

Kinderontvoering en het belang van het kind
Lezing voor het Leidsch Juridisch Genootschap, 24 september 2008, Juridische Faculteit
Leiden, prof. Mariëlle R. Bruning

Dames en heren,

Op uitnodiging van het Leids Juridisch Genootschap wil ik u vandaag laten kennismaken met één van de onderwerpen waarmee ik me vanuit mijn Leidse bijzondere leerstoel Jeugdrecht bezig houd. Vanuit mijn leerstoel bestudeer en onderwijs ik de positie van de minderjarige in het recht en daarbij is dit bij uitstek een interdisciplinair rechtsgebied waarbij zowel het civiele recht, het strafrecht, het staats- en bestuursrecht en het internationale recht een rol spelen. Daarbij zijn ook andere disciplines dan de juridische onmisbaar, zoals de orthopedagogiek en ontwikkelingspsychologie en de kinder- en jeugdpsychiatrie.

Opzet betoog

Vandaag wil ik het thema internationale kinderonvoering centraal stellen, en daarbij in het bijzonder ingaan op de belangen en de positie van kinderen die hiermee te maken krijgen. Als gevolg van de globalisering in de twintigste eeuw zijn er steeds meer internationale huwelijken en samenlevingsrelaties. Hierdoor zijn er ook veel meer kinderen gekomen met ouders die een verschillende culturele achtergrond en nationaliteit hebben. Op het moment dat deze internationale relaties worden verbroken, kunnen er gecompliceerde problemen ontstaan rond het gezag over het kind en de omgang met het kind op het moment dat beide ouders van het kind niet meer in hetzelfde land willen wonen.

Ik zal in deze lezing ingaan op de internationale regels die gelden op het moment dat een procedure wordt aangespannen door de achterblijvende ouder op het moment dat zijn of haar kind door de ex-partner naar het buitenland – meestal het land waar de ontvoerende ouder oorspronkelijk vandaan komt – wordt meegenomen. Ik zal laten zien dat de regels in sterke mate de snelle terugkeer van het kind voorstaan. Daarbij zal ik ook ingaan op het feit dat de toepassing van deze regels in de praktijk tot belangrijke knelpunten leidt die de belangen van het kind raken. Dit is inmiddels duidelijk geworden uit jurisprudentie, maar ook uit schrijvende verhalen die in de media breed zijn belicht. Nadat ik de belangen van het kind bij kinderonvoering nader zal hebben toegelicht met gebruik van bepalingen uit het VN-Verdrag inzake de Rechten van het Kind zal ik trachten enige aanzetten te geven tot verbeteringen voor het kind dat te maken krijgt met internationale kinderonvoering.

Juridische kader internationale kinderonvoering

Voordat ik nader inga op de juridische knelpunten voor kinderen die met kinderonvoering te maken krijgen, is het belangrijk om kort te schetsen welke regels nu precies van toepassing zijn in kinderonvoeringsprocedures en hoe vaak internationale kinderonvoering nu eigenlijk voorkomt. Ten eerste kort iets over het juridisch kader. De verblijfplaats van een kind wordt bepaald door de ouder die het ouderlijk gezag heeft over het kind. Tijdens huwelijk oefenen de ouders het ouderlijk gezag gezamenlijk uit. Dat betekent dat beide ouders samen beslissen over de verblijfplaats van een kind. Na echtscheiding behouden ouders tegenwoordig vaak samen het ouderlijk gezag, hoewel meestal maar één van de ouders de verzorgende ouder is en de andere ouder regelmatig omgang krijgt met het kind. In Nederland is het sinds 1998 regel dat ouders na echtscheiding het gezamenlijk ouderlijk gezag blijven uitoefenen, tenzij het kind dan klem of verloren dreigt te raken en derhalve eenhoofdig gezag is gerechtvaardigd. Ook buiten huwelijk kunnen ouders samen het ouderlijk gezag uitoefenen, zowel tijdens als na verbreking van de relatie.

Als ouders uit een internationale relatie na verbreking van deze relatie gezamenlijk het ouderlijk gezag blijven uitoefenen, mag een ouder alleen met toestemming van de andere ouder het kind naar het buitenland brengen en daarmee een wijziging in de verblijfplaats van het kind aanbrenen.

