

De eigen(aardige) procesbevoegdheid van de minderjarige

Ewout Jansen¹

In het bestuursrecht en het strafrecht kan een minderjarige zelfstandig procederen. In het civiele procesrecht is sprake van een complex stelsel waarin talloze uitzonderingen de hoofdregel van procesonbekwaamheid onder hebben gesneeuwd. Deze bijdrage inventariseert dat algemene kader, somt enkele uitzonderingen op en analyseert met name de informele rechtsingang van het kind na een echtscheiding en de bijzondere rechtsfiguur van de bijzondere curator in het licht van enkele recente ontwikkelingen. Ten slotte wordt geconcludeerd dat een versimpelingsoperatie vermoedelijk zou zorgen voor een betere afstemming met het bestuursprocesrecht en het strafprocesrecht en meer recht doet aan de ruimte, die in de civiele rechtspraktijk feitelijk gezocht is wanneer kinderen 'in nood' met succes zelfstandig hebben geprocedeerd.

Procesbevoegdheid in het algemeen

In het algemeen bepalen artikel 1:247 en 1:245 lid 4 BW dat minderjarigen onder gezag staan en dat diegenen die met het gezag zijn belast tevens de wettelijke vertegenwoordigers van het kind zijn.² Een op de procesbevoegdheid toegesneden wettelijke bepaling ontbreekt, maar algemeen wordt aangenomen dat de wettelijke vertegenwoordigers (meestal de ouders) het kind in en buiten rechte vertegenwoordigen. Minderjarigen kunnen echter wel zonder toestemming rechtshandelingen verrichten waarvan het gebruikelijk is dat zij die in het maatschappelijk verkeer verrichten.³ Daaronder valt niet het voeren van een civielrechtelijk proces; zodat kinderen in beginsel geen eigen procesbevoegdheid hebben. Op dit uitgangspunt zijn evenwel vele wettelijke uitzonderingen, die uitwaaiëren over de hele breedte van het civiele recht.⁴ Zo zijn er diverse

uitzonderingen in het kader van de jeugdzorg (ondermeer artikel 29a lid 2 WJZ), de Wet BOPZ (artikel 8 lid 2), de arbeidsovereenkomst (artikel 7:612 BW)⁵ en de geneeskundige behandelovereenkomst (artikel 7:447 lid 3 BW).⁶ Daarnaast zijn er exotische gevallen zoals de minderjarige zwangere, die aan de rechtbank kan verzoeken haar meerderjarig te verklaren op grond van artikel 1:253ha BW.

Eveneens is er de relatief onbekende rechtsfiguur van de handlichting (artikel 1:235 lid 4 BW) op basis waarvan de minderjarige boven de zestien jaar toestemming van de kantonrechter kan verzoeken om bevoegdheden van een meerderjarige te verkrijgen. Deze mogelijkheid is beperkt tot ontvangst en beschikking over eigen inkomsten, verhuur en verpachtingen en het uitoefenen van een bedrijf en kan zich dan weer niet uitstrekken tot hypotheek, registergoederen of effecten. Uit een verkregen

Auteur

1. Mr. N.A.W.E. Jansen is cassatiemedewerker bij Wijn & Stael advocaten te Utrecht en daarnaast ondermeer cabaretier bij de Sunday Assembly. De bijdrage is op persoonlijke titel geschreven. Bij HR 29 mei 2015, ECLI:NL:PHR:2015:1409 was de auteur beroepsmatig betrokken als gerechtsauditeur van de Hoge Raad.

Noten

- Zie voor een overzicht E.A. Mink 'De procespositie van de minderjarige in de civiele procedure', *EB* 2012, p. 113 e.v. & Nauta 2016, (T&C Rv), art. 798, aant. 5.
- Ter Haar 2015, T&C BW, art. 1:234 BW, aant. 5.
- Vergelijk P. Smits, *Artikel 6 EVRM en de civiele procedure*, 2008, p. 85 e.v.
- Vanaf zestien jaar is de minderjarige

bekwaam tot het aangaan van een arbeidsovereenkomst en kan 'zonder bijstand van zijn wettelijke vertegenwoordiger in rechte verschijnen'. Zie voor een concrete toepassing Rb. Amsterdam 21 januari 2014, ECLI:NL:RBAMS:2014:155, *Prg.* 2014/106, m.nt. Ros.

6. Vanaf zestien jaar is de minderjarige bekwaam tot het aangaan van een behandelingsovereenkomst ten behoeve van

zichzelf en is de minderjarige bekwaam om 'in rechte op te treden'. Zie uitgebreid Asser/Tjong Tjin Tai 7-IV 2014, nr. 405. Verrassende toepassing is dat de minderjarige zelf zijn ambulance-rit moet betalen in Rb. Groningen, 4 juni 2010, ECLI:NL:RBGRO:2010:BN9168.



handlichting volgt een zelfstandige wettelijke procesbevoegdheid voor de minderjarige.⁷ De wetgever heeft echter uitgemaakt dat de handlichting niet verleend wordt 'tegen de wil' van de wettelijke vertegenwoordigers. Dit roept de vraag op waarom de ouders niet gewoon in zouden stemmen met de uit te voeren handelingen zelf en lijkt daarom weinig meerwaarde voor de rechtsfiguur te impliceren. De Hoge Raad heeft evenwel aanvaard dat de rechter de gevraagde toestemming kan geven als een weigering van de ouders onredelijk is; zodat de minderjarige toch een poging kan wagen bij een conflict met de ouders.⁸ De bepaling lijkt in de praktijk enige betekenis te hebben voor minderjarige ondernemers, die graag een 'eigen bedrijf' willen starten.⁹

