

# Bescherming van zwakkere personen, de zogenaamde ‘personae miserabiles’, in het familie(vermogens)recht, in het bijzonder het belang van het kind

Prof. mr. A.J.M. Nuytinck & mw. mr. J.J.M. Grapperhaus\*

## 1 Inleiding

Het personen- en familierecht, zoals dit is neergelegd in Boek 1 BW, bevat rechtsregels voor natuurlijke personen, mensen van vlees en bloed, op het gebied van hun rechtsbevoegdheid, handelingsbevoegdheid en handelingsbekwaamheid. Uitgangspunt is dat alle mensen gelijkwaardig zijn. Dit is zo'n algemeen aanvaard en vanzelfsprekend beginsel, dat dit niet eens voorkomt in de algemene bepalingen van titel 1.1 BW, maar niettemin geldend recht is. Artikel 1:1 lid 1 BW bepaalt slechts dat allen die zich in Nederland bevinden, vrij zijn en bevoegd tot het genot van de burgerlijke rechten. Dit laatste betekent dat de genoemde personen rechtsbevoegd zijn, dus rechtssubject – subject van rechten en verplichtingen – kunnen zijn (zie ook art. 6 UVRM<sup>1</sup> en art. 16 IVBPR<sup>2</sup>). Artikel 1:1 lid 2 BW voegt hieraan toe dat persoonlijke dienstbaarheden, van welke aard of onder welke benaming ook, niet worden geduld, hetgeen betekent dat Nederland geen slavernij kent. Soortgelijke voorschriften treft men aan in artikel 4 UVRM, artikel 4 lid 1 EVRM<sup>3</sup> en artikel 8 lid 1 IVBPR.

Ook in artikel 1 Grondwet wordt de gelijkwaardigheid van allen die zich in Nederland bevinden, niet met zoveel woorden genoemd. Dit artikel houdt slechts in dat deze personen in gelijke gevallen gelijk worden behandeld, en verbiedt voorts discriminatie wegens godsdienst, levensovertuiging, politieke gezindheid, ras, geslacht of op welke grond dan ook. Opvallend is dat artikel 1 UVRM wél uitdrukkelijk naar de gelijkwaardigheid van alle mensen verwijst. Volgens deze bepaling

worden alle mensen vrij en ‘gelijk in waardigheid en rechten’ geboren. Zij zijn begiftigd met verstand en geweten, en behoren zich jegens elkander in een geest van broederschap te gedragen. Gelijkwaardigheid van alle mensen is dus een internationaal aanvaard beginsel.

**Uitgangspunt is dat alle mensen gelijkwaardig zijn. Dit is zo'n algemeen aanvaard en vanzelfsprekend beginsel, dat dit niet eens voorkomt in de algemene bepalingen van titel 1.1 BW, maar niettemin geldend recht is**

Allen zijn gelijk voor de wet en hebben zonder onderscheid aanspraak op gelijke bescherming door de wet, aldus artikel 7, eerste volzin, UVRM. Sommige mensen behoeven echter meer bescherming door het recht dan andere mensen. Van oudsher is de algemene opvatting dat in het bijzonder handelingsonbekwamen beschermenswaardige personen zijn, omdat zij niet dan wel onvoldoende voor hun – al dan niet vermogensrechtelijke – belangen kunnen opkomen, zodat anderen dit voor en namens hen moeten doen. Naar huidig recht gaat het bij handelingsonbekwaamheid om twee categorieën van personen, te weten minderjarigen en onder curatele gestelden. Naar oud recht waren eveneens gehuwde vrouwen handelingsonbekwaam,

\* Prof. mr. A.J.M. Nuytinck is hoogleraar privaatrecht, in het bijzonder personen-, familie- en erfrecht, Erasmus Universiteit Rotterdam en hoogleraar burgerlijk recht, in het bijzonder personen- en familierecht, Radboud Universiteit Nijmegen; mw. mr. J.J.M. Grapperhaus is wetenschappelijk docent privaatrecht Erasmus Universiteit Rotterdam.

1 Universele Verklaring van de rechten van de mens (1948).

2 Internationaal Verdrag inzake burgerrechten en politieke rechten (1966).

3 Europees Verdrag tot bescherming van de rechten van de mens en de fundamentele vrijheden (1950).

totdat de Lex Van Oven in werking trad.<sup>4</sup> Ook ter zake van krankzinnigheid in een krankzinnigengesticht geplaatsten waren op grond van artikel 32 lid 2 Krankzinnigenwet (oud)<sup>5</sup> handelingsonbekwaam, totdat het Europese Hof<sup>6</sup> oordeelde dat de gestichtsverpleegde niet van rechtswege door zijn opnemings in het gesticht handelingsonbekwaam was. De Wet bijzondere opnemingen in psychiatrische ziekenhuizen,<sup>7</sup> de opvolgster van de oude Krankzinnigenwet, brengt thans geen handelingsonbekwaamheid van de in een psychiatrisch ziekenhuis opgenomen persoon meer mede.

## Van oudsher is de algemene opvatting dat in het bijzonder handelingsonbekwamen beschermenswaardige personen zijn, omdat zij niet dan wel onvoldoende voor hun belangen kunnen opkomen, zodat anderen dit voor en namens hen moeten doen

Meestal worden in de rechtswetenschap, in het bijzonder de juridische literatuur, de beschermenswaardige handelingsonbekwame personen aangeduid met de veelzeggende term 'personae miserabiles', letterlijk vertaald: beklagenswaardige personen, met welke pregnante formulering men dan bedoelt dat deze personen een bijzondere bescherming van de wetgever behoeven. In het hierna volgende passeren deze 'zwakkere' personen de revue, dus zowel de minderjarigen als de onder curatele gestelden, waarbij – wat de minderjarigen betreft – onze aandacht in het bijzonder uitgaat naar het criterium 'het belang van het kind', dat als een iets concretere uiting van het abstracte beginsel van de bescherming van zwakkere personen kan worden gezien. Wij onderzoeken op welke verschillende deelgebieden van het familie(vermogens)recht dit beginsel en dit criterium zoal voorkomen, niet alleen in nationale, maar ook in internationale regelgeving (verdragenrecht). Mede daardoor heeft deze bijdrage een in hoofdzaak beschrijvend en niet polemisch karakter, hetgeen ook logisch is, omdat het genoemde beginsel en het genoemde criterium breed worden gedragen en noch nationaal, noch internationaal ter discussie staan. Men kan hooguit verschillen van mening over de mate waarin en de wijze waarop de bescherming van zwakkere personen gestalte moet krijgen.

De bescherming van zwakkere personen komt men uiteraard vooral tegen in Boek 1 BW, maar daarnaast ook in het erfrecht van Boek 4 BW. Dat is de reden waarom in de titel van deze bijdrage wordt gesproken over het 'familie(vermogens)recht'. In het algemene vermogensrecht, in het bijzonder de Boeken 3, 6 en 7 BW, is de bescherming van zwakkere personen evenmin een onbekende rechtsfiguur, maar in het navolgende zullen wij ons in beginsel (behoudens een enkel uitstapje naar Boek 3 BW) beperken tot het familie(vermogens)recht. Ook in internationale regelingen, zoals de reeds genoemde UVRM en tal van verdragen, waaronder het EVRM, het IVBPR en het IVRK,<sup>8</sup> alsmede de PEFL,<sup>9</sup> kan men uiteraard niet om de bescherming van zwakkere personen heen. Het is onvermijdelijk dat aan zo'n belangrijk en alom – nationaal en internationaal – erkend beginsel aandacht wordt besteed in allerlei vormen van regelgeving. Men vergelijkte in het bijzonder het in bijna alle internationale regelingen voorkomende beginsel van 'the best interest(s) of the child'. Zo luidt bijvoorbeeld beginsel 3:3 van de PEFL (belang van het kind) dat in alle aangelegenheden die de ouderlijke verantwoordelijkheid betreffen, het belang van het kind de eerste overweging vormt.<sup>10</sup>

## Meestal worden in de rechtswetenschap de beschermenswaardige handelingsonbekwame personen aangeduid met de veelzeggende term 'personae miserabiles', letterlijk vertaald: beklagenswaardige personen

### 2 Minderjarigen

#### 2.1 Het gezin in Boek 1 BW en in internationale regelgeving

Minderjarigen (personen die een bepaalde leeftijd, die in iedere staat verschillend kan zijn, nog niet hebben bereikt) maken meestal deel uit van een gezin. Voordat wij toekomen aan de bescherming van minderjarigen, is het interessant om te onderzoeken of ook het gezin een te beschermen entiteit is. De term 'gezin' is vanzelfsprekend juist in het personen- en familierecht uitermate belangrijk en het mag dan ook op zijn zachtst gezegd heel merkwaardig worden genoemd dat dit begrip

- 4 Wet van 14 juni 1956, *Stb.* 1956, 343, in werking getreden op 1 januari 1957, tot opheffing van de handelingsonbekwaamheid van de gehuwde vrouw.
- 5 Wet van 27 april 1884, *Stb.* 1884, 96, tot regeling van het Staatstoezicht op krankzinnigen.
- 6 EHRM 24 oktober 1979, *NJ* 1980, 114, m.nt. EAA, AA 1980, p. 105-120, m.nt. MdB (Winterwerp-Nederland).
- 7 Wet van 29 oktober 1992, *Stb.* 1992, 669-671, in werking getreden op 17 januari 1994.
- 8 Internationaal Verdrag inzake de rechten van het kind (1989).
- 9 'Principles of European Family Law', zowel die 'regarding divorce and maintenance between former spouses' (2004) als die 'regarding parental responsibilities' (2007), in het Nederlands: 'beginselen van Europees familierecht', zowel die 'betreffende echtscheiding en alimentatie tussen gewezen echtgenoten' als die 'betreffende ouderlijke verantwoordelijkheid'. Zie hierover uitvoerig K. Boele-Woelki e.a., 'Principles of European Family Law Regarding Divorce and Maintenance Between Former Spouses', serie 'European Family Law', deel 7, Antwerpen – Oxford: Intersentia 2004 (hierna: Boele-Woelki e.a. 2004) en K. Boele-Woelki e.a., 'Principles of European Family Law Regarding Parental Responsibilities', serie 'European Family Law', deel 16, Antwerpen – Oxford: Intersentia 2007 (hierna: Boele-Woelki e.a. 2007). Hierna worden de relevante PEFL (beginselen van Europees familierecht) telkens in hun Nederlandse vertaling weergegeven onder verwijzing naar de vindplaats en de toelichting in de beide zojuist genoemde boeken.
- 10 Zie Boele-Woelki e.a. 2007, p. 306 en voor een toelichting hierop p. 34-38.



noch in nationale, noch in internationale regelgeving is gedefinieerd. ‘Gezin’ is niet hetzelfde als (immers enger dan) ‘family’ in bijvoorbeeld de term ‘family life’, die voorkomt in artikel 8 EVRM en doorgaans wordt vertaald met ‘familie- en gezinsleven’. Het dichtst bij een definitie komt nog artikel 16 lid 3 UVRM, waarin wij kunnen lezen dat het gezin de natuurlijke en fundamentele groepseenheid van de maatschappij is en recht heeft op bescherming door de maatschappij en de Staat. Bijna dezelfde omschrijving komen wij tegen in artikel 23 lid 1 IVBPR, met dien verstande evenwel dat ‘groepseenheid’ is vervangen door ‘kern’. In beide bepalingen is dus neergelegd dat het gezin beschermenswaardig is (zie in dit verband ook de hierna opgenomen relevante passages van de preambule bij het IVRK). Gedefinieerd is echter niet wie minimaal van een gezin deel moeten uitmaken, wil van een gezin kunnen worden gesproken.