Internationale instrumenten

Als een kind in strijd met het gezagsrecht van zijn gewone verblijfplaats naar een ander land wordt overgebracht of na een verblijf in een ander land – bijvoorbeeld in het kader van een omgangsregeling – niet terugkeert, is er sprake van internationale kinderontvoering. Om het probleem van internationale kinderontvoering aan te pakken hebben landen onderling afspraken gemaakt in het Europees Kinderontvoeringsverdrag van 1980 en het Haags Kinderontvoeringsverdrag van 1980. Beide verdragen zijn voor Nederland op 1 september 1990 in werking getreden, samen met een uitvoeringswet bij beide verdragen. Het Haags Kinderontvoeringsverdrag (HKOV) is binnen het kader van de Haagse Conferentie voor Internationaal Privaatrecht tot stand gekomen. Daarnaast is de op 1 maart 2005 in werking getreden EU Verordening Brussel II-bis van invloed op internationale kinderontvoeringen. Voor de volledigheid wil ik opmerken dat de drie internationale regelingen niet slechts bepalingen bieden over kinderontvoering, maar ook over internationale omgangsregelingen. Recent blijkt van een gestage groei in het aantal verzoeken tot het treffen van een internationale omgangsregeling. Het overgrote deel van deze verzoeken wordt gedaan door de vader.

Het Europees Kinderontvoeringsverdrag is opgezet als een regeling voor de erkenning en tenuitvoerlegging van gezagsbeslissingen die door een rechter zijn genomen. In de praktijk wordt dit verdrag nauwelijks gebruikt. Voor de toepassing van het HKOV is slechts een gezagsverhouding vereist die zowel uit de wet als uit een rechterlijke beslissing kan voortvloeien. Het moet gaan om een feitelijke gezagsuitoefening. De Verordening Brussel II bis, die dus pas in 2005 in werking is getreden, geeft ook regels ter voorkoming van ontvoeringen van kinderen binnen de EU. Volgens de algemene bevoegdheidsregel blijven de rechterlijke instanties van de lidstaat waar het kind voor de ontvoering zijn gewone verblijfplaats had na de ontvoering bevoegd, tenzij het kind in een andere lidstaat over een gewone verblijfplaats beschikt (met toestemming van de ouder met gezag en na een verblijf van minimaal een jaar). De Verordening biedt nauwelijks mogelijkheden om in het belang van het kind niet tot terugkeer van het kind naar het land van herkomst te gelasten. Omdat verreweg de meeste internationale kinderontvoeringszaken vooralsnog via het HKOV worden ‘opgelost’, zal ik het vandaag verder alleen over het HKOV hebben. Eerst zal ik echter kort ingaan op de vraag hoe vaak een internationale kinderontvoering nu precies voorkomt.

Cijfers kinderontvoering

De Nederlandse Centrale Autoriteit, een onderdeel van het ministerie, geeft invulling aan de verplichtingen uit het HKOV en behandelt zaken waarbij een kind vanuit het buitenland naar Nederland is ontvoerd, of zaken waarbij een kind vanuit Nederland naar het buitenland wordt ontvoerd. Onlangs presenteerde de Minister van Justitie het statistisch overzicht internationale kinderontvoering 2007 aan de Tweede Kamer. In 2007 heeft de Centrale Autoriteit 112 verzoeken internationale kinderontvoering in behandeling genomen: 38 inkomende verzoeken en 74 uitgaande verzoeken. Ook heeft de Centrale Autoriteit een aantal omgangsverzoeken behandeld. De ingediende verzoeken kinderontvoering hadden betrekking op 165 kinderen. Zowel bij inkomende als uitgaande zaken blijkt dat de ontvoerende ouder vaker de moeder is dan de vader; in ongeveer 70% van de verzoeken is de moeder de ontvoerende ouder. Van alle ontvoeringszaken ging het vorig jaar in 14 gevallen om ontvoering naar een niet-verdragsland bij het HKOV. Het merendeel van deze zaken ging om een ontvoering naar een islamitisch

land in het Midden-Oosten, in 3 zaken betrof het een ontvoering naar Marokko. Cijfers over de afgelopen jaren laten zien dat gemiddeld zo'n 20% van de ontvoeringen uit Nederland een niet-verdragsland betreffen. Een ruime meerderheid van de internationale kinderontvoeringszaken kan dus met inzet van het HKOV worden aangepakt.