Om te beweren dat de minderjarige geen eigen procesbevoegdheid heeft, is in het algemeen naar Nederlands recht onjuist. In het bestuursprocesrecht is het op grond van artikel 8:21 Awb immers zo dat de minderjarige simpelweg zelfstandig kan procederen, indien deze tot een 'redelijke waardering' van zijn belangen in staat kan worden geacht.¹⁰ De bestuursrechter heeft veel vrijheid bij de invulling van dit begrip en kan van geval tot geval een andere afweging maken.¹¹

Om te beweren dat de minderjarige geen eigen procesbevoegdheid heeft, is in het algemeen naar Nederlands recht onjuist

In lid 2 van artikel 8:21 Awb wordt expliciet naar artikel 1:349 BW verwezen. Dit wetsartikel regelt de machtiging van de kantonrechter, die mogelijk maakt dat een voogd voor de minderjarige in rechte kan optreden. De (bestuursrecht)wetgever heeft kennelijk willen benadrukken dat een dergelijke machtiging voor de bestuursrechter niet nodig is. Van meer fundamentele afstemming op het civiele procesrecht is kennelijk afgezien. Artikel 1:349 BW kan bezwaarlijk als de kern van het civiele stelsel worden getypeerd. Voogdij is immers pas aan de orde als minderjarigen niet meer onder ouderlijk gezag staan en ook niet op een andere wijze in hun voogdij is voorzien.¹² In het strafprocesrecht beslist de minderjarige en zijn raadsman zonder enige bemoeienis van de wettelijke vertegenwoordigers over het procederen in cassatie en hoger beroep op grond van artikel 503-504 Sv.¹³ Noch in het bestuursrecht noch in het strafrecht is dan ook sprake van een gecompliceerd stelsel¹⁴ of van het ontbreken van rechtsbevoegdheid als zodanig.

Van een logische verklaring voor de civielrechtelijke complexiteit in dit verband is volgens mij geen sprake.¹⁵ Van Leuven & de Klerk noemen de complexiteit van het stelsel als geheel 'bizar' en kunnen er 'geen enkele systematiek' in ontdekken.¹⁶ Geconcretiseerd kan ik dat wel onderschrijven. Zo zou een zestienjarige, die 'online' soms meer verdient dan de gemiddelde volwassene, zelfstandig administratief mogen procederen tegen bestuursorganen en zonder tussenkomst van zijn wettelijk vertegenwoordigers in hoger beroep kunnen gaan bij de strafrechter. Hij mag civielrechtelijk eveneens procederen tegen zijn werkgever, maar niet tegen zijn eventuele opdrachtgevers; tenzij in dat verband een handlichting van toepassing is. Daarnaast kan deze fictieve minderjarige bijvoorbeeld zelfstandig procederen tegen zijn behandelend arts, maar niet tegen een fitnessinstructeur. Als het gaat om het gezag en de omgang na een echtscheiding wordt het helemaal complex. De minderjarige kan kiezen tussen zwijgen en berusten in de uiteindelijke toewijzing, gehoord worden, een zelfstandig 'informeel' verzoek aan de rechter richten – waarvoor dan weer informele bijzondere procedurevoorschriften gelden – of een meer reguliere procedure voeren nadat succesvol verzocht is om een bijzondere curator benoemd te krijgen.

Bijzondere curator

Ingevolge artikel 1:250 BW kan de rechter overgaan tot benoeming van een bijzondere curator indien hij dit in het belang van de minderjarige noodzakelijk acht, onder meer wanneer met betrekking tot de verzorging en opvoeding een wezenlijk conflict is ontstaan tussen de minder-

jarige en degene die als wettelijke vertegenwoordiger met zijn verzorging en opvoeding is belast. De minderjarige kan ook zelf om benoeming van een bijzondere curator verzoeken.¹⁷ Voor een algemene schets van de bijzondere mogelijkheden van de rechtsfiguur van de bijzondere curator verwijs ik in de eerste plaats naar enkele overzichtsartikelen.¹⁸ Daarnaast wijs ik op een kritisch rapport van de kinderombudsman,¹⁹ dat recent heeft geleid tot een LOVF-richtlijn²⁰ die poogt de bekendheid en het gebruik van deze rechtsfiguur te bevorderen, maar eveneens een nieuwe en creatieve invulling bepleit voor de mogelijke wegen die een bijzondere curator kan bewandelen. De Hoge Raad heeft uitgebreide overzichtsoverwegingen geproduceerd, waarin deze ontwikkelingen zijn aangestipt, maar heeft vooralsnog geen koerswijziging aangegeven.²¹

Een minderjarige wiens verzoek tot benoeming van een bijzondere curator is afgewezen, kan daartegen zonder te worden vertegenwoordigd een rechtsmiddel aanwenden.²² De proceslustige minderjarige heeft daarom – hoe dan ook – het paradoxale recht om in drie civiele instanties zelfstandig te procederen over deze mogelijkheid onzelfstandig te procederen. Uiteindelijk is het al dan niet ambtshalve benoemen van een bijzondere curator echter een discretionaire bevoegdheid. Als hoofdregel zijn de motiveringseisen aan een dergelijk oordeel laag zodat de rechter veel vrijheid heeft. Ik wijs er echter op dat artikel 1:250 BW over de bijzondere curator wel is versoepeld in die zin dat de wetgever heeft willen ingrijpen in de voorheen bestaande praktijk van niet-ontvankelijk verklaringen als niet door de kantonrechter een bijzondere curator was benoemd.²³ Sinds 1 maart 2009 is door de wetgever uitdrukkelijk mogelijk gemaakt dat ook de rech-

ter bij wie een zaak reeds aanhangig is, bevoegd is om ambtshalve een bijzondere curator te benoemen. Ook de LOVF-richtlijn en de kinderombudsman proberen rechters er toe te bewegen zich hierin niet al te formalistisch op te stellen. Dergelijke ontwikkelingen kunnen de rechter evenwel niet dwingen. De Hoge Raad heeft zich al eens uitgelaten over de grote mate van beoordelingsvrijheid die de rechter heeft op dit punt en heeft benadrukt

