



UvA-DARE (Digital Academic Repository)

Case note: HR (nr R07/045HR, LJN: BB3193: [Italiaanse en Hawaïaanse kindertvoering, 2e ronde])

de Boer, T.M.

[Link to publication](#)

Citation for published version (APA):

de Boer, T. M., (2008). Case note: HR (nr R07/045HR, LJN: BB3193: [Italiaanse en Hawaïaanse kindertvoering, 2e ronde]), No. 548, 549, Sep 28, 2007. (Nederlandse Jurisprudentie; Vol. 2008, No. 45).

General rights

It is not permitted to download or to forward/distribute the text or part of it without the consent of the author(s) and/or copyright holder(s), other than for strictly personal, individual use, unless the work is under an open content license (like Creative Commons).

Disclaimer/Complaints regulations

If you believe that digital publication of certain material infringes any of your rights or (privacy) interests, please let the Library know, stating your reasons. In case of a legitimate complaint, the Library will make the material inaccessible and/or remove it from the website. Please Ask the Library: <https://uba.uva.nl/en/contact>, or a letter to: Library of the University of Amsterdam, Secretariat, Singel 425, 1012 WP Amsterdam, The Netherlands. You will be contacted as soon as possible.

NJ 2008, 549

Hoge Raad, Civiele kamer

28 september 2007, nr. R07/028HR

Mrs. J.B. Fleers, O. de Savornin Lohman, P.C. Kop, E.J. Numann, C.A. Streefkerk; A-G Strikwerda

m.nt. prof. mr. Th.M. de Boer

RvdW 2007, 805

JOL 2007, 617

LJN, BB3192

Trefwoord

internationaal publiekrecht, personen- en familierecht

Regeling

EVRM [art. 8](#); HKOV [art. 4](#), [12](#), [art. 813](#), [20](#)

Essentie

Internationale kindertoevoering. Haags Kinderontvoeringsverdrag 1980. Gewone verblijfplaats kind als bedoeld in [art. 4](#). Worteling kind in nieuwe omgeving grond voor weigering teruggeleiding? [Art. 8](#) EVRM.

Vervolg op HR 20 januari 2006, [NJ 2006, 545](#) m.nt. ThMdB.

De in [art. 4](#) Haags Kinderontvoeringsverdrag 1980 (HKOV) bedoelde gewone verblijfplaats van het kind ondergaat rechtens geen wijziging door een ongeoorloofde overbrenging van het kind naar een ander land — ook al is het vervolgens in dat land geworteld — zolang in die overbrenging door degene die het gezag over het kind heeft, niet is berust en de ondernomen acties om terugkeer van het kind te bewerkstelligen uitzicht kunnen bieden op herstel van de oude toestand.

Uit [art. 13 lid 1](#) sub b en [art. 12 lid 2](#) HKOV, in samenhang gelezen, volgt dat de enkele omstandigheid dat het kind in zijn nieuwe omgeving is geworteld alleen dan grond kan zijn tot afwijzing van een verzoek de terugkeer te gelasten, indien meer dan één jaar is verstreken tussen de ongeoorloofde overbrenging of achterhouding en het tijdstip van de indiening van het verzoek, alsmede dat de enkele omstandigheid dat het kind in zijn nieuwe omgeving is

geworteld niet meebrengt dat het in een situatie dreigt te komen als bedoeld in [art. 13 lid 1](#) sub b.

De enkele omstandigheid dat het kind, als gevolg van het feit dat het inmiddels geworteld is geraakt in het land waar het zich na de ontvoering bevindt, beter af zou zijn indien terugkeer wordt geweigerd, kan de toepassing van de weigeringsgrond van [art. 20](#) HKOV, die ziet op gevallen waarin wordt aangetoond dat het kind in de staat van herkomst dreigt te worden tekortgedaan in de bescherming van de mensenrechten en fundamentele vrijheden zoals deze gelden in het land van de aangezochte rechter, niet rechtvaardigen.

De enkele omstandigheid dat het kind inmiddels geworteld is geraakt in het land waar het zich na de ontvoering bevindt, is onvoldoende om de terugkeer in strijd te achten met [art. 8](#) EVRM.

Samenvatting

De onderhavige zaak betreft het vervolg op HR 20 januari 2006, [NJ 2006, 545](#) m.nt. Th.M. de Boer. Bij de behandeling na cassatie en verwijzing heeft het hof de afgifte van het kind door de moeder aan de vader gelast naar de plaats van haar gewone verblijf in Italië. De moeder heeft cassatieberoep ingesteld. Zij klaagt dat het hof heeft miskend dat de omstandigheid dat het kind als gevolg van het tijdsverloop sinds haar overbrenging naar Nederland hier is geworteld meebrengt dat Nederland (inmiddels) moet worden aangemerkt als de gewone verblijfplaats van het kind. Het Haags Kinderontvoeringsverdrag van 25 oktober 1980, Trb. 1987, 139 (hierna: HKOV) is daarom niet langer van toepassing. Daarnaast willen de klachten de opvatting ingang doen vinden dat de omstandigheid dat het kind inmiddels diepgaand is geworteld in Nederland meebrengt dat terugkeer niet in haar belang is en het verzoek daartoe op grond van onderscheidenlijk [art. 13 lid 1](#), aanhef en onder b, [art. 20](#) en [art. 12 lid 2](#) HKOV moet worden afgewezen.

Krachtens [art. 4](#) HKOV is het verdrag van toepassing op ieder kind dat onmiddellijk voorafgaande aan de inbreuk op het gezags- of omgangsrecht zijn gewone verblijfplaats had in een Verdragsluitende Staat. Het verdrag verzet zich naar doel en strekking ertegen dat die toepasselijkheid eindigt op de enkele grond dat het kind door het tijdsverloop sedert de ongeoorloofde overbrenging is geworteld in zijn nieuwe verblijfplaats. De in [art. 4](#) HKOV bedoelde gewone verblijfplaats van het kind ondergaat rechtens geen wijziging door een ongeoorloofde overbrenging van het kind naar een ander land — ook al is het vervolgens in dat land geworteld — zolang in die overbrenging door degene die het gezag over het kind heeft, niet is berust en de ondernomen acties om terugkeer van het kind te bewerkstelligen uitzicht kunnen bieden op herstel van de oude toestand (vgl. HR 1 oktober 1999, [NJ 2001, 213](#) m.nt. ThMdB). Het onderdeel faalt derhalve.

Het beroep op [art. 13 lid 1](#), aanhef en onder b, en op [art. 12 lid 2](#) HKOV faalt. Uit deze bepalingen, in samenhang gelezen, volgt dat de enkele omstandigheid dat het kind in zijn nieuwe omgeving is geworteld alleen dan grond kan zijn tot afwijzing van een verzoek de terugkeer te gelasten, indien meer dan één jaar is verstreken tussen de ongeoorloofde overbrenging of achterhouding en het tijdstip van de indiening van het verzoek — hetgeen

zich hier niet voordoet — alsmede dat de enkele omstandigheid dat het kind in zijn nieuwe omgeving is geworteld niet meebrengt dat het in een situatie dreigt te komen als bedoeld in [art. 13 lid 1](#), aanhef en onder b.

Ook het beroep op de weigeringsgrond van [art. 20](#) HKOV mist doel. Die bepaling ziet op gevallen waarin wordt aangetoond dat het kind in de staat van herkomst dreigt te worden tekortgedaan in de bescherming van de mensenrechten en fundamentele vrijheden, zoals deze gelden in het land van de aangezochte rechter, en de terugkeer van het kind daarom niet kan worden toegestaan. De enkele omstandigheid dat het kind, als gevolg van het feit dat het inmiddels geworteld is geraakt in het land waar het zich na de ontvoering bevindt, beter af zou zijn indien terugkeer wordt geweigerd, kan de toepassing van [art. 20](#) HKOV dan ook niet rechtvaardigen.