Ook in Boek 1 BW is ‘gezin’ niet gedefinieerd. Wel heeft de regering in 1996 een notitie uitgebracht over de maatschappelijke positie en de functie van het gezin, waarin het gezin wordt omschreven als ‘elk leefverband van één of meer volwassenen die verantwoordelijkheid dragen voor de verzorging en opvoe-

ding van één of meer kinderen’.<sup>11</sup> De toenmalige Staatssecretaris van Volksgezondheid, Welzijn en Sport, mevrouw Erica Terpstra, voegde hieraan namens de regering het volgende ter verduidelijking toe.

**De term ‘gezin’ is vanzelfsprekend juist in het personen- en familierecht uitermate belangrijk en het mag dan ook op zijn zachtst gezegd heel merkwaardig worden genoemd dat dit begrip noch in nationale, noch in internationale regelgeving is gedefinieerd**

Deze definitie geeft de kernfunctie van het gezin aan, namelijk de opvoeding en verzorging van kinderen. Met opvoeding wordt hier bedoeld het bieden van geborgenheid, veiligheid en behaaglijkheid, kortom nestwarmte, maar ook socialisering, de overdracht van waarden en normen, de zorg voor gezondheid, onderwijs en educatie, de voorbereiding op maatschappelijke functies en de bescherming van de lichamelijke integriteit. Bij het opvoeden hoort het geven van aandacht, het uitoefenen van toezicht en zeker ook het scheppen van ruimte voor een eigen inbreng en eigen verantwoordelijkheid van het kind. Het gezin vormt een affectieve, juridische, sociaal-economische en consumptieve eenheid en biedt zowel aan ouders als aan kinderen mogelijkheden tot persoonlijke ontplooiing en onderlinge zorg.<sup>12</sup>

11 *Kamerstukken II* 1995/96, 24 887, nr. 1, p. 1 (brief van de Staatssecretaris van Volksgezondheid, Welzijn en Sport van 16 september 1996, houdende een notitie over de maatschappelijke positie en de functie van het gezin).

12 *Kamerstukken II* 1995/96, 24 887, nr. 1, p. 1-2.

Wij zijn van mening dat wij met deze definitie van het gezin en de toelichting daarop ook anno 2008 nog steeds goed uit de voeten kunnen, te meer omdat met deze definitie geen ongerechtvaardigd onderscheid wordt gemaakt tussen de diverse samenlevingsvormen. Als gevolg hiervan beschouwt de regering – niet alleen in 1996, maar ook nu nog – op basis van gelijkwaardigheid, naast het traditionele gezin (moeder, vader, kinderen) en het uit meer generaties bestaande gezin, terecht ook stief-, pleeg- en eenoudergezinnen en homo- en lesbische ouderparen met kinderen als gezinnen.<sup>13</sup>

Artikel 25 lid 2 UVRM spreekt met zoveel woorden uit dat moeder en kind recht hebben op bijzondere zorg en bijstand en dat alle kinderen, al dan niet wettig,<sup>14</sup> dezelfde sociale bescherming zullen genieten. Nog explicieter naar het kind toe is artikel 24 lid 1 IVBPR: elk kind heeft, zonder onderscheid naar ras, huidskleur, geslacht, taal, godsdienst, nationale of maatschappelijke afkomst, eigendom of geboorte, recht op die beschermende maatregelen van de zijde van het gezin waartoe het behoort, de gemeenschap en de Staat, waarop het in verband met zijn minderjarigheid recht heeft.

Geheel op de rechten van het kind toegespitst is uiteraard het IVRK, dat in zijn uitvoerige preambule de toon al zeer duidelijk zet blijkens de volgende passages, waarin een reminiscentie aan de UVRM en aan andere internationale regelgeving voorkomt.

(...)

Eraan herinnerende dat de Verenigde Naties in de Universele Verklaring van de Rechten van de Mens hebben verkondigd dat kinderen recht hebben op bijzondere zorg en bijstand,

Ervan overtuigd dat aan het gezin, als de kern van de samenleving en de natuurlijke omgeving voor de ontplooiing en het welzijn van al haar leden en van kinderen in het bijzonder, de nodige bescherming en bijstand dienen te worden verleend opdat het zijn verantwoordelijkheden binnen de gemeenschap volledig kan dragen,

Erkennende dat het kind, voor de volledige en harmonische ontplooiing van zijn of haar persoonlijkheid, dient op te groeien in een gezinsomgeving, in een sfeer van geluk, liefde en begrip,

Overwegende dat het kind volledig dient te worden voorbereid op het leiden van een zelfstandig leven in de samenleving, en dient te worden opgevoed in de geest van de in het Handvest van de Verenigde Naties verkondigde idealen, en in het bijzonder in de geest van vrede, waardigheid, verdraagzaamheid, vrijheid, gelijkheid en solidariteit,

Indachtig dat de noodzaak van het verlenen van bijzondere zorg aan het kind is vermeld in de Verklaring van Genève inzake de Rechten van het Kind van 1924 en in de Verklaring van de Rechten van het Kind, aangenomen door de Algemene Vergadering op 20 november 1959 en is erkend in de Universele Verklaring van de Rechten van de Mens, in het Internationaal Verdrag inzake Burgerrechten en Politieke Rechten (met name in de artikelen 23 en 24), in het Internationaal Verdrag

inzake Economische, Sociale en Culturele Rechten (met name in artikel 10) en in de statuten en desbetreffende akten van gespecialiseerde organisaties en internationale organisaties die zich bezighouden met het welzijn van kinderen,

Indachtig dat, zoals aangegeven in de Verklaring van de Rechten van het Kind, 'het kind op grond van zijn lichamelijke en geestelijke onrijpheid bijzondere bescherming en zorg nodig heeft, met inbegrip van geëigende wettelijke bescherming, zowel vóór als na zijn geboorte',  
(...)

Voor de toepassing van het IVRK wordt onder een kind verstaan ieder mens jonger dan achttien jaar, tenzij volgens het op het kind van toepassing zijnde recht de meerderjarigheid eerder wordt bereikt (art. 1 IVRK).<sup>15</sup> Dit verdrag stelt de belangen van het kind voorop en laat daarover geen enkele twijfel bestaan: bij alle maatregelen betreffende kinderen, ongeacht of deze worden genomen door openbare of particuliere instellingen voor maatschappelijk welzijn of door rechterlijke instanties, bestuurlijke autoriteiten of wetgevende lichamen, vormen de belangen van het kind de eerste overweging (art. 3 lid 1 IVRK). De Staten die partij bij het verdrag zijn, verbinden zich ertoe het kind te verzekeren van de bescherming en de zorg die nodig zijn voor zijn of haar welzijn, rekening houdend met de rechten en plichten van zijn of haar ouders, wettige voogden of anderen die wettelijk verantwoordelijk voor het kind zijn, en nemen hiertoe alle passende wettelijke en bestuurlijke maatregelen (art. 3 lid 2 IVRK). Zie ook het hierboven aan het slot van paragraaf 1 reeds genoemde beginsel 3:3 van de PEFL (belang van het kind).

## Het kind heeft al vóór zijn geboorte bijzondere bescherming en zorg nodig, met inbegrip van geëigende wettelijke bescherming

Omdat kinderen veelal worden verzorgd en opgevoed binnen een gezin, moeten zij in beginsel daadwerkelijk contact met hun ouders kunnen onderhouden en niet van hen worden gescheiden. De Staten die partij bij het verdrag zijn, moeten op grond van artikel 9 lid 1 IVRK dan ook 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 nood-

13 *Kamerstukken II 1995/96*, 24 887, nr. 1, p. 2.

14 In Nederland is het onderscheid tussen wettige en onwettige kinderen – grofweg gezegd: het onderscheid tussen kinderen die binnen en kinderen die buiten huwelijk zijn geboren – afgeschaft bij de Wet van 24 december 1997, *Stb.* 1997, 772, in werking getreden op 1 april 1998, tot herziening van het afstammingsrecht alsmede van de regeling van adoptie.

15 Zie voor Nederland bijvoorbeeld art. 1:233 jis art. 1:31 en 253ha BW, op grond van welke bepalingen onder omstandigheden ook zestien- en zeventienjarigen als meerderjarigen kunnen worden beschouwd. Art. 1 IVRK houdt geen rekening met de mogelijkheid dat volgens het op het kind van toepassing zijnde recht van sommige staten de meerderjarigheid op latere leeftijd dan achttien jaar, bijvoorbeeld eenentwintig jaar, wordt bereikt.

16 Voor Nederland kan men in dit geval denken aan ontzetting van het ouderlijk gezag in de zin van art. 1:269 BW, die uitsluitend mogelijk is indien de rechtbank deze maatregel van kindbescherming in het belang van de kinderen noodzakelijk oordeelt.

17 Zie M.J.A. van Mourik en A.J.M. Nuytinck, *Personen- en familierecht, huwelijksvermogensrecht en erfrecht*, Studiereeks Burgerlijk Recht, deel 1, Deventer: Kluwer 2006, nr. 12 (hierna: Van Mourik-Nuytinck 2006).

18 Aldus ook R.J.P. Kottenhagen, 'Botsende rechten tussen moeder en ongeboren kind. Kan een zwangere vrouw tegen haar wil gedwongen worden een medische ingreep te ondergaan ten behoeve van de nasciturus?', *Tijdschrift voor Gezondheidsrecht* 2008, p. 492-503, met verwijzingen naar vele andere auteurs.

zakelijk 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,<sup>16</sup> of wanneer de ouders gescheiden leven en er een beslissing moet worden genomen ten aanzien van de verblijfplaats van het kind, waarover meer hierna in paragraaf 2.5 bij het gezag over minderjarige kinderen. En als het kind dan toch van een ouder of beide ouders is gescheiden, moeten de Staten die partij bij het verdrag zijn, op grond van artikel 9 lid 3 IVRK het recht van dit kind eerbiedigen op regelmatige basis persoonlijke betrekkingen en rechtstreeks contact met beide ouders te onderhouden, tenzij dit in strijd is met het belang van het kind.

