gehoord door de rechter. Alleen in zeer uitzonderlijke omstandigheden kan de rechter hiervan af zien. Kinderen onder de twaalf jaar *kunnen* door de rechter in de gelegenheid worden gesteld om te worden gehoord. Het niet horen van een twaalfminner hoeft de rechter niet te motiveren, behoudens bijzondere omstandigheden. Een uitzondering hierop zijn minderjarigen in gesloten jeugdhulp zaken; zij worden, ongeacht hun leeftijd, in de gelegenheid gesteld om te worden gehoord en hebben een zelfstandige rechtspositie.

Uit de praktijk blijkt de leeftijdsgrens van twaalf jaar strikt wordt toegepast en dat minderjarigen onder de twaalf jaar bijna niet worden gehoord. In de literatuur wordt door verschillende auteurs dan ook gepleit voor een verlaging van de leeftijdsgrens voor het horen van minderjarigen in civiele procedures, of voor een soepeler omgaan met de mogelijkheid om minderjarigen ook jonger dan twaalf jaar te horen, waardoor deze groep minderjarigen vaker gehoord wordt indien het kind dat zelf wil. Gebleken is verder dat de uitvoeringspraktijk van dit hoorrecht heel wisselend is; rechtbanken, hoven en rechters gaan verschillend om met de uitvoering van kindgesprekken, met het bepalen welke waarde er aan de stem van het kind wordt gehecht en met de terugkoppeling van de beslissing aan het kind. De visie van het kind wordt doorgaans wel (ook) indirect aan de kinderrechter kenbaar gemaakt, bijvoorbeeld via een raadsrapportage. Ook uit de invulling van het hoorrecht in civiele procedures en de toepassing daarvan blijkt een terughoudendheid te bestaan om kinderen te snel te laten participeren in civiele procedures. Daarbij is het doel van het horen van minderjarigen in procedures onduidelijk en is het de vraag of, en zo ja in hoeverre de stem van het kind meeweegt bij de te nemen beslissingen.

De analyse van relevante internationale bronnen en jurisprudentie over de procespositie van minderjarigen laat zien dat minderjarigen het recht hebben hun mening te geven en dat met die mening rekening moet worden gehouden; dit recht geeft hen de mogelijkheid aan procedures deel te nemen. Daarbij zouden leeftijdsgrenzen niet absoluut mogen zijn. Elk kind zou individueel moeten worden beoordeeld op de mate waarin hij de procedure kan begrijpen en beslissingen kan overzien. Ook moeten jongere kinderen ondersteund worden om gehoord te worden in procedures en invloed te hebben op beslissingen die over hen worden genomen. Op nationaal niveau bestaat echter ruimte om op basis van leeftijd en rijpheid onderscheid te maken tussen kinderen die met procedures te maken krijgen, zo lang maar geen absolute (leeftijds)grenzen worden gebruikt en elk kind individueel wordt

beoordeeld. In Nederland, waar een leeftijdsgrens voor het verplicht horen van kinderen van twaalf jaar wordt gebruikt, met daarbij een discretionaire bevoegdheid van de rechter om kinderen jonger dan twaalf jaar te horen, lijkt de wet niet direct te conflicteren met de uitgangspunten van internationale wet- en regelgeving, maar blijkt de uitvoeringspraktijk daar wel mee te knellen. Het is immers gebleken dat kinderen jonger dan twaalf jaar nauwelijks worden gehoord in procedures en dat strikt wordt vastgehouden aan de leeftijdsgrens van twaalf jaar. Dit bevestigt de zorgen die door verschillende auteurs vanuit de kinderrechtenuitvoerend literatuur worden geuit, namelijk dat in de praktijk blijkt dat kinderen, die behalve op leeftijd beoordeeld worden op hun 'competentie' en 'capaciteit', worden belemmerd bij het participeren in procedures vanwege de strenge toets die wordt gehanteerd zonder dat voldoende aandacht is voor het bieden van ondersteuning bij het realiseren van hun autonomie. Deze praktijk is niet in overeenstemming met dat wat voortvloeit uit internationale wet- en regelgeving.

Ten aanzien van het recht van minderjarigen om gehoord te worden, blijkt dat kinderen zelf de mogelijkheid zouden moeten krijgen om aan te geven of zij direct (bij de rechter) of indirect (bijvoorbeeld bij een gedragsdeskundige) gehoord willen worden. Aan de mening van het kind moet passend belang worden gehecht, in overeenstemming met zijn leeftijd en rijpheid. Uit het bovenstaande blijkt dat in Nederland minderjarigen in civiele procedures geen keuze hebben tussen het direct of indirect horen. Zij worden regelmatig indirect gehoord, bijvoorbeeld door de Raad voor de Kinderbescherming of de Gecertificeerde Instelling, maar deze instanties hebben geen specifieke taak om de stem van het kind aan de rechter over te brengen, zij moeten immers de gehele gezinssituatie in kaart brengen waar de stem van het kind slechts een onderdeel van uitmaakt. Ook is gebleken dat rechters in Nederland niet, uitzonderingen daargelaten, in hun beslissing duidelijk maken welk belang ze hechten aan de mening van de minderjarige die is gehoord in een civiele procedure.

Over een mogelijke eigen rechtsingang blijkt in de internationale documenten weinig te worden genoemd. Slechts in de richtlijnen die zijn opgesteld door de internationale vereniging van familie- en jeugdrechters wordt specifiek genoemd dat kinderen recht hebben op zelfstandig hoger beroep; dit maakt onderdeel uit van een eigen rechtsingang. In Nederland verschilt de positie van minderjarigen in civiele procedures van hun positie in bestuursrechtelijke en strafrechtelijke procedures, terwijl geen uniform beleid of kindbeeld kan worden gedistilleerd uit de parlementaire geschiedenis. Dit leidt voor minderjarigen in Nederland tot onduidelijkheid en verschil van rechtspositie afhankelijk van de procedure waar ze mee te maken krijgen en lijkt niet in overeenstemming met de uitgangspunten die in het bovenstaande zijn geformuleerd op basis van internationale wet- en regelgeving over de participatie van minderjarigen in procedures.