Voor zover het onderdeel wil betogen dat [art. 8](#) EVRM zich verzet tegen de toewijzing van het verzoek de terugkeer van het kind te gelasten, faalt het eveneens. Het bepaalde in [art. 8](#) EVRM moet in een geval als het onderhavige, waarin het gaat om een in de zin van [art. 3](#) HKOV ongeoorloofd overbrengen of achterhouden van een kind, worden uitgelegd in het licht van het HKOV (vgl. EHRM 25 januari 2000, [NJ 2002, 239](#), m.nt. SW, rov. 95), hetgeen betekent dat [art. 8](#) EVRM in beginsel meebrengt dat de autoriteiten van de aangezochte staat het HKOV dienen na te leven. De enkele omstandigheid dat het kind inmiddels geworteld is geraakt in het land waar het zich na de ontvoering bevindt, is dan ook onvoldoende om de terugkeer in strijd te achten met [art. 8](#) EVRM.

Partijen

De moeder, te A., verzoekster tot cassatie, adv. mr. J. Brandt,
tegen

De vader, te V., Italië, verweerder in cassatie, adv. mr. J. van Duijvendijk-Brand.

Hof (arrest d.d. 20 september 2006):

Beoordeling

1.

Ter beoordeling van het hof staat de vraag of het minderjarige kind, geboren in 2000, hierna te noemen het kind, moet worden afgegeven aan haar vader ter teruggeleiding naar Italië.

2.

Bij inleidend verzoek verzocht de Centrale Autoriteit de rechtbank te gelasten dat de moeder de minderjarige, uiterlijk voor een door de rechtbank te bepalen datum terugbrengt naar Italië, naar de instelling die de kindbescherming voor haar verblijf heeft aangewezen, en dat, wanneer de moeder om haar moverende redenen hieraan geen gevolg geeft, de vader wordt bevolen om uitvoering te geven aan de beschikking van het Corte di Appello di Torino van 22 september 2004. In dit hoger beroep na verwijzing verzoekt de vader het hof te bevelen dat de moeder het kind binnen een week na de door het hof te nemen beslissing aan de vader zal afgeven ter terugleiding naar Italië, nu de moeder herhaaldelijk aangegeven heeft aan een bevel tot terugbrenging naar Italië geen gevolg te zullen geven. De moeder bestrijdt zijn verzoek.

3.

De vader voert — kort gezegd — aan dat door terug te gaan naar Italië het kind niet blootgesteld zal worden aan lichamelijk of geestelijk gevaar, dan wel op enigerlei wijze in een ondraaglijke toestand zal worden gebracht. Een terugkeer van het kind naar Italië zou volgens de vader niet betekenen dat zij gescheiden zal worden van de moeder, maar dat zij de moeder zo vaak mogelijk kan zien als zij wil. Als de moeder kiest om niet naar Italië te gaan, dan is het haar keuze. In het verleden zijn er aangiften gedaan, maar die zijn allemaal geseponneerd. Volgens de vader loopt er geen zaak meer in Italië tegen de moeder.

4.

De moeder stelt — kort gezegd — dat het kind bij terugkeer naar Italië in een ondraaglijke toestand wordt gebracht als bedoeld in [artikel 13](#) van het Haags Kinderontvoeringsverdrag van 25 oktober 1980 (HKOV), waarbij er een ernstig risico bestaat dat zij fysiek of mentaal te lijden zal hebben van de overbrenging. Terugkeer naar Italië betekent dat het kind zonder haar moeder in Italië zal verblijven, waarbij komt dat het voor de moeder praktisch gezien niet mogelijk is om naar Italië te komen, althans aldaar te verblijven. Volgens haar is de vader verwickeld in verschillende procedures, zoals verzekeringskwesties, waarbij hij de moeder heeft betrokken, hetgeen gevolgen heeft voor haar verblijf in Italië. het kind zal alsdan langdurig gescheiden zijn van haar moeder die voor de verzorging en opvoeding de enige stabiele factor in haar leven is geweest. Voorts zal door toedoen van de vader de moeder geen contact krijgen met het kind als het kind naar Italië terugkeert, dit terwijl het kind een zeer sterke band met haar moeder heeft. Verder heeft de relatie van de moeder en de vader een gewelddadig karakter, zodat een normale omgangsregeling niet valt te verwachten. Het kind spreekt geen Italiaans, zij is inmiddels meer dan de helft van haar leven in Nederland. Zij gaat in Nederland naar school, zit in groep 3 en is geheel gehecht en geworteld in Nederland. De moeder heeft ter zitting verzocht om de mening van het kind te vragen. Het kind is er, volgens de moeder, zeer duidelijk over en zij kan er meer over zeggen dan men wellicht zou denken.

Het belang van het kind verzet zich tegen een gedwongen scheiding van haar moeder.

5

De Raad heeft bij monde van mevrouw Goverts ter zitting verklaard dat het moeilijk is om in deze zaak te adviseren. De Raad heeft het kind niet gezien. Vast staat dat het belang van het kind voorop staat. Zij verblijft al lang in Nederland. De Raad zou een onderzoek kunnen instellen en daarnaast de International Social Service (ISS) om advies kunnen vragen.

6.

Op grond van het besprokene ter terechtzitting, alsmede gelet op de stukken acht het hof zich nog niet voldoende ingelicht om een beslissing te nemen omtrent het verzoek tot afgifte van het kind aan de vader ter teruggeleiding naar Italië. De moeder heeft ter zitting uitdrukkelijk het verzoek gedaan het kind te horen. Het hof is van oordeel dat het bij een nieuwe feitelijke behandeling van de zaak, waarbij het uitsluitend nog aankomt op de beoordeling van de vraag of een weigeringsgrond in de zin van artikel 13 van het HKOV aanwezig is, mede acht dient te slaan op de mening van het kind, wanneer dat tenminste een leeftijd en mate van rijpheid heeft bereikt die rechtvaardigt dat met zijn mening rekening wordt gehouden. Gelet op het uitdrukkelijke verzoek van de moeder en mede in aanmerking nemende dat de raad heeft aangegeven het kind niet gezien te hebben, zal het hof het onderzoek heropenen, met name, doch niet uitsluitend, om het kind te horen. Het hof zal daarbij ook aandacht schenken aan de vraag of het kind, gelet op haar leeftijd, een mate van rijpheid heeft bereikt die rechtvaardigt dat met haar mening rekening zal worden gehouden. Partijen zullen aansluitend in de gelegenheid worden gesteld hun standpunten desgewenst nader toe te lichten.

7.

Het hof zal het verhoor van het kind bepalen op dinsdag 17 oktober 2006 om 13.30 uur, buiten aanwezigheid van de partijen. De mondelinge behandeling van de zaak met partijen zal aansluitend plaatsvinden, 17 oktober om 14.30 uur.
(enz.)

Hof (arrest d.d. 17 januari 2007):

De verdere beoordeling van het hoger beroep na verwijzing door de Hoge Raad

1.

Het kind is, voorafgaand aan de zitting van 17 oktober 2006, in raadkamer gehoord. Zij heeft blijk gegeven van een zodanige mate van rijpheid dat die rechtvaardigt dat met haar mening en gevoelens rekening wordt gehouden.

2.

Naar aanleiding van de informatie die het kind tijdens het kinderverhoor heeft gegeven, hebben partijen zich, op voorstel van het hof, ter zitting bereid verklaard om door middel van mediation alsnog te trachten samen tot een oplossing te komen. De zaak is daartoe aangehouden tot 25 november 2006 pro forma. Op 3 november 2006 en 6 november 2006 hebben partijen gesprekken gevoerd onder begeleiding van een bemiddelaar, mevrouw drs. J. A.M. Hendriks.

3.

Blijkens een brief met bijlagen van 21 november 2006 van mr. F.C. de Wit-Facchetti, de advocaat van de vader, is het partijen niet gelukt tot overeenstemming te komen. De vader verzoekt het hof een beslissing te nemen.

4.

Van de zijde van de moeder is bij het hof op 24 november 2006 een fax-bericht met bijlagen ingekomen, met betrekking tot de in Italië aanhangige strafzaken tegen de moeder. Bij fax-bericht met bijlagen van eveneens 24 november 2006 heeft mr. P.M. Hoffman, de advocaat van de moeder, een commentaar op de zaak aan het hof toegezonden.