De proceslustige minderjarige heeft het paradoxale recht om in drie civiele instanties zelfstandig te procederen over de mogelijkheid onzelfstandig te procederen

dat er strijdigheid moet zijn tussen de belangen van de minderjarige en die van de ouders in de sleutel van een wezenlijk conflict en heeft overwogen dat de noodzaak tot benoeming niet uit het algemeen belang van de minderjarige volgt.²⁴

De LOVF-richtlijn neemt juist tot uitgangspunt dat een zekere strijdigheid van belangen al uit de aard van de zaak volgt en lijkt voor een ruimere toepassing te pleiten dan de Hoge Raad. Ik meen althans dat uit de LOVF-richtlijn in feite een wat ruimere opvatting spreekt ten aan-

7. Art. 1:235 lid 4 BW.

8. HR 13 maart 1987, ECLI:NL:HR:1987:AG5556, NJ 1988/190, m.nt. Luijten.

9. Asser/De Boer 1* 2010, nr. 793 & Ter Haar 2015, T&C BW, art. 1:235 BW, aant. 1.

10. Art. 8:21 Awb: '1. Natuurlijke personen, onbekwaam om in rechte te staan, worden in het geding vertegenwoordigd door hun vertegenwoordigers naar burgerlijk recht. De wettelijke vertegenwoordiger behoeft niet de machtiging van de kantonrechter, bedoeld in artikel 349 van Boek 1 van het Burgerlijk Wetboek. 2. De in het eerste lid bedoelde personen kunnen zelf in het geding optreden, indien zij tot redelijke waardering van hun belangen in staat kunnen worden geacht.'

11. Zie voor een overzicht Borman 2015, T&C Awb, art. 8:21, aant. 4. Rb. Oost-Brabant 31 oktober 2013, ECLI:NL:RBOBR:2013:6015 nam mijns inziens terecht ontvankelijkheid aan op grond van een beargumenteerde zienswijze van een zestienjarige omtrent een omgevingsvergunning. CRvB 22 mei 2012,

ECLI:NL:CRVB:2012:BW6529, AB 2012/272 m.nt. Barkhuysen en Van Emmelrik lijkt wat strenger door te veronderstellen dat een appellant van vijftien jaar de bijstandswetgeving niet kan overzien. Dit is geen ijzersterke motivering gegeven de vele complexe wettelijke regelingen, die een minderjarige kennelijk wel geacht wordt te overzien. Het argument dat de minderjarige zelfstandig de weg naar een advocaat had weten te vinden, werd in de uitspraak – volgens mij terecht – als niet doorslaggevend beoordeeld. Dit enkele feit is onvoldoende. Het is volgens mij overtuigender een verklaring van de minderjarige te verstrekken waaruit begrip van de zaak blijkt. Afwijzend in het vreemdelingenrecht: Rb. Den Haag 28 maart 2001, ECLI:NL:RBSGR:2001:AB2402 (5 jaar) en RvS AB 24 mei 2007, ECLI:NL:RVS:2007:BA6592 (15 jaar).

12. Dozy, 2015, T&C BW, art. 1:295 BW, aant. 2.

13. Verpalen, 2015, T&C Sv, art. 503, aant. 2.

14. Met als uitzondering wellicht de niet geheel heldere verhouding tussen art. 8:21

Awb en art. 43 lid 3 Paspoortwet.

15. Vergelijk K. Kloosterboer & L. Punselie, 'Kinderen als procespartij en het Kinderrechtenverdrag', FJR 1998, nr. 1, p. 7.

16. Van Leuven & De Klerk, 'Formele en informele rechtsingang(en) minderjarige', EB 2013/32.

17. HR 4 februari 2005,

ECLI:NL:HR:2005:AR4850, NJ 2005/422.

18. Klaas, 'De bijzondere curator ex art. 1:250 BW; enkele bijzondere toepassingen uit de praktijk', FJR 2008/79; Pieters, 'Waar staat de bijzondere curator in het huidige rechtsbestel?', FJR 2012/97; E.A. Mink 'De procespositie van de minderjarige in de civiele procedure', EB 2012, p. 113 e.v.; Van Teeffelen, 'Formele en informele rechtsingang(en) minderjarige', EB 2013/62.

19. Kinderombudsman 2012, *De bijzondere curator, een lot uit de loterij?*, www.dekinderombudsman.nl/ul/cms/fck-uploaded/2012.KOM3A.Debijzonderecuratoreenlotuitdeloterij.pdf. Zie eveneens kritisch ten aanzien van de terughoudende toepassing van deze rechtsfiguur het Verwey Jonker Instituut 2003, *De minderjarige*

als procespartij?, www.verwey-jonker.nl/doc/jeugd/D4393291_def1.pdf.

20. Werkproces LOVF 2014, www.rechtspraak.nl/Procedures/Landelijke-regelingen/sector-familie-en-jeugdrecht/Documents/Werkproces-benoeming-bijzondere-curator-ogv-artikel-250-boek-1-BW.pdf.

21. HR 5 december 2014,

ECLI:NL:HR:2014:3535, r.o. 3.5.1 e.v.

