

Religie en cultuur in familierechtelijke beslissingen over kinderen

Mr. dr. Merel Jonker, Rozemarijn van Spaendonck en Mr. dr. Jet Tigchelaar

Aanbevolen citeerwijze bij dit artikel

Mr. dr. Merel Jonker, Rozemarijn van Spaendonck en Mr. dr. Jet Tigchelaar, 'Religie en cultuur in familierechtelijke beslissingen over kinderen', *F&R* september 2015, DOI: 10.5553/FenR/.000020

'(...) [Z]ijn welzijn moest voor haar voorop staan. Hoeveel pagina's in hoeveel vonnissen had ze aan die term gewijd? Welzijn, welbevinden was sociaal. Geen kind is een eiland.'¹

1. Inleiding

1.1 Aanleiding

De afgelopen jaren verschijnen regelmatig berichten in de media over familierechtelijke kwesties met betrekking tot kinderen waarbij religieuze of culturele aspecten een rol spelen. In 2013 stond de Yunus-zaak bijvoorbeeld uitgebreid in de aandacht. Het ging in deze zaak om een jongen van Turkse afkomst die op hele jonge leeftijd bij lesbische pleegouders werd geplaatst. Dit leidde niet alleen binnen Nederland tot veel discussie, maar ook in Turkije. In een rapport van de Turkish Parliament's Human Rights Inquiry Committee (İHİK) werd gesteld dat duizenden Turkse kinderen in verschillende Europese landen onrechtmatig uit huis worden geplaatst en vervolgens vervreemden van hun eigen cultuur. In plaats daarvan zou verplichte assimilatie plaatsvinden met de Europese cultuur.² Het 'belang van het kind' zou willekeurig worden uitgelegd door Europese rechters, die meer waarde lijken te hechten aan de opvattingen van de jeugdinstanties dan aan die van de ouders. Een ander voorbeeld is de recente berichtgeving over minderjarige jihadstrijders die naar Syrië (willen) afreizen.³ Hoe en op welke wijze dient de staat deze jongeren, maar ook de maatschappij te beschermen? Verder kan nog

gedacht worden aan de discussie naar aanleiding van de uitbraak van mazelen in 2013 onder met name kinderen van ouders die om religieuze redenen hun kinderen niet willen inenten.⁴

Het blijft niet bij mediaberichten. Ook rechters lijken steeds vaker te worden geconfronteerd met culturele en religieuze thema's in familierechtelijke zaken aangaande kinderen. Tegelijkertijd is weinig bekend over de soort zaken die dit betreft en hoe rechters hier in de praktijk mee omgaan. Dit vormde de aanleiding voor een uitgebreid jurisprudentieonderzoek, waarvan de resultaten in onderhavig artikel gepresenteerd worden.

1.2 Terminologie

Gelet op de beperkte informatie die beschikbaar is over de rol die religie en cultuur speelt in familierechtelijke beslissingen, biedt dit onderzoek een eerste verkenning op basis van de gepubliceerde jurisprudentie. Hierbij wordt ook aandacht besteed aan de internationaalrechtelijke normen die op deze beslissingen van toepassing zijn.

Religie en cultuur vormen de kernelementen van dit onderzoek. Vooropgesteld wordt dat het hier om begrippen gaat met veel betekenissen en aspecten, en dat zij in de (rechts)praktijk niet op een eenduidige manier worden gebruikt. In dit onderzoek wordt cultuur gezien als een enigszins samenhangend geheel van overtuigingen, houdingen en praktijken dat doorgaans toegeschreven wordt aan een min of meer als etnisch te typeren groep.⁵ Religie kan worden onderscheiden van cultuur voor zover overtuigingen zijn te herleiden tot religieuze teksten. Religie wordt in dit onderzoek echter ruimer opgevat, namelijk als overtuigingen, houdingen en praktijken die door betrokkenen zelf als religieus van aard worden gekwalificeerd – ongeacht of hieraan een schriftelijke bron ten grondslag ligt – en voor anderen als godsdienstig herkenbaar zijn. Dit sluit aan bij de benadering in de rechtspraktijk van godsdienstvrijheid en gelijke behandeling op grond van godsdienst.⁶ Hierdoor zal niet in elk geval religie en cultuur goed zijn te onderscheiden. Dit is voor dit onderzoek echter geen probleem omdat dit onderzoek er niet (primair) op is gericht om te achterhalen of de familierechter verschillend omgaat met religieuze dan wel culturele kwesties, maar hoe hij met dergelijke kwesties omgaat.

De volgende drie onderscheidende dimensies van de begrippen religie en cultuur zijn relevant. De eerste dimensie betreft bewuste normatieve overtuigingen over bijvoorbeeld de wenselijkheid van bepaalde opvoedregels of over de strijdigheid van bloedtransfusie met de Bijbel. De tweede dimensie betreft onbewuste diepgewortelde houdingen die de persoonlijkheid van groepsleden en de identiteit van

de groep als geheel beïnvloeden, zoals het omgaan met hiërarchie of de oriëntatie op familiale banden. De derde dimensie wordt gevormd door praktijken die zijn ingegeven door genoemde overtuigingen en houdingen. Voorbeelden hiervan zijn het al dan niet inenten van kinderen tegen mazelen en andere ziekten, doop en besnijdenis.

De drie dimensies van de begrippen religie en cultuur zijn bijzonder bruikbaar voor het jurisprudentieonderzoek, omdat praktijken, zoals besnijdenis, aanleiding kunnen zijn voor rechtszaken; rechters soms moeten afwegen hoe normatieve overtuigingen van één (of meer) ouder(s) zich verhouden tot het belang van het kind; en rechters soms moeten oordelen over de vraag in hoeverre de ontwikkeling van de persoonlijkheid en de (groeps)identiteit van het kind gebaat is bij contact met leden van de religieuze of etnische groep van (één van) zijn ouder(s). Toch dekken de drie dimensies niet alle aspecten van religie en cultuur. Zo is taal als aspect van cultuur daar niet gemakkelijk in onder te brengen. Voor zover de rechter dit in verband brengt met de culturele achtergrond van een ouder, hebben we dit wel meegenomen.

1.3 Onderzoeksvragen

De onderzoeksvraag die centraal staat, is: op welke wijze worden religie en cultuur betrokken in de overwegingen van de rechter in familierechtelijke beslissingen over kinderen?

Om de onderzoeksvraag te beantwoorden zijn de volgende deelvragen geformuleerd:

1. Hoe vaak komt het voor dat de rechter zich uitlaat over religieuze of culturele thema's? Over welke religieuze of culturele thema's gaat het en in welk type familierechtelijke beslissingen over kinderen komen die aan de orde?
2. Welke rol spelen religie en cultuur waar het gaat om de rechten van het kind?
3. Welke rol spelen religie en cultuur waar het gaat om de rechten van ouders?
4. Hoe weegt de rechter de rechten van ouders af tegen de belangen van het kind?
5. In hoeverre spelen internationaalrechtelijke normen een herkenbare rol in rechterlijke overwegingen?

De eerste deelvraag probeert op een kwantitatieve wijze een beeld te geven van de rol van religie en cultuur in familierechtelijke

beslissingen. Aan welke thema's kan men denken? In wat voor soort zaken (bijvoorbeeld ondertoezichtstelling, omgangsregeling of vervangende toestemming in geval van een gezagsconflict) komen religie en cultuur aan de orde en hoeveel zaken zijn er in de gepubliceerde jurisprudentie te vinden? Vervolgens wordt de gevonden jurisprudentie inhoudelijk benaderd bij de beantwoording van deelvragen 2 tot en met 5. Hier wordt een onderscheid gemaakt tussen de rechten van het kind en de rechten van ouders, omdat verschillende belangen een rol kunnen spelen. Tot slot wordt gekeken in hoeverre internationaalrechtelijke normen herkenbaar zijn in de overwegingen van de Nederlandse rechter. De Nederlandse rechter moet zich rekenschap geven van het internationaalrechtelijke kader, maar het is tot op heden onduidelijk in hoeverre dit in de praktijk gebeurt. Het internationaalrechtelijke juridische kader wordt in paragraaf 4 verder toegelicht.

1.4 Opbouw

Hieronder wordt eerst de methode van het jurisprudentieonderzoek toegelicht (paragraaf 2), waarna de resultaten van de kwantitatieve analyse worden beschreven (paragraaf 3). Vervolgens worden de meest relevante internationaalrechtelijke normen geschetst. Hierbij komt tevens de jurisprudentie aan de orde van het Europees Hof voor de Rechten van de Mens (EHRM) over religie in familierechtelijke beslissingen (paragraaf 4). Hierna wordt de Nederlandse rechtspraak inhoudelijk ontsloten aan de hand van de belangrijkste thema's die zijn gevonden (paragraaf 5). Ten slotte volgen in de conclusie de antwoorden op de deelvragen en de hoofdvraag (paragraaf 6).

2. Methode van jurisprudentieonderzoek

Het zoeken en analyseren van jurisprudentie is een traditionele onderzoeksmethode in juridisch onderzoek. In deze paragraaf wordt verantwoord hoe de jurisprudentie is gezocht en hoe de gevonden rechterlijke uitspraken zijn geselecteerd en gecategoriseerd. Tevens wordt een kanttekening geplaatst bij de representativiteit van de resultaten.

2.1 Zoekmethode

Bij het zoeken van de Nederlandse jurisprudentie is gebruikgemaakt van de digitale databanken rechtsorde.nl en rechtspraak.nl. Er zijn geen restricties aangebracht wat betreft instantie of tijd om een zo breed mogelijk beeld te krijgen van mogelijk interessante zaken. De laatste zoekactie is verricht op 16 september 2014.

Voor het opstellen van de zoektermen is gekozen voor twee invalshoeken: een familierechtelijke en een (multi)culturele/religieuze

invalshoek. Vanuit de familierechtelijke invalshoek werd gezocht op een combinatie van een juridische term en een term die religie of cultuur aanduidde. De juridische zoektermen waren 'kinderbescherming', 'gezag', 'ondertoezichtstelling', 'uithuisplaatsing', 'omgangsregeling', 'omgang' en 'vervangende toestemming'. Adoptie en internationale kinderontvoering zijn niet als zelfstandige zoektermen gebruikt.⁷ De term 'kinderbescherming' leverde de meeste resultaten op, ook omdat deze term verwees naar de Raad voor de Kinderbescherming. Voor het aanduiden van cultuur of religie is gezocht naar 'religie' en 'cultuur' en synoniemen hiervan, namelijk 'geloof' en 'godsdienst'. Ook zijn de volgende zoektermen gebruikt, die verwijzen naar specifieke levensovertuigingen: 'islam', 'moslim', 'joods', 'christen', 'christelijk', 'protestant', 'hervormd', 'gereformeerd', 'katholiek', 'pinkstergemeente', 'winti', 'hindu', 'hinduïsme', 'scientology', 'antroposofisch' en 'Jehova'. Sommige van de zaken die gevonden werden door de zoekterm 'Jehova' te gebruiken, betreffen adoptiezaken. Deze zaken zijn wel meegenomen in het onderzoek.

Bij de religieuze/multiculturele invalshoek is gezocht naar onderwerpen waar spanning kan ontstaan tussen een seculiere/liberale/Nederlandse cultuur en religieuze of andere culturele overtuigingen of praktijken. Dit kunnen zowel normatieve overtuigingen zijn die tot botsingen kunnen leiden (omtrent schoolkeuze, inenting en schoolzwemmen) als typisch religieuze of culturele praktijken (zoals besnijdenis en eerwraak). De zoektermen zijn 'bloedtransfusie', 'besnijdenis', 'vaccinatie', 'inenting', 'schoolzwemmen', 'gemengd zwemmen', 'gemengd sport', 'gemengd school', 'seksualiteit pleegouder', 'homoseksueel', 'eerwraak', 'eerherstel', 'radicalisering', 'medische behandeling', 'Syrië', 'Irak', 'schoolkeuze' en 'kerk'. Deze zoekwoorden zijn afzonderlijk gebruikt, maar ook in combinatie met 'minderjarige' en met 'kind'. Verder zijn de 'multiculturele' zoektermen gecombineerd met 'geloof', 'godsdienst', 'religie', 'levensovertuiging' en 'cultuur'.

2.2 Selectie

Uit de Nederlandse en de Europese zoekresultaten zijn de zaken geselecteerd die relevant leken voor dit onderzoek. Om te bepalen of een zaak relevant was, werd gekeken of het religieuze of culturele element enige invloed had op het conflict waarover de rechter moest beslissen. Een zaak werd bijvoorbeeld geselecteerd als een van de partijen een religieus of cultureel element naar voren bracht of als de rechter hier nader op inging. Een zaak werd niet geselecteerd als het religieuze of culturele element alleen bij de feitelijke beschrijving van een object of persoon hoorde, zoals de Stichting Gereformeerde Jeugdzorg of een katholieke basisschool.

In totaal zijn er 130 Nederlandse zaken gevonden waarin een

verwijzing naar religie en cultuur werd gemaakt. Van deze zaken heeft de rechter zich in 79 gevallen uitgelaten, al dan niet door het aanhalen van de rapportage van de Raad voor de Kinderbescherming of Jeugdzorg, over een religieus of cultureel element. Als de rechter ingaat op een religieus of cultureel element, vindt hij dit kennelijk relevant voor zijn beslissing en is het daarom interessant om te analyseren.

Vervolgens zijn de zaken gesorteerd op basis van de verhouding tussen de partijen die met elkaar een conflict hadden: staat versus ouders, ouders onderling en ouders versus kinderen. Deze verdeling is ingegeven door de veronderstelling dat een geschil tussen staat en burgers een andere machtsverhouding kent en daarom ook met meer waarborgen omkleed is, dan een geschil tussen burgers onderling. Dit lijkt overeen te komen met de rechtsgronden van het nationale wettelijke kader. Bij kindbeschermingsmaatregelen staat de relatie tussen overheid en ouders centraal. De overheid mag dan alleen ingrijpen als ouders schade toebrengen aan het belang van het kind. Een negatieve invloed op het belang van het kind vormt dus de basis voor de bevoegdheid van de overheid. Bij conflicten tussen ouders onderling, zoals conflicten over het verkrijgen en uitoefenen van gezag, vormt de wil van de ouder(s) de basis van de bevoegdheid voor de overheid om op te treden. De rechter wordt dan immers door ten minste één ouder verzocht om een uitspraak. Als een kind de hulp inroept van de rechter om de toestemming van de ouder(s) te vervangen, geldt ook diens wil als basis voor de bevoegdheid van de overheid.

Binnen deze categorieën van relaties zijn de zaken verdeeld op basis van thema's die binnen deze verhoudingen naar voren kwamen. Bij elk thema is geanalyseerd hoe de rechter het religieuze of culturele element benadert.

In totaal zijn er twaalf zaken gevonden bij het EHRM waarin een verwijzing naar religie en cultuur werd gemaakt bij familierechtelijke beslissingen. In vier zaken liet het EHRM zich uit over deze aspecten. Deze zaken worden in paragraaf 4 besproken.

2.3 Beperkingen

De gebruikte methode kent een aantal beperkingen die van belang zijn voor de interpretatie van de resultaten. Ten eerste gaat het hier om uitspraken waarin het religieuze element expliciet is gemaakt. Het is goed denkbaar dat religie of cultuur in meer familierechtelijke zaken een rol speelt, maar dat rechters dit niet expliciteren in de uitspraak. Een kind dat bijvoorbeeld wordt geslagen conform de religieus of cultureel beïnvloede opvoedingsstijl van de ouders, kan onder toezicht worden gesteld omdat hij fysiek bedreigd wordt. Het is niet

noodzakelijk dat de rechter hierbij verwijst naar de achtergrond van dit geweld.