5.

Bij brief van 27 november 2006 heeft mr. F.C. de Wit-Faccetti, de advocaat van de vader hierop gereageerd.

6.

Bij fax-bericht van 29 november 2006 met bijlagen heeft mr. de Wit-Faccetti namens de vader enige stukken aan het hof overgelegd.

7.

Thans resteert ter beoordeling — kort gezegd — de vraag of het kind bij terugkeer naar Italië in een ondraaglijke toestand wordt gebracht als bedoeld in [artikel 13](#) van het Haags Kinderontvoeringsverdrag van 25 oktober 1980 (HKOV), waarbij er een ernstig risico bestaat dat zij fysiek of mentaal te lijden zal hebben van de overbrenging.

8.

Het hof is van oordeel dat dat niet het geval is. Bij het kinderverhoor van het kind is het hof gebleken dat het kind geen afwijzende houding heeft ten opzichte van de vader en dat zij onbeschadigd is in haar relatie tot beide ouders. Tussen het kind en haar beide ouders bestaat, ondanks dat de vader het kind al zeer geruime tijd niet meer heeft gezien, een goede band. In dit kader is ter zitting gebleken dat de moeder in positieve zin ertoe heeft bijgedragen dat het kind in haar belevingswereld de vaderfiguur een plaats heeft gegeven. Het hof is verder van oordeel dat er onvoldoende aanwijzingen zijn dat de vader, die alleen het ouderlijk gezag heeft over het kind, geen mogelijkheden zou hebben om op verantwoorde wijze voor de opvang en verzorging van het kind zorg te dragen. De vader heeft aannemelijk gemaakt dat hij het kind een positieve opvoeding kan bieden en goed voor haar zou kunnen zorgen. Hij heeft een woning, inkomen en leidt een ordelijk leven. De vader heeft tijd beschikbaar om aan het kind en haar opvoeding en haar onderwijs te besteden. Hij heeft een sterke band met zijn familie en kan daardoor rekenen op hun beschikbaarheid, indien dat nodig mocht zijn. Ter zitting heeft de vader verklaard dat de moeder het kind zo vaak mogelijk kan en ook dient te ontmoeten en dat hij zal meewerken om de ontmoetingen mogelijk te maken. Het verweer van de moeder komt er op neer dat terugkeer naar Italië betekent dat het kind zonder haar moeder in Italië zal verblijven, waarbij komt dat het voor de moeder praktisch gezien niet mogelijk is om naar Italië te komen, althans aldaar te verblijven in verband met betrokkenheid bij verschillende procedures, zoals verzekeringskwesties, hetgeen gevolgen heeft voor haar verblijf in Italië. Dit verweer faalt, nu naar het oordeel van het hof uit de overgelegde fax-berichten van 27 november 2006 en 29 november 2006 zijdens de vader genoegzaam is gebleken dat de door de moeder aangehaalde procedure een civiele procedure betreft die geen strafrechtelijke gevolgen heeft voor haar. Het hof acht de risico's, verbonden aan de civiele procedure(s) niet zwaarwegend. Verder blijkt uit de overgelegde stukken dat alle aangiften ter zake van de overige procedures die tegen de moeder zijn gedaan reeds gearhiveerd zijn in 2005 en 2006. Deze zaken zijn geseponeerd. De vader heeft naar 's hofs oordeel derhalve voldoende aangetoond dat er geen beletsel is voor de moeder om, indien nodig, naar Italië te reizen samen met het kind.

9.

Op grond van het voorgaande is het hof van oordeel dat de situatie als bedoeld in [artikel 13, eerste lid](#) onder b van het verdrag zich hier niet voordoet. Hetgeen de moeder verder nog heeft gesteld, maakt dit oordeel niet anders. Het enkele tijdsverloop is in deze zaak evenmin reden om het kind niet terug te geleiden naar Italië. Derhalve zal op de voet van [artikel 12](#) van het verdrag de teruggeleiding van het kind naar Italië worden gelast.

10.

Nu de vader in zijn beroepschrift van 23 maart 2006 heeft verzocht om afgifte binnen een week na de te nemen beslissing van het kind aan hem ter teruggeleiding naar Italië, zal het hof dienovereenkomstig beslissen.

(enz.)

Cassatiemiddel:

Middel van cassatie

Schending van het recht en/of verzuim van op straffe van nietigheid voorgeschreven vormen, doordat het Hof heeft overwogen en beslist als is vervat in de ten deze bestreden beschikking, zulks ten onrechte op grond van de navolgende redenen:

Onderdeel 1

Het Hof heeft in de bestreden beschikkingen (meer in het bijzonder in rov. 6 van de tussenbeschikking van 20 september 2006 en in rov. 7 tot en met 10 van de beschikking van 17 januari 2007) miskend dat de omstandigheid dat het kind als gevolg van het tijdsverloop sinds haar overbrenging naar Nederland is geworteld in Nederland (vgl. verweerschrift na verwijzing, pag. 6 en 7) met zich meebrengt dat Nederland (inmiddels) moet worden aangemerkt als de gewone verblijfplaats van het kind en dat aan het HKOV om die reden niet langer betekenis toekomt. In ieder geval kon het Hof niet zonder nader onderzoek naar de vraag of de worteling van het kind met zich meebrengt dat haar gewone verblijfplaats in de zin van [art. 3 lid 1](#) sub a HKOV (jo. [art. 12 lid 1](#) en [2](#) HKOV) niet langer is gelegen in Italië (vgl. verweerschrift na verwijzing, pag. 8, onder 'secundair' en bijlage bij brief mr Hoffman d. d. 24 november 2006) beslissen op het verzoek tot teruggeleiding, nu een wijziging van de gewone verblijfplaats van het kind met zich kan meebrengen dat niet langer sprake is van een ongeoorloofd niet doen terugkeren van het kind in de zin van [art. 3 lid 1](#) HKOV en dat het verdrag om die reden toepassing verliest. Door desondanks zonder nader onderzoek in rov. 6 van de beschikking van 20 september 2006 te oordelen dat nog slechts aan de orde is 'de vraag of een weigeringsgrond in de zin van [artikel 13](#) van het HKOV aanwezig is' en in 9 van de eindbeschikking te oordelen dat 'het enkele tijdsverloop [...] in deze zaak evenmin reden

[is] om het kind niet terug te geleiden naar Italië heeft het Hof in het licht van het voorgaande blijk gegeven van een onjuiste rechtsopvatting met betrekking tot de toepasselijkheid van het HKOV, dan wel is 's Hofs beslissing onbegrijpelijk of heeft het Hof — zo het wél nader onderzoek zou hebben verricht naar de vraag welk land ten tijde van de beslissing heeft te gelden als de normale verblijfplaats van het kind — zijn oordeel onvoldoende gemotiveerd, nu een dergelijke waardering van de stellingen van de moeder daaromtrent onvoldoende duidelijk uit 's Hofs beschikking blijkt.

Toelichting op onderdeel 1

1.

Door de moeder is gemotiveerd aangevoerd dat het kind sinds haar overbrenging naar Nederland inmiddels is geworteld in haar nieuwe leefomgeving (vgl. verweerschrift na verwijzing, pag. 6 en 7). Deze stelling is door de vader niet weersproken. Om die reden heeft in cassatie — in ieder geval bij wege van hypothetische feitelijke grondslag — te gelden als uitgangspunt dat het kind inmiddels diepgaand is geworteld in Nederland.

2.

Door de moeder is bovendien aangevoerd dat de gewone verblijfplaats van het kind als gevolg van het tijdsverloop is gewijzigd in die zin dat het kind inmiddels in Nederland haar gewone verblijfplaats heeft (vgl. verweerschrift na verwijzing, pag. 8, onder 'secundair' en bijlage bij brief mr Hoffman d.d. 24 november 2006). In het licht van de worteling van het kind en de stellingen van de moeder daaromtrent, lag het op de weg van het Hof om te onderzoeken of deze worteling met zich meebrengt dat de gewone verblijfplaats van het kind niet langer is gelegen in Italië, zodat Nederland inmiddels is verworven tot haar gewone verblijfplaats. In dat geval moet de conclusie immers luiden dat niet langer sprake is van een ongeoorloofd niet doen terugkeren van het kind in de zin van [art. 3 lid 1](#) sub a HKOV en dat het HKOV zijn toepasselijkheid verliest.

