

## *Gezagsvoorzieningen, anders dan in verband met huwelijksontbinding*

### *Nederlands IPR*

Haags Kinderbeschermingsverdrag 1961.<sup>1</sup> Voor Nederland sinds 18 september 1971 in werking.

Zie voor een uiteenzetting van de eerste drie artikelen van dit verdrag p. 55.

Het Haags Kinderbeschermingsverdrag is op 25 augustus 1983 voor Turkije in werking getreden.

Marokko is niet bij het Verdrag aangesloten.

Inzake de kindervervoering zijn regels vervat in tenminste drie verdragen, die voor Nederland nog niet in werking zijn.

1. Europese overeenkomst inzake de terugleiding van minderjarigen, 1970<sup>2</sup>;
2. Verdrag inzake de burgerlijke aspecten van ontvoering over de grens van kinderen, 1980<sup>3</sup>;
3. Europees Verdrag inzake erkenning en tenuitvoerlegging van beslissingen inzake voogdij over kinderen en inzake herstel van de voogdij, 1980<sup>4</sup>.

In de lagere rechtspraak wordt reeds op de twee Europese Verdragen voortgegaan. Herhaaldelijk is een gezagsvoorziening erkend en tenuitvoergelegd wanneer dit binnen korte termijn na de ontvoering is verzocht. Wanneer echter enige tijd na de ontvoering was verstreken, werd het belang van het kind geacht te zijn gebaat met een continuering van de feitelijke situatie.

Voor het toepasselijk Marokkaans, Tunesisch en Turks recht zij verwezen naar p. 55-57.

### *Overzicht van de relevante beslissingen*

Voogdijwijziging.

Hof Amsterdam 9 maart 1983, NIPR 1983, 195.

HR 23 maart 1984, RvdW 1984, 71.

Voogdij over een natuurlijk kind

Ktr Amersfoort 29 april 1986, NIPR 1986, 410

Ondertoezichtstelling.

HR 1 juli 1982, NJ 1983, 201/RV 1982, 105/RvdW 1982, 151/NJCM 1983, p.

510/511/NIPR 1984, 064 en Europese Commissie voor de Rechten van de Mens 7 mei 1984, RV 1984, 108.

Ontheffing en ontzetting van de ouderlijke macht.

Rb Amsterdam 10 januari 1984, NIPR 1984, 264 en Hof Amsterdam 10 juli 1984, NIPR 1985, 336.

Hof 's-Hertogenbosch 7 juni 1985, NIPR 1985, 383.

Gezagsvoorziening bij kindervervoering.

Rb Haarlem 11 april 1979, NJ 1980, 521.

Pres. Rb Haarlem 25 juli 1979 en Hof Amsterdam 14 december 1979, NJ 1980, 522.

Hof 's-Gravenhage 24 oktober 1980, NJ 1982, 413.

HR 18 november 1983, NJ 1984, 343/RvdW 1983, 202/NIPR 1984, 102.

Rb Rotterdam 15 juli 1985, NJ 1986, 564.

### *Nadere beschouwingen over de beslissingen*

Op grond van art. 1 Haags Kinderbeschermingsverdrag is de Nederlandse rechter bevoegd maatregelen te nemen die strekken tot bescherming van een minderjarige die zijn gewone verblijf in Nederland heeft. De nationaliteit van de minderjarige speelt bij deze competentieregel geen rol. De Nederlandse rechter treft de maatregelen met toepassing van Nederlands recht (art. 2). De Nederlandse wet kent diverse vormen waarin in het gezag over minderjarigen kan worden voorzien. In de te behandelen casus komen aan de orde de voogdijvoorziening na overlijden van de met de voogdij belaste ouder, de ondertoezichtstelling, de ontheffing en ontzetting van de ouderlijke macht en, in een afzonderlijke beschrijving, de gezagsvoorziening die kan worden getroffen als het kind eigenmachtig naar het buitenland is overgebracht.

Volgens art. 1 van het Verdrag worden slechts die maatregelen genomen die strekken tot bescherming van de minderjarige. Het belang van de minderjarige staat bij de gezagsvoorzieningen ook in de Nederlandse interne wetgeving centraal.

Bij de voogdijvoorziening na overlijden van de ouder die bij de huwelijksontbinding met de voogdij is belast, kan de overlevende ouder de rechtbank verzoeken met de voogdij te worden belast, mits deze zelf tot de voogdij bevoegd is. Indien gegronde vrees bestaat dat bij inwilliging het belang van het kind wordt verwaarloosd, wordt dit verzoek afgewezen (art. 1:285 leden 3 en 4 BW). Dit werd het geval geacht in de uitspraak van Hof Amsterdam 9 maart 1983 (nr. 1, p. 95) en HR 23 maart 1984 (nr. 2, p. 96).