22. Asser-De Boer 1*, 2010, nr. 819c neemt aan dat hoger beroep mogelijk is als het verzoek wordt afgewezen. Zo ook A-G Langemeijer in ECLI:NL:PHR:2013:BZ0245 onder 2.4 en uiteindelijk bevestigd in HR 1 februari 2013, ECLI:NL:HR:2013:BZ0245 (81 RO) en nog explicieter in HR 29 mei 2015, ECLI:NL:HR:2015:1409, JPF 2015/87 m.nt. J.H. de Graaf, NJ 2015/293, m.nt. S.F.M. Wortmann, r.o. 3.4.5.

23. Zie onder verdere verwijzingen Asser/De Boer 1* 2010, nr. 819b/c & Ter Haar 2015, T&C BW, art. 1:250 BW.

24. HR 23 november 2012, ECLI:NL:HR:2012:BY3968, NJ 2012/668, JPF 2013/132, m.nt. J.H. de Graaf.

zien van wat onder een ‘wezenlijk conflict’ valt.²⁵ Dat kan overigens ook blijken uit de doelstelling en de opzet van de richtlijn als geheel. Illustratief is volgens mij eveneens de volgende geursiveerde passage:

Belangenstrijd:

Blijkens jurisprudentie dient er sprake te zijn van een wezenlijk conflict met betrekking tot de opvoeding en verzorging van de minderjarige. Bij een geschil over de inhoud van een ouderschapsplan zal een conflict tussen de ouders vrijwel steeds aan de basis liggen van de verdeeldheid over een ouderschapsregeling. Het kan juist dan, zo volgt ook uit de wetsgeschiedenis, van belang zijn een bijzondere curator te benoemen die de stem van het kind vertegenwoordigt. *Het conflict vormt, als het ware*

De rechtsgang wordt informeel genoemd, omdat het kind geen verzoekschrift hoeft in te dienen, maar kan volstaan met een simpel briefje of telefoontje naar de rechter

*reeds vanwege het feit dat het tussen twee gezagdragende ouders bestaat, een belangenstrijd met de minderjarige, ook al gaat het niet om een geschil tussen de minderjarige en (een van) de ouders.*²⁶

Een en ander zou mogelijk aanleiding kunnen zijn voor de Hoge Raad om iets mee te bewegen met deze ontwikkelingen, alhoewel dat lastig is nu een discretionaire bevoegdheid bij uitstek een bevoegdheid is waarvoor in cassatie weinig aanknopingspunten behoren te worden gegeven.

Informele rechtsingang kind als bijzondere wettelijke procesbevoegdheid?

In het recent door de Hoge Raad opgehelderde geval was aan de orde een verzoek van de vader tot ondertoezichtstelling van het kind waar de moeder zich tegen verweerde.²⁷ Dat is juridisch civielrechtelijk een fundamenteel andere inzet dan een verzoek tot toekenning van eenhoofd gezag buiten de echtscheidingsprocedure zelf en/of het wijzigen van een omgangsregeling, terwijl feitelijk zeer vergelijkbare gebeurtenissen en belangen een belangrijke rol kunnen spelen. De minderjarige heeft in die laatste gevallen echter wel de bevoegdheid om zelfstandig (dus zonder bijzondere curator) een verzoek te doen in het kader van ‘omgang, informatie of consultatie’ in 1:377g BW.²⁸ Als het gaat om een verzoek tot toekenning van eenhoofd gezag in een echtscheidingsprocedure is voorzien in een bijzondere procesbevoegdheid op de voet van artikel 1:251a BW.²⁹

Op grond van de door de wetgever als ‘informele rechtsgang’ bestempelde mogelijkheid kan de rechter – de in art. 1:251 lid 2 BW bedoelde beslissing over eenhoofd gezag – ambtshalve nemen, indien hem blijkt dat het kind van twaalf jaar of ouder daarop prijs stelt. Hetzelfde geldt indien het kind nog geen twaalf jaar is, maar in staat kan worden geacht tot een redelijke waardering van zijn belangen. Deze norm is complexer dan de bestuursrechtelijke, maar komt daar dicht bij in de buurt. De rechtsgang wordt informeel genoemd, omdat het kind geen verzoekschrift hoeft in te dienen, maar kan volstaan met een simpel briefje of telefoontje naar de rechter. Daarnaast is geen procureurstelling nodig.³⁰

Lagere rechtspraak en literatuur waren aanvankelijk verdeeld over de vraag of voor een beslissing op een zelfstandig verzoek van een minderjarige plaats was buiten de echtscheidingsbeschikking zelf.³¹ De tekst van artikel 1:251a lid 3 BW leek er op te wijzen dat de wetgever vooral het oog had op de echtscheidingsbeschikking, terwijl in de praktijk regelmatig pas na enig tijdsverloop de verhoudingen tussen gescheiden ouders zo escaleren dat aanleiding ontstaat voor de kinderen om zelfstandig een verzoek te doen tot wijziging van het gezag. De Hoge Raad heeft in 2008 uitgemaakt dat een verzoek op voet van artikel 1:251a BW tot toekenning van eenhoofd gezag ontvankelijk is; ook als het verzoek er toe strekt na afloop van de scheidingsprocedure een beschikking te geven tot toekenning van eenhoofd gezag, tenzij de rechter al in de echtscheidingsprocedure naar aanleiding van een verzoek tot toekenning van eenhoofd gezag een beslissing heeft gegeven.³²