HKOV

Terug naar het HKOV: de doelstelling van dit verdrag is het verzekeren van de onmiddellijke terugkeer van kinderen die ongeoorloofd zijn overgebracht of worden vastgehouden in een verdragsland. Als het gaat om ongeoorloofde meenamen van een kind naar een ander land of ongeoorloofde terughouding van het kind na omgang, dan is het uitgangspunt dat het kind zo snel mogelijk terug moet naar het land van herkomst (art. 12 HKOV). Van ongeoorloofde overbrenging is sprake als dit gebeurt in strijd met een gezagsrecht, dat wil zeggen zonder toestemming van degene die (mede) het gezag uitoefent, doorgaans de ouder. Als over de definitieve gezagsvoorziening moet worden geprocedeerd, dan moet dat gebeuren in het land van herkomst van het kind. Het verdrag is van toepassing op elk kind dat jonger is dan zestien jaar en dat voorafgaande aan de meenamen naar het buitenland woonde in een land dat partij is bij het verdrag.

Er zijn op het uitgangspunt van directe terugkeer van het kind enkele uitzonderingsgronden genoemd in het HKOV, zodat enigszins rekening kan worden gehouden met de omstandigheden van het geval. Als de achterblijvende ouder binnen een jaar na de ontvoering een procedure tot teruggeleiding van het kind start via de Centrale Autoriteit, dan zijn deze weigeringsgronden restrictief geformuleerd. Als eenmaal is geconstateerd dat de ontvoering of achterhouding ongeoorloofd is, dan is het aan de ontvoerende ouder om feiten te stellen die de weigeringsgronden kunnen dragen en om deze aan te tonen of aannemelijk te maken. Als een achterblijvende ouder niet binnen een jaar een verzoek tot teruggeleiding doet en aangetoond kan worden dat het kind inmiddels is geworteld in zijn nieuwe omgeving, dan hoeft de rechter geen terugkeer te gelasten. Als wel binnen een jaar om terugkeer van het kind wordt gevraagd, dan zijn de uitzonderingsgronden hiervoor dat:

1. degene die om terugkeer verzoekt, het gezagsrecht niet daadwerkelijk uitoefende of toestemde dan wel beruiste in het niet doen terugkeren van het kind (art. 13 lid 1a HKOV);
2. er een ernstig risico bestaat dat het kind door terugkeer wordt blootgesteld aan een lichamelijk of geestelijk gevaar of op andere wijze in een ondragelijke toestand wordt gebracht (art. 13 lid 1b HKOV);
3. als wordt vastgesteld dat het kind zich verzet tegen zijn terugkeer en een leeftijd en mate van rijpheid heeft bereikt, die rechtvaardigt dat met zijn mening rekening wordt gehouden (art. 13 lid 2 HKOV);
4. de terugkeer kan tenslotte worden geweigerd als deze op grond van fundamentele beginselen die betrekking hebben op de bescherming van de rechten van de mens en de fundamentele vrijheden niet zou zijn toegestaan (art. 20 HKOV). Uit de toelichting bij deze bepaling wordt duidelijk dat het hier om zeer uitzonderlijke omstandigheden moet gaan, zoals de situatie dat een kind zou kunnen worden gearresteerd of mishandeld als wraakoefening jegens ouders of familieleden die politiek onwelgevallige handelingen tegenover het heersende regime hebben verricht. Een beroep op deze uitzonderingsgrond is nog nooit door een Nederlandse rechter gehonoreerd.

De tweede weigeringsgrond, het in een ondragelijke toestand brengen van een kind bij terugkeer, wordt in de praktijk het meest aangevoerd. Tegelijkertijd heeft de Hoge Raad geen

enkel beroep op deze weigeringsgrond gehonoreerd, ondanks beslissingen van het Hof en de adviezen van de Raad voor de Kinderbescherming of andere deskundigen. Bij deze weigeringsgrond kunnen we denken aan factoren zoals mishandeling van het kind, drugsgebruik of alcoholisme. In de praktijk worden echter vaak 'lichtere' factoren aangedragen bij deze weigeringsgrond: de verzorgende ouder, meestal de moeder, heeft in het land van herkomst geen (familie)netwerk, heeft geen of weinig inkomen, haar diploma's worden niet erkend, zij kan geen goede advocaat betalen voor de gezags- en alimentatieprocedure en ziet als enige uitweg het teruggaan naar Nederland met de kinderen. Ook wordt vaak aangevoerd dat moeder bij terugkeer naar het land van herkomst in een zeer onwenselijke situatie terecht komt: ze wordt aangehouden op de aangifte door de achtergebleven vader van de ontvoering van het kind, heeft geen woonruimte of middelen om in haar levensonderhoud te voorzien of heeft inmiddels een nieuwe partner of nieuwe kinderen in Nederland die zij niet kan achterlaten.