De maatregelen van kindbescherming, ondertoezichtstelling, ontheffing en ontzetting van de ouderlijke macht, kunnen alleen worden getroffen als dit in het belang van het kind noodzakelijk wordt geacht (art. 1:254 lid 1 en 1:269 BW). Voor een ondertoezichtstelling is vereist dat het kind

zodanig opgroeit, dat het met zedelijke of lichamelijke ondergang wordt bedreigd (art. 1:254 BW). Bij het benoemen van een gezinsvoogd in het kader van een ondertoezichtstelling, let de kinderrechter op de godsdienstige gezindheid van het kind en van het gezin waartoe het kind behoort (art. 1:255 lid 3 BW). Ontheffing of ontzetting van de ouderlijke macht kan plaatsvinden indien de ouder ongeschikt is zijn opvoedingsplicht te vervullen (art. 1:266 BW) of 'slecht gedrag' vertoont dan wel de opvoeding van het kind verwaarloost (art. 1:269 BW).

De Marokkaanse wet schrijft voor dat de voogdij in de eerste plaats aan de vader toekomt, het verzorgingsrecht staande huwelijk aan beide ouders, na huwelijksontbinding aan de moeder. Partijen beroepen zich nogal eens op de omstandigheid dat deze gezagsverhouding door de Nederlandse autoriteiten moet worden erkend – en dus aan een ingrijpen van Nederlandse zijde in de weg staat –, niet alleen omdat hun wet deze verhouding voorschrijft (zie bijvoorbeeld HR 1 juli 1982, nr. 4, p. 96), maar ook omdat het niet eerbiedigen een inbreuk op het gezinsleven zou betekenen. Een ander argument dat wordt aangedragen teneinde een Marokkaanse gezagsverhouding erkend te krijgen, is dat deze door de Marokkaanse wet gestelde gezagsverhouding en de daaruit voortvloeiende gevolgen tevens een verwoording zijn van islamitisch religieuze voorschriften. De religie vordert een dergelijke gezagsverhouding, alsmede een bepaalde opvoeding. Wanneer door Nederlandse autoriteiten het naleven van deze religieuze voorschriften onmogelijk wordt gemaakt, betekent dit niet alleen dat betrokkene als moslim faalt maar ook dat hij sociaal-maatschappelijk gezien een gezichtsverlies lijdt. Inbreuk op de uitoefening van iemands religie is in beginsel ongeoorloofd.

Met betrekking tot de erkenning van een volgens een bepaald recht bestaande gezagsverhouding is art. 3 in het Haags Kinderbeschermingsverdrag opgenomen. Dit artikel bepaalt dat een gezagsverhouding die van rechtswege voortvloeit uit de interne wet van de Staat waarvan de minderjarige onderdaan is, in alle Verdragsstaten wordt erkend. De Hoge Raad heeft nog eens nadrukkelijk gesteld dat dit artikel niet een verwijzingsregel, maar een erkenningsregel bevat, die is gericht op de continuïteit van de gezagsverhouding (HR 1 juli 1982, nr. 4, p. 96 en HR 18 november 1983, nr. 10, p. 100). De Marokkaansrechtelijke bepalingen dienen in dit verband (slechts) te worden erkend indien de feitelijke situatie hiermee in overeenstemming is. Dit was bijvoorbeeld niet het geval in de uitspraken van Hof Amsterdam 9 maart 1983 (nr. 1, p. 95), HR 23 maart 1983 (nr. 2, p. 96) en Hof 's-Hertogenbosch 7 juni 1985 (nr. 6, p. 98). Is de feitelijke situatie wel in overeenstemming met de volgens Marokkaans recht bestaande gezagsverhouding, dan is afwijzing slechts gerechtvaardigd wanneer dit

noodzakelijk is ter bescherming van de minderjarige (HR 1 juli 1982, nr. 4, p. 96, en HR 18 november 1983, nr. 10, p. 100).

Met betrekking tot de verdragsrechten op gezinsleven (art. 8 EVRM) en op het beleven van eigen cultuur en het belijden van eigen godsdienst (art. 27 BUPO Verdrag) volgt uit de onderhavige rechtspraak dat maatregelen die noodzakelijk zijn ter bescherming van persoon of goed van de minderjarige, niet behoeven te wijken voor islamitische (religieuze) opvattingen, waarin een onderscheid gemaakt wordt tussen verzorgings- en opvoedingsrecht enerzijds en wettelijke voogdij anderzijds, en de wettelijke voogdij altijd aan de vader toekomt (Hof Amsterdam 10 juli 1984, nr. 5, p. 97). Met het ontnemen van de voogdij over zijn minderjarig kind aan de vader wordt niet in strijd met art. 27 BUPO Verdrag gehandeld wanneer met de uitoefening van het daarin neergelegde recht om zijn 'eigen cultuur te beleven' en zijn 'eigen godsdienst te belijden en in de praktijk toe te passen' (dus het kind volgens eigen religie opvoeden), rechten en vrijheden van anderen – in casu van de minderjarige(n) – dreigen te worden aangetast (HR 1 juli 1982, nr. 4, p. 96; Rb Amsterdam 10 januari 1984 en Hof Amsterdam 10 juli 1984, nr. 5, p. 97).