Ten tweede gaat het in het Nederlandse deel van het jurisprudentieonderzoek om de gepubliceerde jurisprudentie op rechtspraak.nl en rechtsorde.nl. Het is in de meeste gevallen aan de rechterlijke instantie zelf om in dit soort zaken te beoordelen of de uitspraak interessant genoeg is om te publiceren. Het is onduidelijk welke criteria hiervoor intern gehanteerd worden en hoeveel zaken dus ongepubliceerd blijven.⁸

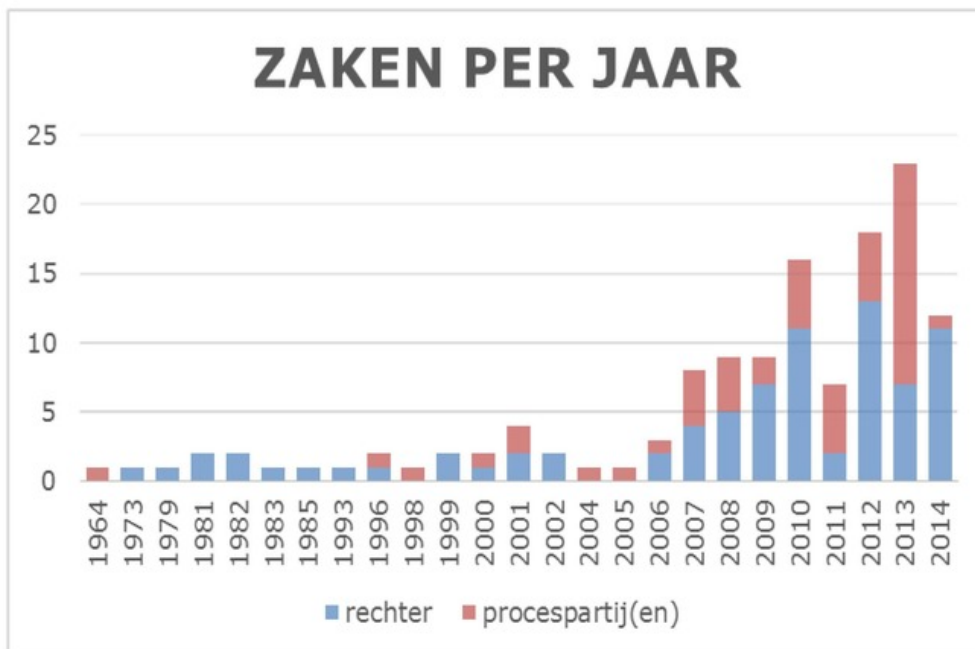
Tot slot zijn de onderzoekers beperkt door hun eigen kennis van en associaties met religie en cultuur. De onderzoekers hebben geen bijzondere kennis op het gebied van religie en/of cultuur en dat heeft de keuze voor de zoektermen beperkt.

3. Kwantitatieve analyse

3.1 Aantal zaken

Om de inhoudelijke bespreking van de gevonden rechterlijke beslissingen in Nederland in perspectief te plaatsen, worden hier enkele kwantitatieve gegevens besproken met betrekking tot het aantal zaken per jaar, de rechterlijke instantie die deze zaken heeft behandeld en de voornaamste juridische grondslag voor het geding. In totaal zijn er 130 zaken gevonden waarin een relevante verwijzing naar religie en/of cultuur werd gemaakt door de rechter of door één van de procespartijen (ouders, kinderen, RvK, Jeugdzorg). In 79 van deze zaken was het de rechter die hierop inging, al dan niet in verwijzing naar de rapportage van de Raad voor de Kinderbescherming of Jeugdzorg. In figuur 1 geeft de staaf het aantal uitspraken van het totaal aan. Het blauwe gedeelte van de staaf geeft het aantal uitspraken aan waarin de rechter naar religie en cultuur verwees; het rode gedeelte geeft weer wat het aandeel van de procespartijen was.

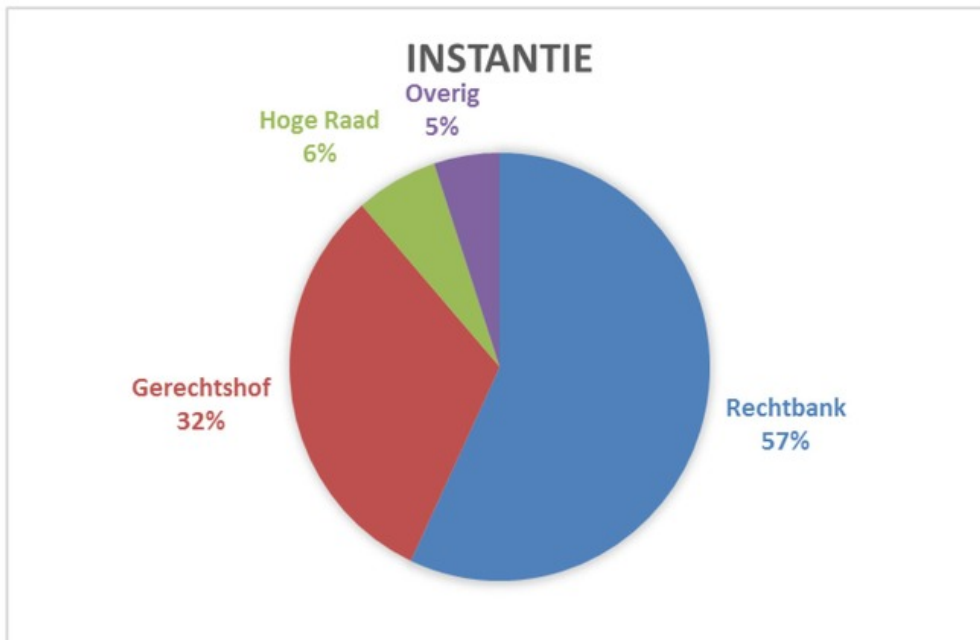
Zaken per jaar



In figuur 1 is een overzicht gegeven van het aantal zaken per jaar. Tussen 1995 en 2005 worden er jaarlijks één tot drie relevante zaken gepubliceerd. Daarna neemt het aantal zaken snel toe tot in 2012 en 2013 respectievelijk 20 en 23 zaken per jaar. Er is zowel een toename zichtbaar van het aantal zaken waarin rechters religieuze en culturele elementen noemen als waarin procespartijen dat doen. Hiervoor zijn een aantal verklaringen mogelijk. Het zou kunnen zijn dat er meer zaken zijn waarin religie/cultuur een rol speelt of dat hier vaker expliciet naar wordt verwezen. Een andere (meer voor de hand liggende) verklaring is dat het aantal publicaties überhaupt toeneemt dus dat er ook meer zaken worden gepubliceerd waarin religie of cultuur een rol speelt.

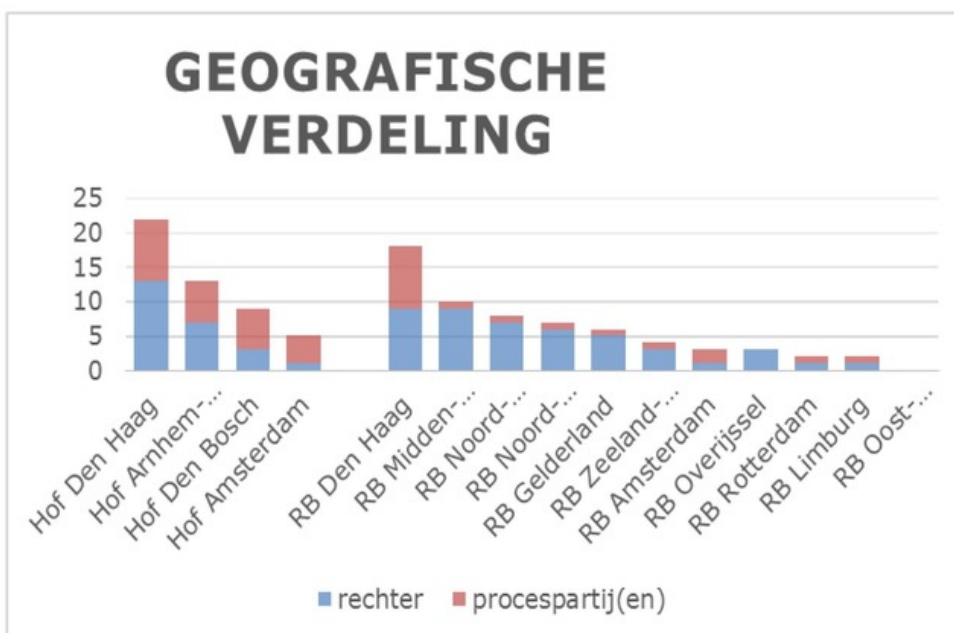
3.2 Rechterlijke instantie

Instantie



Van de 79 zaken waarin de rechter zich uitsprak over het religieuze of culturele element, ging het meestal om een uitspraak van de rechtbank (45 zaken). De andere zaken zijn behandeld door een gerechtshof (25 zaken) of de Hoge Raad (5 zaken). In het onderzoek zijn er drie uitspraken meegenomen van de Afdeling Beroep van de Raad van State en één uitspraak van het Gemeenschappelijk Hof van Justitie van Aruba, Curaçao, Sint Maarten, van Bonaire, Sint Eustatius en Saba.

Geografische verdeling

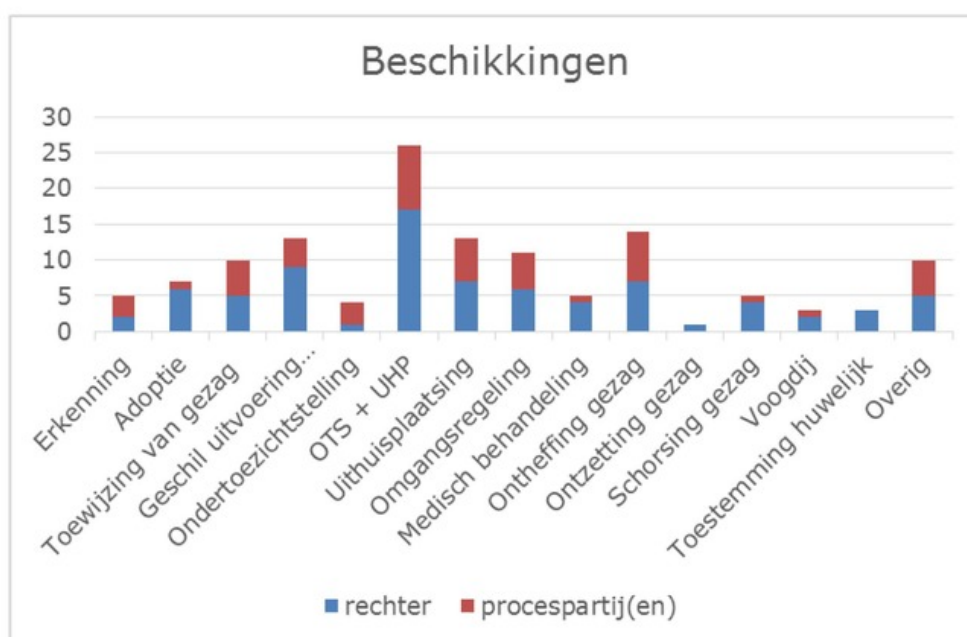


In figuur 3 is de gerechtelijke kaart zoals deze sinds 2013 geldt als

uitgangspunt genomen. De zaken die voor de herindeling hebben gediend, zijn ingedeeld bij de rechtbanken of bij de gerechtshoven waar deze nu onder zouden vallen. Het is opvallend om te zien dat in de uitspraken van zowel de Rechtbank Den Haag (18 zaken) als het Gerechtshof Den Haag (22 zaken) de meeste religieuze of culturele verwijzingen worden gemaakt door alle procespartijen. Wanneer er wordt gekeken naar verwijzingen door rechters, komt dit bij het Gerechtshof Den Haag nog steeds meer voor dan bij andere gerechtshoven. Bij de Rechtbank Den Haag daarentegen is er minder verschil met andere rechtbanken. Desalniettemin is het opvallend om te zien dat dit soort verwijzingen in de onderzochte jurisprudentie vaker bij het Gerechtshof Den Haag of de Rechtbank Den Haag voorkomen dan bij andere grote steden. Verder lijkt er een verschil tussen de noordelijke en zuidelijke regio's te bestaan. Een waarschijnlijke verklaring hiervoor is dat het publicatiebeleid, of dat (hoewel minder waarschijnlijk) de mate waarin religieuze of culturele elementen worden benoemd, zorgt dat er meer zaken uit een bepaalde regio voorkomen in dit onderzoek.

3.3 Beschikkingen

Beschikkingen



In figuur 4 zijn de zaken verdeeld met als uitgangspunt de beschikkingen die genomen kunnen worden op grond van het Burgerlijk Wetboek. Wanneer er meerdere beschikkingen spelen in één zaak, is gekozen voor de beschikking waaraan de rechter de meeste aandacht besteedt. Een uitzondering is gemaakt voor ondertoezichtstelling en uithuisplaatsing omdat dit hand in hand gaat. Door deze methode is de omgangsregeling wat onderbelicht gebleven.

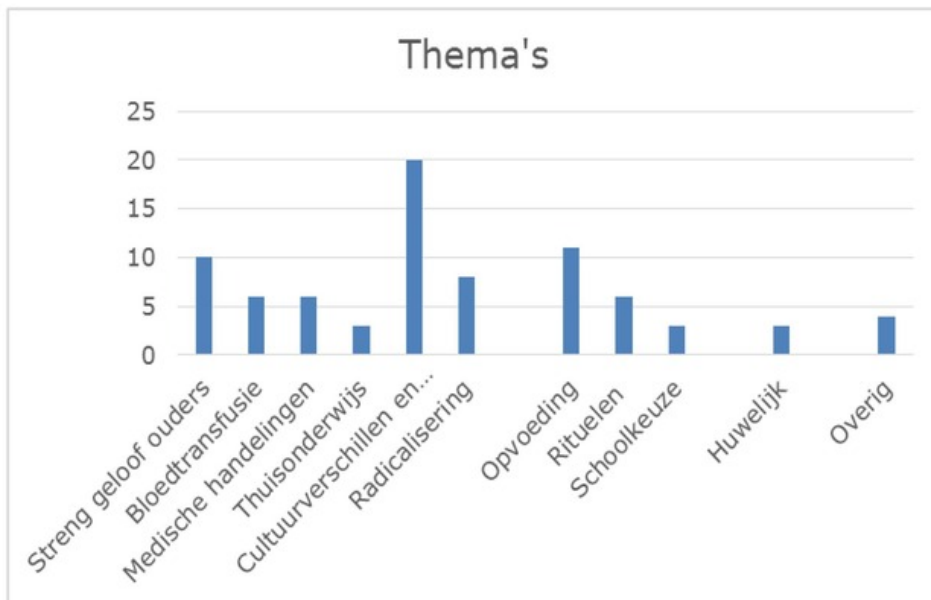
Deze komt namelijk vaak bij andere zaken aan de orde, zoals bij erkenning (3 zaken) en bij toewijzing van het ouderlijk gezag aan één van de ouders (4 zaken).

Wat betreft de categorieën worden er een paar kanttekeningen gemaakt. Bij adoptie is ook stiefouderadoptie opgeteld (1 zaak). Bij het toewijzen van het gezag gaat het zowel om het toewijzen van gezag aan één als aan beide ouders. Bij de geschillen over de uitvoering van het gezag zijn ook geschillen over het afgeven van het paspoort opgeteld (2 zaken). Bij medische behandeling gaat het uitsluitend om zaken waarbij de rechter vervangende toestemming geeft ingeval een kind jonger dan 12 jaar een medische behandeling nodig heeft om ernstig gevaar voor diens gezondheid te voorkomen (art. 1:264 BW). De rechter kan ook zorgen dat de minderjarige een noodzakelijke medische behandeling krijgt door het ouderlijk gezag te schorsen. Tot slot vallen in de categorie 'overig' zaken waarin de eiser niet-ontvankelijk werd verklaard, het niet helemaal duidelijk was op welke grond de rechter besloot of waarin buitenlands recht van toepassing bleek te zijn.

Het blauwe gedeelte van de staaf geeft de zaken aan waarin de rechter een opmerking heeft gemaakt over religie of cultuur. Het rode gedeelte van de staaf geeft alle zaken weer waarin niet de rechter, maar één of meer procespartijen zo'n verwijzing hebben gemaakt. Het verschil tussen de uitspraken van de rechter en alle zaken laat zien dat ook andere partijen, en met name ouders, zich vaak beroepen op religieuze of culturele aspecten, maar dat de rechter hier dan weinig mee doet. De meeste uitspraken gaan over ondertoezichtstelling en uithuisplaatsingen (totaal 25 zaken). Verder worden er met name gezagskwesties aan de rechter voorgelegd.

3.4 Thematische weergave

Thema's



In figuur 5 zijn de uitspraken waarin rechters zich uitlaten over religie of cultuur verdeeld over de thema's waarop de conflicten betrekking hebben. In de volgende paragraaf worden deze thema's verder toegelicht. Uit de verdeling naar thema's blijkt dat de meeste uitspraken betrekking hadden op de verhouding staat versus ouders. Vooral het thema 'cultuurverschillen en identiteitsontwikkeling' scoort hoog (20 zaken), mogelijk omdat dit een vrij brede categorie is. Hier vallen bijvoorbeeld ook zaken onder waarbij er problemen zijn tussen ouders en een pleeggezin over de cultuur waarin het kind wordt opgevoed (9 zaken). In de categorie 'rituelen' gaat het over zowel besnijdenis (4 zaken) als doop (1 zaak).