In lagere rechtspraak wordt sindsdien dan ook consequent ontvankelijkheid aangenomen als de procedure begint met een inleidend verzoek van de minderjarige tot wijziging van de hoofdverblijfplaats³³ of toekenning van eenhoofd gezag.³⁴ In lagere rechtspraak is echter – ook na de uitspraak van 2008 – nog wel geoordeeld dat een zelfstandig verzoek van de minderjarige niet-ontvankelijk was nu de minderjarige al in de echtscheidingsprocedure een verzoek had gedaan en de rechter de indruk had dat de moeder het zozeer met de minderjarige eens was dat zij zelf de procedure moest voeren om er voor te waken dat de minderjarige onnodig in de positie gemanoeuvreed wordt dat zij tegen haar vader moest procederen.³⁵

Asser/De Boer wijst er volgens mij terecht op dat alhoewel het zou gaan om een informele rechtsingang en niet om een zelfstandige formele procesbevoegdheid dat de geldende processuele voorschriften het toch tot een tamelijk volwaardige (en dus formele) procesgang maken.³⁶ Uit de wetsgeschiedenis volgt bijvoorbeeld dat de rechter gehouden is aan de mededeling van de minderjarige aandacht te schenken en het kind voor een gesprek op te roepen.

Recht op hoger beroep na informele rechtsingang?

Uit de wetsgeschiedenis volgt dat er geen hoger beroep mogelijk is tegen een beschikking op een ‘informeel’ verzoek op de voet van artikel 1:251a BW.³⁷ De Hoge Raad heeft echter in 2008 een beschikking in hoger beroep vernietigd waarin het hof zich niet-ontvankelijk had verklaard nadat de rechtbank het verzoek op de voet van arti-

Nu evenwel is aanvaard dat de minderjarige recht heeft op een rechtsingang die bestaat uit één instantie, kan het niet zo zijn dat enkel de ‘wederpartij’ vervolgens recht heeft op hoger beroep en cassatie

kel 1:251a BW inhoudelijk had behandeld. Het is daarom kennelijk niet nodig ambtshalve de hier bedoelde niet-ontvankelijkheidsgrond toe te passen (of dit aspect is over het hoofd gezien). Overigens is in lagere rechtspraak op grond van de ‘informele rechtsgang’ ook wel door de rechtbank aan de minderjarige medegedeeld dat hoger beroep open zou staan.³⁸ Op zichzelf bestaat er geen algemeen recht op hoger beroep in civiele procedures.³⁹ Wel is het volgens mij zondermeer in strijd met het beginsel van *equality of arms*⁴⁰ om aan te nemen dat enkel voor de verwerende meerderjarige ouder ingevolge artikel 806 en 358 Rv een hoger beroep open zou staan, terwijl de minderjarige zelf alleen ontvankelijk is bij de eerste instantie.⁴¹ Dat in de wetsgeschiedenis geen mogelijkheid van hoger beroep is aanvaard, lijkt mij overigens wel degelijk een aanwijzing op te leveren dat door de wetgever niet is gedacht aan de – inmiddels door de Hoge Raad aanvaardde – variant waarin een procedure met als inzet toekenning van eenhoofdig gezag nog na de echtscheidingsbeschikking kan beginnen met een inleidend verzoek van de minderjarige. Als het gaat om een informeel verzoek dat alleen gedaan kan worden in het kader van een procedure tussen de ouders, waarin de echtscheidingsbeschikking gewezen wordt, laat zich immers wel denken dat voor de minderjarige geen hoger beroep openstaat. De minderjarige kan bij een dergelijke benadering immers slechts participeren in een bestaande echtscheidingsprocedure en kan

niet zelfstandig een procedure inleiden. Nu evenwel is aanvaard dat de minderjarige recht heeft op een rechtsingang die bestaat uit één instantie, kan het niet zo zijn dat enkel de ‘wederpartij’ vervolgens recht heeft op hoger beroep en cassatie. De Hoge Raad gaat dan ook uit van een soort middenweg; hoger beroep na een ‘informeel verzoek’ is mogelijk; echter enkel (alsnog) met medewerking van een wettelijke vertegenwoordiger of een bijzondere curator.⁴²

Verdrag voor Rechten van het Kind

In de Nederlandse rechtspraak en literatuur is met name aandacht voor artikel 12 IVRK.⁴³ Deze bepaling geeft het kind een abstract recht om gehoord te worden in juridische procedures die op het kind van toepassing zijn. Aan deze verdragsbepaling is volgens mij al snel voldaan; het vereist immers geen zelfstandige (formele of informele) rechtsingang voor het kind en vereist evenmin dat de rechter gehouden is steeds het kind te horen als daarom verzocht wordt.⁴⁴ Onder artikel 23b en 41 lid 1 Brussel II-bis levert de keuze een kind niet te horen overigens wel enig risico op dat een vonnis in andere lidstaten niet steeds behoeft te worden erkend.⁴⁵ Onderbelicht is volgens mij echter dat het IVRK kinderen eveneens het recht toekent om ‘deel te nemen’ aan procedures omtrent hun verblijfplaats wanneer de ouders gescheiden leven. Nu de hoorplicht van kinderen elders in het verdrag geregeld is,

25. Vergelijk HR 5 december 2014, ECLI:NL:HR:2014:3535, r.o. 3.5.1 e.v.

26. Werkproces LOVF 2014, www.rechtspraak.nl/Procedures/Landelijke-regelings/sector-familie-en-jeugdrecht/Documents/Werkproces-benoeming-bijzondere-curator-ogv-artikel-250-boek-1-BW.pdf, p. 3.

27. HR 5 december 2014, ECLI:NL:HR:2014:3535.

28. Koens 2015, T&C BW, art. 1:377g BW, aant. 1-7. Zie voor een concrete toepassing Rb. Groningen 9 augustus 2011, ECLI:NL:RBGRO:2011:BS8007.