Aan art. 8 EVRM (recht op privé- en gezinsleven) kan de vader niet het recht op gezag over het kind ontnemen wanneer maatregelen geboden zijn ter bescherming van de belangen van het kind, en welke maatregelen derhalve vorm geven aan een verdragsrecht van de minderjarige, (HR 1 juli 1982, nr. 4, p. 96 en HR 23 maart 1984, nr. 2, p. 96).

### *Internationale kinderontvoering*

In een aantal casus is sprake van een overbrengen van het kind naar het buitenland tegen de wil van de verzorgende ouder(s). Dit kan gebeuren omdat de ontvoerder bang is zijn kind te verliezen. Met de ontvoering van het kind naar het buitenland kan de islamitische man ook de bedoeling hebben te voorkomen dat naar Nederlands recht een gezagsvoorziening wordt getroffen, of dat een islamitische opvoeding van zijn kind wordt gegarandeerd. Volgens Nederlands recht is het namelijk mogelijk dat de voogdij aan de vrouw toegewezen wordt, of dat een Nederlandse maatregel van kinderbescherming wordt getroffen. Dergelijke voorzieningen komen in strijd met het rechtsgevoel en de religie van de man en kunnen (ernstige) maatschappelijke consequenties voor hem en zijn familie hebben. De Nederlandse rechter kan een voorziening omtrent het gezag van de minderjarige treffen ondanks het te respecteren recht op religie van de vader, wanneer dit in het belang van het kind noodzakelijk wordt geacht.

Hierbij zij aangetekend dat het belang van het kind een dergelijke maatregel niet altijd vordert. De situatie in het buitenland waarin het kind is terechtgekomen zou, in het bijzonder met het oog op de toekomstmogelijk-

heden voor het kind mede in ogenschouw moeten worden genomen.

Wanneer het kind in het buitenland verblijft is de Nederlandse rechter in beginsel niet bevoegd een gezagsvoorziening te treffen. Art. 1 Haags Kinderbeschermingsverdrag wijst de rechter van de gewone verblijfplaats van de minderjarige aan. Met het overbrengen van het kind naar het buitenland tegen de wil van zijn verzorger(s), wordt echter lang niet altijd een verplaatsing van de gewone verblijfplaats aangenomen (zie: Rb Haarlem 11 april 1979, nr. 7, p. 99; Pres. Rb Haarlem 25 juli 1979 en Hof Amsterdam 14 december 1979, nr. 8, p. 99; Hof 's-Gravenhage 24 oktober 1980, nr. 9, p. 99). De Nederlandse rechter kan zich dan ook na de ontvoering van het kind naar het buitenland bevoegd achten, en een voorziening in het belang van het kind treffen. Het eigenmachtig ingrijpen kan van invloed zijn op het antwoord op de vraag wat in het belang van het kind is. In de regel zal er van worden uitgegaan dat het belang van het kind, zeker in de beginperiode na de ontvoering, door dit ingrijpen eerder is geschaad dan gediend (bijvoorbeeld Rb Haarlem 11 april 1979, nr. 7, p. 99 en Rb Rotterdam 15 juli 1985, nr. 11, p. 101). De Pres. Rb Haarlem acht dit echter niet het geval in de uitspraak van 25 juli 1979 (nr. 8, p. 99).

Ook het belang van degene bij wie het kind is weggehaald, wordt geschaad. In dit verband heeft de Rb Amsterdam 11 januari 1984<sup>5</sup> uitgesproken dat bij het overbrengen van de kinderen naar Marokko door de man tegen de wil van de vrouw sprake kan zijn van geestelijke mishandeling als de handelwijze van de man tot doel heeft gehad de kinderen als lokaas te gebruiken om de vrouw er toe te bewegen de samenwoning te hervatten.

### *Beschrijving van de beslissingen*

#### *1. Hof Amsterdam 9 maart 1983, NIPR 1983, 195*

*feiten:* In 1978 wordt echtscheiding uitgesproken tussen een Nederlandse vrouw en een Marokkaanse man. De rechtbank benoemt de vrouw tot voogdes en de man tot toezienend voogd over hun kind. In 1982 overlijdt de moeder. De OvJ vertrouwt het kind aan de RvdK toe. De RvdK verzoekt de rechtbank de voogdij over het kind op te dragen aan de vereniging H. terwijl de vader verzoekt hem tot voogd te benoemen.

*De Rb* heeft met toepassing van Nederlands recht als recht van de gewone verblijfplaats van het kind, de vereniging H. benoemd tot voogdes over dit kind met bevel tot afgifte van het kind aan de voogdes. De vader stelt hoger beroep in.