3.

De omstandigheid dat Uw Raad bij beschikking van 20 januari 2006 heeft geoordeeld dat Italië moet worden aangemerkt als de gewone verblijfplaats van het kind voorafgaand aan haar overbrenging naar Nederland, doet aan het voorgaande niet af. Het feit dat het kind voorafgaand aan de overbrenging haar gewone verblijfplaats had in Italië, sluit niet uit dat omstandigheden die zich hebben voorgedaan na deze overbrenging — zoals in dit geval: de worteling van het kind in Nederland — met zich meebrengen dat de gewone verblijfplaats van het kind na verloop van tijd wijzigt. Het ligt immers op de weg van de rechter die oordeelt over een verzoek tot teruggeleiding om aan de hand van de op dat moment van belang zijnde feiten en omstandigheden te oordelen of het verzoek tot teruggeleiding kan worden ingewilligd. Gelet op het belang van het kind dat een uitspraak wordt gedaan die recht doet aan zijn feitelijke situatie, dient de rechter immers bij zijn beslissing omtrent de teruggeleiding van het kind uit te gaan van de relevante omstandigheden op het moment van de uitspraak.

Vergelijk, bij wijze van analogie:

HR 26 april 1991, NJ 1992/407;

HR 4 december 1998, NJ 1999/675;

HR 12 mei 2006, NJ 2006/293.

NB: ter adstructie van haar stelling merkt de moeder nog het navolgende op. Het is haar

bekend dat lagere rechters in Nederland in geval van kinderontvoering vanuit Nederland naar (met name) niet-verdragslanden bij procedures in Nederland het criterium 'gewone verblijfplaats' als neergelegd in [art. 5 Rv](#) strikt hanteren. Het voorgaande brengt met zich mee dat de in Nederland achterblijvende (niet-ontvoerende) ouder, die in Nederland wijziging van het gezagsrecht verzoekt om zodoende in de in het buitenland te voeren procedure meer troeven in handen te hebben, meermaals bot vangt bij de Nederlandse rechter, die zichzelf ingevolge [art. 5 Rv](#) onbevoegd verklaart op de grond dat het kind niet langer in Nederland zijn gewone verblijfplaats heeft. Uit het voorgaande kan worden afgeleid dat een rechter op het moment van zijn uitspraak moet onderzoeken wat de gewone verblijfplaats is van het kind, of hem rechtsmacht toekomt en of met de gewone verblijfplaats van het kind samenhangende verdragen of wettelijke bepalingen toepasselijk zijn.

Bron: Centrum Internationale Kinderontvoering, www.kinderontvoering.org

4.

In het licht van het voorgaande kon het Hof niet — althans niet zonder nader onderzoek, zeker in het licht van de stellingen van de moeder omtrent de gewone verblijfplaats van het kind (vgl. verweerschrift na verwijzing, pag. 8, onder 'secundair' en bijlage bij brief mr Hoffman d.d. 24 november 2006) — zonder meer aannemen dat Italië nog immer heeft te gelden als de gewone verblijfplaats van het kind en dat het HKOV om die reden nog altijd onverkort toepasselijk is.

5.

Indien en voor zover het Hof terecht zou hebben aangenomen dat het HKOV zijn toepasselijkheid niet heeft verloren als gevolg van de omstandigheid dat Nederland inmiddels moet worden aangemerkt als de gewone verblijfplaats van het kind, voert de moeder nog de navolgende — subsidiaire — klachten aan.

Onderdeel 2

Het Hof heeft in rov. 9 van zijn eindbeschikking miskend dat de omstandigheid dat het kind sinds haar overbrenging vanuit Italië diepgaand is geworteld in Nederland met zich meebrengt dat teruggeleiding naar Italië niet in het belang is van het kind (vgl. [art. 12 lid 2 HKOV](#)) en haar derhalve zal brengen in een ondraaglijke toestand als bedoeld in [art. 13 lid 1 sub b HKOV](#). Indien en voor zover niet in zijn algemeenheid kan worden aangenomen dat de omstandigheid dat een kind diepgaand is geworteld in zijn nieuwe verblijfplaats met zich meebrengt dat teruggeleiding het kind in een ondraaglijke toestand zal brengen en om die reden moet worden voorkomen, is 's Hofs oordeel in rov. 9 dat niet is gebleken dat teruggeleiding het kind in een ondraaglijke toestand zal brengen, gelet op de omstandigheid dat het kind diepgaand is geworteld in Nederland, zonder nadere motivering — die ontbreekt — onbegrijpelijk.

Onderdeel 3

Het Hof heeft in rov. 6 van zijn beschikking van 20 september 2006 en in rov. 9 van zijn beschikking van 17 januari 2007 eveneens miskend dat de omstandigheid dat het kind sinds haar overbrenging vanuit Italië diepgaand is geworteld in Nederland met zich meebrengt dat teruggeleiding naar Italië niet in het belang is van het kind (vgl. [art. 12 lid 2 HKOV](#)), derhalve strijdig is met haar toekomende en rechtstreeks werkende universele rechten als neergelegd in

[art. 8 EVRM](#) en [art. 3 lid 1 IVRK](#) en om die reden moet worden voorkomen (vgl. [art. 20 HKOV](#)).

Onderdeel 4

Ten onrechte heeft het Hof in rov. 9 van zijn beschikking van 17 januari 2007 overwogen dat het (enkele) tijdsverloop in deze zaak geen aanleiding vormt om het kind niet terug te geleiden naar Italië. Door aldus te oordelen heeft het Hof miskend dat (althans, niet onderzocht of) het tijdsverloop sinds de overbrenging van het kind naar Nederland ertoe heeft geleid dat het kind inmiddels in Nederland is geworteld en dat deze worteling ingevolge [art. 12 lid 2 HKOV](#) heeft te gelden als een (zelfstandige) weigeringsgrond en derhalve aan teruggeleiding in de weg staat. Indien en voor zover het Hof heeft gemeend dat de in [art. 12 lid 2](#) jo. [art. 12 lid 1](#) HKOV genoemde weigeringsgrond nimmer een rol kan spelen in een situatie als de onderhavige, waarin het verzoek tot teruggeleiding heeft plaatsgevonden binnen één jaar na de ongeoorloofde overbrenging van het kind, is 's Hofs beslissing onjuist, nu voornoemde weigeringsgrond ook opgeld doet in een situatie als de onderhavige, waarin weliswaar het verzoek tot teruggeleiding is gedaan binnen één jaar na de overbrenging van het kind naar Nederland, maar waarin de juridische procedure inzake de teruggeleiding van het kind dermate lang heeft geduurd dat het kind zich inmiddels diepgaand heeft geworteld in zijn nieuwe omgeving, terwijl de lange duur van deze procedure op geen enkele wijze aan het kind, dan wel aan — in dit geval — de moeder kan worden toegerekend.

Toelichting op onderdelen 2 tot en met 4

1.

Uitgangspunt van het HKOV is dat onmiddellijke teruggeleiding van het kind naar zijn gewone verblijfplaats voorafgaand aan de ontvoering in het belang van het kind wordt geacht (vgl. [art. 1](#) sub a HKOV). Om die reden bevordert het verdrag dat het kind dat ongeoorloofd is overgebracht naar een verdragsluitende staat zo spoedig mogelijk wordt teruggeleid om de schadelijke gevolgen van deze overbrenging voor het kind tot een minimum te beperken.

Zie:

Tekst & Commentaar Personen- en familierecht (Frohn), aant. 2 bij art. 1 HKOV.

2.