De Hoge Raad is zeer duidelijk over de interpretatie van deze weigeringsgrond: een restrictieve interpretatie volgt uit de bedoeling van het HKOV en is tevens in lijn met uitspraken van andere hoogste rechtscolleges (zoals het Duitse Bundesverfassungsgericht en het Zwitserse Bundesgericht). Het gaat bij deze weigeringsgrond om de vraag of het kind bij terugkeer in een ondragelijke toestand zou komen als de moeder niet mee terug gaat. Daarvan zou pas sprake zijn als aangetoond is dat de vader niet goed voor het kind zou kunnen zorgen. De implicaties die de terugkeer van het kind bij een scheiding met de verzorgende ouder, die niet mee teruggaat, met zich meebrengen, maken nu juist dat er steeds meer kritiek is op deze restrictieve interpretatie. Hierop kom ik straks terug aan de hand van de zaak Noa. Eerst wil ik echter ingaan op de belangen van het kind zoals deze voortvloeien uit het HKOV en andere internationale verdragen.

Belangen van het kind

In het HKOV zijn de belangen van het kind zo ingevuld, dat het in diens belang wordt geacht dat het zo spoedig mogelijk terug gaat naar het land van herkomst, tenzij uitzonderlijke omstandigheden maken dat sprake is van een uitzonderingsgrond voor terugkeer. Gedachte hierbij is dat het in het algemeen schadelijk is voor een kind om uit zijn vertrouwde omgeving te worden weggehaald en – in elk geval voor een bepaalde tijd – alle contact met de achterblijvende ouder te verliezen. Dit uitgangspunt kunnen wij, zo lijkt me, in beginsel goed volgen. Ook het Europees Hof voor de Rechten van de Mens heeft zich in de afgelopen jaren vaker uitgesproken over kinderontvoeringszaken. Hierbij werd het HKOV door het Hof als interpretatiemiddel aangevoerd voor een invulling van het recht op respect voor familie- en gezinsleven tussen kind en ouders. Het Hof heeft herhaaldelijk geoordeeld in zaken waarin de procedure voor de rechter lang duurde: een snelle procedure is een positieve verplichting die voortvloeit uit art. 8 EVRM. Een procedure die 18 maanden heeft geduurd zonder goede verklaring levert dan ook een schending van art. 8 EVRM op. Elke vertraging van meer dan zes weken verdient volgens het Europees Hof uitleg.

In het VN-verdrag inzake de Rechten van het Kind (IVRK) is ook een bepaling over internationale kinderontvoering te vinden. Art. 11 IVRK bepaalt dat de lidstaten maatregelen nemen ter bestrijding van de ongeoorloofde overbrenging van kinderen naar en het niet doen terugkeren van kinderen uit het buitenland, en dat hiertoe tussen Staten overeenkomsten worden gesloten. Het HKOV voldoet in dat opzicht aan deze bepaling. Ook de zogenaamde paraplubepaling van het IVRK, artikel 3, waarin is genoemd dat bij alle maatregelen betreffende kinderen de belangen van het kind de eerste overweging vormen, komt in beginsel overeen met het uitgangspunt uit het HKOV dat een kind niet mag worden meegenomen naar het buitenland zonder toestemming van de achterblijvende ouder met gezag en dat het in het

belang van het kind is om zo snel mogelijk terug te keren naar het land van herkomst, waarna de rechter aldaar bevoegd is om te beslissen over gezags- en omgangskwesties.

Maar wat nu in het geval dat de ontvoerende ouder de verzorgende ouder is die niet kan of wil teruggaan naar het land van herkomst, en het gaat om een jonger kind dat veilig gehecht is aan deze primaire opvoeder, of om een ouder kind dat duidelijk aangeeft niet terug te willen naar de andere ouder? Of, om het nog gecompliceerder te maken: wanneer daarbij de procedure al geruime tijd heeft geduurd, waardoor het kind geworteld is geraakt in de nieuwe omgeving, daar op school zit en intensief contact heeft met de familie? In dat geval komen ook andere belangen van het kind kijken. Ik wil dit illustreren aan de hand van de Noa-zaak.