*Het Hof* neemt aan dat het kind de Marokkaanse nationaliteit bezit. Ingevolge art. 1 Haags Kinderbeschermingsverdrag 1961 komt aan de Nederlandse rechter als autoriteit van het land waar het kind zijn gewone verblijfplaats heeft in het onderhavige geval slechts de bevoegdheid toe tot het voorzien in de voogdij indien het in art. 3 voorziene geval zich niet voordoet. Aangezien niet blijkt dat de vader van rechtswege de voogdij over het kind heeft, neemt het Hof aan dat de bevoegdheid van de Nederlandse rechter niet door voormeld art. 3 wordt beperkt. Evenals de rechtbank acht het Hof Nederlands recht van toepassing (art. 2 Verdrag).

## 2. HR 23 maart 1984, RvdW 1984, 71

*feiten:* Een Tunesische man (Y) en een Nederlandse vrouw zijn in 1981 van echt gescheiden. De vrouw is belast met de voogdij, de man met de toezienend voogdij over het in 1975 geboren kind. Y hertrouwt met een Tunesische vrouw. In 1982 overlijdt de Nederlandse vrouw. Bij testament heeft zij haar zuster als voogdes over het kind benoemd. Y woont reeds 15 jaar in Nederland. Hij verzoekt hem tot voogd en zijn huidige echtgenote tot toezienend voogdes te benoemen.

*De Rb* wijst het verzoek met toepassing van Nederlands recht af. Y gaat in beroep.

*Het Hof* past eveneens Nederlands recht toe. Het Hof is van oordeel dat het belang van het kind eist dat haar opvoeding en verzorging door de aangewezen voogdes wordt gecontinueerd en dat overplaatsing naar het gezin van Y achterwege blijft. Bij inwilliging van het verzoek bestaat gegronde vrees dat de belangen van het kind zullen worden verwaarloosd. Het verzoek van Y wordt afgewezen. Hij stelt beroep in cassatie in. Hij voert onder andere aan:

- dat een beslissing over de gezagsvoorziening niet zonder meer gelijk te stellen is met een beslissing over de daadwerkelijke opvoeding en verzorging van het kind;
- dat een beslissing een schending oplevert van het recht ex art. 8 EVRM onder meer omdat Y gefrustreerd wordt in de uitoefening van zijn recht om het kind te laten opgroeien in het gezin en familie, de cultuur en tradities van de vader en van de staat en volk waartoe het kind behoort.

*De HR* oordeelt met betrekking tot art. 8 dat het door dit artikel gewaarborgde recht op bescherming van het privé- en gezinsleven niet meebrengt dat een overlevende ouder die niet met het gezag over zijn kind is belast, er aanspraak op kan maken met dat gezag te worden belast, indien daardoor het belang van het kind zou worden geschaad. Een zodanige aanspraak wel toekennen zou in strijd komen met verdragsrechten van het kind.

*De HR* verworpt het beroep van Y.

## 3. Ktr Amersfoort 29 april 1986, NIPR 1986, 410

*feiten:* Een Turkse man die in Nederland samenwoont met een Turkse vrouw erkent het uit haar geboren onwettig kind. Drie dagen later geeft de ambtenaar van de burgerlijke stand de kantonrechter kennis van de aangifte van het kind als onwettig.

*De Ktr:* Nu naar Turks recht niet van rechtswege wordt voorzien in het gezag over een minderjarige als in casu, en de minderjarige gewone verblijfplaats in Nederland heeft, wordt naar Nederlands recht in het gezag voorzien. Naar Nederlands recht is de moeder van rechtswege voogdes over haar natuurlijk kind.

## 4. HR 1 juli 1982, NJ 1983, 201 en Europese Commissie voor de Rechten van de Mens 7 mei 1984, RV 1984, 108

*feiten:* Twee Marokkanen zijn in 1957 in Marokko gehuwd. De man woont circa 15 jaar in Nederland, vrouw en kinderen wonen zes jaar in Nederland. Het gezin belijdt de islamitische godsdienst. De kinderen worden volgens dit geloof opgevoed. De 16-jarige dochter F wenst niet meer aan de door haar vader vereist gestelde gedragsnormen te voldoen, hetgeen tot botsingen geleid heeft. Deze zijn zo hoog opgelopen dat F van huis is weggegaan. Bij terugkeer vreest zij voor terugzending naar Marokko, omdat in het cultuurpatroon van de ouders het gedrag van F niet wordt aanvaard en wordt aangemerkt als een schande, de ouders aangedaan.

*De Kinderrechter* gebiedt, op verzoek van de RvdK, met toepassing van Nederlands recht, de ondertoezichtstelling van F. De vader stelt hoger beroep in.