## 2.2 Bescherming van het ongeboren kind

Uit de hierboven in paragraaf 2.1 geciteerde passage van de preambule van het IVRK is gebleken dat het kind al vóór zijn geboorte bijzondere bescherming en zorg nodig heeft, met inbegrip van geëigende wettelijke bescherming. Een en ander krijgt in Nederland gestalte in de zogenaamde nasciturus-regel van artikel 1:2 BW, waarin ook weer het belang van het kind vooropstaat. Het kind van wie een vrouw zwanger is, wordt als reeds geboren aangemerkt, zo dikwijls zijn belang dit vordert. Komt het dood ter wereld, dan wordt het geacht nooit te hebben bestaan. Het gaat hier om een juridische fictie, die niet alleen voor het erfrecht, maar ook voor het afstammingsrecht en het gezagsrecht van belang is.<sup>17</sup> Wij zijn dan ook van mening dat het in artikel 1:2 BW zeker niet alleen om vermogensrechtelijke, maar ook om niet-vermogensrechtelijke belangen van het ongeboren kind gaat. In het bijzonder kan men hierbij denken aan de medische en gezondheidsrechtelijke belangen van de nasciturus.<sup>18</sup> Wij behoeven in dit verband slechts te wijzen op de problematiek inzake 'wrongful birth' en 'wrongful life'.<sup>19</sup> Wij vinden dat in de meeste niet-gezondheidsrechtelijke commentaren op de in voetnoot 19 genoemde arresten van de Hoge Raad onderbelicht zijn gebleven: (a) het recht op leven van de al dan niet (geestelijk of lichamelijk) gehandicapte nasciturus – een niet-vermogensrechtelijk recht of belang – en (b) de in dit verband vaak tegenstrijdige belangen van moeder en ongeboren kind en als gevolg hiervan – als de moeder bepaalde medische ingrepen verlangt (of juist niet verlangt), die ook het (voortduren van het) leven van het ongeboren kind beïnvloeden – de wenselijke benoeming van een bijzon-

dere curator (art. 1:250 BW),<sup>20</sup> over wie meer hierna in paragraaf 2.5, dan wel de wenselijke belasting met de voorlopige voogdij over de nasciturus van een stichting die een bureau jeugdzorg in stand houdt (art. 1:272 BW). En wat te denken van de ondubbelzinnige bepalingen van artikel 3 UVRM ('een ieder heeft recht op leven'), artikel 2 lid 1, eerste volzin, EVRM ('het recht van een ieder op leven wordt beschermd door de wet'), artikel 6 lid 1, eerste en tweede volzin, IVBPR ('ieder heeft het recht op leven' en 'dit recht wordt door de wet beschermd') en artikel 6 lid 1 IVRK ('de Staten die partij zijn, erkennen dat ieder kind het inherente recht op leven heeft'), als men al deze bepalingen combineert met artikel 1:2 BW? Daarover is naar onze mening nog niet voldoende nagedacht.

Overigens willen wij met het bovenstaande niet de indruk wekken dat wij tegen de abortuswetgeving zijn. De Wet afbreking zwangerschap<sup>21</sup> geeft immers blijk van een zorgvuldige afweging van de belangen van het ongeboren kind tegen die van de ongewenst zwangere vrouw. Vooral de aan deze wet voorafgaande considerans spreekt in dit geval boekdelen.<sup>22</sup> In zoverre is deze wet naar onze mening dan ook te beschouwen als een lex specialis ten opzichte van artikel 1:2 BW als lex generalis.

Wat het erfrecht betreft, is het volgende van belang. Zou het ongeboren kind – al dan niet enig – erfgenaam zijn in een negatieve nalatenschap, dus in een nalatenschap waarvan de passiva de activa overtreffen, dan zou men kunnen stellen dat de juridische fictie van artikel 1:2 BW niet werkt, omdat erven in dit geval niet in het belang van het kind is. Mocht men hierover aarzelen, dan biedt in ieder geval het bepaalde in artikel 4:193 lid 1, eerste volzin, en lid 2, eerste volzin, BW uitkomst. De wettelijke vertegenwoordiger van een kind kan voor het kind immers niet zuiver aanvaarden en behoeft voor verwerping een machtiging van de kantonrechter. Heeft deze wettelijke vertegenwoordiger de verklaring van beneficiaire aanvaarding of van verwerping niet tijdig afgelegd, dus de termijn laten verlopen, dan geldt de nalatenschap als door het kind beneficiair aanvaard. Het privévermogen van het kind kan dan nooit worden uitgewonnen voor schulden van de nalatenschap (art. 4:184 lid 2, aanhef en onder a (*a contrario*), jo. art. 4:7 BW) en dat is inderdaad in het belang van het kind.

Voor het afstammingsrecht is artikel 1:2 BW van belang in verband met de mogelijkheid van prenatale erkenning op de wijze als

<sup>19</sup> Zie HR 21 februari 1997, *NJ* 1999, 145, m.nt. CJHB, AA 1997, p. 431-438, m.nt. JH ('wrongful birth'; in dit geval gaat het om een kind dat is geboren ten gevolge van een beroepsfout van de gynaecoloog) (AA19970431) en HR 18 maart 2005, *NJ* 2006, 606, m.nt. JBMV ('wrongful life', baby Kelly; in dit geval gaat het om toekenning van smartengeld aan ouders aan wie de kans was ontnomen de geboorte van een zwaar gehandicapt kind te voorkomen, zodat sprake was van inbreuk op hun zelfbeschikkingsrecht; ook het gehandicapt geboren kind zelf ontvangt smartengeld).

<sup>20</sup> Vergelijk onder het oude recht de 'curator ventris', letterlijk vertaald: de curator over de moederschoot, dus de curator over de ongeboren vrucht van art. 1:284 BW (oud), zij het dat de kantonrechter deze curator alleen benoemde indien de vrouw na het overlijden van haar man verklaarde zwanger te zijn.

<sup>21</sup> Wet van 1 mei 1981, *Stb.* 1981, 257, in werking getreden op 1 november 1984, houdende regelen met betrekking tot het afbreken van zwangerschap, laatstelijk gewijzigd bij Wet van 6 november 1997, *Stb.* 1997, 510, in werking getreden op 1 januari 1998, tot aanpassing van bijzondere wetten aan de derde tranche van de Algemene wet bestuursrecht (Aanpassingswet derde tranche Awb I).

<sup>22</sup> Daarin wordt overwogen 'dat het, gelet op de ontwikkeling van de opvattingen met betrekking tot het afbreken van zwangerschap, wenselijk is, met het oog zowel op de rechtsbescherming van ongeboren menselijk leven als op het recht van de vrouw op hulp bij ongewenste zwangerschap, regelen daaromtrent te stellen, en in verband daarmee het Wetboek van Strafrecht en enige andere wetten te wijzigen'.

bedoeld in artikel 1:203 BW. Voor het gezagsrecht is artikel 1:2 BW van belang in verband met de mogelijkheid van een prenatale aantekening in het gezagsregister van gezamenlijk gezag van ongehuwde en ongeregistreerde ouders (art. 1:252 jo. art. 1:244 BW).<sup>23</sup>

### 2.3 Bescherming van minderjarigen in het afstammings- en adoptierecht

Bescherming van minderjarigen in het afstammingsrecht wordt vooral bereikt langs de weg van artikel 1:212 BW, dat inhoudt dat in zaken van afstamming het minderjarige kind, optredende als verzoeker of belanghebbende, wordt vertegenwoordigd door een bijzondere curator, daartoe benoemd door de rechtbank die over de zaak beslist. Hier wordt de minderjarige dus niet vertegenwoordigd door zijn ouders, maar door een bijzondere curator, ook als geen sprake is van tegenstrijdig belang tussen de minderjarige en diens ouders.<sup>24</sup>

Een concreet geval binnen het afstammingsrecht, waarin het belang van het kind een belangrijk toetsingscriterium is, is aan de orde bij de vervangende toestemming van de rechtbank tot erkenning, die uitsluitend kan worden verleend, indien de erkenning de belangen van de moeder bij een ongestoorde verhouding met het kind of de belangen van het kind niet zou schaden, en de man de verwekker van het kind is (art. 1:204 lid 3 BW).

In het adoptierecht vervult het (kennelijk) belang van het kind vanouds een belangrijke rol als centrale adoptievoorwaarde (art. 1:227 lid 3 BW). Oorspronkelijk bedoeld als een maatregel van kindbescherming,<sup>25</sup> is de adoptie thans een volwaardige vorm van afstamming geworden, ook al is deze afstamming slechts fictief (art. 1:229 BW). Niet voor niets is het bijzondere adoptierecht van titel 1.12 BW in de wet meteen na het algemene afstammingsrecht van titel 1.11 BW opgenomen. Men kan de adoptie beschouwen als een bijzondere wijze van afstamming, ook al was zij oorspronkelijk niet zo bedoeld. Men zie in dit verband ook artikel 1:3 lid 1 BW, op grond waarvan een adoptie als een geboorte telt ter bepaling van de graad van bloedverwantschap, alsmede de artikelen 1:197, 198 en 199, aanhef en onder e, BW.

Ook in het IVRK staat, wat adoptie betreft, het belang van het kind voorop. Op grond van artikel 21, aanhef, IVRK moeten de Staten die partij bij het verdrag zijn en die de methode van adoptie erkennen en/of toestaan, waarborgen dat het belang van het kind daarbij de voornaamste overweging is.