Noa

In 2000 wordt Noa geboren in Italië uit een Nederlandse moeder en een Italiaanse vader. Beide ouders hebben het gezamenlijk ouderlijk gezag. Het meisje woont in haar eerste levensjaren op verschillende plaatsen: Italië, de Canarische Eilanden, Spanje en Nederland. Het langst heeft zij in Italië gewoond. In 2003 heeft moeder tevergeefs de Italiaanse rechter om toestemming gevraagd om naar Nederland te verhuizen. Wel vertrouwde de Italiaanse rechter Noa voorlopig aan moeder toe met de bepaling dat zij gedurende het onderzoek Italië niet mocht verlaten. In de zomer van 2004 vertrekt moeder met haar dochter naar Nederland, nadat haar Nederlandse advocaat haar daartoe heeft geadviseerd. Zij geeft als reden aan dat haar ex-partner, de vader van Noa, haar stalkte en bedreigde, dat zij in een soort blijf van mijn lijf huis zat met Noa zonder dat ze enige eigen financiële middelen had, en dat ze in Nederland een beter leven voor ze wilde starten. Vader schakelt de Centrale Autoriteit in om Noa terug te halen naar Italië.

Eind 2004 dient de Centrale Autoriteit een verzoek in bij de rechtbank om Noa terug te brengen naar Italië op grond van het HKOV. Tijdens de procedure bij de rechtbank bleek dat er een grote kans bestond dat Noa bij terugkeer in Italië in een kindertehuis zou worden geplaatst en niet uitgesloten moest worden dat zij langdurig gescheiden zou zijn van haar moeder die voor de verzorging en opvoeding de enige stabiele factor in haar leven is geweest. De rechtbank honoreert dan ook het beroep dat moeder doet op de weigeringsgrond van art. 13 lid 1 HKOV, namelijk dat Noa in een ondragelijke toestand zou raken bij terugkeer naar Italië. Het verzoek tot teruggeleiding wordt in februari 2005 afgewezen. Op 15 mei 2005 wordt deze uitspraak door het Hof Amsterdam bekrachtigd. Het Hof hechtte grote waarde aan het pleidooi van moeder dat Noa niet door haar vader zelf zou worden opgevoed, maar met behulp van Italiaanse familieleden, dat een verblijf van moeder in Italië tot hevige conflicten met haar ex-partner zou leiden terwijl haar dochter in de strijd zou worden betrokken, en dat een gedwongen scheiding van dochter en moeder het meisje zou beroven van de tot dusver enige stabiele factor in haar leven.

Vader stelt cassatieberoep in bij de Hoge Raad en komt op tegen de beslissing van het Hof dat de weigeringsgrond van art. 13 lid 1 HKOV van toepassing is. De Hoge Raad oordeelt in januari 2006 dat de argumenten van het Hof onvoldoende zijn voor een beroep op deze weigeringsgrond. Het doel en de strekking van het HKOV brengen volgens de Hoge Raad met zich mee dat deze weigeringsgrond restrictief moet worden toegepast. De strenge voorwaarden uit de weigeringsgrond zijn niet louter vervuld op grond van het oordeel dat het belang van het kind in het land van herkomst minder goed gediend is dan in het land van de aangezochte rechter. Volgens de Hoge Raad bestaat er voor het meisje geen ernstig risico dat zij door terugkeer naar Italië wordt blootgesteld aan lichamelijk of geestelijk gevaar of op andere wijze in een ondragelijke toestand wordt gebracht. De omstandigheden komen hoogstens erop neer dat de situatie van Noa na terugkeer naar Italië voor haar verzorging en

opvoeding minder gunstig zou zijn dan die waarin zij in Nederland verkeert. De Hoge Raad vernietigt de beschikking van het Hof en verwijst de zaak door naar Hof Den Haag. Het Hof Den Haag beslist in januari 2007, bijna een jaar later – na een bemiddelingspoging tussen vader en moeder die op niets is uitgelopen – dat het meisje terug moet naar Italië omdat de weigeringsgrond uit artikel 13 lid 1 HKOV niet opgaat. Het Hof gelastte de afgifte van het kind aan vader binnen één week.

Moeder stelt vervolgens cassatieberoep in. In afwachting hiervan duikt zij met Noa onder. De achtervolging op moeder en Noa is in de media groots uitgemeten. Ze zijn klem gereden met politiewagens, het meisje is zonder afscheid bij moeder weggehaald en aan vader afgegeven na een verblijf van bijna drie jaar in Nederland. Op 28 september 2007 heeft de Hoge Raad opnieuw uitspraak gedaan en het cassatieberoep verworpen. Sinds 2007 woont Noa bij haar vader in Italië en heeft haar moeder slechts één keer per maand twee uur recht op omgang onder begeleiding van een maatschappelijk werker. Belangrijk hierbij is nog te melden dat al in 2005 de Italiaanse rechter heeft bepaald dat het ouderlijk gezag alleen door vader wordt uitgeoefend. Moeder is nooit bij deze procedure betrokken geweest en heeft nooit haar mening kunnen geven over deze gezagswijziging. Noa mag niet op vakantie naar Nederland en zelfs telefooncontact verloopt zeer moeizaam vanwege de negatieve houding van vader. Met haar Nederlandse oma heeft Noa in het geheel geen contact meer.