*Het Hof* is op grond van bovenstaande vaststaande feiten van mening dat de genomen kindbeschermingsmaatregelen geboden zijn, omdat gegronde vrees bestaat dat zonder deze maatregelen een situatie zal ontstaan, waardoor ernstige schade van psychische en lichamelijke aard voor F is te verwachten. Geen enkel verdrag verzet zich hiertegen, in het bijzonder niet art. 27 BUPO Verdrag aangezien het daarin neergelegde recht om zijn 'eigen cultuur te beleven' en zijn 'eigen godsdienst te belijden en in de praktijk toe te passen' niet zodanig mag worden uitgeoefend, dat men de rechten en vrijheden van anderen, in casu van F, dreigt aan te tasten. De man stelt hoger beroep in cassatie in.

*De HR* is van mening dat: bij de toepassing van de artt. 1 en 2 enerzijds, en art. 3 Haags Kinderbeschermingsverdrag 1961 anderzijds, gestreefd moet worden naar een uitleg die de aan die artikelen ten grondslag liggende beginselen zoveel mogelijk recht doet en een zeker evenwicht in hun onderlinge verhouding tot stand brengt. Dit leidt ertoe aan art. 3 de betekenis toe te kennen van een erkenningsregel, die gericht is op de continuïteit van de gezagsverhouding, doch die er niet aan in de weg staat dat de rechterlijke en administratieve autoriteiten van de Staat waar een minderjarige zijn 'résidence habituelle' heeft, de in hun interne wet voorkomende maatregelen nemen die ter bescherming van de minderjarige noodzakelijk zijn. Laatstbedoelde maatstaf heeft het Hof in aanmerking genomen.

Geen strijd met art. 27 BUPO Verdrag omdat het daarin neergelegde recht om zijn 'eigen cultuur te beleven' en zijn 'eigen godsdienst te belijden en in de praktijk toe te passen' niet zodanig mag worden uitgeoefend, dat de rechten en vrijheden van anderen – in casu van de dochter – dreigen te worden aangetast.

Geen strijd met art. 8 EVRM omdat het Verdrag met de 'anderen' in het slot van dit artikel, niet doelt op 'anderen dan tot het gezin behorende personen', en de maatregelen moeten worden aangemerkt als nodig voor de bescherming van de rechten en vrijheden van het kind. Binnen het toepasselijk recht kunnen Marokkaans-islamitische maatstaven niet beslissend zijn.

Het beroep van de man wordt verworpen.

*De Europese Commissie* acht de gegeven beslissing in overeenstemming met art. 1:254 lid 1 BW. De Commissie acht de beslissing in de gegeven omstandigheden redelijk en de maatregel noodzakelijk voor de bescherming van gezondheid en zeden van het kind. Er is noch sprake geweest van schending van art. 8 EVRM noch van een schending van art. 27 BUPO Verdrag. De Commissie bepaalt dat 'where there is a serious conflict between the interests of the child and those of its parents, which can only be resolved to the disadvantage of one of them, the interests of the child must, under art. 8<sup>(2)</sup>, prevail'.

Annotatie: J.C. Schultz, en E.A. Alkema, in: NJ 1983, 201

Beschrijving: in NJB 1982, p. 815.

## 5. Rb Amsterdam 10 januari 1984, NIPR 1984, 264 en Hof Amsterdam 10 juli 1984, NIPR 1985, 336

*feiten:* Verzoek maatregelen te treffen ter bescherming van de minderjarige, van Marokkaanse nationaliteit, verblijfplaats in Nederland. De moeder heeft zich schuldig gemaakt aan slecht levensgedrag en grove verwaarlozing van de verzorging en opvoeding van haar kind.

*De Rb* is krachtens art. 1 Haags Kinderbeschermingsverdrag 1961 bevoegd de in de Nederlandse wet voorkomende kindbeschermingsmaatregelen te treffen. De rechtbank ontzet de moeder (X) en onthefte de vader (Y) van de ouderlijke macht over hun kind. Geen strijd met art. 27 BUPO Verdrag, omdat het daarin neergelegde recht niet zodanig mag worden uitgeoefend, dat de rechten en vrijheden van an-

deren – in casu het recht van het kind op lichamelijke integriteit – worden aangetaast.

X en Y (verzoekers) gaan in beroep.

*Het Hof* verklaart verzoekers die vermoedelijk de Marokkaanse nationaliteit bezitten niet ontvankelijk wegens te laat ingesteld beroep. Het Hof overweegt ten overvloede: 'Ook voor het geval verzoekers wel ontvankelijk zouden zijn geweest, was hun verzoek, zoals uit het onderstaande blijkt, niet toewijsbaar. Als de rechter van de gewone verblijfplaats van de minderjarige is de Nederlandse rechter bevoegd de in zijn wet voorkomende maatregelen te nemen die ter bescherming van de minderjarige noodzakelijk zijn. De beslissing over die maatregelen en de gevolgen ervan worden door het Nederlands recht beheerst. Daaraan doet niet af dat zulks diep kan ingrijpen in de te erkennen buitenlandse gezagsverhouding. Criterium voor ingrijpen is of de maatregel ter bescherming van de minderjarige noodzakelijk is (...).