29. Koens 2015, T&C BW, art. 1:251a BW. Zie voorts A-G Wesseling-van Gent ECLI:NL:PHR:2008:BC2241 onder 2.6 tot 2.10 voor HR 4 april 2008, ECLI:NL:HR:2008:BC2241, NJ 2008/494, m.nt. J. de Boer.

30. Zie A-G Wesseling-van Gent ECLI:NL:PHR:2008:BC2241 onder 2.7 voor HR 4 april 2008, ECLI:NL:HR:2008:BC2241,

NJ 2008/494, m.nt. J. de Boer. Zij meent dat ook een e-mailbericht voldoende is.

31. Voor een overzicht met vele verdere verwijzingen zie bijv. De Bruin-Lückers, ‘De minderjarige als volwaardige procespartij?’, in: *Meesterlijk groot voor de kleintjes*, opstellen aangeboden aan prof. mr. J.E. Doek, 2004, p.105-116.

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

33. Rb. Alkmaar 16 februari 2011, ECLI:NL:RBALK:2011:BQ1141, JPF 2011/99, m.nt. P. Vlaardingerbroek, FJR 2011/66 m.nt. C. de Bie-Koopman.

34. Rb. Overijssel 28 juni 2013, ECLI:NL:RBOVE:2013:1986, JIN 2013/155, m.nt. M.M. Schouten.

35. Rb. Almelo 6 april 2011, ECLI:NL:RBALM:2011:BQ6501, JPF 2011/100, m.nt. J.H. de Graaf.

36. Asser-De Boer 1*2010, nr. 1011.

37. Zie A-G Wesseling van Gent

ECLI:NL:PHR:2008:BC2241 onder 2.7 voor HR 4 april 2008, ECLI:NL:HR:2008:BC2241,

NJ 2008/494, m.nt. J. de Boer onder verwijzing naar *Kamerstukken II 2003/04*, 29200, VI, 116, p. 2. In dezelfde zin ook: Koens 2015, T&C BW, art. 1:377g BW, aant. 7; Koens 2015, T&C BW, art. 7:251a aant. 7; E.A. Mink, ‘De procespositie van de minderjarige in civiele procedures’, *EB 2012/41*, p. 115; Asser-De Boer 1*2010, nr. 820da. & nr. 1011; Van Leuven & De Klerk, ‘Formele en informele rechtsingang(en) minderjarige’, *EB 2013/32* onder 2.5.

38. Rb. Overijssel 28 juni 2013, ECLI:NL:RBOVE:2013:1986, JIN 2013/155, m.nt. M.M. Schouten (*onder het dictum*).

39. EHRM 2 oktober 2014, appl. no. 15319/09 (*Hansen/Norway*), r.o. 71.

40. Vergelijk het overzicht van het EHRM over zijn eigen rechtspraak over dit leerstuk: www.echr.coe.int/Documents/Guide_Art_6_ENG.pdf, p. 42.

41. Vergelijk Asser-De Boer 1* 2010, nr. 1011.

42. HR 29 mei 2015, ECLI:NL:HR:2015:1409, JPF 2015/87, m.nt. J.H. de Graaf, NJ 2015/293, m.nt. S.F.M. Wortmann, r.o. 3.4.5 & Koens 2015, T&C BW, art. 1:377g BW, aant. 7.

43. Vergelijk bijv. HR 5 december 2014, ECLI:NL:HR:2014:3535, r.o. 3.6.2; E.A. Mink ‘De procespositie van de minderjarige in de civiele procedure’, *EB 2012/41*, p. 116.

44. Zie de conclusie van A-G Wesseling-van Gent ECLI:NL:PHR:2010:BL2226 voor HR 26 maart 2010, ECLI:NL:HR:2010:BL2226, JPF 2010/107, m.nt. P. Vlaardingerbroek (art. 81 RO).

45. E.A. Mink, ‘De procespositie van de minderjarige in de civiele procedure’, *EB 2012/41*, p. 117.

moet het begrip ‘deelnemen’ hier volgens mij ruimer uitgelegd worden dan dit begrip uit artikel 12. Anders zou artikel 9 immers geen zelfstandige betekenis hebben naast artikel 12. De Nederlandse vertaling van artikel 9 is als volgt:

Artikel 9 IVRK:

1. De Staten die partij zijn, waarborgen dat een kind niet wordt gescheiden van zijn of haar ouders tegen hun wil, tenzij de bevoegde autoriteiten, onder voorbehoud van de mogelijkheid van rechterlijke toetsing, in overeenstemming met het toepasselijke recht en de toepasselijke procedures, beslissen dat deze scheiding noodzakelijk is in het belang van het kind. Een dergelijke beslissing kan noodzakelijk zijn in een bepaald geval, zoals wanneer er sprake is van misbruik of verwaarlozing van het kind door de ouders, of wanneer de ouders gescheiden leven en er een beslissing moet worden genomen ten aanzien van de verblijfplaats van het kind.

2. In procedures ingevolge het eerste lid van dit artikel dienen alle betrokken partijen de gelegenheid te krijgen aan de procedures deel te nemen en hun standpunten naar voren te brengen.⁴⁶

De authentieke Engelse terminologie in het verdrag levert kinderen een ‘*opportunity to participate in the proceedings and make their views known*’ op.⁴⁷ Het IVRK vereist daarmee volgens mij niet dat kinderen steeds een volwaardige procespartij moeten zijn, maar het verdrag eist volgens mij wel degelijk meer participatie voor minderjarigen in procedures rondom hun verblijfplaats na een scheiding dan de mogelijkheid om een uitspraak over hun niet-ontvankelijkheid te krijgen zonder inhoudelijke behandeling. Het verdrag vereist eveneens meer participatie van minderjarigen dan het enkele ‘horen’ overeenkomstig artikel 12.