### 2.4 Bescherming van minderjarigen in het rechtshandelingenrecht

In afdeling 1.13.1 BW is een aantal algemene bepalingen met betrekking tot minderjarigheid opgenomen. Een minderjarige die zonder toestemming van zijn wettelijke vertegenwoordiger handelt, is in beginsel handelingsonbekwaam. De wet zelf gaat echter niet uit van een dergelijke negatieve formulering en redigeert op positieve wijze dat een minderjarige, mits hij met toestemming van zijn wettelijke vertegenwoordiger handelt, bekwaam is rechtshandelingen te verrichten, voor zover de wet niet anders bepaalt (art. 1:234 lid 1 BW). Deze positieve formulering is in overeenstemming met het algemene vermogensrecht, dat eveneens de bekwaamheid van iedere natuurlijke persoon tot het verrichten van rechtshandelingen, voor zover de wet niet anders bepaalt, vooropstelt (art. 3:32 lid 1 BW). Deze positieve benadering dateert van 1992, toen de nieuwe codificatie van het algemene vermogensrecht werd ingevoerd, en van 1995 voor wat de uitwerking hiervan in het personen- en familierecht zelf betreft.<sup>26</sup>

## Een minderjarige die zonder toestemming van zijn wettelijke vertegenwoordiger handelt, is in beginsel handelingsonbekwaam. De wet zelf gaat echter niet uit van een dergelijke negatieve formulering

Een ander belangrijk beginsel van het burgerlijk recht, te weten bescherming van gerechtvaardigd vertrouwen, moet het zelfs afleggen tegen bescherming van minderjarigen in het rechtshandelingenrecht. Zo wordt een wederpartij van een minderjarige, die stelt dat zij niet wist of behoorde te weten dat zij een rechtshandeling met een handelingsonbekwame minderjarige heeft verricht, niet beschermd, omdat zij zich niet met succes op gerechtvaardigd vertrouwen aan haar zijde kan beroepen. Artikel 3:35 BW beschermt een wederpartij of geadresseerde uitsluitend tegen feitelijke onbekwaamheid, bijvoorbeeld als gevolg van een geestelijke stoornis in de zin van artikel 3:34 BW, maar niet tegen handelingsonbekwaamheid. Bescherming van de handelingsonbekwame staat dus in ons rechtssysteem voorop en prevaleert praktisch altijd boven bescherming van gerechtvaardigd

<sup>23</sup> Zie A.J.M. Nuytink, 'Is een prenatale aantekening in het gezagsregister van gezamenlijk gezag van ongehuwde en ongeregistreerde ouders mogelijk?', *WPNR* 2008-6748, p. 249-251. De auteur beantwoordt deze vraag bevestigend, gelet op het systeem van Boek 1 BW, in het bijzonder art. 1:2 BW, zij het dat hiervoor wél is vereist dat het Besluit gezagsregisters wordt gewijzigd.

<sup>24</sup> Zie over de bijzondere curator in het afstammingsrecht HR 31 oktober 2003, *NJ* 2004, 315, m.nt. JdB, AA 2004, p. 276-281, m.nt. AJMN (ontkenning vaderschap door bijzondere curator namens minderjarige) (AA20040276).

<sup>25</sup> Wet van 26 januari 1956, *Stb.* 1956, 42, in werking getreden op 1 november 1956, houdende invoering van de mogelijkheid van adoptie en wijziging, in verband daarmee, van het Burgerlijk Wetboek, het Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering en het Wetboek van Strafrecht.

<sup>26</sup> Wet van 6 april 1995, *Stb.* 1995, 240, in werking getreden op 2 november 1995, tot nadere regeling van het gezag over en van de omgang met minderjarige kinderen. Zie over de koerswijziging ten aanzien van de formulering van de handelings(on)bekwaamheid van de minderjarige uitvoerig A.J.M. Nuytink, 'De nieuwe regeling van de handelings(on)bekwaamheid van de minderjarige', in: S.C.J.J. Kortmann, J.M.M. Maeijer, A.J.M. Nuytink en S. Perrick (red.), *Op recht* (Struyckenbundel), Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1996, p. 233-241.

vertrouwen van de wederpartij of geadresseerde van de handelingsonbekwame. Artikel 1482 lid 1 BW (oud) drukte dit beginsel voortreffelijk uit door te bepalen dat kon worden vernietigd 'op den enkelen grond der minderjarigheid of der curatele'.

### 2.5 Bescherming van minderjarigen in het gezags- en omgangsrecht

De kern van de bescherming van minderjarigen treft men aan in de titels 1.14 en 1.15 BW, die het gezags- en omgangsrecht regelen. Dat is uiteraard logisch, omdat gezag betrekking heeft op de persoon van de minderjarige, het bewind over zijn vermogen en zijn vertegenwoordiging in burgerlijke handelingen, zowel in als buiten rechte (art. 1:245 lid 4 BW). Dan kan het ook bijna niet anders dan dat in gezags- en omgangsrechtelijke aangelegenheden het belang van het kind vooropstaat.

Ook in internationale regelgeving vindt men de meeste regels met betrekking tot het belang van het kind terug in bepalingen die alle zijn terug te voeren op het gezag van de wettelijke vertegenwoordiger van de minderjarige. De gezagsdrager, die dus tevens de wettelijke vertegenwoordiger van de minderjarige is, is ouder, niet-ouder of voogd (art. 1:245 leden 2, 3 en 5 BW). Als er sprake is van tweehoofdig gezag, maakt het naar het kind toe – wat betreft de inhoud van het gezag – niet uit of de ouders, de ouder en de niet-ouder dan wel de voogden met elkaar zijn gehuwd, een geregistreerd partnerschap met elkaar zijn aangegaan dan wel met elkaar samenwonen zonder een huwelijk of geregistreerd partnerschap en al dan niet met een onderhands of notarieel samenlevingscontract. In internationale regelgeving wordt vaak alleen over echtgenoten gesproken, maar men zal moeten aannemen dat *mutatis mutandis* dezelfde bepalingen voor de andere genoemde gezagsdragers hebben te gelden. Zo bepaalt artikel 5 Zevende Protocol bij het EVRM dat echtgenoten gelijke rechten en verantwoordelijkheden van civielrechtelijke aard hebben, zowel onderling als in hun betrekkingen met hun kinderen, wat betreft het huwelijk, tijdens het huwelijk en bij de ontbinding ervan. De betrekkingen met de kinderen zien op het gezag. Dit artikel belet de Staten niet de in het belang van de kinderen noodzakelijke maatregelen te nemen. Bij dit laatste kan men behalve aan gezagsvoorzieningen onder andere ook denken aan kinderbeschermingsmaatregelen, zoals ondertoezichtstelling, uithuisplaatsing, ontheffing en ontzetting van het gezag, die het gezag van de reguliere ge-

zagsdrager beperken of beëindigen. Ongeveer in gelijke zin bepaalt artikel 23 lid 4 IVBPR dat de Staten die partij bij dit verdrag zijn, passende maatregelen nemen ter verzekering van de gelijke rechten en verantwoordelijkheden van de echtgenoten wat het huwelijk betreft, tijdens het huwelijk en bij de ontbinding ervan. In geval van ontbinding van het huwelijk wordt voorzien in de noodzakelijke bescherming van eventuele kinderen.

## Bescherming van de handelingsonbekwame staat dus in ons rechtssysteem voorop en prevaleert praktisch altijd boven bescherming van gerechtvaardigd vertrouwen van de wederpartij of geadresseerde van de handelingsonbekwame

Voordat wij toekomen aan de beginselen van Europees familierecht betreffende ouderlijke verantwoordelijkheid, gaan wij kort in op de beginselen van Europees familierecht betreffende echtscheiding en alimentatie tussen gewezen echtgenoten, voor zover laatstgenoemde beginselen betrekking hebben op of – direct dan wel indirect – te maken hebben met (het belang van) minderjarige kinderen. In de preambule die voorafgaat aan de door de Commissie voor Europees Familierecht aanbevolen beginselen betreffende echtscheiding en alimentatie tussen gewezen echtgenoten, geeft de commissie aan dat zij onder andere is 'geleid door de wens een evenwicht te vinden tussen de belangen van echtgenoten en de maatschappij en daadwerkelijke gelijkheid van de seksen te ondersteunen, rekening houdend met de belangen van kinderen'.<sup>27</sup> In geval van echtscheiding door onderlinge toestemming, die overeenstemming tussen de echtgenoten over de ontbinding van hun huwelijk veronderstelt, komt de rechtspositie van kinderen voor het eerst aan de orde in beginsel 1:5 van de PEFL (reflectieperiode). Hebben de echtgenoten bij de inleiding van de echtscheidingsprocedure kinderen onder zestien jaar en hebben zij over alle echtscheidingsgevolgen – zowel die tussen hen onderling als die tegenover de kinderen – overeenstemming bereikt, dan is een reflectieperiode van drie maanden vereist. Hebben zij geen overeenstemming over alle gevolgen bereikt, dan is een reflectieperiode van zes maanden

<sup>27</sup> Zie Boele-Woelki e.a. 2004, p. 153 en voor een toelichting hierop p. 7-9.

vereist. Hebben de echtgenoten bij de inleiding van de echtscheidingsprocedure geen kinderen onder zestien jaar en hebben zij over alle echtscheidingsgevolgen tussen hen onderling overeenstemming bereikt, dan is geen reflectieperiode vereist. Hebben zij geen overeenstemming over alle gevolgen bereikt, dan is een reflectieperiode van drie maanden vereist. Leven de echtgenoten bij de inleiding van de echtscheidingsprocedure sinds zes maanden feitelijk gescheiden, dan is geen reflectieperiode vereist.<sup>28</sup>

Wat wij in Nederland het echtscheidingsconvenant noemen, wordt geregeld in beginsel 1:6 van de PEFL (inhoud van de overeenkomst). Het gaat hierbij om de gevolgen waarover de echtgenoten overeenstemming moeten bereiken, te weten twee gevolgen tegenover de kinderen (a en b) en twee gevolgen tussen de echtgenoten onderling (c en d). Deze gevolgen zijn: (a) de ouderlijke verantwoordelijkheid van de echtgenoten, indien noodzakelijk, met inbegrip van de verblijfplaats van de kinderen en het persoonlijk contact met hen, (b) de alimentatie voor de kinderen, indien noodzakelijk, (c) de verdeling of de reallocatie van het vermogen, alsook (d) de alimentatie tussen echtgenoten. Deze overeenkomst vereist de schriftelijke vorm.<sup>29</sup>

Het onderscheid tussen de echtscheidingsgevolgen tussen de echtgenoten onderling en die tegenover de kinderen werkt ook door in beginsel 1:7 van de PEFL (beslissing over de gevolgen). In alle gevallen beslist de bevoegde autoriteit (die zowel een gerechtelijk als een administratief orgaan kan zijn) over de gevolgen tegenover de kinderen. Hierbij wordt rekening gehouden met een toelaatbare overeenkomst tussen de echtgenoten voor zover deze aan het belang van het kind beantwoordt. De bevoegde autoriteit controleert ten minste de geldigheid van de overeenkomst betreffende de aangelegenheden die betrekking hebben op de gevolgen tegenover de kinderen. Hebben de echtgenoten geen of slechts een gedeeltelijke overeenkomst over de aangelegenheden tussen hen onderling gesloten, dan kan de bevoegde autoriteit over deze gevolgen beslissen.<sup>30</sup>

In geval van echtscheiding zonder toestemming van een van de echtgenoten (een dergelijke echtscheiding is toegestaan wanneer de echtgenoten sinds een jaar feitelijk gescheiden leven) geeft beginsel 1:10 van de PEFL (beslissing over de gevolgen) soortgelijke voorzieningen als beginsel 1:7 van de PEFL in geval van echtscheiding door onderlinge toestemming. Indien noodzakelijk

beslist de bevoegde autoriteit over: (a) de ouderlijke verantwoordelijkheid met inbegrip van de verblijfplaats van de kinderen en het persoonlijk contact met hen, alsook over (b) de alimentatie voor de kinderen. Hierbij wordt rekening gehouden met een toelaatbare overeenkomst tussen de echtgenoten voor zover deze in overeenstemming is met het belang van het kind.<sup>31</sup>