Indien het kind gedurende langere tijd in zijn nieuwe woonomgeving verblijft, ontstaat de aanmerkelijke kans dat het kind een band opbouwt met en gehecht raakt aan zijn nieuwe omgeving. Om deze reden is in [art. 12 lid 2](#) HKOV tot uitdrukking gebracht dat teruggeleiding niet langer in het belang van het kind is indien het inmiddels is geworteld in zijn nieuwe omgeving en dat teruggeleiding in dat geval moet worden voorkomen.

3.

[Art. 12 lid 2](#) HKOV neemt hierbij tot uitgangspunt dat in ieder geval na afloop van één jaar na de overbrenging van het kind de kans aanwezig is dat het kind is geworteld in zijn nieuwe omgeving.

Vgl. ook:

E. Pérez-Vera, Explanatory Report, par. 107.

4.

Weliswaar doet de tekst van [art. 12](#) HKOV vermoeden dat de worteling van het kind niet langer een rol speelt ingeval het verzoek tot teruggeleiding is ingediend binnen één jaar na de overbrenging van het kind, maar vanzelfsprekend houdt de worteling van het kind niet op op het moment waarop de achterblijvende ouder verzoekt tot teruggeleiding van het kind. Om deze reden dient de worteling van het kind hoe dan ook door de rechter in zijn oordeelsvorming te worden betrokken indien het kind gedurende langer dan één jaar in zijn nieuwe omgeving heeft doorgebracht (vgl. verweerschrift na verwijzing, pag. 5 en 6). In het licht van het voorgaande luidt de conclusie dat het Hof ten onrechte niet heeft geoordeeld dat (dan wel onderzocht of) [art. 12 lid 2](#) HKOV, gelet op het kind's worteling in Nederland, in de weg staat aan toewijzing van het verzoek van de vader tot teruggeleiding.

5.

De moeder merkt bovendien nog op dat het kind, die slechts zes jaar oud is, reeds vanaf augustus 2004 (ten tijde van het indienen van dit verzoekschrift derhalve 2,5 jaar) onafgebroken in Nederland verblijft. In dit verband benadrukt de moeder nog dat de lange duur van het verblijf van het kind in Nederland (welk verblijf in ieder geval sinds de beschikking van de Rechtbank in eerste aanleg door de moeder als geoorloofd kon worden beschouwd) niet aan haar kan worden verweten:

- a. de (definitieve) overbrenging van het kind vond plaats in augustus 2004;
- b. vier maanden na de overbrenging van het kind naar Nederland (op 3 december 2004) diende de Centrale Autoriteit haar inleidende verzoekschrift in;
- c. de Rechtbank Amsterdam heeft op 2 februari 2005 (derhalve twee maanden na de indiening van het inleidend verzoekschrift) geoordeeld dat het kind niet hoeft te worden teruggeleid naar Italië;
- d.

de Centrale Autoriteit en de vader zijn bij appelschrift van 10 februari 2005 in hoger beroep gegaan;

e.

het Gerechtshof Amsterdam heeft bij beschikking van 19 mei 2005, derhalve ruim drie maanden later, het oordeel van de Rechtbank bekrachtigd;

f.

de Centrale Autoriteit heeft op 16 juni 2005 cassatieberoep ingesteld;

g.

de cassatieprocedure heeft zeven maanden in beslag genomen en de beschikking van de Hoge Raad is geweest op 20 januari 2006;

h.

de zaak is door de vader op 24 maart 2006 aangebracht bij het verwijzingshof;

i.

vervolgens is de beschikking na verwijzing pas tien maanden later, namelijk op 17 januari 2007, gegeven.

6.

Op grond van het vorenstaande moet worden geconcludeerd dat de juridische procedure omtrent de teruggeleiding van het kind in totaal ruim twee jaar heeft geduurd, hetgeen strijdig is met het uitgangspunt van het verdrag dat juridische procedures omtrent de teruggeleiding van het kind binnen korte termijn (waaronder in ieder geval wordt verstaan: binnen zes weken) moeten worden afgerond (vgl. [art. 11](#) HKOV). Als gevolg van het langdurige verblijf van het kind in Nederland (welk verblijf in ieder geval vanaf de uitspraak van de Rechtbank van 2 februari 2005 door de moeder als rechtmatig kon worden aangemerkt) is het kind in de gelegenheid geweest te wortelen in Nederland, terwijl de lange duur van de procedure noch aan het kind, noch aan de moeder kan worden verweten. Het was immers de vader (c.q. de Centrale Autoriteit) die rechtsmiddelen heeft aangewend om de hem onwelgevallige beslissingen van de Rechtbank en het Gerechtshof aan een hogere rechter voor te leggen, en bovendien kan de moeder niet worden verweten dat zij de juridische procedures heeft 'getraineerd'.

7.

's Hofs beslissing dat 'het enkele tijdsverloop in deze zaak [...] evenmin reden [is] om het kind niet terug te geleiden naar Italië, zonder nader onderzoek te verrichten naar de vraag of de worteling van het kind aan teruggeleiding in de weg staat, is in het licht van het voorgaande onjuist.

8.

De moeder merkt bovendien nog op dat teruggeleiding van het kind, gelet op haar diepgaande worteling in de Nederlandse samenleving, indruist tegen het kind's belangen.

Vgl. ook:

E. Pérez-Vera, Explanatory Report, par. 109;

Tekst & Commentaar Personen- en familierecht (Frohn), aant. 3 bij art. 12 HKOV.

9.

In het licht van de aanname dat het kind diepgaand is geworteld in Nederland, heeft het Hof ten onrechte niet geoordeeld dat de worteling van het kind met zich meebrengt dat teruggeleiding het kind zal brengen in een ondraaglijke situatie als bedoeld in [art. 13 lid 1](#) aanhef en sub b HKOV, omdat zij dan zal worden 'losgescheurd' van haar huidige, vertrouwde, leefomgeving. In ieder geval kon het Hof niet, althans niet zonder enig nader onderzoek en motivering, zonder meer voorbij gaan aan de omstandigheid dat het kind diepgaand is geworteld in de Nederlandse samenleving, dat teruggeleiding derhalve voor haar zwaarwegende consequenties zal hebben en haar (wellicht) in een ondraaglijke toestand zal brengen. Ook om deze reden is 's Hofs oordeel onjuist, dan wel onbegrijpelijk of onvoldoende gemotiveerd.

10.

De moeder merkt tot slot nog op dat teruggeleiding van het kind, gelet op haar diepgaande worteling in Nederland, niet in haar belang is en om die reden strijdig is met aan het kind toekomende universele en rechtstreeks werkende verdragsbepalingen, waaronder [art. 8](#) EVRM en [art. 3 lid 1](#) IVRK.

Vgl. m.b.t. de rechtstreekse werking van art. 3 lid 11 IVRK:

S. Meuwese/M. Blaak/M. Kaandorp, Handboek Internationaal Jeugdrecht (2005), pag. 56;

G.C.A.M. Ruitenbergh, Het internationaal Kinderrechtenverdrag in de Nederlandse rechtspraak, 2003, p. 60 t/m 85;

Tekst & Commentaar personen- en familierecht (Detrick), aant. 1 bij art. 3 IVRK;

EHRM 31 januari 2006, JV 2006/90 m.nt. P. Boeles, par. 1.

11.

Ter adstructie van haar stellingen, met name wat betreft verhouding tussen de verplichte teruggeleiding van het kind en het in 1990 in werking getreden [art. 3 lid 1](#) IVRK, verwijst de moeder nog naar [art. 30 lid 4](#) sub a jo. [art. 30 lid 3](#) van het Verdrag van Wenen inzake het Verdragenrecht, welke bepalingen met zich meebrengen dat de voorschriften van het HKOV buiten toepassing blijven, voor zover de gevolgen van deze bepalingen in strijd zijn met uit het

later gesloten Kinderrechtenverdrag voortvloeiende rechten. Ook om deze reden moet teruggeleiding van het kind — mede in het licht van [art. 20](#) HKOV — worden voorkomen en is 's Hofs beslissing onjuist.

Conclusie A-G mr. Strikwerda:

1.