Instemming ouders

Uit een tuchtrechtelijke uitspraak blijkt mij dat het in de praktijk mogelijk is voor een advocaat om civiel zonder volmacht, instemming of zelfs kennis van de daadwerkelijke procespartij in drie instanties te procederen.⁴⁸ Voor de instemming van de wettelijk vertegenwoordigers met het procederen gelden dan ook geen andere eisen dan vermelding door de advocaat van de persoonsgegevens van diegenen op wiens verzoek wordt geprocedeerd.⁴⁹ Ouders hoeven concreet daarom volgens mij niet meer te doen dan mondeling aan te geven dat ze hun kinderen willen vertegenwoordigen en behoeven volgens mij niet een opdrachtovereenkomst te sluiten met de advocaat van de kinderen of verder kennis te nemen van de processtukken. Ik kan me in het geval dat gescheiden ouders van mening verschillen met hun kinderen over de ernst van problemen rondom de omgangsregeling er zelfs iets bij voorstellen dat ouders hun minderjarige kinderen niet de toegang tot de rechter willen onthouden, terwijl men toch onderling van mening verschilt. Als de kinderen bijvoorbeeld eenhoofdig gezag van de moeder eisen, kan de moeder volgens mij aangeven dat zij hun kinderen in dit verzoek wil vertegenwoordigen en toch tegelijk de positie innemen dat zij – net als de vader – meent dat de problemen beheersbaar zijn.⁵⁰

Nodeloos complex stelsel

Van Leuven & De Klerk signaleren tenminste vijftien gevallen waarin de minderjarige in het civiele recht een rechtsingang vindt zonder dat een wettelijk vertegenwoordiger of een bijzondere curator bijstand hoeft te verlenen en stellen zich de vraag of de minderjarige – zelfs met deskundige rechtsbijstand – wel verondersteld mag worden de juiste weg naar de rechter te vinden als zich een juridisch probleem voordoet.⁵¹ De Hoge Raad lijkt overigens niet te onderkennen dat het om minstens vijftien uitzonderingen gaat, want overwoog recent dat het slechts zou gaan om ‘enkele uitdrukkelijk in de wet geregelde gevallen’.⁵² Het valt op dat het naast exotische gevallen gaat om eigen rechtsingangen op terreinen waarover in het algemeen relatief veel geprocedeerd wordt zoals het arbeidsrecht, het ondernemingsrecht, het gezondheidsrecht, jeugdzorg en het omgangsrecht.

Van Leuven & De Klerk zien er nog aan voorbij dat er nog de nodige buitenwettelijke civielrechtelijke processuele bevoegdheden aangenomen zijn in de lagere rechtspraak

Het is onmogelijk geworden het stelsel kort en volledig te typeren doordat bijzondere wetgevingsprocessen op uiteenlopende terreinen kennelijk onvoldoende met elkaar worden afgestemd

voor de minderjarige die een spoedeisend belang heeft.⁵³ Het ging om procedures met grote belangen voor de minderjarige zoals de bewoning van een opvanghuis, een contactverbod met de vader of een opname in een gesloten inrichting.⁵⁴ Van Teeffelen heeft betoogd dat – ook vanuit andere gezichtspunten bezien – het stelsel nog complexer is dan Van Leuven & De Klerk beschrijven.⁵⁵ De civiele buitenwettelijke processuele bevoegdheden, die zijn aangenomen in de lagere rechtspraak, lijken mij overigens in feite beter bij de bestuursrechtelijke benadering te passen dan bij het civielrechtelijke kader. Ontvankelijkheid werd in die lagere rechtspraak weliswaar gebaseerd op urgentie en in de vorm van een ‘spoedeisend karakter’, maar volgens mij is het goed mogelijk om te stellen dat de civiele rechter in feite oordeelde dat de minderjarige tot een redelijke inschatting van zijn belangen in staat werd geacht nu volgens mij onmiskenbaar de redelijke aard en inzet van de procedures heeft meegewogen bij de in de rechtspraak aanvaarde uitzonderingen op de niet-ontvankelijkheid.

Versimpelingsoperatie

In het algemeen kan men stellen dat de minderjarige bevoegd is tot het voeren van processen met uitzondering

van het civiele recht; waarin de minderjarige echter in vele complexe gevallen alsnog bevoegd kan worden of deels bevoegd is. Willekeurig lijkt er gekozen te zijn voor de leeftijd van 12 of 16 en/of het vertrouwen dat de rechter het beoordelingsvermogen van de minderjarige in kan schatten ongeacht de leeftijd. In reactie op de aanbevelingen om een eigen formele rechtsingang voor minderjarigen in het burgerlijk recht te introduceren, heeft onze minister aangegeven dat de rechtspositie van de minderjarige afdoende is geregeld en dat het huidige systeem 'waarin ouders in beginsel hun kind in rechte vertegenwoordigen en zonodig een bijzondere curator wordt benoemd' voldoet.⁵⁶ Ik meen dat deze reactie vooral laat zien dat de wetgever een gebrekkig overzicht heeft van het rechtssysteem. Het is onmogelijk geworden het stelsel kort en volledig te typeren doordat bijzondere wetgevingsprocessen op uiteenlopende terreinen kennelijk onvoldoende met elkaar worden afgestemd. De aanbeveling om nog eens een nieuwe eigen formele rechtsgang te creëren, klinkt echter niet erg aantrekkelijk en zou ook niet mijn aanbeveling zijn. Ik denk eerder aan een versimpelingsoperatie. Alle wettelijke bijzondere civielrechtelijke procesbevoegdheden zouden volgens mij moeten worden geschrapt. Dit past bij het streven van de wetgever om de regeldruk te verminderen en de algemene fictie dat het recht te begrijpen is.