Wat de voorwaarden voor de toekenning van alimentatie tussen gewezen echtgenoten betreft, is in relatie tot de kinderen beginsel 2:4 van de PEFL (beoordeling van de alimentatieaanspraak) van belang. De zorg voor de kinderen is een van de zes factoren waarmee bij de beoordeling van een alimentatieaanspraak in het bijzonder rekening wordt gehouden.<sup>32</sup> Een voorrangregel wordt geformuleerd in beginsel 2:7 van de PEFL (pluraliteit van alimentatieaanspraken): bij de vaststelling van de mogelijkheden van de alimentatieplichtige echtgenoot om in de behoefte van de alimentatiegerechtigde echtgenoot te voorzien, zal de bevoegde autoriteit voorrang verlenen aan de alimentatieaanspraak van een minderjarig kind van de alimentatieplichtige echtgenoot.<sup>33</sup>

Beginsel 3:1 van de PEFL (begrip ouderlijke verantwoordelijkheid) maakt duidelijk dat de term 'ouderlijke verantwoordelijkheid' heel dicht in de buurt komt van de Nederlandse term 'gezag' in de zin van artikel 1:245 lid 4 BW. Volgens dit beginsel is de ouderlijke verantwoordelijkheid een verzameling van rechten en plichten, gericht op de bevordering en bescherming van het welzijn van het kind. Zij omvat in het bijzonder: (a) zorg, bescherming en opvoeding; (b) onderhouden van persoonlijke relaties; (c) bepaling van verblijfplaats; (d) beheer over het vermogen en (e) wettelijke vertegenwoordiging.<sup>34</sup> Beginsel 3:10 van de PEFL (werking van ontbinding en scheiding) maakt duidelijk dat ouderlijke verantwoordelijkheid noch door de ontbinding of nietigverklaring van het huwelijk of van een andere formele relatie, noch door de juridische of feitelijke scheiding tussen de ouders wordt beïnvloed.<sup>35</sup>

De bescherming van het kind, in het bijzonder de strijd tegen geestelijke en lichamelijke kindermishandeling, heeft in 2007 een belangrijke impuls gekregen.<sup>36</sup> Onder verzorging en opvoeding – als essentiële onderdelen van het gezag – worden mede verstaan de zorg en de verantwoordelijkheid voor het geestelijk en lichamenlijk welzijn en de veiligheid van het kind, alsmede het bevorderen van de ontwikkeling van zijn persoonlijkheid. In de verzorging en opvoeding van het kind passen de

28 Zie Boele-Woelki e.a. 2004, p. 154 en voor een toelichting hierop p. 33-36.

29 Zie Boele-Woelki e.a. 2004, p. 154 en voor een toelichting hierop p. 37-42.

30 Zie Boele-Woelki e.a. 2004, p. 154-155 en voor een toelichting hierop p. 43-50.

31 Zie Boele-Woelki e.a. 2004, p. 155 en voor een toelichting hierop p. 59-65.

32 Zie Boele-Woelki e.a. 2004, p. 156 en voor een toelichting hierop p. 85-95.

33 Zie Boele-Woelki e.a. 2004, p. 156-157 en voor een toelichting hierop p. 104-111.

34 Zie Boele-Woelki e.a. 2007, p. 305 en voor een toelichting hierop p. 25-31.

35 Zie Boele-Woelki e.a. 2007, p. 307 en voor een toelichting hierop p. 79-81.

36 Wet van 8 maart 2007, *Stb.* 2007, 145, in werking getreden op 25 april 2007, tot wijziging van Boek 1 van het Burgerlijk Wetboek teneinde een bijdrage te leveren aan het voorkomen van het gebruik van geestelijk of lichamenlijk geweld jegens of van enige andere vernederende behandeling van kinderen in de verzorging en opvoeding.



ouders geen geestelijk of lichamelijk geweld of enige andere vernederende behandeling toe (art. 1:247 lid 2 BW). Een belangrijke toevoeging aan dit nieuwe voorschrift is dat het van overeenkomstige toepassing is op de voogd en op degene die een minderjarige verzorgt en opvoedt zonder dat hem het gezag over die minderjarige toekomt, zoals een feitelijke of sociale ouder dan wel een pleegouder (art. 1:248 jo. art. 1:336 BW). Ook volgens beginsel 3:19 van de PEFL (verzorging, bescherming en opvoeding) mag het kind niet worden onderworpen aan lichamelijke bestraffing of andere vernederende behandeling.<sup>37</sup> Een en ander is in overeenstemming met artikel 19 lid 1 IVRK.

## De bescherming van het kind, in het bijzonder de strijd tegen geestelijke en lichamelijke kindermishandeling, heeft in 2007 een belangrijke impuls gekregen

Ook in gezagsrechtelijke aangelegenheden kan een bijzondere curator worden benoemd ter vertegenwoordiging van de minderjarige in en buiten rechte, maar anders dan in het afstammingsrecht (art. 1:212 BW) is deze mogelijkheid er alleen als de belangen van de gezagsdrager in strijd zijn met die van de minderjarige. Bovendien moet de rechter benoeming van een bijzondere curator in het belang van de minderjarige noodzakelijk achten, waarbij hij in het bijzonder de aard van de belangenstrijd in aanmerking moet nemen (art. 1:250 BW). Beginsel 3:7 van de PEFL (belangenconflict) houdt in dat de belangen van het kind dienen te worden beschermd in alle gevallen waarin zij in conflict zijn met de belangen van de dragers van de ouderlijke verantwoordelijkheid.<sup>38</sup> In het verlengde hiervan maakt beginsel 3:38 van de PEFL (benoeming van een bijzondere vertegenwoordiger voor het kind) het mogelijk dat in procedures betreffende de ouderlijke verantwoordelijkheid, waarin een belangenschil tussen het kind en de dragers van de ouderlijke verantwoordelijkheid zou kunnen bestaan, of waarin het welzijn van het kind anderszins gevaar loopt, de bevoegde autoriteit een bijzondere vertegenwoordiger voor het kind benoemt.<sup>39</sup>

Als wij ons beperken tot het gezag van ouders, is het van belang op te merken dat zij dit gezag in beginsel gezamenlijk uitoefenen, zowel tijdens het huwelijk als na echtschei-

ding of scheiding van tafel en bed (art. 1:251 leden 1 en 2 BW). Eenhoofdig gezag is alleen aan de orde als de rechter dit op verzoek van de ouders of van een van hen in het belang van het kind bepaalt, waarbij hij de door de Hoge Raad<sup>40</sup> in de afgelopen jaren ontwikkelde criteria toepast. Inmiddels kan op dit punt van een constante jurisprudentie van de Hoge Raad worden gesproken. In het nieuwe echtscheidingsrecht<sup>41</sup> is deze jurisprudentie gecodificeerd. Meestal spreekt men in de familierechtelijke literatuur over het zogenaamde 'klem-criterium' van de Hoge Raad, dat is opgenomen in artikel 1:251a lid 1 BW (nieuw). Artikel 1:251 BW (nieuw) regelt voortaan uitsluitend de situatie van gezamenlijk gezag, terwijl artikel 1:251a BW (nieuw) zich beperkt tot de situatie van eenhoofdig gezag als uitzondering op de hoofdregel. Artikel 1:251a lid 1 BW (nieuw) bepaalt dan dat de rechter na ontbinding van het huwelijk anders dan door de dood of na scheiding van tafel en bed op verzoek van de ouders of van een van hen kan bepalen dat het gezag over een kind aan één ouder toekomt indien:

a er een onaanvaardbaar risico is dat het kind klem of verloren zou raken tussen de ouders en niet is te verwachten dat hierin binnen afzienbare tijd voldoende verbetering zou komen, of

b wijziging van het gezag anderszins in het belang van het kind noodzakelijk is.

In het nieuwe echtscheidingsrecht is de gezamenlijke verantwoordelijkheid van beide ouders sterk benadrukt in artikel 1:247 leden 3 en 4 BW (nieuw). Op grond daarvan omvat het ouderlijk gezag mede de verplichting van de ouder om de ontwikkeling van de banden van zijn kind met de andere ouder te bevorderen, terwijl een kind over wie de ouders gezamenlijk het gezag uitoefenen, na (echt)scheiding of feitelijke scheiding van zijn ouders recht op een gelijkwaardige verzorging en opvoeding door beide ouders behoudt.

Ook in het internationale recht wordt zowel aan de gezamenlijke verantwoordelijkheid van beide ouders als aan het belang van het kind een prominente plaats toegekend als het gaat om gezag. Zo bepaalt artikel 18 lid 1 IVRK dat de Staten die partij bij het verdrag zijn, alles doen wat in hun vermogen ligt om de erkenning te verzekeren van het beginsel dat beide ouders de gezamenlijke verantwoordelijkheid dragen voor de opvoeding en de ontwikkeling van het kind. Ouders of, al naar gelang het geval, wettige voogden hebben de eerste verantwoordelijkheid voor de opvoeding en de ontwikkeling van het kind.

37 Zie Boele-Woelki e.a. 2007, p. 308 en voor een toelichting hierop p. 119-129.

38 Zie Boele-Woelki e.a. 2007, p. 306 en voor een toelichting hierop p. 56-58.

39 Zie Boele-Woelki e.a. 2007, p. 313 en voor een toelichting hierop p. 253-258.

40 HR 10 september 1999, NJ 2000, 20, m.nt. SFMW, HR 15 december 2000, NJ 2001, 123, m.nt. SFMW en HR 19 april 2002, NJ 2002, 458. Zie ook HR 11 april 2008, NJ 2008, 322, m.nt. SFMW.

41 Wetsvoorstel 30 145 tot wijziging van Boek 1 van het Burgerlijk Wetboek en het Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering in verband met het bevorderen van voortgezet ouderschap na scheiding en het afschaffen van de mogelijkheid tot het omzetten van een huwelijk in een geregistreerd partnerschap (Wet bevordering voortgezet ouderschap en zorgvuldige scheiding), *Kamerstukken I* 2006/07, 30 145, A (gewijzigd voorstel van wet van 12 juni 2007). Zie over dit wetsvoorstel A.J.M. Nuytinck, 'Het nieuwe, door de Tweede Kamer aangenomen echtscheidingsrecht: de Wet bevordering voortgezet ouderschap en zorgvuldige scheiding', *WPNR* 2007-6722, p. 739-745 en A.J.M. Nuytinck, 'De in de Wet bevordering voortgezet ouderschap en zorgvuldige scheiding vergeten voogden en het voogdijplan', *WPNR* 2008-6756, p. 397-398.