Belangen van het kind

De beslissing van de Hoge Raad in de Noa-zaak heeft tot veel kritiek geleid, omdat men kan twifelen aan de vraag of de terugleiding van dit meisje naar Italië, met daarbij een scheiding tussen het kind en haar verzorgende moeder en familie, in haar belang is. Zoals we eerder hebben geconstateerd, is het uitgangspunt om een kind bij internationale kinderontvoering zo snel mogelijk naar het land terug te brengen, een mooi streven, maar wat nu als het anders loopt en een snelle terugleiding van het kind niet wordt gerealiseerd? In de Noa-zaak waren de rechtbank en het Hof Amsterdam van mening dat Noa niet terug hoefde naar Italië. Noa en haar moeder hebben dus een behoorlijke tijd in Nederland gewoond met het vooruitzicht op langdurig verblijf. Pas ruim 2,5 jaar later volgde de uitspraak van de Hoge Raad en wijzigde dit vooruitzicht. Noa kwam op driejarige leeftijd naar Nederland en heeft hier een kleine drie jaar gewoond met haar moeder als primaire verzorger. De scheiding van haar verzorgende ouder, die voor continuïteit en stabiliteit in haar leven zorgde, de wijze waarop zij van haar moeder werd gescheiden zonder de mogelijkheid om afscheid te nemen of persoonlijke spulletjes mee te nemen naar Italië, de zeer geringe mogelijkheden tot contact met haar moeder vanuit Italië zijn aspecten die direct in strijd zijn met de belangen van Noa.

Het IVRK garandeert – zoals ik eerder aangaf – dat bij alle maatregelen de belangen van het kind voorop staan (artikel 3), garandeert het recht op contact tussen kind en ouders (art. 9 lid 3 IVRK) en het recht op gezinsleven van een kind met beide ouders (art. 16 IVRK) en het recht op continuïteit en stabiliteit in de opvoeding (art. 20 IVRK). Artikel 12 IVRK bepaalt verder dat elk kind het recht heeft om zijn mening te geven en dat daaraan passend belang moet worden gehecht. Daarbij vloeit uit art. 8 EVRM voort dat ook een kind recht heeft op snelle procedures bij internationale kinderontvoering.

Het principiële belang van het kind op snelle terugkeer bij internationale kinderontvoering is, zoals in deze zaak duidelijk werd, dan ook niet het enige aspect dat telt bij de invulling van de belangen van een kind bij internationale kinderontvoering. Vanwege de beperkt geformuleerde weigeringsgronden voor terugkeer van een kind naar het land van herkomst en de restrictieve interpretatie die daaraan door de Hoge Raad wordt gegeven, concludeer ik dat er in met de huidige bepalingen uit het HKOV onvoldoende ruimte is om de belangen van het

kind zorgvuldig en volledig te toetsen in situaties waarin een snelle terugkeer onmogelijk is gebleken.

Verbeteringen gewenst

In de literatuur zijn naar aanleiding van de Noa-zaak diverse voorstellen tot verbetering gedaan. Zo heeft mijn Leidse collega prof. Martijn Polak gesuggereerd dat een toetsing in deze zaak aan art. 20 HKOV, namelijk de weigeringsgrond voor terugkeer op basis van fundamentele beginselen en vrijheden, in deze zaak wellicht uitkomst had kunnen bieden. Aangezien de toelichting bij deze bepaling echter doelt op zeer uitzonderlijke, schrijnende situaties, ben ik bang dat art. 20 HKOV niet tot een andere beslissing zou hebben geleid. Tijdens de totstandkoming van het HKOV in de jaren zeventig van de vorige eeuw was het meestal de vader die de kinderen meenam naar een ander land. Inmiddels blijkt in zo'n 70% van de gevallen de verzorgende moeder de kinderen te ontvoeren. Dit zou tot een betere inbedding van de belangen van het kind in het HKOV moeten leiden. Tijdens de laatste Special Commission bijeenkomst van de Haagse Conferentie inzake Internationaal Privaatrecht in 2006 is gediscussieerd over voorstellen van de Zwitserse delegatie om het belang van het kind beter naar voren te laten komen in procedures. Het ging o.a. om het voorstel de éénjaartermijn uit art. 12 HKOV te verkorten, de weigeringsgrond uit art. 13 lid 1 HKOV te herformuleren om de relatie tussen het belang van het kind en het terugsturen van het kind te verduidelijken en om de 'safe return' van kinderen onder het HKOV te verzekeren. De overige lidstaten blijken echter zeer terughoudend in het accepteren van dergelijke aanpassingen. Het Zwitserse voorstel werd dan ook niet aangenomen. Aanpassing van het HKOV zou dan ook een jarenlange exercitie zijn vol tegenwerking.