4. Het internationaalrechtelijke kader

De wijze waarop de rechter religie en cultuur betreft in familierechtelijke beslissingen kan worden beïnvloed door internationale instrumenten. Daarom komen hier de meest voor de hand liggende internationaalrechtelijke normen aan de orde. Allereerst worden verdragsbepalingen aangeduid die van direct belang zijn voor de religieuze en/of culturele opvoeding van het kind. Het Internationaal Verdrag inzake de Rechten van het Kind (IVRK) wordt hiervoor als uitgangspunt genomen; vergelijkbare bepalingen in andere verdragen worden slechts genoemd. Daarna komen internationaalrechtelijke beslissingen aan de orde over familierechtelijke kwesties waarin religie een rol speelt. Daarvoor worden uitspraken het Europees Hof voor de rechten van de mens besproken. Relevante beslissingen van andere internationale organen zijn niet gevonden.

4.1 Het Internationaal Verdrag inzake de Rechten van het Kind

In artikel 3 lid 1 IVRK is het uitgangspunt vastgelegd dat het belang van het kind voorop moet staan bij het nemen van maatregelen. Dit uitgangspunt wordt uitgewerkt in de specifieke rechten uit het verdrag, maar heeft daarnaast ook zelfstandige betekenis. Het uitgangspunt heeft uitdrukkelijk mede betrekking op rechterlijke uitspraken, dus ook op familierechtelijke beslissingen.⁹ Volgens het Comité voor de Rechten van het Kind heeft de rechter de verplichting om te verantwoorden hoe het belang van het kind is onderzocht en beoordeeld, alsmede welk gewicht daaraan is gegeven in de beslissing.¹⁰ Daarbij worden verschillende elementen benoemd voor de invulling van het belang van het kind: (a) de mening van het kind, (b) de identiteit van het kind, (c) het gezinsleven en het onderhouden van contact, (d) de zorg, de bescherming en de veiligheid van het kind, (e) de kwetsbaarheid, (f) het recht van een kind op gezondheidszorg, en (g) het recht van een kind op onderwijs.¹¹ Onder de identiteit van het kind worden onder meer de religieuze, levensbeschouwelijke en culturele kenmerken van een kind verstaan.¹² Daarom is met name dit element belangrijk voor dit onderzoek.

In diverse situaties moet rekening worden gehouden met de religieuze en culturele identiteit van het kind. Zo dient er bij de uithuisplaatsing van een kind aandacht te zijn voor 'the desirability of continuity in a child's upbringing and to the child's ethnic, religious, cultural and linguistic background (art. 20 lid 3 IVRK)'.¹³ Dit geldt ook voor adoptie (art. 21 IVRK) of als een kind om een andere reden gescheiden van één of beide ouders moet opgroeien (art. 9 IVRK). Een kind moet dan toegang krijgen tot de cultuur, en waar mogelijk de taal, van het land en de familie van herkomst, en tot informatie over zijn of haar biologische familie in lijn met de wet- en regelgeving van het betreffende land.¹⁴ Daarnaast heeft een kind dat behoort tot een godsdienstige of etnische minderheidsgroep het recht om samen met andere leden van zijn groep zijn eigen godsdienst te belijden of zijn cultuur te beleven en daarnaar te leven (art. 30 IVRK en art. 27 Internationaal Verdrag inzake burgerrechten en politieke rechten, IVBPR). Culturele praktijken worden daarentegen niet in het belang van het kind beschouwd als deze botsen met bepalingen van het IVRK. Het Comité schrijft: 'Cultural identity cannot excuse or justify the perpetuation by decision-makers and authorities of traditions and cultural values that deny the child or children the rights guaranteed by the Convention.'¹⁵ In dit verband is artikel 24 lid 3 IVRK, dat staten verplicht om doeltreffende en passende maatregelen te nemen teneinde traditionele gebruiken die schadelijk zijn voor de gezondheid van kinderen af te schaffen, relevant.

De vrijheid van gedachte, geweten en godsdienst van het kind is vastgelegd in artikel 14 IVRK. Dat dit artikel omstreden is, blijkt uit

het aantal voorbehouden dat is gemaakt en interpretatieve verklaringen die zijn gegeven.¹⁶ De Nederlandse regering heeft verklaard dat het artikel moet worden geïnterpreteerd in overeenstemming met artikel 18 IVBPR, waarin ook de godsdienstvrijheid is neergelegd.¹⁷ Hieruit volgt dat het kind de vrijheid heeft om een zelfgekozen godsdienst of levensovertuiging te hebben wanneer het kind hiertoe in staat is. Volgens artikel 14 IVRK moeten ouders de gelegenheid hebben om hun kind te leiden in de uitoefening van zijn of haar rechten op gedachte, geweten en godsdienst. Hierbij moet rekening worden gehouden met de ontwikkeling van het kind. De vrijheid van ouders om hun kinderen een godsdienstige en morele opvoeding te geven overeenkomstig hun levensovertuiging is eveneens gewaarborgd in artikel 18 lid 4 IVBPR.¹⁸

4.2 Het Europees Verdrag voor de Rechten van de Mens (EVRM)

Een ander internationaalrechtelijk instrument dat een rol speelt bij familierechtelijke beslissingen, is het EVRM.¹⁹ Artikel 9 EVRM beschermt het recht op vrijheid van gedachte, geweten en godsdienst. In de praktijk heeft dit artikel een zeer beperkte rol bij familierechtelijke beslissingen. Het Europees Hof voor de Rechten van de Mens (EHRM) is namelijk geneigd deze zaken af te doen op basis van artikel 8 EVRM, al dan niet in combinatie met artikel 14 EVRM. In artikel 8 EVRM is het recht op privé- en familielevens vastgelegd. De overheid mag alleen ingrijpen wanneer deze bevoegdheid wettelijk is vastgelegd en noodzakelijk is in een democratische samenleving omwille van de openbare veiligheid, openbare orde, gezondheid, goede zeden of de rechten en vrijheden van anderen. Artikel 14 omvat het gelijkheidsbeginsel en verbiedt een ongelijke behandeling op grond van bijvoorbeeld godsdienst. Artikel 9 speelt wel een rol waar het gaat om de uiting van religie op school, bijvoorbeeld bij ouders die niet willen dat hun kinderen levensbeschouwelijke vakken of seksuele voorlichting krijgen.²⁰ Omdat deze kwesties niet direct leiden tot familierechtelijke beslissingen, blijven deze buiten beschouwing.

In Hoffmann tegen Oostenrijk liet het EHRM zich voor het eerst uit over de rol van religie bij de toekenning van ouderlijk gezag. Na de scheiding is de moeder een Jehova's getuige geworden. De vader wil het gezag over de kinderen omdat hij meent dat de nieuwe religieuze overtuiging van de moeder schadelijk is voor de kinderen. Het Oostenrijkse Hooggerechtshof geeft een drieledige argumentatie voor zijn beslissing om het ouderlijk gezag toe te kennen aan de vader in plaats van aan de moeder. Allereerst hecht het Hooggerechtshof belang aan de Wet op religieuze opvoeding waarin staat dat een ouder niet zonder toestemming van de andere ouder de kinderen een religieuze opvoeding mag geven in afwijking van een eerdere afspraak of praktijk. In de tweede plaats oordeelt het Oostenrijkse

Hooggerechtshof dat het niet in het welzijn van de kinderen is om een opvoeding te krijgen volgens de leer van Jehova's getuigen, omdat in noodsituaties de weigering van bloedtransfusie levensbedreigend kan zijn en het leven als Jehova's getuigen kinderen sociale buitenstaanders maakt. In de derde plaats oordeelde de hoogste nationale rechter op basis van enkele omstandigheden van het geval dat het niet in strijd met het welzijn van de kinderen was om door de vader te worden opgevoed. Het EHRM meent dat de afweging van de omstandigheden van het geval in de tweede en de derde overweging heel goed kon leiden tot een wijziging in het ouderlijk gezag. Het EHRM meent echter dat het Oostenrijkse Gerechtshof doorslaggevende betekenis heeft toegekend aan de Wet op de religieuze opvoeding. Aangezien de verwijzing in de rechterlijke beslissing naar deze wet neerkomt op een onderscheid op basis van een verschil in religie, constateert het EHRM een schending van artikel 8 jo. artikel 14 EVRM.²¹

Ook in de zaak Palau-Martinez tegen Frankrijk, die werd aangespannen door een moeder die Jehova's getuige was, werd een overtreding van artikel 8 jo. artikel 14 EVRM geconstateerd. In eerste instantie was vastgesteld dat de kinderen bij hun moeder zouden verblijven, maar dat verandert wanneer de vader de kinderen niet terugbrengt na vakantie omdat zij zouden lijden onder de stikte opvoedingsregels van de Jehova's getuigen. Het EHRM constateert een schending. De nationale rechter heeft alleen op basis van algemeenheden over de religie van Jehova's getuigen geoordeeld zonder de aanwezigheid van direct, concreet bewijs van het effect van die religie op de opvoeding en het dagelijks leven van de kinderen en zonder onderzoek te (laten) doen naar de leefomstandigheden van de kinderen bij de moeder en wat hun werkelijke belangen zijn.²²

Het belang van het daadwerkelijk aantonen van de schade aan de belangen van het kind speelde ook in de zaak Deschomets tegen Frankrijk. Het geschil betrof de wijziging van de verblijfplaats van de kinderen na echtscheiding van de moeder die lid is van de religieuze groep *Brethren* naar de vader die uit die groep is gestapt. Het EHRM stelt vast dat de nationale rechter de belangen van de kinderen heeft ingevuld op basis van een praktische en nauwkeurige analyse van de leefomstandigheden van de beide ouders. Hierbij was gebruikgemaakt van een rapport waaruit bleek dat de kinderen de leefwijze van de moeder afwezen. Aangezien de Franse rechter zich dus een concreet oordeel had gevormd van de gevolgen van moeders leefwijze voor de belangen van de kinderen, was de beslissing dat de kinderen bij hun vader gingen wonen, geen schending van artikel 8 jo. artikel 14 EVRM.²³

Tot slot speelde er in 2013 een zaak waarbij een vader de omgang met zijn zoon werd ontzegd vanwege zijn bekeringsijver.²⁴ Het EHRM

vond deze maatregel disproportioneel omdat het gevaar voor het kind onvoldoende was aangetoond. Zelfs als de zorg van de overheid om de psychologische schade een voldoende gewichtige reden vormde voor een ongelijke behandeling van de vader, was het verbieden van omgang in dit geval onjuist. Hierbij is relevant dat voor het ontzeggen van toegang tot het kind er een strengere maatstaf gehanteerd moet worden dan in geval van gezag, omdat met het eerste het belang van het kind op gezinsbanden en contact met zijn wortels worden aangetast. Het geheel doorsnijden van het contact kan dus alleen in uitzonderlijke gevallen. Het EHRM vindt dat deze onvoldoende zijn aangetoond en stelt daarom een schending van artikel 8 jo. artikel 14 EVRM vast.

4.3 Conclusie

Deze korte beschrijving van het internationaalrechtelijk kader geeft weer dat de rechter moet verantwoorden hoe hij rekening heeft gehouden met het belang van het kind en welk gewicht daaraan is gegeven in de beslissing. Daarbij is de religieuze, levensbeschouwelijke en culturele identiteit een element van het belang van het kind, dat bijvoorbeeld een rol kan spelen als het kind gescheiden van zijn ouder(s) leeft. In dat geval is continuïteit met en toegang tot diens etnische, culturele, religieuze en taalachtergrond een factor waarmee rekening moet worden gehouden. Verder moet de overheid de identiteit van het kind respecteren, maar moet zij optreden als religieuze of culturele praktijken schadelijk zijn voor het kind. Ten slotte heeft het kind vrijheid van godsdienst, maar mogen ouders hun kind daarin leiden in overeenstemming met de ontwikkeling van het kind.

Uit de jurisprudentie van het EHRM blijkt dat het Hof familierechtelijke beslissingen niet zozeer op basis van godsdienstvrijheid beoordeelt, maar op basis van het recht op privé- en gezinsleven en het verbod op ongelijke behandeling wegens godsdienst. Het Hof vindt dat een rechterlijk oordeel dat een religieuze opvoeding kwalificeert als schadelijk voor het kind gebaseerd moet zijn op concreet en direct bewijs van de invloed van religie en cultuur op het kind. Een oordeel op basis van mogelijke algemene schadelijke effecten van een religie is niet toegestaan. Jurisprudentie over familierechtelijke beslissingen met een cultureel aspect is niet gevonden.

In de gevonden jurisprudentie toetst het EHRM steeds rechterlijke beslissingen van de nationale rechter in situaties waarin ouders conflicten hebben over kinderen die gescheiden van één van de ouders leven. In die gevallen speelt toegang van het kind tot diens achtergrond een rol.

5. Resultaten en analyse van Nederlandse jurisprudentie

De manier waarop de rechter in Nederland zich uitlaat over religieuze of culturele thema's, wordt hieronder uitgewerkt aan de hand van een aantal rechterlijke uitspraken uit het jurisprudentieonderzoek. In de gekozen uitspraken doet de rechter een 'veralgemeniseerbare' uitspraak, die niet te zeer verweven is met allerlei bijzondere of extreme omstandigheden van het geval. De hier besproken uitspraken zijn dan ook in zekere zin 'exemplarisch' voor een soort zaak. Bij de bespreking van de uitspraken worden de wettelijke criteria geschetst waaraan de rechter de verschillende zaken ten tijde van de uitspraken diende te toetsen. Sinds 1 januari 2015 is het kindbeschermingsrecht ingrijpend veranderd.²⁵ Aangezien de onderzoeksperiode voor deze datum gelegen is, wordt hier ingegaan op de oude regelingen van de ondertoezichtstelling, uithuisplaatsing, ontheffing en ontzetting van het gezag. Ook worden de nadere criteria opgespoord die rechters hanteren bij de invulling en toepassing van die wettelijke criteria. In de conclusie worden de rechterlijke criteria bij de beantwoording van de onderzoeksvragen nader besproken. De resultaten van het jurisprudentieonderzoek en de analyse daarvan zijn geordend naar verhoudingen waarin conflicten een rol spelen en thema's waarop de conflicten betrekking hebben.

5.1 Staat versus ouders

5.1.1 Streng geloof ouders

In 1982 deed zich een zaak voor waarin de Raad voor de Kinderbescherming een ondertoezichtstelling en plaatsing in een tehuis verzocht van een 16-jarig van huis weggelopen Marokkaans meisje, Fatiha. De ouders kozen voor een strenge islamitische opvoeding, waarbij de vader dreigde het meisje terug te sturen naar Marokko. Ten tijde van deze procedure was ondertoezichtstelling van een minderjarig kind mogelijk indien 'een kind zodanig opgroeit, dat het met zedelijke of lichamelijke ondergang wordt bedreigd'. Daarnaast was bepaald dat de kinderrechter hierbij moest letten 'op de godsdienstige gezindheid en de levensovertuiging van de minderjarige en van het gezin waar deze toebehoort' (art. 1:254 BW (oud)). Uithuisplaatsing was mogelijk indien dit 'noodzakelijk was in het belang van de verzorging en opvoeding van het kind of tot onderzoek van diens geestelijke of lichamelijke gesteldheid'.²⁶ De rechtbank wees het verzoek tot ondertoezichtstelling en uithuisplaatsing toe, het hof bekrachtigde de beschikking en de Hoge Raad hield het arrest van het hof in stand.²⁷ Het hof overwoog dat duidelijk was 'dat de conflicten tussen het meisje en de vader het gevolg waren van het feit dat het cultuurpatroon en de daaraan verbonden normen in Nederland fundamenteel anders zijn dan in

Marokko en dat het meisje daarvan, meer dan de ouders, de invloed heeft ondergaan [en] dat het dan ook niet onbegrijpelijk is dat zij zich tegen de ouders – en in het bijzonder tegen de vader – heeft verzet en van huis is weggelopen'. Mede gezien het feit dat het jongere zusje naar Marokko was teruggestuurd nadat het van huis was weggelopen, bestond er volgens het hof gegronde vrees dat een situatie zou kunnen ontstaan waardoor het meisje ernstige schade van psychische en lichamelijke aard zou ondervinden. Het hof vindt daarom dat in het belang van de inmiddels 17-jarige Fatiha de maatregelen van ondertoezichtstelling en uithuisplaatsing geboden zijn. De ouders beriepen zich op artikel 8 EVRM (*family life*) en artikel 27 IVBPR (staten mogen minderheden niet het recht ontzeggen om hun eigen cultuur en godsdienst te beleven). De Hoge Raad oordeelde dat de eerbiediging van het gezinsleven van de ouders ingevolge lid 2 van artikel 8 EVRM beperkt mocht worden ter bescherming van de rechten en vrijheden van hun dochter, nu het hof heeft vastgesteld dat de kindbeschermingsmaatregelen geboden waren. Verder overweegt de Hoge Raad dat het hof het beroep van de ouders terecht heeft verworpen op grond dat het in artikel 27 IVBPR 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 dochter Fatiha – dreigt aan te tasten.