Tenslotte komen de genomen maatregelen ook niet in strijd met het in artikel 27 BUPO Verdrag neergelegde recht om de 'eigen cultuur te beleven' en de 'eigen godsdienst te belijden en in de praktijk toe te passen'. Hierbij gaat het Hof er van uit dat, indien een maatregel van kindbescherming noodzakelijk is, bij de keuze en de uitvoering daarvan zo veel mogelijk het in genoemd artikel 27 neergelegde recht moet worden gerespecteerd'.

#### 6. Hof 's-Hertogenbosch 7 juni 1985, NIPR 1985, 383

*feiten:* Het huwelijk van Marokkaanse echtgenoten is in 1973 in Marokko ontbonden. De in Marokko verblijvende grootmoeder van vaderszijde is belast met de *hadāna* over de uit het huwelijk geboren minderjarige Marokkaanse F. De vader (Y) woont sinds 1977 in Nederland. In dat jaar neemt hij F mee naar Nederland met toestemming van het Marokkaans Openbaar Ministerie. Y is in 1977 een gezin gaan vormen met een Nederlandse vrouw. In 1979 treedt hij met haar in het huwelijk. Er worden twee kinderen geboren. In 1984 is Y veroordeeld tot een gevangenisstraf van vier jaar wegens zware mishandeling van zijn toenmalige echtgenote. Op verzoek van de RvdK ontzet *de Rb* Maastricht Y uit de voogdij over F en benoemt de Stichting G tot voogd. Y gaat tegen de beslissing van de rechtbank in beroep. Zijn tweede echtgenote heeft intussen een echtscheidingsprocedure aangespannen. Y voert aan dat naar Marokkaans recht de moeder is belast met de *hadāna* en de vader de 'tutelle' in Marokkaanse zin over de minderjarige uitoefent, zodat de rechtbank hem ten onrechte heeft ontzet van de voogdij (in Nederlandse zin) met welke hij niet was belast.

*Het Hof* overweegt dat het Haags Kinderbeschermingsverdrag 1961 van toepassing is. Op grond van art. 3 van het Verdrag dient de gezagsverhouding die van rechtswege voortvloeit uit de Marokkaanse wet in Nederland te worden erkend. Die gezagsverhouding houdt naar Marokkaans recht in dat de met de *hadāna* belaste grootmoeder is belast met de verzorging en opvoeding van F en dat de vader van F is belast met haar vertegenwoordiging, met het toezicht op haar verzorging en opvoeding en met het beheer van haar vermogen. Het gezag van Y over F waarmee hij naar in Nederland te erkennen Marokkaans recht is belast, kan niet worden gelijkgesteld met voogdij-uitoefening. Een deel van de rechten en verplichtingen, welke voor de man uit die gezagsuitoefening voortvloeien, zijn echter wel gelijk te stellen met rechten en verplichtingen, welke voortvloeien uit uitoefening van voogdij. Nu elke feitelijke gezagsuitoefening door degenen, die daarmee belast zijn ontbreekt, is het noodzakelijk in het belang van F maatregelen te nemen ter bescherming van haar persoon en goed. Op grond van de artt. 1 en 2 van het Verdrag is de Nederlandse rechter bevoegd volgens Nederlands recht dergelijke maatregelen te

nemen. Met toepassing van art. 1:327 aanhef en onder sub f sub 3 BW wordt Y ontzet uit het gezag over F voor zover dat gezag overeenkomt met uitoefening van voogdij en draagt dit gezag op aan de Stichting G. Aan de Stichting G kunnen niet alle rechten en verplichtingen, welke naar Nederlands recht uit de voogdij voortvloeien worden opgedragen, omdat de Nederlandse rechter nog niet bevoegd is – er is namelijk geen verzoek door de RvdK gedaan – de grootmoeder te ontzetten uit de *hadāna*.

#### 7. Rb Haarlem 11 april 1979, NJ 1980, 521

*feiten:* Een Turks echtpaar, woonplaats in Nederland, is in januari 1974 met een Nederlands echtpaar, eveneens in Nederland woonachtig, overeengekomen dat deze laatste als pleegouders hun Turkse zoon zullen verzorgen en opvoeden. In november 1978 is tussen de echtparen een bezoekregeling tot stand gekomen. In februari 1979, de zoon is dan vijf jaar oud, brengen de Turkse ouders de jongen zonder toestemming van de pleegouders naar Turkije, omdat ze bang zijn hem blijvend te verliezen. Het Nederlands echtpaar vordert afgifte van het kind.