Deze zaak, die eerder in cassatie heeft gediend (HR 20 januari 2006, [NJ 2006, 545](#) m.nt. ThMdB; besproken door M.V. Polak in AA 2006, blz. 646 e.v. en door S.J. Schaafsma in NJB 2007, blz. 833–835), betreft een verzoek tot teruggeleiding van een naar Nederland overgebracht kind naar Italië op de voet van [art. 12](#) van het Haags Kinderontvoeringsverdrag (Verdrag van 25 oktober 1980, Trb. 1987, 139, hierna: HKOV). Voor de procesgang die voorafging aan de eerder in deze zaak door de Hoge Raad gegeven beschikking en voor de feiten en omstandigheden waarvan de Hoge Raad is uitgegaan, zij verwezen naar r.o. 1, 2 en 3.2 t/m 3.6.3 resp. r.o. 3.1 van die beschikking.

2.

Voor zover thans nog van belang heeft de moeder (thans verzoekster tot cassatie) tegen het verzoek van de vader (thans verweerder in cassatie) tot teruggeleiding van het kind van partijen, het kind, als verweer aangevoerd dat een ernstig risico bestaat dat het kind door haar terugkeer naar Italië wordt blootgesteld aan een lichamelijk of geestelijk gevaar, dan wel op enigerlei andere wijze in een ondraaglijke toestand wordt gebracht als bedoeld in [art. 13 lid 1](#), aanhef en onder b, HKOV, aangezien het kind in dat geval zonder haar moeder in een opvanghuis terecht zou komen en daardoor zou worden onttrokken aan haar school, haar vertrouwde omgeving en haar familie.

3.

Zowel in eerste aanleg (beschikking van de rechtbank Amsterdam van 2 februari 2005, r.o. 12) als in hoger beroep (beschikking van het gerechtshof te Amsterdam van 19 mei 2005, r.o. 4.6) vond de moeder gehoor voor haar beroep op de weigeringsgrond van [art. 13 lid 1](#), aanhef en onder b, HKOV.

4.

De Hoge Raad achtte bij zijn eerder genoemde beschikking de door de vader tegen het desbetreffende oordeel van het hof aangevoerde cassatieklacht (onderdeel B van het in het principaal beroep voorgestelde middel) evenwel gegrond en overwoog daartoe onder meer:

5.3

Bij de beoordeling van het onderdeel moet het volgende worden vooropgesteld. Doel en strekking van het HKOV brengen mee dat de weigeringsgrond van [art. 13 lid 1](#), aanhef en onder b, restrictief dient te worden toegepast. Dat blijkt uit het toelichtend rapport bij dit verdrag (weergegeven in de conclusie van de Advocaat-Generaal onder 20) en vindt steun in de rechtspraak en in de rechtskundige literatuur, vermeld in die conclusie onder 21–22. Het voorgaande betekent dat de rechter van de aangezochte staat, die zich dient te onthouden van een oordeel omtrent het gezagsrecht en het omgangsrecht, de in die bepaling gestelde strenge voorwaarden niet reeds vervuld mag achten, louter op grond van zijn oordeel dat het belang van het kind in het land van herkomst minder goed gediend is dan in het land van de aangezochte rechter.

5.4

De omstandigheden die het hof blijkens rov. 4.6 aan zijn oordeel ten grondslag heeft gelegd kunnen, gelet op de vereiste restrictieve toepassing van de weigeringsgrond van [art. 13 lid 1](#), aanhef en onder b, HKOV, niet de gevolgtrekking wettigen dat een ernstig risico bestaat dat het kind door terugkeer naar Italië wordt blootgesteld aan een lichamelijk of geestelijk gevaar, dan wel op enigerlei andere wijze in een ondragelijke toestand wordt gebracht als bedoeld in deze bepaling. Die omstandigheden komen immers hoogstens erop neer dat de situatie van het kind na terugkeer naar Italië voor her verzorging en opvoeding minder gunstig zou zijn dan die waarin zij in Nederland verkeert.

Dit betekent, dat het hof van een te ruime, dus onjuiste, maatstaf is uitgegaan. De rechtsklacht van onderdeel B treft doel.

De Hoge Raad heeft daarom in het principaal beroep de beschikking van het gerechtshof te Amsterdam van 19 mei 2005 vernietigd en het geding verwezen naar het gerechtshof te 's-Gravenhage ter verdere behandeling en beslissing.

5.

In de procedure na verwijzing heeft het gerechtshof te 's-Gravenhage bij tussenbeschikking van 20 september 2006 dag en uur bepaald voor een verhoor van het kind en iedere verdere beslissing aangehouden.

6.

Nadat dit verhoor had plaatsgevonden en een poging, op voorstel van het hof, om partijen door middel van mediation tot een vergelijk te brengen, was mislukt, heeft het hof bij eindbeschikking van 17 januari 2007 op het bestaande hoger beroep de beschikking van de rechtbank Amsterdam van 2 februari 2005 vernietigd en, opnieuw beschikkende, de afgifte door de moeder aan de vader van het kind gelast ter terugleiding naar de plaats van haar gewone verblijf in Italië. Het hof was van oordeel dat de situatie als bedoeld in [art. 13 lid 1](#), aanhef en onder b, HKOV zich hier niet voordoet. Daartoe overwoog het hof onder meer (r.o. 8):

Bij het kinderverhoor van het kind is het hof gebleken dat het kind geen afwijzende houding heeft ten opzichte van de vader en dat zij onbeschadigd is in haar relatie tot beide ouders. Tussen het kind en haar beide ouders bestaat, ondanks dat de vader het kind al zeer geruime tijd niet meer heeft gezien, een goede band. In dit kader is ter zitting gebleken dat de moeder in positieve zin ertoe heeft bijgedragen dat het kind in haar belevingswereld de vader figuur een plaats heeft gegeven. Het hof is verder van oordeel dat er onvoldoende aanwijzingen zijn dat de vader, die alleen het gezag heeft over het kind, geen mogelijkheden zou hebben om op verantwoorde wijze voor de opvang en verzorging van het kind zorg te dragen. De vader heeft aannemelijk gemaakt dat hij het kind een positieve opvoeding kan bieden en goed voor haar zou kunnen zorgen. Hij heeft een woning, inkomen en leidt een ordelijk leven. De vader heeft tijd beschikbaar om aan het kind en haar opvoeding en haar onderwijs te besteden. Hij heeft een sterke band met zijn familie en kan daardoor rekenen op hun beschikbaarheid, indien dat nodig mocht zijn. Ter zitting heeft de vader verklaard dat de moeder het kind zo vaak mogelijk kan en ook dient te ontmoeten en dat hij zal meewerken om de ontmoetingen mogelijk te maken.

Het verweer van de moeder dat terugkeer naar Italië betekent dat het kind zonder haar moeder in Italië zal verblijven, omdat het voor de moeder praktisch gezien niet mogelijk zou zijn om naar Italië te komen, achtte het hof niet aannemelijk (r.o. 8), terwijl naar het oordeel van het hof het enkele tijdsverloop in deze zaak evenmin reden is om het kind niet terug te geleiden naar Italië (r.o. 9).

7.

De moeder is tegen de tussen- en eindbeschikking van het hof (tijdig; zie art. 13 lid 7 van de Wet van 2 mei 1990, Stb. 202, jo. [art. 426 lid 2](#) Rv) in cassatie gekomen met een uit vier onderdelen opgebouwd middel. De vader heeft een verweerschrift in cassatie ingediend en daarbij het middel bestreden en de Hoge Raad verzocht het cassatieberoep te verwerpen.

8.

Onderdeel 1 van het middel verwijt het hof in de bestreden beschikkingen te hebben miskend dat de omstandigheid dat het kind als gevolg van het tijdsverloop sinds haar overbrenging naar Nederland in Nederland is geworteld, met zich meebrengt dat Nederland (inmiddels) moet worden aangemerkt als de gewone verblijfplaats van het kind en dat daarom het HKOV niet langer van toepassing is.

9.