Later hebben zich vergelijkbare situaties voorgedaan, waarbij sprake was van een strenggelovige opvoeding, maar waarbij de bewoording net iets anders was. In beginsel hebben ouders een grote mate van vrijheid als het gaat om de verzorging en opvoeding van kinderen, maar als een streng geloof van ouders leidt tot een opvoeding waardoor een kind zich sociaal, emotioneel en geestelijk niet goed kan ontwikkelen, wordt dit niet in het belang geacht van de kinderen. In 2010 bijvoorbeeld verzocht de Raad voor de Kinderbescherming om zeven kinderen en een ongeboren kind onder toezicht te stellen, die door de godsdienstige opvoeding van de ouders in een zeer gesloten gezinssysteem opgroeiden, waarbij weinig inmenging van buitenaf geduld werd. De rechtbank benadrukte dat ouders een grote mate van vrijheid hebben om hun kinderen te verzorgen en op te voeden (art. 8 EVRM), maar dat staten de plicht hebben om kinderen te beschermen tegen aantasting van hun lichamelijke en geestelijke integriteit (art. 5, 6 en 19 IVRK). De wettelijke grondslag voor ondertoezichtstelling was inmiddels gelegen in het geval 'een minderjarige zodanig opgroeit dat zijn zedelijke of geestelijke belangen of zijn gezondheid ernstig worden bedreigd en middelen ter afwendings van deze bedreiging hebben gefaald of zullen falen'.²⁸ De rechter oordeelde dat de kinderen onvoldoende gelegenheid kregen om zich sociaal en emotioneel te ontwikkelen. Ze kregen onvoldoende vrijheid om met leeftijdgenoten om te gaan, een sociaal leven op te bouwen en te weinig ruimte om een eigen mening te vormen, ook ten aanzien van het geloof. Hierdoor

werden zij belemmerd in het ontwikkelen van hun eigen identiteit.²⁹ In latere zaken aangaande dit gezin, werden de kinderen uit huis geplaatst en werd een ontheffing van het gezag uitgesproken ten aanzien van de jongste dochter.³⁰ Ontheffing van het gezag was mogelijk, indien ouders *ongeschikt of onmachtig waren om hun plicht tot verzorging en opvoeding te vervullen*, mits het belang van de kinderen zich daar niet tegen verzette.³¹ Het hof constateerde dat de ouders een afwachtende houding aannamen, in die zin dat zij wachten op ingevingen van God die hun duidelijk maken wat zij in een bepaalde situatie moeten doen. De ouders hadden daardoor het meisje niet bijgevoed, terwijl de borstvoeding van de moeder onvoldoende bleek te zijn. Er bestond geen verwachting dat de ouders er anders over zouden gaan denken. Daardoor was er ook geen perspectief op terugplaatsing van het meisje binnen afzienbare tijd. Het hof oordeelde dat de ouders niet in staat zijn gebleken feitelijk invulling te geven aan het ouderlijk gezag. Zoals gezegd was het hierbij belangrijk dat de ouders op basis van hun geloofsovertuiging de verantwoordelijkheid bij het nemen van beslissingen buiten zichzelf legden, namelijk bij God.

5.1.2 Jehova's getuigen/bloedtransfusies

Een terugkerende problematiek is de wijze waarop Jehova's getuigen aankijken tegen bloedtransfusies.³² Dit komt zowel naar voren in zaken die adoptie betreffen, als in zaken die eigen kinderen betreffen.

In adoptiezaken wordt de benodigde beginseltoestemming geweigerd als aspirant-ouders niet het voornemen hebben om het kind die gangbare medische behandelingen van preventieve of curatieve aard te laten ondergaan die van levensbelang zijn voor het kind. Hieronder wordt eveneens verstaan het toedienen van bloedtransfusies. Dit criterium is inmiddels opgenomen in de Wet opneming buitenlandse kinderen ter adoptie.³³ Het was voor het eerst ingevoerd in 1979 in een circulaire gericht aan de Raden voor de Kinderbescherming. Jehova's getuigen/aspirant-adoptiefouders die vlak daarna op grond hiervan een afwijzende beschikking kregen, vingen bot ingeval zij bezwaar aantekenden, omdat het criterium niet in hun belang was geformuleerd, maar in het belang van het kind.³⁴ Ook het argument van de aspirant-adoptiefouders dat de weigering van een beginseltoestemming op grond van genoemd criterium in strijd was met artikel 9 jo. artikel 14 EVRM (godsdienstvrijheid en gelijkheidsbeginsel) werd afgewezen. De Afdeling Rechtspraak van de Raad van State oordeelde dat van strijd met godsdienstvrijheid geen sprake was, omdat het opnemen van een buitenlands (adoptief-)pleegkind niet is aan te merken als een praktische toepassing van de godsdienst.³⁵ In een recentere zaak uit 2008 stelde de Raad van State vast dat uit de wetsgeschiedenis blijkt dat onder gangbare preventieve en curatieve behandelingen mede bloedtransfusies moeten worden

begrepen.³⁶

Indien het eigen kinderen betreft, gaat het conflict over het beperkt schorsen van ouders in de uitoefening van het gezag.³⁷ Een dergelijke maatregel was mogelijk in een spoedeisende situatie, op grond van feiten die tot ontzetting of tot gedwongen ontheffing konden leiden.³⁸ Als het weigeren van een bloedtransfusie een levensbedreigende situatie in het leven roept, kan dat voldoende rechtvaardiging zijn om een inbreuk te maken op het recht op gezinsleven en godsdienstvrijheid (art. 8 en 9 EVRM).³⁹

5.1.3 Overige medische behandelingen (inclusief vaccinatie)

Indien ouders geen toestemming geven voor een medische behandeling voor kinderen jonger dan 12 jaar, kan de rechter vervangende toestemming verlenen. Dat kan ook als een kind ouder dan 12 jaar niet in staat is tot een redelijke behartiging van zijn belangen wat betreft de medische behandeling.⁴⁰ In een dergelijk geval wordt zowel gekeken naar de gezondheidsrisico's die het kind loopt indien behandeling niet plaatsvindt, als naar de motieven van de ouders. Een andere mogelijkheid is om ouders te schorsen in de uitoefening van hun gezag. Het ernstige gevaar voor de gezondheid van de minderjarige is van doorslaggevend belang om toestemming te geven voor de medische behandeling.⁴¹

Opvallend is dat in twee zaken tevens werd benadrukt dat de ouders onvoldoende gefundeerd hadden waarom zij de behandeling vanuit hun godsdienstige opvatting weigerden.⁴² In één van die zaken weigerde de moeder voor haar jonge kind vaccinatie tegen pneumokokken, maar was zij niet tegen inenting tegen andere kinderziekten. Het Hof 's-Gravenhage meende dat in deze situatie 'de enkele stelling dat een haar niet bij naam bekende dominee (van een gesloten gemeenschap waarvan de moeder evenmin kan aangeven op welke – van andere geloofsgemeenschappen te onderscheiden – basisbeginselen deze gemeenschap berust) zou hebben gezegd dat inenting tegen pneumokokken niet van de hand van God is, onvoldoende is in het licht van de tussen de moeder en [Zoon] te maken belangenafweging, mede in verband waarmee het hof wijst op het in onder meer in artikel 3 lid 1 Verdrag inzake de rechten van het kind neergelegde uitgangspunt dat de belangen van het kind de eerste overweging vormen'.⁴³

In een andere zaak, betreffende een niertransplantatie, oordeelde de rechter dat onvoldoende vaststond wat de voor- en nadelen van de transplantatie waren. Ondanks het feit dat de moeder vanuit haar geloofsovertuiging erg positief was over de toekomst, werd zij wel in staat geacht om tot een goede afweging in het belang van de

minderjarige te komen.⁴⁴ Bovendien had de moeder aangegeven dat als de situatie van haar zoon zou verslechteren, zij wellicht alsnog een niertransplantatie zou overwegen.

5.1.4 Thuisonderwijs

Ouders mogen hun kind thuisonderwijs geven, wanneer zij vanuit hun overtuiging principiële bezwaren hebben tegen het reguliere onderwijs, mits er geen bedreiging voor de ontwikkeling van het kind is en er geen risico is voor het kind om in een sociaal isolement terecht te komen.⁴⁵ Ook kan de mening van het kind zelf relevant zijn. In een zaak uit 2009 verzocht de Raad voor de Kinderbescherming om een ondertoezichtstelling en uithuisplaatsing van een kind van wie de ouders Zevende Dag Adventisten waren. Het hoogbegaafde kind was diverse keren weggelopen en was net begonnen met het gymnasium, waarvoor de rechter vervangende toestemming had gegeven, maar voorheen volgde hij thuisonderwijs. Hij had veel ruzie met zijn vader, waarbij tevens sprake was van fysiek geweld. De ouders waren van mening dat hun religieuze overtuiging niet werd gerespecteerd. De rechter overwoog dat de ouders onvoldoende invulling gaven aan het ouderlijk gezag, waaronder het bevorderen van de ontwikkeling van de persoonlijkheid van hun zoon. Daarbij werd onder andere veel waarde gehecht aan de eigen keuze van het kind voor regulier onderwijs. Voor het herstel van het contact vindt de rechter het van belang dat ook de ouders die keuze respecteren en het kind daarin steunen.⁴⁶

5.1.5 Cultuurverschillen en identiteitsontwikkeling

Het opvoeden van kinderen vanuit een cultuur of geloof die sterk afwijkt van de dominante Nederlandse cultuur, kan tot problemen leiden bij kinderen, bijvoorbeeld bij het ontwikkelen van hun identiteit. Rechters onderkennen enerzijds het feit dat voor kinderen te grote verschillen kunnen bestaan tussen de religie of de cultuur van de ouders en de Nederlandse cultuur waarin het kind opgroeit, hetgeen niet in het belang van het kind wordt geacht.⁴⁷ Anderzijds wordt het belangrijk gevonden voor de identiteitsontwikkeling dat kinderen in aanraking komen met de cultuur waaruit zij komen.⁴⁸

Een vraag die ook voorkomt in de rechtspraak, is in hoeverre rekening moet worden gehouden met de religie en de cultuur van de ouders bij het plaatsen van het kind in een pleeggezin. In een zaak uit 2012 voerden de ouders aan dat de uithuisplaatsing van hun vier minderjarige kinderen in strijd is met artikel 8 EVRM en de artikelen 7, 9 lid 3 en 30 IVRK, omdat de kinderen door de handelwijze van Jeugdzorg vervreemden van hun ouders en hun cultuur.⁴⁹ Het hof vindt echter dat deze inbreuk gerechtvaardigd wordt door de bescherming van de minderjarigen en overweegt dat het erop vertrouwt dat 'alle overige bij het gezin betrokken hulpverleners zich

tot het uiterste zullen inspannen om de minderjarigen kennis over hun culturele achtergrond bij te brengen en dat daarmee op korte termijn zal worden begonnen. Het hof acht dit van groot belang voor de vorming van de identiteit van de minderjarigen.' In enkele andere zaken oordeelde het hof dat het niet in strijd is met artikel 9 EVRM indien een kind in een pleeggezin wordt geplaatst dat niet hetzelfde geloof aanhangt als (één van de) ouders.⁵⁰

Een cultuurkloof tussen de ouders en het pleeggezin kan evenwel tot gevolg hebben dat terugplaatsing bij de ouders niet meer mogelijk is. In een zaak uit 1981 verzochten de pleegouders van een Koreaans meisje tot ontzetting uit het gezag van de ouders op grond van gegronde vrees voor verwaarlozing van het kind doordat de ouders het kind teruggeisten.⁵¹ Volgens experts was sprake van een te groot cultuurverschil bij de terugplaatsing van het meisje bij haar ouders en zou zij ook zonder terugplaatsing op latere leeftijd de mogelijkheid hebben om bij de ontwikkeling van de identiteit haar afkomst te achterhalen. Het hof oordeelde daarentegen dat er geen sprake zou zijn van een (cultuur)schokeffect en dat het voor de identiteitsontwikkeling van het kind van belang werd geacht om het kind terug te plaatsen en de ouders niet te ontzetten uit het gezag. Volgens de Hoge Raad was deze uitspraak echter onvoldoende onderbouwd, mede gezien de onderzoeken van de experts.

In een zaak uit 2013 ging het om een meisje dat in een pleeggezin verbleef nadat haar moeder, die eenhoofdig gezag had, was overleden.⁵² De rechtbank had Bureau Jeugdzorg met de voogdij belast, waarna de vader in hoger beroep ging en verzocht om eenhoofdig gezag op grond van artikel 1:253g BW.⁵³ Het hof wijst het verzoek van de vader om met het gezag te worden belast af, omdat 'gegronde vrees bestaat dat de belangen van de minderjarige bij inwilliging zouden worden verwaarloosd' (art. 1:253g lid 3 BW). Daarbij overweegt het hof dat de vader een aantal jaren gedetineerd is geweest tijdens het huwelijk met de moeder en dat er na de scheiding geen enkel contact is geweest met de moeder en met de dochter. Hierdoor is de dochter van haar vader vervreemd. De dochter heeft ook aangegeven dat het onder meer door de cultuurverschillen en de communicatieproblemen lastig is om een band met hem op te bouwen. Het hof acht het in het belang van het meisje dat de gezagsuitoefening plaatsvindt door een neutrale instelling als Jeugdzorg.

In een andere zaak werd besloten dat niet gewacht kon worden tot de uitspraak in de bodemprocedure over de terugplaatsing van een meisje bij haar biologische moeder. De cultuurkloof tussen het kind en de moeder zou door het verstrijken van de tijd te groot worden, waardoor de kans zou bestaan dat terugplaatsing niet meer mogelijk was.⁵⁴

Daarnaast kan de (culturele) achtergrond van een aspirant-adoptiefouder van belang zijn bij de beoordeling of adoptie plaats kan vinden, ondanks het feit dat niet aan alle wettelijke vereisten is voldaan.⁵⁵ De rechtbank oordeelde in 2006 dat een adoptie die in China had plaatsgevonden, erkend diende te worden, ondanks het feit dat de adoptiemoeder geen beginseltoestemming had gekregen op grond van haar leeftijd. De rechtbank achtte de erkenning in het belang van het kind, omdat het reeds twee jaar een band had opgebouwd met de adoptiemoeder. Bovendien beschouwt de rechtbank het feit dat de moeder een Chinese achtergrond heeft als een voordeel, omdat het kind niet zal vervreemden van de eigen cultuur.