*De Rb* acht zich ingevolge de artt. 1 en 2 Haags Kinderbeschermingsverdrag 1961 bevoegd naar Nederlands recht een beslissing te nemen. De verblijfplaats van het kind is met overbrenging naar Turkije niet veranderd. De handeling van het Turkse echtpaar is, als in strijd met art. 1:426a BW, onrechtmatig. De rechtbank neemt hierbij de Wet van 7 juni 1978, welke effectief voorziet in een sterke rechtspositie van hen die de verzorging en opvoeding van een kind op zich hebben genomen zonder dat zij het juridisch gezag over dit kind bezitten, in aanmerking. Bovendien acht de rechtbank de angst van het Turkse echtpaar feitelijk ongegrond. Voorts is het belang van het kind door het eigenmachtig ingrijpen geschaad. De vordering wordt toegewezen.

#### 8. Pres. Rb Haarlem 25 juli 1979 en Hof Amsterdam 14 december 1979, NJ 1980, 522

*feiten:* Kind van een Turks echtpaar, woonplaats in Nederland, is in oktober 1977 opgenomen in een Nederlands gezin. In april 1979 brengen de Turkse ouders het kind zonder toestemming van de pleegouders naar de grootouders van het kind in Turkije.

Het Nederlandse echtpaar vordert in kort geding afgifte van het kind.

*De Pres. Rb* acht zich ingevolge de artt. 1 en 2 Haags Kinderbeschermingsverdrag 1961 bevoegd naar Nederlands recht een beslissing te nemen (de verblijfplaats van het kind is met overbrenging naar Turkije niet veranderd). De president wijst de vordering af, omdat deze niet in het belang van het kind is te achten.

In beroep is *het Hof* van oordeel dat een bevel tot afgifte niet in het belang van het kind is nu de Kinderrechter (ten principale) waarschijnlijk het verzoek van het Turkse echtpaar zal inwilligen, aangezien geen feiten of omstandigheden zijn gesteld of gebleken die de vrees wettigen dat de belangen van het kind bij inwilliging zijn geschaad. Het kind zou dan na de reis naar Nederland wederom naar Turkije gezonden worden. Hierin komt geen wijziging door het feit dat het Turkse echtpaar in strijd met de wet en derhalve onrechtmatig heeft gehandeld.

Het Hof bekrachtigt het vonnis van de rechtbank omdat met een bevel tot afgifte de belangen van het kind niet zijn gediend.

#### 9. Hof 's-Gravenhage 24 oktober 1980, NJ 1982, 413

*feiten:* Een Turkse man en een Nederlandse vrouw wonen in Nederland. De kinderen bezitten de Turkse nationaliteit. De Nederlandse rechter heeft echtscheiding uit-

gesproken met toepassing van Nederlands recht als recht van de gemeenschappelijke woonplaats (bij gebreke van een gemeenschappelijke nationaliteit). Het echtscheidingsvonnis is in november 1979 ingeschreven. Ouderverhoor heeft in september 1979 plaatsgevonden. De rechtbank in Turkije spreekt in februari 1980 echtscheiding tussen partijen uit, en wijst hierbij het voogdijschap over de minderjarige aan de vader toe.

De kinderen verblijven sedert hun geboorte in Nederland en zijn in 1979 door hun vader eigenmachtig naar Turkije gebracht. De Nederlandse *Rb* bepaalt, nadat ouderverhoor heeft plaatsgevonden, dat hij geen gezagsvoorziening zal geven, omdat het gezag in Turkije reeds geregeld is en de kinderen daar verblijven. De vrouw stelt hoger beroep in.

*Het Hof* is van oordeel dat het, na de inschrijving van het echtscheidingsvonnis, in Turkije gewezen vonnis naar Nederlands recht geen werking heeft. De Nederlandse rechter is bevoegd tot het treffen van een gezagsvoorziening in aansluiting aan de bevoegdheid door hem uitgesproken echtscheiding, nu beide ouders in Nederland wonen, de moeder de Nederlandse nationaliteit bezit, de kinderen sedert hun geboorte in Nederland zijn, de vader hen in 1979 eigenmachtig door derden naar Turkije heeft laten brengen. De Nederlandse rechter zou mogen afzien van het uitoefenen van deze bevoegdheid, indien de door de Turkse rechter genomen beslissing naar Nederlands internationaal privaatrecht voor erkenning in Nederland in aanmerking zou komen.

Voor erkenning van de door de Turkse rechter genomen beslissing omtrent de gezagsvoorziening zou naar Nederlands internationaal privaatrecht nodig zijn dat de feitelijke verblijfplaats van de kinderen als hun gewone verblijfplaats kan worden aangemerkt en dat ten genoegen van de Nederlandse rechter komt vast te staan, dat de Turkse rechter bij het nemen van zijn beslissing heeft gelet op het belang van de minderjarigen. Nu de kinderen zonder overleg met de moeder naar Turkije zijn gebracht, terwijl zowel de moeder als de vader in Nederland zijn blijven wonen, kan de feitelijke Turkse verblijfplaats van de kinderen rechtens niet als hun gewone verblijfplaats worden aangemerkt. Reeds hierom wordt de beslissing niet erkend.