Na een echtscheiding – en bij een conflict met de ouders – blijft volgens mij een rol voor een bijzondere curator in de stijl van het LOVF-rapport aangewezen. De informele wijze waarop de rechter benaderd mag worden na een echtscheiding zou volgens mij ook gehandhaafd kunnen worden. Dat geldt evenzeer voor de mogelijkheid voor de rechter om de minderjarige ambtshalve te horen. Als de minderjarige tot een redelijke waardering van zijn belangen in staat is – en zelf in de procedure op wil treden of een procedure in wil leiden rondom de omgang of het eenhoofdig gezag – moet volgens mij echter onder ogen worden gezien dat dit een normale procedure is en dat allerlei bijzondere procedurevoorschriften juist leiden tot nodeloze formalisering in plaats van tot de beoogde vereenvoudiging.

Het flexibele uitgangspunt van artikel 8:21 lid 2 Awb dat minderjarigen zelf in het geding optreden, indien zij tot redelijke waardering van hun belangen in staat kunnen worden geacht, verdient volgens mij een algemene plaats in het Wetboek van Rechtsvordering. Dit doet recht

Het flexibele uitgangspunt van artikel 8:21 lid 2 Awb dat minderjarigen zelf in het geding optreden, indien zij tot redelijke waardering van hun belangen in staat kunnen worden geacht, verdient volgens mij een algemene plaats in het Wetboek van Rechtsvordering

aan het feit dat kinderen van vijftien soms volwassener zijn dan mensen van zestien of 61 en biedt ruimte waar de rechtspraak volgens mij genuanceerd en verantwoordelijk mee om zou gaan. Het zet de deur bepaald niet in alle gevallen open, zoals de bestuursrechtelijke rechtspraak leert. De smalle wettelijke basis voor de civiele procesrechtelijke onbekwaamheid van minderjarigen betekent dat het niet heel complex hoeft te zijn voor de wetgever om een nieuwe en eenvoudigere richting aan te geven. Voor tal van procedures kan het hier bedoelde uitgangspunt maatwerk opleveren en tot een rechtvaardigere uitkomst leiden. Deze benadering past ook beter bij de ruimte die de civiele rechter in de praktijk heeft gezocht in urgente gevallen waar minderjarigen in staat bleken hun eigen belangen adequaat in te schatten. Overigens is ook wat te zeggen voor de gedachte dat iedere procespartij, die niet tot een redelijke waardering van zijn belangen in staat kan worden geacht, procesonbekwaam zou moeten zijn. Ons beoordelingsvermogen hangt immers af van allerlei factoren, waarbij leeftijd niet steeds doorslaggevend is. Minderjarigheid zou wat mij betreft als begrip daarom zelfs geheel buiten de wettelijke norm kunnen blijven zodat juridisering van de procesbekwaamheid in de kern draait om een toets op basaal beoordelingsvermogen en niet langer in de sleutel staat van 'leeftijdscriminatie, tenzij!...' •

46. <http://wetten.overheid.nl/BWBV0002508/#VertalingNL>.

47. <http://wetten.overheid.nl/BWBV0002508/#AuthentiekEN>.

48. Raad van Discipline 's-Hertogenbosch (Breda), 10 juni 2013, ECLI:NL:TADRSHE:2013:YA4419. Dit leverde de desbetreffende advocaat echter wel een forse aansprakelijkheid en schraping van het tableau op.

49. Van Mierlo 2016, T&C Rv, art. 278, aant. 4. Vergelijk art. 45 Rv en art. 111 Rv

voor dagvaardingsprocedures. Voor zover twijfel mogelijk was, is deze weggenomen door HR 29 mei 2015,

ECLI:NL:HR:2015:1409, JPF 2015/87, m.nt. J.H. de Graaf, NJ 2015/293, m.nt. S.F.M. Wortmann, r.o. 3.4.6 (slot). Het hof had overigens nog (ten onrechte) geen genoegen genomen met de enkele vermelding van vertegenwoordiging door de moeder in de aanhef van het beroepschrift.

50. Zie echter als mogelijk gevaar Rb. Almelo 6 april 2011,

ECLI:NL:RBALM:2011:BQ6501, JPF 2011/100, m.nt. J.H. de Graaf.

51. Van Leuven & De Klerk, 'Formele en informele rechtsingang(en) minderjarige', EB 2013/32 onder 2.9.

52. HR 5 december 2014,

ECLI:NL:HR:2014:3535, r.o. 3.5.2.

53. Tonkens-Gerkema, 2016, T&C Rv, art. 254, aant. 7 onder c.

54. Rb. Amsterdam 17 oktober 1996,

ECLI:NL:RBAMS:1996:AH5735, KG 1996/355 (kamer in opvanghuis), Hof

Amsterdam 13 juli 1989,

ECLI:NL:GHAMS:1989:AC3150,

NJ 1992/504 (contactverbod vader);

Hof Arnhem 19 januari 1993,

ECLI:NL:GHARN:1993:AD1814, NJ

1994/711 (opname in gesloten inrichting).

55. Van Teeffelen, 'Formele en informele rechtsingang(en) minderjarige', EB 2013/62.

56. Kamerstukken II 2003/04, 29200 VI,

116, p. 3.