5.1.6 Radicalisering

Een recente ontwikkeling is het plaatsen van 16/17-jarigen in een gesloten jeugdinstelling omdat zij aan het radicaliseren zijn en de ouders niet goed met de problematiek omgaan.⁵⁶ In de onderzochte uitspraken waarin deze problematiek aan de orde komt, staat de (identiteits)ontwikkeling van het kind centraal. In een zaak onderkent de rechter de identiteitsontwikkeling van de minderjarige vrouw, maar beperkt haar vrijheid, aangezien haar gedachten dermate extreme vormen aannemen met betrekking tot de inrichting van haar leven dat zij tegen zichzelf beschermd dient te worden.⁵⁷ Ook in een andere zaak neemt de staat het kind tegen zichzelf in bescherming, en acht hij gedwongen opname noodzakelijk omdat sprake is van 'een ernstig vermoeden van ernstige opgroei- of opvoedingsproblemen bij de minderjarige die zijn ontwikkeling naar volwassenheid ernstig belemmeren'.⁵⁸

5.2 Ouders onderling

5.2.1 Opvoeding en communicatieproblemen

Cultuurverschillen tussen ouders onderling kunnen eveneens tot problemen leiden. In een oudere zaak (1979) werd sterk de nadruk gelegd op de bedreiging voor de ontwikkeling van een kind dat opgevoed werd door ouders met verschillende 'culturele' normenpatronen.⁵⁹ Het ging om een conflict tussen ouders na echtscheiding over de omgangsregeling van de vader met zijn dochter. De moeder had eenhoofdig gezag over de dochter.⁶⁰ Beide ouders in deze zaak lijken Portugees te zijn, maar de moeder wordt een meer Nederlandse belevingswereld toegedicht en de vader een meer Portugees. De rechtbank overweegt dat 'deskundigen op het gebied van de opvoeding van kinderen het er over eens zijn, dat een kind niet kan leven zonder grote schade voor zijn ontwikkeling in twee verschillende werelden en opgevoed worden door ouders die een verschillend normenpatroon volgen'. Daarom mocht de

omgangsregeling met de vader slechts de beperkte betekenis hebben van een kennisneming van de levenssfeer van de vader.⁶¹

In een recentere zaak wordt juist het belang benadrukt dat het kind kennismaakt met de cultuur van beide ouders. In casu hadden de ouders gezamenlijk gezag over het kind. Op grond van 1:253a BW kunnen ouders geschillen over de uitvoering van het gezag voorleggen aan de rechtbank. De rechtbank neemt vervolgens een beslissing die zij in het belang van het kind wenselijk acht.⁶² In deze zaak gaat het om een vader van Turkse afkomst, die graag met zijn kind op vakantie naar Turkije wil om met hem bij zijn familie te kunnen zijn. De moeder weigert om de ID-kaart van het kind af te geven omdat zij vreest voor de veiligheid van het kind in Oost-Turkije; zij vermoedt dat de vader met het kind in Turkije zal blijven en zij heeft er geen vertrouwen in dat de man zich aan zijn afspraken zal houden, mede doordat er in het verleden communicatieproblemen zijn geweest. De rechter overweegt dat het kind twee culturele achtergronden heeft en dat het van belang is dat hij ook kennis kan nemen van de cultuur en kennis kan maken met de familie van zijn vader en hem daarom de gelegenheid moet worden geboden om de geboorteplaats en familie van zijn vader te bezoeken. Hier wordt het dus juist in het belang van het kind geacht dat het in aanraking komt met de culturen van beide ouders. Daarnaast overweegt de rechter dat er geen reden is om aan de veiligheid van het kind te twijfelen, en dat er voldoende waarborgen zijn om aan te nemen dat de man met het kind zal terugkeren van vakantie. Op het gebrek aan vertrouwen aan moederszijde gaat de rechter niet in.⁶³

Communicatieproblemen die mede veroorzaakt worden door culturele verschillen, kunnen ook tot maatregelen in het belang van het kind leiden. In een conflict tussen een Nigeriaanse man en een Nederlandse vrouw verzocht de man om vervangende toestemming voor erkenning, om gezamenlijk gezag en om een wijziging van de omgangsregeling.⁶⁴ Geeft de moeder geen toestemming tot erkenning van het kind aan de vader met wie zij niet gehuwd is, dan heeft de vader sinds 1998 de mogelijkheid om de rechter om vervangende toestemming te verzoeken (art. 1:204 lid 3 BW). Een dergelijke toestemming kan worden geweigerd indien het juridische ouderschap de belangen van de moeder bij een ongestoorde verhouding met het kind schaadt of een evenwichtige sociaalpsychologische en emotionele ontwikkeling van het kind in het gedrang komt.⁶⁵ In casu maakt de vrouw bezwaar tegen de erkenning omdat zij vreest dat de man het kind zal meenemen naar Nigeria. De rechter vindt dat daar onvoldoende aanwijzingen voor zijn en verleent de vervangende toestemming. Ten aanzien van een eenzijdig verzoek om gezag geldt dat die slechts wordt afgewezen indien 'er een onaanvaardbaar risico is dat het kind klem of verloren zou raken tussen de ouders en niet te verwachten is dat hierin binnen afzienbare tijd voldoende verbetering zou komen, of de

afwijzing anderszins in het belang van het kind noodzakelijk is'.⁶⁶ Een dergelijke situatie kan zich voordoen indien ouders met een verschillende cultuur ernstige communicatieproblemen hebben. Zo stelt de vrouw in het conflict met de Nigeriaanse man dat hun culturele achtergronden tot fundamentele verschillen van inzicht leiden ten aanzien van aangelegenheden die hun kind betreffen. De rechter besluit dat de verkrijging van het gezamenlijk gezag niet in het belang van het kind is omdat de ouders serieuze meningsverschillen hebben over de verzorging en opvoeding van het kind. Verder overweegt de rechtbank dat de ouders niet op een constructieve wijze met elkaar kunnen overleggen. Bovendien heeft de vrouw er geen vertrouwen in dat de man zijn afspraken nakomt en toont de man weinig inzicht in de ernst van de problematiek.⁶⁷ Op het argument van de man dat de partijen 'in de wetenschap dat hun culturele achtergrond verschilt' voor een gezin hebben gekozen, gaat de rechtbank in door te stellen: 'De omstandigheid dat partijen binnen hun toen nog bestaande affectieve relatie een kindervens in vervulling wilden laten gaan, maakt het ontbreken van een minimaal vermogen tot positieve communicatie tussen de ouders niet minder risicovol voor [minderjarige], ook niet wanneer zij zich tevoren bewust zijn geweest van hun verschillende opvattingen over de opvoeding en verzorging van een kind.' De verschillen die volgens de vader cultureel bepaald zijn, verwoordt de rechtbank dus in de meer neutrale termen 'verschillende opvattingen over de opvoeding en verzorging van een kind'. De culturele verschillen verdwijnen als het ware achter communicatieproblemen en meningsverschillen.

Ook een verschil in religieuze overtuiging kan tot conflicten leiden. In een kort geding ging het om een vader die om een eenmalige uitbreiding van de omgangsregeling vroeg (art. 1:377a BW), zodat zijn zoon aanwezig kon zijn bij het sluiten van het burgerlijk huwelijk met zijn nieuwe partner, de kerkelijke inzegening van het huwelijk, het diner en het huwelijksfeest. De voorzieningenrechter beoordeelt of het belang van het kind de gevraagde voorziening rechtvaardigt. De moeder, die eenhoofdig gezag heeft, en de zoon maken bezwaar tegen het bijwonen van de kerkelijke inzegening, omdat zij een andere kerk bezoeken. De rechter stelt eerst dat iedereen in de maatschappij geconfronteerd wordt met andere opvattingen en dat dit onderdeel moet uitmaken van de opvoeding. Vervolgens vindt de rechter dat, omdat de moeder alleen het gezag heeft, de zoon zijn gewone verblijf ook bij haar heeft en de moeder degene is die is belast met de dagelijkse verzorging en opvoeding, zij in beginsel uitmaakt op welke wijze de zoon op religieus gebied wordt opgevoed. De rechtbank overweegt: '[N]u zij [de moeder] niet wil dat de zoon naar de kerkelijke inzegening gaat en een beslissing hieromtrent het recht op vrijheid van godsdienst raakt, moet de gevraagde voorziening in zoverre dan ook worden afgewezen.' De rechtbank vindt dat de mening van de zoon doorslaggevend is wat betreft zijn wens om niet

bij het diner en het feest aanwezig te zijn, omdat daar muziek gedraaid zal worden, hetgeen hij niet gewend is. De rechter overweegt dat zelfs als de mening van de zoon in belangrijke mate gevormd is door de opvoeding van zijn moeder, dit nog geen reden is om hem te dwingen bij het diner en het feest aanwezig te zijn. De zoon moet immers nog geaccepteerd blijven in de kerkgenootschap waarvan hij lid is.⁶⁸

Uit bovenstaande bespreking kan worden afgeleid dat waar het gaat om opvoeding en communicatieverschillen, het opgroeien in twee culturen in het verleden als een bedreiging voor de ontwikkeling van het kind werd gezien. Tegenwoordig wordt het juist belangrijk gevonden dat het kind kennismaakt met de cultuur van beide ouders of met andere opvattingen. Toch is er ook een zekere terughoudendheid zichtbaar om culturele verschillen ook als zodanig te benoemen. Communicatieproblemen en verschillen in opvatting zijn een veiligere optie.

In de zaak waarin het religieuze aspect speelt, wordt expliciet verwezen naar de vrijheid van godsdienst van de moeder in verband met de religieuze opvoeding die zij het kind geeft. Verder hecht de rechter meer gewicht aan haar opvatting als verzorgende ouder met eenhoofd gezag, en aan de mening van het kind zelf. Daarnaast benadrukt de rechter het belang dat het kind in zijn sociale omgeving blijft passen bij het weigeren van de uitbreiding van de omgangsregeling, ook al betreft het een eenmalige uitbreiding. Deze ene zaak geeft overigens te weinig houvast om te concluderen dat de rechter anders omgaat met het kennismaken door het kind van de religie van de andere ouder dan het kennismaken van de cultuur van de andere ouder.

5.2.2 Rituelen: besnijdenis en doop

Verschillen in opvattingen komen ook naar voren wanneer de vraag aan de orde is of het kind zal worden onderworpen aan een ritueel dat hoort bij de religie of cultuur van één van de ouders. Deze vragen kunnen aan de rechter worden voorgelegd op grond van artikel 1:253a BW. Bij het beoordelen van deze geschillen neemt de rechter de belangen van het kind als uitgangspunt. In twee van de onderzochte zaken bestaat een conflict tussen ouders over het al dan niet besnijden van een minderjarige jongen⁶⁹ en in één zaak betrof het een conflict over besnijdenis tussen de ouders en Bureau Jeugdzorg.⁷⁰

In een gezagsconflict tussen de ouders waarin de Marokkaanse moeder wil dat de zoon om religieuze en culturele redenen besneden wordt, maar de Nederlandse vader dat niet wil, overweegt de rechter expliciet dat er sprake is van een geschil tussen ouders met verschillende culturen. De rechter overweegt dat de besnijdenis altijd nog kan plaatsvinden als het kind in staat is zelf te beslissen en dat het

kind niet in een sociaal isolement zal raken als het niet besneden wordt: '[Het kind] is in Nederland geboren en heeft in ieder geval de Nederlandse nationaliteit. Hij is ingebed in de Nederlandse cultuur en gaat naar een openbare school. Gesteld noch gebleken is dat hij op school door de overwegend Turkse jongens die ook moslim zijn, er op aangekeken zal worden als hij niet besneden wordt.' De rechter overweegt ook dat de mening van de familie van de vrouw in Marokko 'zeker niet doorslaggevend' mag zijn. Tot slot overweegt de rechter over zijn eigen positie dat hij zich meer terughoudend moet opstellen als er in het kader van een geschil bij de uitoefening van het ouderlijk gezag een beslissing wordt gevraagd over een onherstelbare fysieke ingreep zonder medische noodzaak.⁷¹

In een ander geschil vraagt een hindoestaanse man een voorlopige voorziening tegen zijn ex-partner, die moslim is, om te voorkomen dat zij hun zoon laat besnijden. De voorzieningenrechter vindt dat deze problematiek zich niet leent voor een kort geding, waarbij hij meldt dat hij er te weinig vanaf weet. Desalniettemin wijst hij het verbod toe gedurende twee jaar omdat de man een bodemprocedure wil voeren en een uitspraak binnen twee jaar mogelijk is. De rechter vindt enerzijds de consequenties van het feit dat de besnijdenis niet ongedaan kan worden gemaakt van 'cruciaal belang' voor het geval de jongen later zal kiezen voor het hindoegehoof en vindt anderzijds de consequentie van het niet-besneden zijn in een moslingemeenschap ook 'zeker van belang' voor de jongen.⁷²

In een zaak tussen een moeder en Bureau Jeugdzorg gaat het om het al dan niet besnijden van een kind dat in een pleeggezin is ondergebracht.⁷³ De rechtbank maakt een verwijzing naar artikel 15 van de Wet op de jeugdzorg (Wjz). Op grond van dit artikel dient Bureau Jeugdzorg bij de hem opgedragen taak uit te gaan van de godsdienstige gezindheid, de levensovertuiging en de culturele achtergrond van de cliënt. De rechtbank weegt zowel het door de moeder naar voren gebrachte argument van hygiëne als het culturele aspect mee in de beslissing. Het culturele aspect lijkt zwaar te wegen, maar anders dan de moeder zou willen. De rechtbank overweegt dat het kind opgroeit in Nederland en besnijdenis vanwege hygiënische redenen niet gebruikelijk is in het pleeggezin waar de jongen opgroeit. Het feit dat de jongen door de besnijdenis zou afwijken van zijn huidige en toekomstige leefomgeving, weegt zwaarder dan het feit dat hij zou afwijken van zijn culturele achtergrond. Een bijkomend argument is dat besnijdenis van deze jongen medisch niet noodzakelijk en onomkeerbaar is. De jongen kan op latere leeftijd zelf de beslissing nemen.⁷⁴

Een ander ritueel dat tot een rechtszaak heeft geleid is de doop van een kind. Een biologische, niet met gezag belaste vader wil door middel van een kort geding voorkomen dat zijn kind gedoopt wordt.

Hij acht het in het belang van het kind dat het te zijner tijd zelf een keuze kan maken betreffende een geloof, ook al heeft hij zelf geen levensovertuiging waarvan hij wil dat zijn kind er ooit deelgenoot van wordt. De pleegouders van het kind en het kind zelf willen wel dat het kind gedoopt wordt. De voorzieningenrechter vindt het in het belang van het kind dat het kind het gevoel heeft deel uit te maken van de rooms-katholieke omgeving waarin het opgroeit. De doop is daar volgens de rechter een onderdeel van. Ook de biologische moeder wil graag dat het kind gedoopt wordt aangezien zij ook een katholieke achtergrond heeft. Aangezien het de wens is van de minderjarige om gedoopt te worden en het de keuzevrijheid op latere leeftijd niet beperkt, geeft de voorzieningenrechter toestemming voor de doop.⁷⁵

5.2.3 Schoolkeuze

Het bepalen van de school is een typische aangelegenheid waarbij verschillen van inzicht tussen ouders over de opvoeding van het kind aan het licht komen. Wanneer ouders met gezamenlijk gezag er onderling niet uitkomen, kan de rechter gevraagd worden zich hierover uit te spreken op grond van artikel 1:253a BW.⁷⁶

In een geschil waarin een vader wil dat zijn kind naar een openbare basisschool gaat in plaats van de katholieke basisschool waar de moeder het kind heeft ingeschreven, hecht het hof de meeste waarde aan het belang van het kind om een school te bezoeken in de buurt van het huis van de moeder waar het kind meestal verblijft, gelet op de sociaal-emotionele ontwikkeling, praktische en verkeersveilige overwegingen. Dat de school ook bereid is om rekening te houden met de islamitische achtergrond van het kind en dat er meer islamitische leerlingen op de school zitten, zijn aanvullende overwegingen om het kind naar de katholieke basisschool te laten gaan.⁷⁷

In een andere zaak wil de vader niet dat de twee kinderen worden ingeschreven op een christelijke basisschool. Aangezien één van de kinderen al een jaar op die school zit en het daar naar haar zin heeft, en het andere kind al een gewenperiode heeft gehad en ervan uitgaat dat zij na de vakantie dezelfde school zal bezoeken, vindt de rechtbank het niet in het belang van beide kinderen (bij rust en stabiliteit na de scheiding en de verhuizing) dat de kinderen van (toekomstige) school moeten wisselen. De bedenkingen van de man zijn volgens de rechter ook niet zo zwaarwegend dat desondanks in het belang van de kinderen anders moet worden besloten. De man voert onder meer aan dat hij het zelf als kind vervelend vond om als buitenkerkelijke op te groeien in een christelijke omgeving. Daarnaast zou de uitvoering die de school geeft aan de christelijke identiteit tegen de niet-christelijke levenswijze van de ouders zijn. De rechtbank overweegt dat er meer niet-christelijke kinderen op de school zitten. Verder kan de rechtbank niet inzien waarom het niet tegen de niet-kerkelijke levenswijze

indruiste dat de kinderen wel naar de nabijgelegen rooms-katholieke school mochten toen de ouders nog met de kinderen één gezin vormden.⁷⁸

Ook in een zaak waarin de vader wil dat het kind op een christelijke basisschool wordt ingeschreven, overweegt de rechter dat het niet in het belang van het kind is dat het van school moet wisselen. Het kind heeft inmiddels vriendjes en vriendinnetjes gemaakt en de woning van de moeder is vlakbij. Verder weegt het hof mee dat de moeder heeft betwist dat er toen de ouders nog bij elkaar waren was afgesproken om het kind een christelijke opvoeding te geven en naar een christelijke school te sturen.⁷⁹