Prof. De Boer stelt voor om de procedure te versnellen door de mogelijkheid van cassatieberoep en kort geding te laten vervallen. Zelf zoek ik verbeteringen in eerste instantie ook in een versnelling van de procedure. Ik vind het beperken van beroepsvoorzieningen en kort geding echter vrij drastisch. Zo kan een kort geding soms uitkomst bieden in geval van gevaar voor het kind. Zelf zou ik een termijn van maximaal zes maanden willen bepleiten voor de gehele procedure. Dit betekent dat de procedure bij de drie instanties telkens hoogstens twee maanden mag zijn. De Hoge Raad zou voor kinderontvoeringszaken een snellere procedure moeten bieden en deze zaken zelf moeten afdoen zonder terugverwijzing naar het Gerechtshof. Hiermee zou al veel zijn gewonnen.

Verder zou bij een beslissing tot teruggeleiding voldoende aandacht moeten zijn voor een veilige en zorgvuldige terugkeer van het kind met voldoende contact met de achterblijvende ouder, die vaak niet mee komt of kan komen. Hoewel de aangezochte rechter zelf geen zeggenschap heeft over de wijze van terugkeer en de invulling van het contact tussen het kind en de ontvoerende ouder, moet dit wel een belangrijk aandachtspunt zijn. Teveel kinderontvoeringszaken hebben laten zien dat je niet altijd kunt vertrouwen op een eerlijke en zorgvuldige procedure in het land van herkomst, alleen al omdat regelmatig een onherroepelijke beslissing is genomen ten tijde van de ontvoering, zonder dat de ontvoerende ouder bij de procedure betrokken is geweest.

Eigen mening van het kind

Tenslotte wil ik nog kort stilstaan bij de eigen mening van het kind. Zoals ik eerder aangaf, is één van de weigeringsgronden dat het kind zich verzet tegen zijn terugkeer en een leeftijd en mate van rijpheid heeft bereikt, die rechtvaardigt dat met zijn mening rekening wordt gehouden. Naar mijn weten is over deze uitzonderingsgrond nog nauwelijks jurisprudentie bekend. In juli 2008 besliste het Hof Amsterdam in een zaak waarin het leek alsof de Nederlandse moeder na haar verblijf in Australië met haar dochter naar Nederland kwam, haar zaakjes goed had geregeld. Op 3 juli besliste het Hof (BD6793, verwijzing van HR:

BC8942) in deze zaak die door de Hoge Raad was terugverwezen. Een Nederlandse moeder emigreerde in 2000 met haar Australische partner en hun eenjarige dochter naar Australië. In 2005 werd de relatie verbroken. Ouders kwamen overeen - en dit werd door de rechter bekrachtigd - dat moeder zich met het kind in Nederland mocht hervestigen. Moeder dacht hiermee haar vertrek naar Nederland zorgvuldig juridisch geregeld te hebben. Vlak voordat zij in 2007 wilde vertrekken, heeft vader bij de rechter een verzoek tot '*Parenting Orders*' ingediend. Na de behandeling ter zitting is moeder naar Nederland vertrokken. In de procedure die tot de uitspraak van de Hoge Raad heeft geleid, stond de vraag centraal of sprake was van 'ongeoorloofde overbrenging'. Moeder was overtuigd dat dit niet het geval was, maar uit een (art. 15) verklaring van de Australische rechter bleek dat de rechter medebelast was met een gezagsrecht over het kind vanwege het door vader ingediende verzoek; daarom werd moeder in het ongelijk gesteld.