Hieraan wordt in niet mis te verstane bewoordingen toegevoegd dat het belang van het kind hun allereerste zorg is. Ook in beginsel 3:11 van de PEFL (gezamenlijke uitoefening) staat uitoefening van ouderlijke verantwoordelijkheid door ouders tezamen voorop: ouders met ouderlijke verantwoordelijkheid hebben gelijke rechten en plichten in de uitoefening van deze verantwoordelijkheid en oefenen deze voor zover mogelijk gezamenlijk uit.<sup>42</sup> Een uitzondering op de hoofdregel treft men aan in beginsel 3:15 van de PEFL (exclusieve uitoefening op grond van overeenkomst of beslissing).<sup>43</sup>

## Onder vigeur van het huidig recht heeft de Hoge Raad al diverse malen beslist dat een definitief verbod aan een ouder om met het kind contact te hebben, niet tot de mogelijkheden behoort

De wet bevat in artikel 1:253a BW een geschillenregeling ingeval de ouders een conflict hebben over de gezamenlijke gezagsuitoefening. De rechtbank aan wie het conflict ter oplossing wordt voorgelegd, neemt een zodanige beslissing als haar in het belang van het kind wenselijk voorkomt, nadat zij eerst een vergelijk tussen de ouders heeft beproefd. In het nieuwe echtscheidingsrecht wordt de geschillenregeling aanzienlijk uitgebreid en ook daarin krijgt het belang van het kind weer veel aandacht. Volgens artikel 1:253a lid 2, eerste en tweede volzin, aanhef en onder a, BW (nieuw) kan de rechtbank eveneens, dus naast de in het vorige lid genoemde beslissing in aan haar voorgelegde geschillen, op verzoek van de ouders of van een van hen een regeling vaststellen inzake de uitoefening van het ouderlijk gezag en kan deze regeling omvatten een toedeling aan ieder der ouders van de zorg- en opvoedingstaken, alsmede en uitsluitend indien het belang van het kind dit vereist, een tijdelijk verbod aan een ouder om met het kind contact te hebben. Ook onder vigeur van het huidig recht heeft de Hoge Raad<sup>44</sup> al diverse malen beslist dat een definitief verbod aan een ouder om met het kind contact te hebben, niet tot de mogelijkheden behoort, omdat anders de gezamenlijke gezagsuitoefening van beide ouders illusoir zou worden gemaakt. Een geschillenregeling met betrekking tot de gezamenlijke uitoefening

van ouderlijke verantwoordelijkheid treft men ook aan in beginsel 3:14 van de PEFL (geschil over de uitoefening), op grond waarvan ouders hun geschil aan de bevoegde autoriteit kunnen voorleggen. Deze bevordert de totstandkoming van een overeenkomst tussen de ouders. Bij gebreke van overeenstemming verdeelt de bevoegde autoriteit de uitoefening van de ouderlijke verantwoordelijkheid tussen de ouders of beslecht het geschil.<sup>45</sup>

Ook elders in het gezagsrecht keert het belang van het kind telkens terug. Dit criterium is de rode draad door het gehele gezagsrecht heen. Nu eens wordt een gezagsrechtelijk verzoek 'slechts ingewilligd, indien de rechter dit in het belang van het kind wenselijk oordeelt', dan weer wordt een dergelijk verzoek 'slechts afgewezen, indien gegronde vrees bestaat dat bij inwilliging de belangen van het kind zouden worden verwaarloosd'.<sup>46</sup> Men vergelijk de artikelen 1:252 lid 3, laatste volzin, 253 lid 2, laatste volzin, 253b leden 4 en 5, 253c leden 2, 3 en 4, 253d leden 2, 3 en 4, 253g lid 3, 253h lid 3, 253ha lid 4, eerste volzin, 253n lid 1, laatste volzin, 253q lid 3, eerste volzin, 253s lid 2, laatste volzin, 253t leden 3 en 5, tweede volzin, onder c, alsmede 253v leden 3, 4 en 5, eerste volzin, BW.

## Het belang van het kind is de rode draad door het gehele gezagsrecht heen

Uiteraard draait ook alles om het belang van het kind in de afdelingen 1.14.4, 1.14.5 en 1.14.6, paragrafen 7 en 8, BW betreffende de echte kindbeschermingsmaatregelen: ondertoezichtstelling (inclusief uithuisplaatsing), alsmede ontheffing en ontzetting van ouderlijk gezag of van voogdij (art. 1:254-278 en 326-335 BW), een en ander in samenhang met de Wet op de jeugdzorg.<sup>47</sup> Deze kindbeschermingsmaatregelen grijpen diep in het privéleven ('private life') en in het familie- en gezinsleven ('family life') van ouders of voogden en kinderen in en daarom zijn deze maatregelen ook met de nodige waarborgen omgeven, mede gelet op artikel 8 EVRM. Het is hier immers de overheid in de persoon van de rechter die het gezag van de ouders of voogden beperkt dan wel beëindigt. Ook in internationaal verband wordt voor dit aspect terecht de aandacht gevraagd. Zo bepaalt artikel 20 IVRK dat een kind dat tijdelijk of blijvend het verblijf in het gezin waartoe het behoort, moet missen, of dat men in zijn of haar eigen belang niet kan toestaan in het gezin te blijven, recht

<sup>42</sup> Zie Boele-Woelki e.a. 2007, p. 307 en voor een toelichting hierop p. 82-85.

<sup>43</sup> Zie Boele-Woelki e.a. 2007, p. 308 en voor een toelichting hierop p. 100-105.

<sup>44</sup> HR 18 november 2005, *NJ* 2005, 574, m.nt. SFMW, HR 31 maart 2006, *NJ* 2006, 392, m.nt. SFMW, HR 23 maart 2007, *NJ* 2007, 174 en HR 14 september 2007, *NJ* 2007, 486, AA 2008, p. 50-52, m.nt. AJMN (geen ontzegging van omgang voor onbepaalde tijd bij gezamenlijk gezag) (AA20080050).

<sup>45</sup> Zie Boele-Woelki e.a. 2007, p. 307-308 en voor een toelichting hierop p. 95-99.

<sup>46</sup> Zie over deze verschillende wijzen van redigeren door de wetgever Van Mourik-Nuytink 2006, nr. 211.

<sup>47</sup> Wet van 22 april 2004, *Stb.* 2004, 306, in werking getreden deels op 1 september 2004 en deels op 1 januari 2005, houdende regeling van de aanspraak op, de toegang tot en de bekostiging van jeugdzorg, laatstelijk gewijzigd bij Wet van 17 april 2008, *Stb.* 2008, 162, in werking getreden op 16 mei 2008 (Reparatiewet gesloten jeugdzorg).

heeft op bijzondere bescherming en bijstand van staatswege. De Staten die partij bij het verdrag zijn, waarborgen, in overeenstemming met hun nationale recht, een andere vorm van zorg voor dat kind. Deze zorg kan, onder andere, plaatsing in een pleeggezin omvatten, adoptie of, indien noodzakelijk, plaatsing in geschikte instellingen voor kinderzorg. In het verlengde hiervan bepaalt artikel 25 IVRK dat de Staten die partij bij het verdrag zijn, het recht erkennen van een kind dat door de bevoegde autoriteiten uit huis is geplaatst ter verzorging, bescherming of behandeling in verband met zijn of haar lichamelijke of geestelijke gezondheid, op een periodieke evaluatie van de behandeling die het kind krijgt, en van alle andere omstandigheden die verband houden met zijn of haar plaatsing. Beginsel 3:32 van de PEFL (onttrekking van ouderlijke verantwoordelijkheid) voorziet eveneens in de mogelijkheid dat de bevoegde autoriteit de drager van de ouderlijke verantwoordelijkheid geheel of gedeeltelijk aan deze ouderlijke verantwoordelijkheid onttrekt, indien zijn gedrag of nalatigheid een ernstig gevaar voor de persoon of het vermogen van het kind veroorzaakt.<sup>48</sup>

In het vermogensrechtelijke gedeelte van het gezagsrecht, dus als het gaat om de bewindvoering over het vermogen van de minderjarige door ouders en voogden, is een belangrijke plaats ingeruimd voor de kantonrechter. Hij oefent in het belang van de minderjarige toezicht uit op het bewind van de voogd in die zin, dat de kantonrechter voor een aantal belangrijke rechtshandelingen die de voogd wil verrichten, machtiging moet verlenen dan wel deze rechtshandelingen moet goedkeuren (art. 1:337-371a BW, in het bijzonder art. 1:344-357 BW). Deze beperkingen van de handelingsbevoegdheid van de voogd gelden grotendeels ook voor de bewindvoerende ouders (art. 1:253k jis. art. 1:342 lid 2, 344-357 en 370 BW).

In het omgangsrecht van ouders is een aantal belangrijke ontzeggingsgronden opgenomen in artikel 1:377a lid 3 BW. De rechter ontzegt het recht op omgang slechts, indien:

- a omgang ernstig nadeel zou opleveren voor de geestelijke of lichamelijke ontwikkeling van het kind, of
- b de ouder kennelijk ongeschikt of kennelijk niet in staat moet worden geacht tot omgang, of
- c het kind dat twaalf jaren of ouder is, bij zijn verhoor van ernstige bezwaren tegen omgang met zijn ouder heeft doen blijken, of
- d omgang anderszins in strijd is met zwaarwegende belangen van het kind.

Deze vier ontzeggingsgronden gelden naar huidig recht in beginsel niet voor degene die in een nauwe persoonlijke betrekking tot het kind staat (dat wil zeggen: ‘family life’ met dit kind heeft) en omgangsrecht met dit kind verlangt. Artikel 1:377f lid 1, tweede volzin, BW bepaalt immers dat de rechter het verzoek tot omgang kan afwijzen, indien het belang van het kind zich tegen toewijzing verzet of indien het kind dat twaalf jaar of ouder is, bezwaar maakt. De ontzeggingsgronden van artikel 1:377a lid 3 BW zijn niet overgenomen in artikel 1:377f lid 1 BW. In het nieuwe omgangsrecht komt hierin verandering.<sup>49</sup> Artikel 1:377f BW vervalt en zijn inhoud wordt geïncorporeerd in artikel 1:377a lid 1, eerste volzin, BW (nieuw), dat voortaan betrekking heeft op zowel de – juridische – ouders als degene die in een nauwe persoonlijke betrekking tot het kind staat. Daardoor gaan de vier ontzeggingsgronden van artikel 1:377a lid 3 BW ook gelden voor degene die ‘family life’ met het kind heeft.<sup>50</sup> De Hoge Raad<sup>51</sup> heeft onlangs geanticipeerd op de samenvoeging van de artikelen 1:377a en 377f BW.