In een zaak wil een homoseksuele vader niet dat zijn kind op een evangelische middelbare school wordt ingeschreven nu deze school negatief tegen homoseksualiteit staat. Hij vreest dat er een verwijdering tussen het kind en hem zal plaatsvinden of dat het kind gepest zou kunnen worden om de geaardheid van de vader. De rechter overweegt dat een beslissing die ingaat tegen de schoolkeuze van degenen die het meest met de consequenties van die keuze zullen worden geconfronteerd – in dit geval de minderjarige zoon en de moeder – doorgaans niet in het belang van de desbetreffende minderjarige zal zijn. Voor afwijking van de schoolkeuze van de verzorgende ouder (en het kind) dienen evident goede gronden te bestaan. De vrees van de vader dat zijn kind zijn homoseksualiteit onder invloed van de school negatief zal waarderen, wordt niet als zodanig aangemerkt, aangezien dat een 'toekomstige onzekere gebeurtenis betreft'.⁸⁰

5.3 Ouders versus kinderen

De laatste categorie zaken gaat over conflicten tussen ouders en het kind over de toestemming van ouders voor het huwelijk van het minderjarige kind. Op grond van artikel 1:35 lid 1 BW mag een minderjarige geen huwelijk aangaan zonder de toestemming van de ouders. De rechter kan vervangende toestemming verlenen mits dit in het belang is van het kind (art. 1:36 BW).⁸¹

In een zaak uit 1982 weigeren ouders toestemming te geven omdat hun dochter en haar verloofde zich weigeren in te schrijven in een geloofsgemeenschap. De Hoge Raad overweegt dat de weigering niet redelijk is vanwege de vrijheid van godsdienst en de overtuiging van de dochter en de partner op grond van artikel 9 EVRM. De eigen godsdienstvrijheid van het kind wordt dus benadrukt.⁸²

In een andere zaak wil een kind dat onder toezicht staat van Bureau Jeugdzorg trouwen met de vader van haar kind. Haar ouders zijn op zich niet tegen het huwelijk, maar geven geen toestemming omdat hun

geloof en cultuur dit niet toestaat. Ook Bureau Jeugdzorg is tegen het huwelijk omdat zij vindt dat de minderjarige erg afhankelijk is van haar partner en daardoor bedreigd wordt in haar sociale ontwikkeling. De rechtbank overweegt dat de ouders gerechtvaardigd betekenis toekennen aan hun geloof en cultuur, maar dat toestemming ook niet in het belang van het kind is. De ondertoezichtstelling komt in dat geval te vervallen door de voltrekking van het huwelijk omdat de minderjarige daardoor meerderjarig wordt voor de wet. De rechtbank stelt dat het juist in het belang is van het kind als zij begeleid wordt bij de ontwikkeling naar volwassenheid, temeer gelet op de zwangerschap.⁸³ Ook het gerechtshof overweegt dat de ouders vanwege hun geloof en cultuur niet achter het huwelijk staan, en dat de continuering van de ondertoezichtstelling noodzakelijk is vanwege de sociaal-emotionele ontwikkeling en gewetensontwikkeling van de minderjarige.⁸⁴ De rechtbank en het hof geven een combinatie van principiële en juridisch-praktische bezwaren om uiteindelijk toestemming te weigeren.

Deze twee zaken verschillen van elkaar in twee opzichten. In de eerste zaak was de godsdienstvrijheid van dochter en partner in het geding, terwijl in de tweede zaak daar geen beroep op werd gedaan. Bij de tweede zaak werd er juist een aanvullend argument gevonden in de godsdienstovertuiging van de ouders om geen toestemming te verlenen, maar lijkt het belangrijkste argument te liggen bij de continuering van de ondertoezichtstelling met het oog op de begeleiding van de ontwikkeling van het kind.

Overigens horen conflicten tussen ouders en kinderen over toestemming voor het huwelijk wellicht binnenkort tot het verleden. De Wet tegengaan huwelijksdwang is aangenomen door de Tweede Kamer en wordt thans behandeld door de Eerste Kamer. In dit voorstel worden de uitzonderingen voor de minimum huwelijksleeftijd van 18 jaar geschrapt.⁸⁵

6. Conclusie

Centraal in dit onderzoek staat de vraag op welke wijze religie en cultuur worden betrokken in de overwegingen van de rechter in familierechtelijke beslissingen over kinderen. Deze onderzoeksvraag is geconcretiseerd aan de hand van vijf deelvragen zoals reeds in paragraaf 1.3 is aangegeven.

6.1 Kwantitatieve uitkomsten

De eerste deelvraag is: Hoe vaak komt het voor dat de rechter zich uitlaat over religieuze of culturele thema's? Over welke religieuze of culturele thema's gaat het en in welk type familierechtelijke beslissingen over kinderen komen die aan de orde?

In totaal zijn er in dit onderzoek 79 zaken gevonden waarbij de rechter overwegingen wijdt aan religie en cultuur in familierechtelijke beslissingen over kinderen. Het aantal zaken waarin religie en cultuur een rol spelen, is veel groter. Dit blijkt bijvoorbeeld uit het feit dat in een aantal zaken religieuze en culturele elementen worden genoemd door ouders, maar hier niet verder door de rechter op wordt ingegaan of dit in neutrale (niet-religieuze of culturele) termen door de rechter wordt geherformuleerd. Daarnaast lijkt het aantal zaken waarin aan religie of cultuur wordt gerefereerd, tussen de rechterlijke instanties onderling te verschillen. Een mogelijke verklaring hiervoor is een verschil in publicatiebeleid. Om nog meer inzicht te verschaffen in de omvang van dit soort zaken en de wijze waarop rechters met religieuze of culturele elementen omgaan, is een uitgebreider jurisprudentieonderzoek (dat ook niet-gepubliceerde uitspraken omvat) nodig.

De zaken die wel zijn gevonden, zijn verdeeld op basis van de verhouding tussen staat en ouders, ouders onderling en ouders en kind. De meeste zaken hadden betrekking op de verhouding tussen staat en ouders (52 zaken). Hierin komen verschillende thema's naar voren, zoals een strenge opvoeding ingegeven door een streng geloof van ouders, het weigeren van bloedtransfusies en andere medische handelingen waaronder vaccinatie, en het geven van thuisonderwijs. De wijze waarop het pleeggezin het kind opvoedt en in hoeverre dit bij de religie/cultuur van de biologische ouders past, komt relatief vaak aan de orde. Recent is daar de radicalisering van kinderen als thema bij gekomen. De meest voorkomende rechtsgrond in deze zaken betreft de ondertoezichtstelling en uithuisplaatsing van kinderen (25 zaken). Andere rechtsgronden in deze relatie zijn vervangende toestemming of schorsing van het gezag in het kader van medische handelingen.

In de relatie tussen ouders onderling (24 zaken in het totaal) gaat het meestal om verschillen van inzicht over de opvoeding en verzorging van kinderen in zijn algemeenheid (12 zaken). Deze conflicten worden naar voren gebracht in het kader van gezag en omgangsregelingen. Andere conflicten gaan over het onderwerpen van kinderen aan rituelen, zoals besnijdenis en doop, en over de schoolkeuze. Ingeval ouders in dergelijke zaken gezamenlijk gezag hebben, kan de rechter op verzoek van (één van) de ouders een beslissing nemen, bijvoorbeeld in de vorm van een vervangende toestemming. Een ouder zonder gezag kan, zoals is gebeurd bij enkele zaken over besnijdenis en doop, een voorlopige voorziening aanvragen (of verzoeken om een aanwijzing van Bureau Jeugdzorg).

In de zaken waarin een kind een rechtszaak aanspant tegen zijn ouders, gaat het om ouders die geen toestemming willen geven voor het huwelijk van de minderjarige, die dan vervolgens om vervangende

toestemming van de rechter verzoekt (3 zaken).

6.2 De rechten van het kind

De tweede deelvraag was: welke rol spelen cultuur en religie waar het gaat om de rechten van het kind?

Religie en cultuur kunnen op twee manieren een rol spelen als het gaat om de rechten van het kind. Allereerst kunnen religie en cultuur factoren zijn bij de invulling van het belang van het kind (art. 3 lid 1 IVRK). In de tweede plaats kunnen deze een rol spelen als zelfstandige rechten, zoals het recht van kinderen op vrijheid van gedachte, geweten en godsdienst of het recht van kinderen uit een etnische of godsdienstige minderheidsgroep om collectief hun cultuur te beleven of hun godsdienst te belijden en daarnaar te leven (art. 14 en 30 IVRK).

Uit de onderzochte jurisprudentie blijkt dat religie en cultuur voornamelijk een rol lijken te spelen op de eerste manier, dus bij de invulling van het belang van het kind en meer specifiek als het gaat om de identiteitsontwikkeling van het kind. Daarbij wordt overigens niet zozeer verwezen naar de betreffende verdragsbepaling, maar wordt aansluiting gezocht bij wettelijke criteria uit het Burgerlijk Wetboek.⁸⁶ Bij de meerderheid van de zaken in dit onderzoek ging het om de identiteitsontwikkeling en cultuur. Enerzijds kan cultuur hier een bedreiging vormen voor het welzijn van het kind omdat het kind klem kan komen te zitten tussen twee culturen, een cultuurshock ervaart wanneer er geen continuïteit zit in de culturele opvoeding van het kind, of sociaal geïsoleerd raakt. Anderzijds is cultuur een positief en vormend element voor de identiteitsontwikkeling. Rechters overwegen dat het van belang is dat het kind kennismaakt met de cultuur of culturen waaruit het afkomstig is. Bij een conflict tussen ouders uit twee verschillende culturen wordt bijvoorbeeld benadrukt dat het kind van beide culturen kennis moet nemen. Wanneer het kind dus in een pleeggezin of bij één ouder opgroeit, moet er een mogelijkheid zijn tot kennisneming van de cultuur van de ouders of ouder waarmee het kind niet dagelijks te maken heeft. Bij een adoptie die niet volledig volgens de wettelijke criteria was verlopen, woog de rechter mee dat de adoptiemoeder uit dezelfde cultuur kwam als het adoptiekind.

De religieuze identiteitsontwikkeling van het kind werd minder vaak als zodanig aan de orde gesteld. Toch zijn in rechterlijke overwegingen aspecten van identiteitsontwikkeling in verband met religie herkenbaar. Zo is er aandacht voor de eigen meningsvorming in de zaken waarin kinderen strenggelovig werden opgevoed en wordt bij besnijdenis en doop overwogen of het uitvoeren hiervan een beperking vormt voor de keuzevrijheid van het kind. Soms wordt juist

de keuzevrijheid van het kind in verband met religie en cultuur door de staat beperkt: in de radicaliseringszaken wordt het noodzakelijk gevonden om de minderjarigen tegen zichzelf te beschermen en hun (identiteits)ontwikkeling te waarborgen.

Er is ook oog voor de collectieve dimensie van religie voor de identiteitsontwikkeling van het kind, die zowel negatief als positief kan uitpakken. Rechters overwegen of het kind kan deelnemen aan de religieuze omgeving waarin het opgroeit. Daarbij is het van belang dat het kind niet in een sociaal isolement raakt, ofwel onvoldoende in aanraking komt met geloofsgenoten, ofwel uitsluitend in een religieuze omgeving verkeert. Bij de conflicten tussen ouders over de schoolkeuze kwam naar voren dat het van belang is of de school ruimte geeft aan de afwijkende overtuiging van het kind, alsook dat het kind aansluiting kan vinden bij andere kinderen met dezelfde religieuze achtergrond. Ook bij rituelen zoals doop en besnijdenis werd meegewogen of bij het al dan niet uitvoeren ervan het kind geïsoleerd zou raken van de dagelijkse omgeving (bijvoorbeeld kinderen op school, kerk of pleeggezin). Ten slotte worden niet alleen de geloofsopvattingen van het kind relevant gevonden voor de vraag of het in het belang van het kind is om het huwelijksfeest van zijn vader bij te wonen, maar ook of hij geaccepteerd zal blijven in de kerkgenootschap waarvan hij lid is.

Buiten de invulling van het belang van het kind spelen religie en cultuur een zeer beperkte rol bij de overwegingen van de rechter waar het gaat om de zelfstandige rechten van het kind. Een zeldzaam voorbeeld hiervan vormde een zaak waarin het kind vervangende toestemming voor het huwelijk vroeg. De rechter hechtte hierbij waarde aan de vrijheid van godsdienst van het (oudere) kind (art. 9 EVRM) bij het verlenen van de toestemming.

6.3 De rechten van ouders

De derde deelvraag was: welke rol spelen religie en cultuur waar het gaat om de rechten van ouders?

Waar het gaat om de rechten van ouders in relatie tot de overheid, speelt met name het beroep op het recht op *family life* en de godsdienstvrijheid een belangrijke rol ter ondersteuning van hun gezagsrechten. In een enkel geval beroepen ouders uit minderheidsgroepen zich ook op hun recht (en het recht van hun kinderen) om samen hun cultuur te beleven en hun godsdienst te belijden. Ouders beroepen zich hierop in een conflict met de overheid om overheidsingrijpen af te weren.

Als het gaat om conflicten tussen ouders met gezamenlijk gezag, lijkt de godsdienstvrijheid een beperkte rol te spelen. Dit kan mogelijk

worden verklaard door het feit dat wanneer ouders zich in een gelijkwaardige positie ten opzichte van het kind bevinden, de godsdienstvrijheid van de ene ouder niet belangrijker kan worden gevonden dan de godsdienstvrijheid van de andere ouder. Wanneer er sprake is van een verzorgende ouder of eenhoofdig gezag, wordt er daarentegen meer betekenis toegekend aan de mening en de vrijheid van deze ouder om het kind een godsdienstige opvoeding te geven. Godsdienst speelt hier dus een rol om aanspraken van de andere ouder af te weren. Godsdienst en cultuur spelen in conflicten tussen ouders onderling niet alleen een rol bij de uitoefening van gezagsrechten, maar bijvoorbeeld ook bij het recht op omgang. Zo kan het recht op toegang van het kind op kennisneming van de cultuur van de ouder van betekenis zijn voor de toekenning of uitbreiding van het recht op omgang.

Bij de ouder-kindzaken over de toestemming van het huwelijk beriepen beide ouders zich op hun godsdienstige overtuigingen om de toestemming te weigeren. Bij de ene zaak werd de godsdienstvrijheid van het kind belangrijker bevonden. In de andere zaak zag de rechter dit als een aanvullend argument om de toestemming te weigeren.

6.4 Afweging door de rechter

Vervolgens rijst de vraag hoe de rechter de rechten van ouders afweegt tegen de belangen van het kind (deelvraag 4).

Wanneer ouders het recht op *family life*, de vrijheid van godsdienst of het recht op het beleven van cultuur naar voren brengen, beoordeelt de rechter aan de hand van de concrete omstandigheden van het geval of het belang van het kind met zich meebrengt dat de rechten van één of beide ouders gerespecteerd of juist beperkt moet worden. Daarbij bepaalt het soort beslissing dat de rechter moet nemen hoe het belang van het kind wordt verwoord. Bij bijvoorbeeld een kinderbeschermingsmaatregel in de verhouding overheid versus ouders, zoals ondertoezichtstelling, is het belang van het kind terug te vinden in de negatief geformuleerde rechtsgrond die aangeeft dat ingegrepen mag worden als een minderjarige *zodanig opgroeit dat zijn zedelijke of geestelijke belangen of zijn gezondheid ernstig worden bedreigd*. Anders is de (positieve) formulering in geval van vervangende toestemming in geval van gezagsconflicten tussen ouders onderling: in die gevallen neemt de rechter een beslissing die hem *in het belang van het kind wenselijk voorkomt*.

Deze rechtsgronden in het nationale wettelijke kader vormen hiermee een afwegingskader. In de rechtspraak wordt bij dit afwegingskader aangehaakt door in de beoordeling van de concrete omstandigheden min of meer dezelfde woorden te gebruiken als die in de rechtsgrond voorkomen. Zo wordt ondertoezichtstelling nodig gevonden in de

rechtszaak waarin een strenggelovige opvoeding in een gesloten gezinssysteem ertoe leidde dat de kinderen onvoldoende gelegenheid kregen om zich sociaal, emotioneel en geestelijk te ontwikkelen.

Een enkele keer expliciteert de rechter een nader afwegingscriterium. Zo vindt een rechter in een besnijdeniszaak dat hij zich *terughoudend* moet opstellen in het geven van vervangende toestemming omdat het een onherstelbare fysieke ingreep is die niet medisch noodzakelijk is. In de zaken over schoolkeuze blijkt dat de ouder met religieuze bezwaren *zwaarwegende redenen* moet hebben om het kind dat het op zich naar zijn zin heeft, van school te laten veranderen.