Toen deze zaak diende bij het Hof Amsterdam was de dochter inmiddels 9 jaar oud en sinds ruim een jaar in Nederland. Zij had al enkele jaren nauwelijks meer contact met haar vader. Het Hof oordeelde dat sprake was van een ernstig risico op een ondraaglijke toestand als zij naar Australië terug moest (art. 13 lid 1 HKOV). Het meisje is hierover gehoord door de rechter, gaf huilend aan dat zij niet naar haar vader wilde en maakte een getraumatiseerde indruk. Volgens een deskundige bleek zij ernstige klachten te hebben vanwege het vooruitzicht op terugkeer. Het Hof gaf aan zich niet meer te hoeven buigen over art. 13 lid 2 HKOV (het kind verzet zich en heeft een leeftijd en mate van rijpheid die rechtvaardigt dat rekening wordt gehouden met zijn mening).

Het is verheugend dat hiermee aan de mening en de belangen van het meisje passende waarde is gehecht, al had het wellicht meer voor de hand gelegen om juist – gezien de vaste jurisprudentie van de Hoge Raad t.a.v. de weigeringsgrond van art. 13 lid 1 HKOV – art. 13 lid 2 HKOV van toepassing te verklaren. Het is nog maar de vraag of deze uitspraak bij de Hoge Raad stand zou houden. Inmiddels is duidelijk dat geen cassatieberoep wordt ingesteld. Voor het meisje betekent dit rust, stabiliteit en continuïteit in de opvoeding na een zware juridische strijd tussen haar ouders. De beginselen uit het IVRK om de belangen van het kind de eerste overweging te laten zijn en passend belang te hechten aan de mening van het oudere kind worden hiermee onderstreept. Tegelijk wordt duidelijk dat het zelfs voor ouders die met schriftelijke toestemming van de ex-partner met hun kind naar het buitenland vertrekken nog bijzonder lastig kan zijn om een kinderontvoeringsprocedure te 'winnen', vooral als het gaat om een jong kind dat zich nog onvoldoende kan verwoorden. Het valt te hopen dat ook in die gevallen de belangen van het kind centraal zullen staan en zorgvuldig worden gewogen. Voor oudere kinderen biedt de weigeringsgrond van art. 13 lid 2 HKOV mogelijkheden om een kind niet terug te sturen naar het land van herkomst zonder de verzorgende ouder. Hierbij moet wel telkens zorgvuldig worden beoordeeld of een kind in staat is om gehoord te worden door de rechter. Een deskundigenverklaring over de mening van het kind kan voor het kind belangrijke meerwaarde hebben, omdat een verklaring ter zitting snel als zeer ingrijpend wordt ervaren.

Concluderend

Concluderend hoop ik duidelijk te hebben gemaakt dat de huidige internationale bepalingen ten aanzien van internationale kinderontvoering in een veranderde maatschappij onvoldoende recht doen aan een zorgvuldige afweging van de belangen van het kind dat door de verzorgende ouder naar het buitenland wordt meegenomen. Het uitgangspunt waarop de regelingen zijn gebaseerd, namelijk dat teruggeleiding van het kind naar het land van herkomst in alle situaties in het belang van het kind zou zijn, blijkt in de praktijk niet altijd op te gaan in situaties waarin de verzorgende moeder het jonge kind meeneemt naar het buitenland, daar een nieuw bestaan opbouwt, en een kinderontvoeringsprocedure lange tijd

duurt. De weigeringsgronden voor terugbrenging van het kind naar het land van herkomst zijn restrictief geformuleerd en worden te restrictief geïnterpreteerd, er zijn onvoldoende mogelijkheden voor rechters om bij een beslissing tot terugbrenging van het kind een veilige terugkeer naar het land van herkomst te garanderen en kinderontvoeringsprocedures duren al snel te lang voor vooral jonge kinderen. Een versnelling van procedures zou een eerste stap vooruit zijn. Wellicht zou een beroep op en toetsing aan de weigeringsgrond uit art. 13 lid 2 HKOV – verzet van het oudere kind tegen terugkeer – in de praktijk soms een oplossing kunnen betekenen. Daarbij moet wel altijd zorgvuldig worden gewogen op welke wijze de mening van het kind gehoord zal worden. Tenslotte zal de komende jaren aan andere voorstellen tot verbetering – die ik hier omwille van de tijd achterwege heb gelaten – aandacht moeten worden besteed en zal het Europees Hof voor de Rechten van de Mens hopelijk in een kinderontvoeringszaak een aparte toetsing van IVRK-bepalingen naast de bepalingen uit het HKOV verrichten. Tenslotte gaat het immers uiteindelijk om het beschermen van kinderen die terecht zijn gekomen in de hevige strijd tussen ex-partners; zij mogen niet het kind van de rekening worden.