Ook bij het eveneens in titel 1.15 BW geregelde informatie- en consultatierecht speelt het belang van het kind een belangrijke rol. Indien het belang van het kind zulks vereist, kan de rechter zowel op verzoek van de met het gezag belaste ouder als ambtshalve bepalen dat artikel 1:377b lid 1 BW betreffende het informatie- en consultatierecht buiten toepassing blijft (art. 1:377b lid 2 BW). Als het gaat om door derden te verschaffen informatie, kan het belang van het kind zich evenzeer tegen het verschaffen van deze informatie verzetten; men zie artikel 1:377c lid 1, slot, en lid 2, laatste volzin, BW.

In de PEFL worden omgang en informatie geregeld in het kader van ‘onderhouden van persoonlijke relaties’. Wij wijzen op beginsel 3:25 van de PEFL (omgang met ouders en andere personen)<sup>52</sup> en op beginsel 3:29 van de PEFL (informatie aan de ouders).<sup>53</sup>

## 2.6 Bescherming van minderjarigen in het erfrecht en in het verdelingsrecht

Ook in het erfrecht krijgen minderjarigen speciale aandacht. In het erfrecht bij versterf worden de kinderen tezamen met de niet van tafel en bed gescheiden echtgenoot van de erflater tot diens nalatenschap geroepen, en wel binnen de eerste parentele of groep van erfgenamen (art. 4:10 lid 1, aanhef en onder a, BW). Indien deze kinderen meerderjarig zijn ten tijde van het overlijden van de erflater, behoeven zij ook in het erfrecht geen bijzonde-

48 Zie Boele-Woelki e.a. 2007, p. 312 en voor een toelichting hierop p. 212-216.

49 Het nieuwe omgangsrecht is opgenomen in het in voetnoot 41 genoemde wetsvoorstel 30 145.

50 Zie *Kamerstukken I* 2006/07, 30 145, A, p. 5, onderdelen O en Q.

51 HR 11 april 2008, *NJ* 2008, 555, m.nt. JdB. In dezelfde zaak heeft de Hoge Raad al tweemaal eerder uitspraak gedaan: HR 24 januari 2003, *NJ* 2003, 386, m.nt. JdB en HR 21 april 2006, *NJ* 2006, 584, m.nt. JdB.

52 Zie Boele-Woelki e.a. 2007, p. 310 en voor een toelichting hierop p. 164-175.

53 Zie Boele-Woelki e.a. 2007, p. 311 en voor een toelichting hierop p. 194-196.

re bescherming, tenzij zij onder curatele zijn gesteld, hun vermogen geheel of gedeeltelijk onder bewind is gesteld, dan wel ten aanzien van hen sprake is van faillissement, surseance van betaling of de schuldsaneringsregeling natuurlijke personen. Meestal wordt in geval van handelingsonbekwame kinderen en in geval van kinderen die beheers- en/of beschikkingsonbevoegd zijn ten gevolge van faillissement, surseance van betaling of de schuldsaneringsregeling natuurlijke personen, in het erfrecht gesproken van kinderen die niet het 'vrije beheer' over hun vermogen hebben.<sup>54</sup>

Als de wettelijke verdeling geldt (art. 4:13 e.v. BW), kunnen de echtgenoot en ieder kind verlangen dat een boedelbeschrijving wordt opgemaakt. Deze bevat een waardering van de goederen en de schulden van de nalatenschap (art. 4:16 lid 1 BW). Voor een minderjarig kind van de erflater geldt in dit geval dat zijn wettelijke vertegenwoordiger binnen een jaar na het overlijden van de erflater een ter bevestiging van haar deugdelijkheid door hem ondertekende boedelbeschrijving moet inleveren ter griffie van de rechtbank van de woonplaats van het kind (art. 4:16 lid 2, eerste volzin, BW).

## Ook in het erfrecht krijgen minderjarigen speciale aandacht

In geval van toepassing van de wettelijke verdeling tussen de langstlevende echtgenoot en een of meer minderjarige kinderen van de erflater kan gemakkelijk sprake zijn van tegenstrijdige belangen tussen de echtgenoot enerzijds en de kinderen anderzijds. Zo kan men zich voorstellen dat bij de vaststelling van de geldvordering van de kinderen – ter grootte van hun kindsdeel, al dan niet vermeerderd met rente – en bij het opmaken van een eventuele boedelbeschrijving de echtgenoot er belang bij heeft dat de goederen van de nalatenschap zo laag mogelijk worden gewaardeerd, terwijl de kinderen er uiteraard juist belang bij hebben dat deze goederen zo hoog mogelijk worden gewaardeerd, omdat hun geldvordering dan groter wordt. Op het eerste gezicht lijkt benoeming van een bijzondere curator in dit geval de aangewezen weg. De echtgenoot zal doorgaans de wettelijke vertegenwoordiger van de minderjarige kinderen zijn op grond van artikel 1:253f BW. Bovendien is voldaan aan het in artikel 1:250 BW gestelde vereiste van tegenstrijdig belang. Toch zal in de meeste erfrechtelijke gevallen benoeming van een bijzondere curator niet

nodig zijn, omdat de kantonrechter zelf vaak bij erfrechtelijke aangelegenheden is betrokken en dus ook zelf een oogje in het zeil kan houden. Hij zal erop toezien dat de vermogensrechtelijke belangen van de minderjarige worden behartigd en dat er niets gebeurt in strijd met het belang van de minderjarige. Aldus is de bescherming van de minderjarige goed gewaarborgd.

Zo behoeft, als een minderjarig kind wilsoverrechten in de zin van de artikelen 4:19-22 BW kan uitoefenen, de voldoening van diens geldvordering door de echtgenoot de goedkeuring van de kantonrechter (art. 4:17 lid 3, eerste volzin, BW). In hetzelfde geval, dus indien een minderjarig kind een bevoegdheid heeft als in de artikelen 4:19-22 BW bedoeld, dient zijn wettelijke vertegenwoordiger binnen drie maanden na het verkrijgen van de bevoegdheid aan de kantonrechter schriftelijk zijn voornemen met betrekking tot de uitoefening van die bevoegdheid mede te delen. Heeft het kind geen wettelijke vertegenwoordiger, dan loopt deze termijn vanaf de dag van de benoeming. De kantonrechter verleent zijn goedkeuring aan het voornemen of onthoudt deze daaraan, rekening houdende naar billijkheid met de belangen van het kind, van de andere kinderen aan wie de bevoegdheid eveneens toekomt, en van degene jegens wie de bevoegdheid bestaat. Hij kan aan de goedkeuring voorwaarden verbinden. Zo nodig neemt de kantonrechter een eigen beslissing (art. 4:26 lid 1 BW). Men ziet het: benoeming van een bijzondere curator is in dit soort gevallen niet nodig, omdat de kantonrechter zelf er al aan te pas komt.

Gaat het niet om een wettelijke verdeling, maar om een contractuele verdeling in de zin van artikel 3:182 BW, dan worden de belangen van de minderjarige evenmin veronachtzaamd. In geval van aanwezigheid van minderjarige deelgenoten moet, tenzij de rechter anders bepaalt, de verdeling geschieden bij notariële akte en worden goedgekeurd door de kantonrechter die bevoegd is de wettelijke vertegenwoordiger van degene die het vrije beheer over zijn goederen mist, tot beschikkingshandelingen te machtigen (art. 3:183 lid 2 BW). Deze vormvereisten gelden niet alleen in geval van verdeling van een eenvoudige gemeenschap in de zin van artikel 3:166 BW, maar ook in geval van verdeling van bijzondere gemeenschappen, zoals de nalatenschap, de ontbonden huwelijks- of partnerschaps-gemeenschap en de ontbonden personenvennootschap, en wel langs de weg van de schakelbepaling van artikel 3:189 lid 2 BW.

<sup>54</sup> In geval van faillissement is de failliet beheers- en beschikkingsonbevoegd (art. 23 Fw) en is de faillissementscurator beheers- en beschikkingsbevoegd, al dan niet met machtiging van de rechter-commissaris (art. 68 Fw). In geval van surseance van betaling is de gesurseeerde beheers- en beschikkingsonbevoegd als hij alleen optreedt; hij is slechts beheers- en beschikkingsbevoegd met medewerking, machtiging of bijstand van de bewindvoerder (art. 228 Fw). In geval van de schuldsaneringsregeling natuurlijke personen is de saniet beschikkingsonbevoegd en onbevoegd om feitelijke handelingen te verrichten en toe te laten, terwijl hij slechts beperkt beheersbevoegd is (art. 296 Fw; zie echter ook art. 297 Fw); de bewindvoerder is beheers- en beschikkingsbevoegd, al dan niet met machtiging van de rechter-commissaris (art. 316 Fw).

Stel dat de langstlevende echtgenoot als wettelijke vertegenwoordiger in naam van een minderjarige legitimaris afstand van diens legitieme portie zou willen doen (art. 4:63-92 BW). Moet hier dan niet wegens tegenstrijdig belang tussen hen beiden een bijzondere curator worden benoemd? Ook hier zouden wij deze vraag ontkennend willen beantwoorden. Wij zijn van mening dat artikel 1:253k jo. artikel 1:345 lid 1, aanhef en onder a, BW hier – rechtstreeks dan wel analogisch – moet worden toegepast. Verdedigbaar is immers dat in dit voorbeeld wordt beschikt over het vorderingsrecht van de legitimaris jegens de gezamenlijke erfgenamen, voor welke rechtshandeling de kantonrechter machtiging moet verlenen.<sup>55</sup> Benoeming van een bijzondere curator is dan ook overbodig, omdat de kantonrechter bij deze afstand is betrokken. Ontbreekt de vereiste machtiging, dan is deze afstand in beginsel vernietigbaar op grond van artikel 1:347 BW. Men kan echter ook anders redeneren: de afstand van de legitieme portie door de ouder namens het minderjarige kind kan onder omstandigheden slecht bewind van de ouder opleveren, zodat deze voor de daaraan te wijten schade aansprakelijk is jegens het kind (art. 1:253f jo. art. 1:253j BW).<sup>56</sup> In dat geval moet het kind, als het tijdens zijn minderjarigheid zijn ouder wegens slecht bewind aanspreekt tot schadevergoeding, uiteraard wél worden vertegenwoordigd door een bijzondere curator (art. 1:250 BW).