Annotatie: J.C. Schultsz, in: NJ 1982, 413.

#### 10. *HR 18 november 1983, NJ 1984, 343*

*feiten:* Het huwelijk tussen partijen van Marokkaanse nationaliteit, is in 1977 te Marokko door verstoting ontbonden. De verstoting is door de burgerlijke stand erkend als echtscheiding. In 1975 is uit dit huwelijk een dochter geboren. De ouders wonen in Nederland. De dochter heeft zes jaar in Marokko gewoond. De moeder (X) stelt dat zij het kind al eerder naar Nederland wilde krijgen, doch dat de vader, die het paspoort van het kind in zijn bezit had, zijn medewerking weigerde. Het kind woont sedert een jaar weer in Nederland bij de moeder. Het is de bedoeling dat het kind hier blijft. De vader (Y) verzoekt de rechtbank hem tot voogd te benoemen en de moeder (X) te ontzetten van haar recht tot verzorging en opvoeding over de minderjarige. Naar Marokkaans recht is hij 'tuteur légal'.

*De Rb* wijst het verzoek van Y af, en benoemt X tot voogdes en Y tot toezienend voogd over de minderjarige. Y stelt beroep in, en vordert onder toepassing van Marokkaans recht te bepalen dat hij de voogdij heeft onder toezegging van het verzorgingsrecht van de moeder. X voert verweer. Ter terechtzitting verklaart Y dat het niet zijn bedoeling is de dochter bij de moeder weg te halen, doch dat hij contact met haar wil houden.

*Het Hof* is van oordeel dat de rechtbank zich gezien de feiten en omstandigheden terecht bevoegd heeft geacht en Nederlands recht heeft toegepast. Het Hof acht het in het belang van de minderjarige dat verblijf bij de moeder wordt gecontinueerd

en de moeder met de voogdij wordt belast. Het Hof bekrachtigt de beslissing van de rechtbank.

Y stelt beroep in cassatie in.

*De HR:* De artt. 1 en 2 Haags Kinderbeschermingsverdrag 1961 zijn van toepassing. Art. 3 van dit Verdrag bevat niet een verwijzingsregel, maar een erkenningsregel, die gericht is op de continuïteit van de gezagsverhouding. Het beroep van Y wordt verworpen.

#### 11. *Rb Rotterdam 15 juli 1985, NJ 1986, 564*

*feiten:* Na een in Nederland uitgesproken echtscheiding heeft de man in 1979 de kinderen eigenmachtig en tegen de wil van de moeder naar zijn ouders in Turkije gebracht. In 1983 bekleedt het Hof 's-Gravenhage de moeder met het gezag over de kinderen met bevel tot afgifte van de kinderen aan de moeder. Aan dit bevel wordt niet voldaan. Man en vrouw wonen in Nederland.

*De Rb* acht de moeder zeer wel bereid en in staat de kinderen te verzorgen en op te voeden. De man heeft door de kinderen weg te voeren niet in het belang van de kinderen gehandeld. Hieraan doet niet af dat de kinderen gaandeweg in Turkije zijn geaard en zich aldaar redelijk ontwikkelen, en terugkeer naar Nederland met problemen gepaard zal gaan. Niettemin dient een beoordeling van de situatie waarin de kinderen thans verkeren plaats te vinden. Tegen elkaar moeten worden afgewogen 'enerzijds de belangen van de kinderen om eventuele aanpassingsmoeilijkheden niet te hoeven ondergaan en anderzijds het belang van de band tussen moeder en kinderen én het belang van de handhaving van de rechtsorde in een geval, waarin in strijd met een onherroepelijke rechterlijke beslissing door één der partijen ongeachtvaardigde eigenrichting wordt gepleegd ten detrimente van de gerechtvaardigde belangen van alle betrokkenen en waarbij juist ook in het familierecht zo belangrijke rechtszekerheid in het geding is'. De rechtbank is van mening dat laatstgenoemde belangen prevaleren.

De rechtbank veroordeelt de man om aan zijn vrouw de minderjarige kinderen af te geven c.q. te doen afgeven.

#### *Noten*

1. 's-Gravenhage 5 oktober 1961, Trb 1965, 205.
2. 's-Gravenhage 28 mei 1970, Trb 1971, 22. Tevens ondertekend door Turkije.
3. 's-Gravenhage 25 oktober 1980. Ondertekend door Nederland op 11 september 1987, Trb 1987, 139.
4. Luxemburg 25 mei 1980, Trb 1981, 10.
5. NIPR 1984, 265. Zie p. 75, nr. 35.