Het onderdeel faalt. Het verliest uit het oog dat ingevolge [art. 4](#) HKOV het verdrag van toepassing is op ieder kind dat onmiddellijk voorafgaande aan de inbreuk op het recht betreffende het gezag of omgangsrecht zijn gewone verblijfplaats had in een Verdragsluitende Staat. Waar in cassatie ervan dient te worden uitgegaan dat het kind onmiddellijk voorafgaande aan haar vertrek op of omstreeks 22 augustus 2004 met de moeder naar Nederland haar gewone verblijfplaats in Italië had (zie r.o. 4.3 van de beschikking van 19 mei 2005 van het gerechtshof te Amsterdam in verbinding met r.o. 4.3 van de eerder in deze zaak door de Hoge Raad gegeven beschikking van 20 januari 2006), is, zelfs indien zou moeten worden aangenomen dat het kind thans haar gewone verblijfplaats in Nederland heeft, het HKOV van toepassing. Overigens miskent het onderdeel met zijn stelling dat het kind inmiddels haar gewone verblijfplaats in Nederland heeft, dat rechtens de gewone verblijfplaats van het kind geen wijziging ondergaat door een ongeoorloofde overbrenging van het kind naar een ander land, zolang in die overbrenging door de persoon, instelling of ander lichaam belast met een gezagsrecht over het kind niet is berust en de ondernomen acties om terugkeer van het kind te bewerkstelligen uitzicht kunnen bieden op herstel van de oude toestand (vgl. HR 1 oktober 1999, [NJ 2001, 213](#) m.nt. ThMdB en de conclusie P-G onder 37 voor de eerdere beschikking van de Hoge Raad in deze zaak).

10.

De onderdelen 2 t/m 4 van het middel, die subsidiair worden voorgesteld, klagen dat het hof om verschillende redenen ten onrechte geen rekening heeft gehouden met de omstandigheid dat het kind sinds haar overbrenging vanuit Italië diepgaand is geworteld in Nederland.

11.

Onderdeel 2 betoogt dat het hof heeft miskend dat de bedoelde omstandigheid met zich meebrengt dat terugleiding naar Italië niet in het belang is van het kind en haar derhalve zal brengen in een ondraaglijke toestand als bedoeld in [art. 13 lid 1](#), aanhef en onder b, HKOV.

12.

Dit betoog faalt. Het ziet eraan voorbij dat ingevolge het bepaalde in [art. 12 lid 2](#) HKOV de omstandigheid dat het ongeoorloofd overgebrachte of achtergehouden kind in zijn nieuwe omgeving is geworteld, alleen dan grond kan zijn om de terugkeer van het kind te weigeren, indien meer dan één jaar is verstreken tussen de ongeoorloofde overbrenging of achterhouding van het kind en het tijdstip van indiening van het verzoek tot teruggeleiding van het kind. Die situatie doet zich in het onderhavige geval niet voor: tussen de ongeoorloofde overbrenging van het kind naar Nederland (op of omstreeks 22 augustus 2004) en het tijdstip van indiening van het inleidend verzoekschrift tot teruggeleiding van het kind (6 december 2004) is minder dan één jaar verstreken. De door [art. 12 lid 2](#) HKOV gestelde beperking verliest haar zin, indien de enkele omstandigheid dat het kind in zijn nieuwe omgeving is geworteld langs de weg van [art. 13 lid 1](#), aanhef en onder b, HKOV tot weigering van de terugkeer van het kind zou moeten leiden in een geval waarin de in [art. 12 lid 1](#) HKOV bedoelde termijn niet werd overschreden. Bovendien verliest het onderdeel uit het oog dat de enkele omstandigheid dat, uitgaande van de gestelde worteling van het kind in haar nieuwe omgeving, teruggeleiding naar Italië niet in het belang van het kind is, niet kan leiden tot de conclusie dat de in [art. 13 lid 1](#), aanhef en onder b, HKOV gestelde strenge voorwaarden zijn vervuld. Daartoe is immers, zoals de Hoge Raad heeft overwogen in zijn eerdere beschikking in deze zaak (r.o. 5.3), méér vereist dan dat het belang van het kind in het land van herkomst minder goed gediend is dan in het land van de aangezochte rechter. Zie ook K. Siehr, in: Münchener Kommentar zum BGB, Band 10, EGBGB Internationales Privatrecht, 4. Aufl. 2006, Art. 21 Anh. II, Haager Übereinkommen über die zivilrechtlichen Aspekte internationaler Kindesentführung, RdNr. 34 en 81. Onderdeel 2 is derhalve tevergeefs voorgesteld.

13.

Onderdeel 3 klaagt dat het hof heeft miskend dat de omstandigheid dat het kind inmiddels diepgaand geworteld is in Nederland meebrengt dat teruggeleiding naar Italië niet in het belang is van het kind en derhalve in strijd is met [art. 8](#) EVRM en [art. 3 lid 1](#) IVRK en om die reden op grond van [art. 20](#) HKOV moet worden voorkomen.

14.

Ook dit onderdeel zal niet tot cassatie kunnen leiden, reeds omdat uit de gedingstukken niet blijkt (het middel noemt ook geen vindplaatsen) dat in feitelijke instanties een beroep is gedaan op de weigeringsgrond van [art. 20](#) HKOV. Dit beroep kan niet voor het eerst in cassatie worden gedaan, nu een beoordeling ervan mede een onderzoek van feitelijke aard zou vergen. Zie Asser Procesrecht/Veegens-Korthals Altes-Groen (2005), nr. 137.

15.

Overigens berust het onderdeel, voor zover het wil betogen dat [art. 20](#) HKOV grond is voor een voortgezet verblijf van het kind in het land waar het zich na de ontvoering bevindt, wanneer het voor het kind beter zou zijn in dit land te blijven, op een onjuiste rechtsopvatting omtrent de weigeringsgrond van [art. 20](#) HKOV. Ingevolge dit artikel kan de terugkeer van het kind worden geweigerd, wanneer die terugkeer op grond van de fundamentele beginselen van de aangezochte Staat betreffende de bescherming van de rechten van de mens en de fundamentele vrijheden niet zou zijn toegestaan. De geschiedenis van de totstandkoming van het HKOV maakt duidelijk dat deze weigeringsgrond een compromis vormt tussen enerzijds de opvatting dat in het verdrag een algemene openbare orde-exceptie opgenomen dient te worden en anderzijds de opvatting dat het opnemen van een zodanige exceptie ongewenst is omdat het ertoe zou kunnen leiden dat met een beroep op het interne recht van de aangezochte staat teruggeleiding van het kind wordt geweigerd in gevallen waarin dit afbreuk zou doen aan doel en strekking van het HKOV, te weten het verzekeren van de onmiddellijke terugkeer van kinderen die in strijd met een bestaand gezagsrecht of omgangsrecht zijn overgebracht naar of worden vastgehouden in een verdragsluitende staat. Zie het toelichtende rapport bij het HKOV van de hand van Elisa Pérez-Vera, Conférence de La Haye de droit international privé, Actes et documents de la Quatorzième session, Tome III, Enlèvement d'enfants, 1982, blz. 426 e.v., blz. 433–434, par. 31–33, en blz. 461–462, par. 118.

16.

De weigeringsgrond van [art. 20](#) HKOV moet daarom worden beschouwd als een openbare orde-exceptie van beperkte strekking. Zie Kluwers Personen- en familierecht, losbl., Titel 14, internationaal privaatrecht, Kinderontvoering in het ipr, aant. 43 (E.N. Frohn); A. Bach & B. Gildenast, Internationales Kindesentführung, 1999, blz. 62, RdNr. 150. Om de terugkeer van het kind op basis van dit artikel te kunnen weigeren, 'it will be necessary to show that the fundamental principles of the requested State concerning the subject-matter of the Convention do not permit it; it will not be sufficient to show merely that its return would be incompatible, even manifestly incompatible, with these principles' (rapport Pérez-Vera, blz. 462, par. 118). De weigeringsgrond lijkt, voor zover zij al zelfstandige betekenis heeft naast de weigeringsgrond van [art. 13 lid 1](#), aanhef en onder b, HKOV, derhalve slechts te zien op gevallen waarin wordt aangetoond dat het kind in de staat van herkomst dreigt te worden tekortgedaan in de bescherming van de mensenrechten en fundamentele vrijheden, zoals deze gelden in het land van de aangezochte rechter, en de terugkeer van het kind daarom niet kan worden toegestaan. Vgl. P.R. Beaumont & P.E. McEleavy, The Hague Convention on International Child Abduction, 1999, blz. 174; K. Siehr, Zürcher Kommentar zum IPRG, 2. Aufl., 2004, Art. 85 Anh. I, HEntfÜ, RdNr 49. De omstandigheid dat het kind als gevolg van het feit dat het inmiddels geworteld is geraakt in het land waar het zich na de ontvoering bevindt, beter af zou zijn indien terugkeer wordt geweigerd, kan op zichzelf niet voldoende worden

geacht om de weigeringsgrond van [art. 20](#) HKOV toe te passen.