### Vanouds behoren ook onder curatele gestelden tot de groep ‘personae miserabiles’, die bijzondere bescherming van de wetgever behoeven

Het laatste gebied binnen het erfrecht waarop een belangrijke taak voor de kantonrechter is weggelegd als hoeder van de vermogensrechtelijke belangen van de minderjarige, is afdeling 4.6.2 BW betreffende aanvaarding en verwerping van nalatenschappen en van legaten. In het bijzonder gaat het dan om zuivere aanvaarding, beneficiaire aanvaarding en verwerping door de wettelijke vertegenwoordiger voor het minderjarige kind van de erflater, zoals uitgewerkt in artikel 4:193 BW. Deze bepaling is hierboven in paragraaf 2.2 betreffende bescherming van het ongeborn kind al aan de orde gesteld.

## 3 Onder curatele gestelden

### 3.1 Algemeen

Vanouds behoren ook onder curatele gestelden tot de groep ‘personae miserabiles’, die bijzondere bescherming van de wetgever behoeven. Het gaat blijkens artikel 1:378 lid 1 BW om drie categorieën van personen, te weten onder curatele gestelden:

- 1 wegens een geestelijke stoornis;
- 2 wegens verkwisting;
- 3 wegens gewoonte van drankmisbruik.

De curator is de wettelijke vertegenwoordiger van de onder curatele gestelde. Tegenwoordig kunnen ook twee personen tot curator worden benoemd, niet op grond van de wet, maar wel op grond van de rechtspraak van de Hoge Raad.<sup>57</sup> De curator behartigt de belangen van de onder curatele gestelde, zowel die van vermogensrechtelijke als die van niet-vermogensrechtelijke aard. Onder omstandigheden bieden het meerderjarigenbewind (art. 1:431-449 BW) en het mentorschap (art. 1:450-462 BW) goede alternatieven voor de curatele. Het meerderjarigenbewind ziet op de bescherming van de vermogensrechtelijke belangen van de rechthebbende en het mentorschap ziet op de bescherming van de niet-vermogensrechtelijke belangen van de betrokkene op het gebied van verzorging, verpleging, behandeling en begeleiding. Alleen curatele heeft handelingsonbekwaamheid van de onder curatele gestelde ten gevolge (art. 1:381 lid 2 BW), terwijl meerderjarigenbewind en mentorschap handelingsonbevoegdheid van de rechthebbende (art. 1:438 BW) en van de betrokkene (art. 1:453 BW) met zich brengen. Men dient zich telkens goed bewust te zijn van de verschillen tussen deze drie rechtsfiguren.<sup>58</sup>

### 3.2 Bescherming van onder curatele gestelden in het rechtshandelingenrecht

Op deze plaats kunnen wij *mutatis mutandis* hetzelfde opmerken als hierboven in paragraaf 2.4 met betrekking tot bescherming van minderjarigen in het rechtshandelingenrecht is geschied. Het vertrouwensbeginsel – bescherming van gerechtvaardigd vertrouwen – moet het ook hier afleggen tegen bescherming van onder curatele gestelden in het rechtshandelingenrecht. Wij verwijzen naar de aldaar genoemde artikelen 3:35 BW en 1482 BW (oud) en voegen hieraan toe dat voor bescherming van de wederpartij van de onder curatele gestelde des te minder aanleiding is, nu de curatele wordt gepubliceerd (art. 1:390 en 391 BW).<sup>59</sup> Dit is anders bij het meerder-

<sup>55</sup> In dezelfde geest beginsel 3:23 van de PEFL (beperkingen van de ouderlijke verantwoordelijkheid). Een van de drie aldaar genoemde beperkingen is dat, indien rechtshandelingen betekenisvolle financiële gevolgen kunnen hebben voor het kind, toestemming van de bevoegde autoriteit noodzakelijk is. Zie Boele-Woelki e.a. 2007, p. 310 en voor een toelichting hierop p. 152-158.

<sup>56</sup> Zie Van Mourik-Nuytinck 2006, nr. 213, in het bijzonder p. 225.

<sup>57</sup> Aldus terecht HR 1 december 2000, *NJ* 2001, 390, m.nt. JdB (benoeming twee personen tot curator). Zie hierover Van Mourik-Nuytinck 2006, nr. 244.

<sup>58</sup> Zie over de overeenkomsten en verschillen tussen curatele, meerderjarigenbewind en mentorschap en over de verhouding van deze drie rechtsfiguren tot het algemene vermogensrecht Van Mourik-Nuytinck 2006, nr. 237 en 238.

<sup>59</sup> Aldus ook Van Mourik-Nuytinck 2006, nr. 239.

jarigenbewind en het mentorschap, die niet worden gepubliceerd, behoudens in geval van tot het bewind behorende registergoederen, een onder bewind gestelde onderneming of een onder bewind gesteld aandeel in een vennootschap onder firma (art. 1:436 lid 3, 439 en 457 leden 2 en 3 BW).

## De positie van onder curatele gestelden in het erfrecht en in het verdelingsrecht wijkt niet fundamenteel af van die van minderjarigen op deze beide rechtsgebieden

### 3.3 Bewind van de curator

De bewindvoerende curator is te vergelijken met de bewindvoerende ouder of voogd, zoals hierboven in paragraaf 2.5 is beschreven. Bij minderjarigen is bewindvoering een van de drie onderdelen van het gezag; de beide andere onderdelen hebben betrekking op de persoon van de minderjarige (verzorging en opvoeding) en de wettelijke vertegenwoordiging (art. 1:245 lid 4 BW). Bij curatele is het eigenlijk niet anders. Weliswaar spreekt men uitsluitend over verzorging en opvoeding bij minderjarigen,<sup>60</sup> maar toch valt ook bij curatele in de wet één keer de term ‘verzorging’, te weten ter gelegenheid van de enige concrete instructie die de wetgever de curator meegeeft in het kader van de bepaling betreffende het bewind van de curator: de inkomsten van de wegens een geestelijke stoornis onder curatele gestelde moeten in de eerste plaats worden besteed voor een voldoende verzorging van de betrokkene (art. 1:386 lid 2 BW). Voor het overige bestaan er geen wezenlijke verschillen tussen bewindvoering in geval van minderjarigheid en die in geval van curatele. Dit blijkt ook uit de beide schakelbepalingen, namelijk de artikelen 1:385 lid 1 en 386 lid 1, eerste volzin, BW. Eerstgenoemde schakelbepaling verklaart onder andere de artikelen 1:250 en 336 BW bij curatele van overeenkomstige toepassing. Dit betekent dat in geval van tegenstrijdige belangen tussen de onder curatele gestelde en de curator ook hier een bijzondere curator kan worden benoemd, en dat de curator zorg draagt dat de onder curatele gestelde overeenkomstig diens vermogen wordt ‘verzorgd en opgevoed’, welke laatste passage dan uiteraard zo moet worden ‘vertaald’, dat de curator toezicht houdt over de persoon van de onder curatele gestelde. Laatstgenoemde

schakelbepaling verklaart geheel in het algemeen op het bewind van de curator de omtrent het bewind van de voogd gegeven voorschriften van overeenkomstige toepassing (art. 1:337-371a BW). Opvallend is dat deze schakelbepaling voor de curator een veel ruimer bereik heeft dan de schakelbepaling voor de ouder (art. 1:253k BW), die ‘slechts’ verwijst naar de artikelen 1:342 lid 2, 344-357 en 370 BW.

## In praktisch alle rechtssystemen ter wereld keert ‘het belang van het kind’ telkens terug als criterium in het familie(vermogens)recht

### 3.4 Bescherming van onder curatele gestelden in het erfrecht en in het verdelingsrecht

De positie van onder curatele gestelden in het erfrecht en in het verdelingsrecht wijkt niet fundamenteel af van die van minderjarigen op deze beide rechtsgebieden. Wij verwijzen dan ook naar de hierboven in paragraaf 2.6 gegeven beschouwingen. Zo spreekt de aldaar genoemde bepaling van artikel 4:17 lid 3, eerste volzin, BW bij de voldoening van de geldvordering van het kind door de echtgenoot in geval van de wettelijke verdeling niet alleen over het minderjarige kind, maar ook over het meerderjarige kind dat niet het vrije beheer over zijn vermogen heeft, dus ook het onder curatele gestelde kind. En als een meerderjarig, onder curatele gesteld kind een bevoegdheid heeft als in de artikelen 4:19-22 BW bedoeld, met andere woorden: wilsrechten kan uitoefenen, dient zijn curator binnen drie maanden na het verkrijgen van de bevoegdheid aan de kantonrechter schriftelijk zijn voornemen met betrekking tot de uitoefening van die bevoegdheid mede te delen (art. 4:26 lid 2, eerste volzin, BW). Ook de hierboven in paragraaf 2.6 genoemde artikelen 3:183 lid 2 en 4:193 BW betreffende vormvereisten bij een contractuele verdeling respectievelijk (zuivere en beneficiaire) aanvaarding en verwerping gelden niet alleen voor wettelijke vertegenwoordigers van minderjarigen, maar ook voor die van onder curatele gestelden.

### 4 Ten slotte

Het beginsel van bescherming van zwakkere personen – ‘personae miserabiles’ – staat niet ter discussie, noch naar nationaal, noch naar internationaal recht en ongeacht of het gaat

<sup>60</sup> Bij jongmeerderjarigen (dat zijn achttien- tot eenentwintigjarigen) spreekt de wetgever niet over ‘verzorging en opvoeding’, maar over ‘levensonderhoud en studie’.

om oud recht, huidig recht dan wel komend recht. Er is op dit punt dus duidelijk sprake van *communis opinio*, in het bijzonder als het gaat om bescherming van het minderjarige kind. In praktisch alle rechtssystemen ter wereld keert 'het belang van het kind' – in internationale regelingen: 'the best interest(s) of the child' – telkens terug als criterium in het familie(vermogens)recht, met name als de wettelijke vertegenwoordiger of de overheid in de persoon van de rechter beslissingen moet nemen op het gebied van het gezags- en omgangsrecht, die diep ingrijpen in het dagelijkse familie- en gezinsleven en het dagelijkse privéleven van het kind en daarmee zijn welzijn rechtstreeks raken. Een en ander geldt *a fortiori* voor de kindbeschermingsmaatregelen, die het gezag van de wettelijke vertegen-

woordiger beperken (ondertoezichtstelling en uithuisplaatsing) of zelfs beëindigen (onthefing en ontzetting van het gezag). Wij zijn van mening dat het ook niet meer dan een teken van beschaving is dat de wetgever in nationaal en internationaal verband opkomt voor alle, dus zowel de vermogensrechtelijke als de niet-vermogensrechtelijke belangen van de meest weerlozen in onze samenleving. Kinderen hebben niet alleen de toekomst, maar zijn ook onze toekomst en verdienen te allen tijde, overal en onder alle omstandigheden onze bescherming. Het beginsel van bescherming van zwakkere personen, al dan niet geconcretiseerd in 'het belang van het kind', dient zelfs te prevaleren boven andere belangrijke beginselen van burgerlijk recht, zoals het vertrouwensbeginsel.