Het nationale wettelijke kader geeft open normen die de rechter aan de hand van de omstandigheden van het concrete geval nader moet invullen teneinde aan te geven hoe het belang van het kind zich verhoudt tot de rechten van de ouders. Hieronder worden de meest in het oog springende nadere criteria of gezichtspunten genoemd die uit het jurisprudentieonderzoek kunnen worden afgeleid.

Het eerste rechterlijke criterium kan worden ontleend aan de rechtszaken over de weigering van een ouder voor een medische behandeling van een kind jonger dan 12 jaar. De rechter kan in die gevallen vervangende toestemming verlenen, indien dit noodzakelijk is om ernstig gevaar voor de gezondheid van het kind af te wenden. Uit de jurisprudentie blijkt dat als het kind 'ernstige' schade dreigt te lijden, dit een rechtvaardiging vormt voor een inbreuk op de godsdienstvrijheid van de ouders. Wanneer de risico's voor het kind beperkt zijn of onzeker zijn, wordt er meer waarde gehecht aan de normatieve opvatting van de ouders. Aangezien het belang van het kind een eerste overweging vormt in deze belangenafweging, moeten ouders wel voldoende funderen waarom hun godsdienstige opvatting reden was om een medische behandeling van hun kind te weigeren.

Het tweede rechterlijke criterium is 'sociaal isolement (of sociale aansluiting) van het kind'. Dit criterium wordt in uiteenlopende zaken gehanteerd, zoals in de beoordeling van de effecten van een religieus geïnspireerde gesloten gezinssysteem of bij de vraag of thuisonderwijs uit principiële redenen verantwoord is. Ook bij de beoordeling of besnijdenis of doop in het belang van het kind is, speelt sociaal isolement of sociale aansluiting een rol. In beide gevallen wordt overwogen in hoeverre het kind in een sociaal isolement zou raken als het ritueel niet wordt uitgevoerd, waarbij de huidige en toekomstige omgeving van het kind van groter gewicht lijkt dan de achtergrond van het kind. Deze wordt wel meegewogen als deze overeenkomt met de huidige en toekomstige sociale context van het kind. Dit criterium komt eveneens aan de orde in zaken waarin het kind naar een school gaat met een signatuur die afwijkt van de achtergrond van het kind of de ouder die daar bezwaar tegen heeft. Het is dan van belang of de

school ruimte biedt aan de afwijkende religieuze overtuiging van het kind en of het kind sociale aansluiting zou kunnen vinden bij andere kinderen met dezelfde religieuze achtergrond op de school. Ten aanzien van de religieuze of culturele bezwaren is het belangrijk dat het gedrag van de klagende ouder consistent is en niet in strijd met eerdere afspraken of eerder gedrag.

Een derde criterium is (dis)continuïteit. Culturele continuïteit wordt in een enkel geval een relevant criterium gevonden bij adoptie. Daarnaast kan continuïteit worden herkend in het criterium 'toegang tot de achtergrond van het kind' ingeval het kind gescheiden leeft van een ouder met een religieuze of culturele achtergrond die afwijkt van de huidige sociale omgeving van het kind. In dezelfde lijn kan vervreemding van een ouder (of gezin) met een andere culturele achtergrond worden opgevat als discontinuïteit die hernieuwd (vergaand) contact in de weg staat. Sociale continuïteit is een punt van overweging in geval er conflicten zijn over de schoolkeuze van het kind: er moeten zwaarwegende redenen zijn om continuïteit in het schoolleven te doorbreken.

Een vierde criterium is de keuzevrijheid van het kind. Dit aspect komt naar voren in besnijdeniszaken, waarbij de rechter het van belang acht dat een kind op latere leeftijd zelf kan beslissen om alsnog besneden te worden. Ook bij een doop staat de keuzevrijheid van het kind centraal. De rechter overweegt dat het kind zelf aangeeft gedoopt te willen worden en alsnog later een andere keuze kan maken ten aanzien van het geloof.

Ten slotte kunnen praktische overwegingen eveneens een belangrijk criterium vormen. In de zaken over schoolkeuze spelen praktische overwegingen zoals de afstand van de hoofdverblijfplaats van het kind en de verkeersveiligheid een belangrijke rol. Daarbij lijkt de mening van de verzorgende ouder en de mening van het kind zwaar te wegen omdat zij het meest met de consequenties van de schoolbeslissing worden geconfronteerd.

Al met al blijkt uit de besproken criteria dat bij de afweging tussen de rechten van het kind en die van de ouders primair door de rechter geoordeeld wordt aan de hand van de effecten van de normatieve overtuigingen of praktijken op de gezondheid van het kind en de sociale aansluiting en continuïteit van het kind op en met zijn huidige en toekomstige dagelijkse omgeving, en eventueel ook op diens keuzevrijheid. Als die effecten niet heel ernstig zijn, is er meer ruimte voor religieuze of culturele overtuigingen en praktijken van de ouders. Als de ouders er onderling niet uitkomen, wordt in dergelijke gevallen meer waarde gehecht aan praktische overwegingen en de mening van de verzorgende ouder en het kind zelf, dan aan de overtuiging van de niet-verzorgende ouder.

6.5 Internationaalrechtelijke normen

De laatste deelvraag was: in hoeverre spelen internationaalrechtelijke normen een herkenbare rol in rechterlijke overwegingen?

De Nederlandse rechter baseert zijn beslissing primair op de rechtsgronden binnen het nationaalrechtelijke kader. De vraag is of in familierechtelijke beslissingen met een culturele of religieuze of culturele dimensie de meest voor de hand liggende internationaalrechtelijke normen, zoals besproken in paragraaf 3.1, ook los van het nationaal wettelijke kader een herkenbare rol spelen in de overwegingen van de rechter. Houdt de rechter zich aan genoemde internationaalrechtelijke verplichtingen, hanteert hij criteria uit bijvoorbeeld het Kinderrechtenverdrag of een General Comment of hanteert hij andere normen?

De eerste constatering is dat de analyse van de jurisprudentie de algemene indruk geeft dat de rechter conform zijn verplichting inzake artikel 3 IVRK goed verantwoordt hoe het belang van het kind is onderzocht en beoordeeld en welk gewicht daaraan is gegeven in de beslissing. Er is geen sprake van expliciete verwijzingen naar de General Comment (nr. 14), maar dat is niet verrassend omdat het merendeel van de zaken stamt uit de tijd van voor de General Comment. Wel zijn enkele aanknopingspunten voor de invulling van het belang van het kind uit deze General Comment of het IVRK duidelijk aanwezig. Zo is de identiteitsontwikkeling een belangrijk aspect, alsook de mening van het (oudere) kind. Het criterium van continuïteit dat de Nederlandse rechter hanteert, lijkt echter ten minste ten dele op een andere manier te worden gebruikt dan in (het niet rechtstreeks werkende) artikel 20 lid 3 IVRK is bedoeld. Genoemde bepaling drukt de wenselijkheid uit van continuïteit met een etnische, godsdienstige en culturele achtergrond van het kind en met diens taalachtergrond bij uithuisplaatsing van het kind in diens nieuwe omgeving. In de jurisprudentie komt continuïteit aan de orde bij adoptie, maar voor het overige heeft de rechter meer oog voor de discontinuïteit als het gaat om terugplaatsing van een pleegkind en hecht de rechter meer waarde aan een ander aspect van het belang van het kind, namelijk de toegang van het kind tot diens achtergrond. Bovendien oordeelde de rechter in enkele zaken dat het niet in strijd is met artikel 9 EVRM indien een kind in een pleeggezin wordt geplaatst dat niet hetzelfde geloof aanhangt als (één van de) ouders.

De tweede observatie is dat in de conflicten tussen ouders onderling de open norm van 'het belang van het kind' het leidende criterium is voor de beslissing van de rechter. Daarmee vormt 'het belang van het kind' het enige internationaalrechtelijke referentiekader. In conflicten tussen de staat speelt het belang van het kind veelal een andere rol. Dit hangt ermee samen dat de ouders regelmatig een beroep doen op

artikel 8 EVRM (*family life*) om hun opvoeding te rechtvaardigen of uithuisplaatsing tegen te houden, eventueel aangevuld met een beroep op (gelijke behandeling op basis van) godsdienstvrijheid (art. 9 jo. art. 14 EVRM) en/of een cultureel recht (art. 27 IVBPR). Als de rechter het gedrag of de situatie van de ouders binnen de reikwijdte van één of meer van die internationaalrechtelijke bepalingen vindt vallen, stelt de rechter tegenover het recht van de ouders de verplichting van de staat om het belang van het kind te beschermen, waarbij soms specifieke rechten uit het IVRK worden genoemd. Zo benadrukte de rechtbank dat ouders een grote mate van vrijheid hebben om hun kinderen te verzorgen en op te voeden (art. 8 EVRM), maar dat staten de plicht hebben om kinderen te beschermen tegen aantasting van hun lichamelijke en geestelijke integriteit (art. 5, 6 en 19 IVRK). Het belang van het kind vormt in veel van die gevallen de rechtvaardiging voor een inbreuk op de rechten van ouders. Zo kan het ontstaan van een levensbedreigende situatie voor het kind door de weigering van een bloedtransfusie door ouders die Jehova's getuigen zijn, voldoende rechtvaardiging zijn om een inbreuk te maken op het recht op gezinsleven en godsdienstvrijheid (art. 8 en 9 EVRM). Overigens respecteert de rechter in een enkel geval in de verhouding tussen ouder en (bijna volwassen) kind het beroep op godsdienstvrijheid (art. 9 EVRM) van het kind.

De derde waarneming is dat de rechter zich houdt aan het criterium van het Europese Hof om niet alleen op basis van algemeenheden over een religie te oordelen, zonder direct, concreet bewijs van de invloed van die religie op de opvoeding en het dagelijks leven van kinderen.⁸⁷ Dit impliceert dat Jehova's getuigen niet bij voorbaat uitgesloten worden als adoptiefouders, maar geen beginseltoestemming krijgen als zij concreet aangeven niet te zullen instemmen met bloedtransfusies (hetgeen onder gangbare medische behandelingen van preventieve of curatieve aard wordt verstaan).

Tot slot kan worden opgemerkt dat ouders en rechters soms een beroep doen op de meest voor de hand liggende zelfstandige rechten uit het Kinderrechtenverdrag, maar dat rechters vooral criteria gebruiken ter invulling van het belang van het kind.

6.6 Tot slot

In dit artikel is geprobeerd inzicht te bieden in de religieuze en culturele thema's die in familierechtelijke conflicten over kinderen voor de rechter worden gebracht en hoe de rechter daarover oordeelt. Duidelijk is geworden dat religie en cultuur in rechterlijke overwegingen worden betrokken als aspecten die zowel positieve als negatieve effecten kunnen hebben op het belang van het kind en met name op de identiteitsontwikkeling van het kind. Daarbij zijn geen duidelijke verschillen geconstateerd in hoe de rechter omgaat met

religieuze en culturele kwesties. Soms is er wel terughoudendheid bij de rechter in het benoemen van een cultureel aspect en verdwijnt het achter 'communicatieproblemen'.

Om in concreto vast te stellen welke betekenis moet worden toegekend aan religie of cultuur, hanteert de rechter neutrale criteria. Er is geen vergelijking gemaakt met niet-religieuze of niet-culturele thema's, maar vermoedelijk hanteert de rechter bij dergelijke thema's vergelijkbare criteria, zoals sociale aansluiting en praktische overwegingen. Daarmee zouden de criteria ook vertrouwd kunnen zijn voor de rechter en wellicht als objectief kunnen worden opgevat. Toch blijft voorzichtigheid geboden, bijvoorbeeld bij de nadruk die wordt gelegd op de aansluiting bij de huidige en toekomstige omgeving van het kind, waarbij toegang tot diens religieuze of culturele achtergrond voldoende wordt gevonden.

Noten

1 I. McEwan, *De Kinderwet*, Amsterdam: De Harmonie 2014, p. 205.

2 H. Güler, 'Report: Turkish foster children alienated from their culture', *Today's Zaman* 14 oktober 2013.

3 Zie bijv. S. Kamerman, 'Met het hele gezin op jihad in Syrië', *NRC Handelsblad* 8 september 2014, p. 2; B. Lauret, 'Radicaal vertrokken', *AD/Utrechts Nieuwsblad* 14 februari 2015 en J. Alberts & H. Leusink, 'Seks en Jihad. Reconstructie - Nederlandse moslima's vallen voor strijders', *Vrij Nederland* 25 april 2015, p. 62.

4 Zie hiervoor R. Pierik, 'Dan toch maar een vaccinatieplicht?', *NJB* 2013, pp. 2798-2807.

5 Deze benadering van cultuur is ontleend aan W. van der Burg, 'Culturele diversiteit en de democratische rechtsstaat', Preadvies *Multiculturaliteit en Recht* (Handelingen Nederlandse Juristen-Vereniging, 1), Deventer: Kluwer 2008, paragraaf 2 (Cultuur: een pluralistische visie), m.n. pp. 7, 11 en 15-16. In afwijking van Van der Burg wordt in dit artikel *cultuur* beperkt tot min of meer als *etnisch* te typeren groepen.

6 D.J. Elzinga, R. de Lange & H.G. Hoogers, *Van der Pot. Handboek van het Nederlandse staatsrecht*, Deventer: Kluwer Juridische Uitgevers 2014, pp. 377-378. Hier wordt het leerstuk van de interpretatieve terughoudendheid van de rechter behandeld, dat inhoudt dat de rechter niet op basis van een religieus voorschrift bepaalt of er wel of geen religieuze verplichting bestaat (vgl. Hoge Raad 15 februari 1957, *NJ* 1957, 201). Ook komt aan de hand van Hoge Raad 31 oktober 1986, *NJ* 1987, 173 (*Sint Walburga*) aan de orde dat

er een grens bestaat aan de kwalificatie door betrokkenen van een praktijk als religieus als dit niet meer als zodanig herkenbaar is voor anderen. Ten slotte worden enkele oordelen besproken van de (inmiddels in het College van de Rechten van de mens opgegane) Commissie Gelijke Behandeling over de vraag of het dragen van een hoofddoek een godsdienstige uiting is. De Commissie bepaalt in die oordelen dat de bedoeling van de draagster van de hoofddoek doorslaggevend is.

7 Aangezien het een familierechtelijke invalshoek betreft, valt de leerplicht als zelfstandige zoekterm ook buiten het bereik van dit onderzoek.

8 Zie voor het huidige selectiebeleid het Besluit selectiecriteria uitsprakendatabank Rechtspraak.nl 2012.

9 Art. 3 IVRK is ook de meest voorkomende verdragsbepaling in Nederlandse personen-, familie- en civiele jeugdzaken volgens N.N. Bahadur, 'De toepassing van het IVRK in personen-, familie- en civiele jeugdzaken', in: J.H. de Graaf e.a., *De toepassing van het Internationaal Verdrag inzake de Rechten van het Kind in de Nederlandse rechtspraak Deel II*, Amsterdam: CCRA 2015, p. 6.

10 Comité voor de Rechten van het kind, General comment No. 14 (2013) on the right of the child to have his or her best interests taken as a primary consideration (Paragraaf 14, aanhef en onder b), UN document CRC/C/GC/14.

11 Paragrafen 52-79 General Comment 14.

12 Paragraaf 55 General Comment 14.

13 Paragraaf 56 General Comment 14.

14 Paragraaf 56 General Comment 14.

15 Paragraaf 57 General Comment 14.

16 Zie S. Meuwese, 'Godsdienstvrijheid van kinderen', AA 2001, pp. 552-557; K. Hanson, 'Ouderlijke verantwoordelijkheid en godsdienstvrijheid van het kind', in: J.H. de Graaf, C. Mak & F.K. van Wijk (red.), *Rechten van het kind en ouderlijke verantwoordelijkheid*, Nijmegen: Ars Aequi Libri 2008, pp. 59-69.

17 *Kamerstukken II* 1992-93, 22855, nr. 3, p. 53; zie ook art. 13 ESCR.

18 Zie ook M. de Blois, 'Godsdienst, levensovertuiging en opvoedingsvrijheid', *Nederlands tijdschrift voor de Mensenrechten*

2004, pp. 1084 -1100.

19 Zie hiervoor ook: T. Loenen, *Geloof in het geding, Juridische grenzen van religieus pluralisme in het perspectief van de mensenrechten*, Den Haag: Sdu Uitgevers 2006.

20 Zie bijv. EHRM 7 december 1976, nr. 5095/71, 5920/72 en 5926/72 (*Kjeldsen, Busk Madsen en Pedersen/Denemarken*); EHRM 18 december 1996, nr. 24095/94 (*Efstratiou/Griekenland*); EHRM 18 december 1996, nr. 21787/93 (*Valsamis/Griekenland*); EHRM 14 februari 2006, nr. 15472/02 (*Folgerø e.a./Noorwegen*); EHRM 18 maart 2011, nr. 30814/06 (*Lautsi e.a./Italië*); EHRM 13 september 2011, nr. 319/08, 2455/08, 7908/10, 8152/10, 8155/10 (*Dojan e.a./Duitsland*); EHRM 5 november 2013, nr. 10009/06 (*Asquini en Bisconti/Italië*).

21 EHRM 23 juni 1993, nr. 12876/87 (*Hoffmann/Oostenrijk*).

22 EHRM 16 december 2003, nr. 64927/01 (*Palau-Martinez/Frankrijk*).

23 EHRM 13 mei 2006, nr. 31946/02 (*Deschomets/Frankrijk*).

24 EHRM 12 februari 2013, nr. 29617/07 (*Vojnity/Hongarije*).

25 Herziening kindbeschermingsmaatregelen, *Stb.* 2014, 130.

26 Art. 1:261 lid 1 BW (oud). Zie ook J. de Boer, *Mr. C. Assers Handleiding tot de beoefening van het Nederlands Burgerlijk Recht, 1. Personen- en familierecht*, Deventer: Kluwer 2010, nr. 812 en nr. 840.

27 HR 1 juli 1982, *NJ* 1983, 201. Zie over deze zaak ook S. Rutten, 'Familierecht anders bezien: ontwikkelingen van familierecht op een multiculturele grondslag', in: N.F. van Manen (red.), *De multiculturele samenleving en het recht*, Nijmegen: Ars Aequi Libri 2002, pp. 103-116, m.n. pp. 109-110.

28 Deze formulering is in 1995 ingevoerd (*Stb.* 1995, 255). Zie ook C.J. Forder, *GS Personen- en familierecht*, art. 254 Boek 1 BW, aant. 2 (2013). Sinds 1 januari 2015 is de rechtsgrond voor de ondertoezichtstelling wederom veranderd, waarbij het aanknopingspunt de ernstige bedreiging van de ontwikkeling van het kind is (*Stb.* 2104, 130). Hiermee wordt de nadruk gelegd op het recht van een kind op een gezonde en evenwichtige ontwikkeling en groei naar zelfstandigheid.

29 Rb. Zwolle-Lelystad 17 mei 2010, *RFR* 2010/107.

30 Hof 's-Gravenhage 4 augustus 2010, ECLI:NL:GHSGR:2010:BN9246. De Hoge Raad oordeelde dat de aangevoerde middelen niet tot cassatie konden leiden en dat dit geen nadere motivering behoeft gezien art. 81 RO (HR 8 juli 2011, *RvdW* 2011/932).

31 Art. 1:266 BW (oud). In het belang van een kind konden ouders ook worden ontzet uit het gezag, waarbij de rechter expliciet in de beschikking diende op te nemen op welke door de wet genoemde gronden dit gebaseerd was. Gronden die genoemd worden, zijn onder andere *misbruik van het ouderlijk gezag, slecht levensgedrag en het bestaan van een gegronde vrees voor verwaarlozing van de belangen van het kind* (art. 1:269 BW (oud)). Zie ook C.J. Forder, *GS Personen- en Familierecht*, commentaar op art. 266 Boek 1 BW (2013). De maatregelen ontheffing en ontzetting (tegenwoordig genoemd: beëindiging) van het gezag komen in beeld, indien niet binnen afzienbare tijd een verbetering van de thuissituatie valt te verwachten. Zie voor de nieuwe formulering van de rechtsgronden voor beëindiging van het gezag: art. 1:266 BW.

32 Zie hierover N. de Vries, 'Kan adoptie een strengere zorgplicht voor ouders rechtvaardigen?', *NJB* 2008, p. 812.

33 Art. 4, aanhef en onder c, ten tweede Wet opnemings buitenlandse kinderen ter adoptie. Vroeger was dit vastgelegd in een circulaire gericht aan de Raden voor de Kinderbescherming.

34 ABRvS 22 juni 1981, *AB* 1983, 210.

35 ABRvS 20 januari 1982, *AB* 1983, 389.

36 ABRvS 12 maart 2008, ECLI:NL:RVS:2008:BC6412. Zie ook *Kamerstukken II* 1987/88, 20046, nr. 6, p. 31).

37 Zie bijv. Rb. Arnhem 29 november 2012, *FJR* 2013, 61.

38 Art. 1:272 BW (oud). Zie voor de huidige situatie: art. 1:268 BW.

39 Hof 's-Gravenhage 12 februari 1999, ECLI:NL:GHSGR:1999:AB0949.

40 Art. 1:265h BW (voorheen art. 1:264 BW).

41 Rb. 's-Gravenhage 24 december 2002, ECLI:NL:RBSGR:2002:AO5311. Zie ook art. 1:268 lid 1, onder b, BW. Zie ook M.R. Bruning, 'Zorg om het kind. Bescherming van minderjarigen en het gezondheidsrecht', *Tijdschrift voor Gezondheidsrecht* 2013, pp. 115-135, met op p. 110 bijzondere

aandacht voor het geval de godsdienst van de ouders een rol speelt in opvoedbeslissingen.

42 Rb. Dordrecht 27 juni 1973, *NJ* 1973, 432 (betreffende een hartoperatie) en Hof 's-Gravenhage 26 januari 2010, ECLI:NL:GHSGR:2010:BL0931 (betreffende vaccinatie).

43 Hof 's-Gravenhage 26 januari 2010, ECLI:NL:GHSGR:2010:BL0931, overweging 3.7.3.

44 Rb. Utrecht 19 augustus 2010, *JPF* 2010, 159.

45 Rb. Utrecht 17 december 2007, *JPF* 2008, 136; Kantonrechter Zwolle 20 november 1985, ECLI:NL:KTGEMM:1985:AL1804 (dit was een zaak tussen de ouders onderling). Zie ook G. Lautenbach, 'Recht op islamitisch thuisonderwijs?', *NJB* 2011, pp. 2192-2197, die het debat over islamitisch thuisonderwijs plaatst in het licht van het IVRK.

46 Rb. Groningen 28 oktober 2009, ECLI:RBGRO:2009:BK2838.

47 HR 1 juli 1982, *NJ* 1983, 201; Rb. Groningen 12 augustus 2010, ECLI:NL:RBGRO:2010:BN5853.

48 Hof 's-Gravenhage 27 maart 2013, ECLI:NL:GHDHA:2013:CA1385.

49 Hof 's-Gravenhage 23 mei 2012, ECLI:NL:GHSGR:BW9461.

50 Hof 's-Gravenhage 5 maart 2008, *RFR* 2008, 70; Hof 's-Gravenhage 4 november 2009, ECLI:NL:GHSGR:2009:BK3527.

51 HR 19 juni 1981, *NJ* 1981, 470.

52 Hof 's-Hertogenbosch 23 mei 2013, *JPF* 2013, 95.

53 Daarnaast verzoekt hij om een omgangsregeling op grond van art. 1:377a BW.

54 Rb. Haarlem 23 juli 1993, *KG* 1993, 315.

55 Rb. Haarlem 18 december 2006, *JPF* 2007, 65 (RS60); Rb. 's-Gravenhage 17 november 2010, *FJR* 2011/19 (RS112).

56 Zie voor een uitgebreid overzicht M.P. de Jong-de Kruijf, 'Minderjarige jihadreizigers: nut en noodzaak van plaatsing in gesloten jeugdzorg'. *AA* 2014, pp. 727-731.

57 Rb. 's-Gravenhage 23 april 2013, ECLI:NL:RBDHA:2013:CA1655.

58 Rb. Amsterdam 23 januari 2014, *JPF* 2014, 63.

59 Rb. Haarlem 31 juli 1979, *NJ* 1980, 523.

60 Destijds kon de rechter 'op vordering onderscheidenlijk verzoek van beide ouders of van één van hen een regeling treffen inzake de omgang tussen het kind en de ouder die niet met het gezag over het kind is of zal worden belast (...)' (art. 161 lid 5 BW oud). Sinds 1995 heeft de ouder zonder gezag een veel sterkere positie. Deze ouder kan de rechter om een omgangsregeling verzoeken (art. 1:377a BW), hetgeen slechts wordt afgewezen indien omgang ernstig nadeel zou opleveren voor de geestelijke of lichamelijke ontwikkeling van het kind, de ouder kennelijk ongeschikt of kennelijk niet in staat moet worden geacht tot omgang, het kind dat 12 jaren of ouder is, bij zijn verhoor van ernstige bezwaren tegen omgang met zijn ouder heeft doen blijken, of omgang anderszins in strijd is met zwaarwegende belangen van het kind. Zie ook J. de Boer, *Mr. C. Assers Handleiding tot de beoefening van het Nederlands Burgerlijk Recht, 1. Personen- en familierecht*, Deventer: Kluwer 2010, pp. 886-893; Gr. van der Burght & J.E. Doek, *Pitlo/Het Nederlands Burgerlijk Wetboek Personen- en familierecht*, Deventer: Kluwer 2002, pp. 593-594.

61 Rb. Haarlem 31 juli 1979, *NJ* 1980, 523.

62 Zie J. de Boer, *Mr. C. Assers Handleiding tot de beoefening van het Nederlands Burgerlijk Recht, 1. Personen- en familierecht*, Deventer: Kluwer 2010, pp. 701-704; Gr. van der Burght & J.E. Doek, *Pitlo/Het Nederlands Burgerlijk Wetboek Personen- en familierecht*, Deventer: Kluwer 2002, pp. 519-520.

63 Rb. Haarlem 19 juli 2012, ECLI:NL:RBHAA:2012:BX2454.

64 Bij het verzoek met betrekking tot omgang spelen geen culturele aspecten. Dit wordt daarom verder buiten beschouwing gelaten.

65 J. de Boer, *Mr. C. Assers Handleiding tot de beoefening van het Nederlands Burgerlijk Recht, 1. Personen- en familierecht*, Deventer: Kluwer 2010, pp. 606-610; Gr. van der Burght & J.E. Doek, *Pitlo/Het Nederlands Burgerlijk Wetboek Personen- en familierecht*, Deventer: Kluwer 2002, pp. 475-476.

66 J. de Boer, *Mr. C. Assers Handleiding tot de beoefening van het Nederlands Burgerlijk Recht, 1. Personen- en familierecht*, Deventer: Kluwer 2010, pp. 716-721; Gr. van der Burght & J.E. Doek, *Pitlo/Het Nederlands Burgerlijk Wetboek Personen- en familierecht*, Deventer: Kluwer 2002, pp. 518-519.

67 Rb. Utrecht 28 november 2012, ECLI:NL:RBUTR:2012:7121.

68 Rb. Zwolle 22 februari 2001, *KG* 2001, 122.

69 Hof 's-Hertogenbosch 26 november 2002, *FJR* 2003, 43; Rb. Groningen 11 december 1996, *KG* 1997, 36. Zie over het arrest van Hof 's-Hertogenbosch: S. Rutten, 'Familiewaarden van buiten, in de rechtszaal naar binnen', *TREMA* 2005, pp. 266-272.

70 Rb. Zutphen 31 juli 2007, *JPF* 2007, 150. Strikt genomen is hier geen sprake van een conflict tussen ouders maar een conflict tussen staat en ouders. Vanwege hetzelfde thema wordt deze zaak toch op deze plaats besproken.

71 Hof 's-Hertogenbosch 26 november 2002, *FJR* 2003, 43. De Blois heeft juist kritiek op het hof voor zover het niet de voor godsdienstvrijheid vereiste 'interpretatieve terughoudendheid' betracht in de overweging dat de besnijdenis van jongetjes van 5 jaar weliswaar gebruikelijk is in de islam, maar dat het 'moslimgelooft' dit niet gebiedt. M. de Blois, 'Jongensbesnijdenis en het recht', *Nederlands Tijdschrift voor Kerk en Recht* 2012, afl. 6, p. 61. Ook J.H. Nieuwenhuis bespreekt dit arrest van het Hof 's-Hertogenbosch in zijn preadvies 'Multicultureel recht: hoe is het mogelijk?' in: W. van der Burg, C.J.M. Schuyt & J.H. Nieuwenhuis (red.), *Multiculturaliteit en recht* (Handelingen Nederlandse Juristen-Vereniging, 138), Deventer: Kluwer 2008, pp. 155-157.

72 Rb. Groningen 11 december 1996, *KG* 1997, 36.

73 Strikt genomen is hier sprake van een conflict tussen overheid en ouder. De moeder verzoekt de kinderrechter op grond van art. 1:259 BW om de voormelde 'beslissing op aanvraag', welke door haar als een aanwijzing wordt opgevat, vervallen te verklaren. Vanwege het onderwerp besnijdenis wordt deze uitspraak toch hier behandeld.

74 Rb. Zutphen 31 juli 2007, *JPF* 2007, 150.

75 J. de Boer, *Mr. C. Assers Handleiding tot de beoefening van het Nederlands Burgerlijk Recht, 1. Personen- en familierecht*, Deventer: Kluwer 2010, nr. 818e. Rb. Middelburg 14 november 2006, *RFR* 2007, 66. In een veel oudere uitspraak van de Hoge Raad in de zaak Boele van Hensbroek op 29 december 1911, gepubliceerd op 28 februari 1912 in *Weekblad van het recht* 9272, is de doop ook al eens aan de orde geweest in een arrest dat beroemd is geworden vanwege de verhouding tussen kerkelijk recht en privaatrecht. Het betrof toen dus geen familierechtelijke beslissing. Voor de toewijzing van de civielrechtelijke vordering om een omslag te betalen aan de betreffende kerk werd van belang geacht dat de vader op grond van

zijn opvoedingsrecht zijn minderjarige kind had laten dopen en aldus lid had gemaakt van de kerkgenootschap. Omdat Boele van Hensbroek op meerderjarige leeftijd daar geen afstand van had gedaan, was hij gebonden aan de burgerrechtelijke verplichting tot betaling van de omslag.

76 S. Meeuwese meent overigens dat de godsdienstvrijheid van kinderen met zich meebrengt dat de opvatting van kinderen vanaf 12-jarige leeftijd doorslaggevend zou moeten zijn. S. Meeuwese, 'Godsdienstvrijheid van kinderen', AA 2001, p. 555.

77 Hof Arnhem-Leeuwarden 21 december 2013, ECLI:NL:GHARL:2013:BZ1919.

78 Rb. Middelburg 27 juli 2011, ECLI:NL:RBMID:2011:BR4563.

79 Hof Leeuwarden 10 november 2009, *JPF* 2010, 45.

80 Rb. Haarlem 4 augustus 2008, ECLI:NL:RBHAA:2008:BD9377.

81 J. de Boer, *Mr. C. Assers Handleiding tot de beoefening van het Nederlands Burgerlijk Recht, 1. Personen- en familierecht*, Deventer: Kluwer 2010, pp. 143-144; Gr. van der Burght & J.E. Doek, *Pitlo/Het Nederlands Burgerlijk Wetboek Personen- en familierecht*, Deventer: Kluwer 2002, pp. 62-63.

82 HR 8 november 1982, *NJ* 1983, 383.

83 R Den Haag 7 maart 2012, ECLI:NL:RBSGR:2012:BV8559.

84 Gerechtshof Den Haag 1 augustus 2012, ECLI:NL:GHSGR:2012:BX4792.

85 *Kamerstukken II* 2012/13, 33488, nrs. 1-3. Zie ook F.J.A. van der Velden, 'Multicultureel familierecht in Nederland: ja? En hoe?', *RM Themis* 2004-5, pp. 228-240 over het Nederlandse huwelijksrecht in een multicultureel perspectief.

86 Dit sluit aan bij de constatering in het onderzoek naar de doorwerking van het IVRK in de Nederlandse jurisprudentie in personen-, familie- en civiele jeugdzaken dat doorwerking van art. 3 IVRK doorgaans plaats heeft via verdragsconforme uitleg en toepassing. Zie N.N. Bahadur, 'De toepassing van het IVRK in personen-, familie- en civiele jeugdzaken', in: J.H. de Graaf e.a., *De toepassing van het Internationaal Verdrag inzake de Rechten van het Kind in de Nederlandse rechtspraak Deel II*, Amsterdam: CCRA 2015, p. 6.

87 EHRM 16 december 2003, nr. 64927/01 (*Palau-Martinez/Frankrijk*).

© Boom Juridische uitgevers