17.

Voor zover het onderdeel wil betogen dat [art. 8](#) EVRM zich tegen toewijzing van het verzoek tot terugleiding van het kind verzet, faalt het. Blijkens EHRM 25 januari 2000, [NJ 2002, 239](#) m.nt. SW brengt [art. 8](#) EVRM in een geval als het onderhavige, waarin sprake is van een overbrenging of achterhouding van een kind die is geschied in strijd met het gezagsrecht van een ouder, zonder dat de situatie als bedoeld in [art. 13 lid 1](#), aanhef en onder b, HKOV zich voordoet, mee dat de autoriteiten van een staat die zowel partij is bij het EVRM als het HKOV, de door het HKOV voorgeschreven passende maatregelen dienen te treffen ter verzekering van de onmiddellijke terugkeer van het ongeoorloofd overgebrachte of achtergehouden kind (r.o. 95). Slechts indien in het concrete geval blijkt dat contacten van het kind met de achterblijvende ouder ertoe zouden kunnen leiden dat het kind wordt bedreigt in zijn door [art. 8](#) EVRM beschermde rechten (in welk geval doorgaans ook reeds sprake zal zijn van de situatie als bedoeld in [art. 13 lid 1](#), aanhef en onder b, HKOV), kan terugkeer in strijd komen met [art. 8](#) EVRM (r.o. 94). Vgl. Polak, a.w., blz. 650. Derhalve is de enkele omstandigheid dat het kind als gevolg van het feit dat het inmiddels geworteld is geraakt in het land waar het zich na de ontvoering bevindt, beter af zou zijn indien terugkeer wordt geweigerd, niet voldoende om de terugkeer in strijd te achten met [art. 8](#) EVRM.

18.

Voor zover het onderdeel wil betogen dat [art. 3 lid 1](#) IVKV zich tegen toewijzing van het verzoek tot terugleiding van het kind verzet, kan het evenmin doel treffen. [Art. 11](#) van het IVKV verplicht de staten die partij zijn bij het verdrag maatregelen te nemen ter bestrijding van de ongeoorloofde overbrenging van kinderen naar en het niet doen terugkeren van kinderen uit het buitenland (lid 1) en spoort de staten aan daartoe verdragen te sluiten of toe te treden tot bestaande verdragen (lid 2). Hieruit volgt dat het IVKV, evenals het HKOV, berust op het uitgangspunt dat internationale kinderontvoering geacht moet worden in het algemeen in strijd te zijn met het belang van het kind, zodat terugleiding van het kind op de voet van het HKOV als zodanig niet in strijd is met [art. 3 lid 1](#) IVKV. Vgl. Siehr, a.w. (2006), RdNr. 2. Zie ook E. Klein, Kindesentführung, Kindeswohl und Grundgesetz, IPRax 1997, blz. 106 e.v.

19.

Onderdeel 4 herhaalt de klacht van onderdeel 2, maar nu toegespitst op de weigeringsgrond

van [art. 12 lid 2](#) HKOV. Het onderdeel faalt op dezelfde gronden als onderdeel 2: miskend wordt dat ingevolge het bepaalde in [art. 12 lid 2](#) HKOV de enkele omstandigheid dat het kind in zijn nieuwe omgeving is geworteld, alleen dan grond kan zijn om de terugkeer van het kind te weigeren, indien meer dan één jaar is verstreken tussen de ongeoorloofde overbrenging of achterhouding van het kind en het tijdstip van indiening van het verzoek tot teruggeleiding van het kind.

De conclusie strekt tot verwerping van het beroep.

Hoge Raad:

1. Het geding in voorgaande instanties

De Hoge Raad verwijst voor het daaraan voorafgaande verloop van dit geding naar zijn beschikking van 20 januari 2006, nr. R05/083, [NJ 2006, 545](#).

Bij die beschikking heeft de Hoge Raad in het principale beroep de beschikking van het gerechtshof te Amsterdam van 19 mei 2005 vernietigd en de zaak verwezen naar het gerechtshof te 's-Gravenhage ter verdere behandeling en beslissing. Het incidentele beroep heeft de Hoge Raad verworpen.

Het gerechtshof te 's-Gravenhage heeft de zaak op 6 september 2006 mondeling behandeld en bij tussenbeschikking van 20 september 2006 bepaald dat de minderjarige het kind buiten aanwezigheid van de partijen zou worden gehoord. Na verhoor van het kind hebben partijen op voorstel van het hof door middel van mediation getracht samen tot een oplossing te komen, doch tevergeefs.

Bij beschikking van 17 januari 2007 heeft het hof de beschikking van de rechtbank Amsterdam van 2 februari 2005 vernietigd en, opnieuw beschikkende, uitvoerbaar bij voorraad, de afgifte van het kind door de moeder aan de vader gelast ter teruggeleiding naar de plaats van haar gewone verblijf in Italië. Het meer of anders verzochte heeft het hof afgewezen.

(...)

2. Het tweede geding in cassatie

Tegen de beide beschikkingen van het hof heeft de moeder beroep in cassatie ingesteld.

(...)

De conclusie van de Advocaat-Generaal L. Strikwerda strekt tot verwerping van het beroep.

(...)

3. Beoordeling van het middel

3.1

In cassatie kan worden uitgegaan van de feiten, vermeld in de eerdere beschikking van de Hoge Raad in deze zaak van 20 januari 2006, nr. R05/083, [NJ 2006, 545](#), en in de conclusie van de Advocaat-Generaal onder 5–7.

3.2.1

Onderdeel 1 van het middel strekt ten betoge dat het hof in de bestreden beschikkingen heeft miskend dat de omstandigheid dat het kind als gevolg van het tijdsverloop sinds haar overbrenging naar Nederland is geworteld in dit land, meebrengt dat Nederland (inmiddels) moet worden aangemerkt als de gewone verblijfplaats van het kind en dat daarom het Haags Kinderontvoeringsverdrag van 25 oktober 1980, Trb. 1987, 139 (hierna: HKOV) niet langer van toepassing is.

3.2.2

Krachtens [art. 4](#) HKOV is het verdrag van toepassing op ieder kind dat onmiddellijk voorafgaande aan de inbreuk op het gezags- of omgangsrecht zijn gewone verblijfplaats had in een Verdragsluitende Staat. Het verdrag verzet zich naar doel en strekking ertegen dat die toepasselijkheid eindigt op de enkele grond dat het kind door het tijdsverloop sedert de ongeoorloofde overbrenging is geworteld in zijn nieuwe verblijfplaats. De in [art. 4](#) HKOV bedoelde gewone verblijfplaats van het kind ondergaat rechtens geen wijziging door een ongeoorloofde overbrenging van het kind naar een ander land — ook al is het vervolgens in dat land geworteld — zolang in die overbrenging door degene die het gezag over het kind heeft, niet is berust en de ondernomen acties om terugkeer van het kind te bewerkstelligen uitzicht kunnen bieden op herstel van de oude toestand (vgl. HR 1 oktober 1999, nr. R98/101, [NJ 2001, 213](#)). Het onderdeel faalt derhalve.

3.3

De onderdelen 2, 3 en 4 willen de opvatting ingang doen vinden dat de omstandigheid dat het kind inmiddels diepgaand is geworteld in Nederland meebrengt dat terugkeer niet in haar belang is en het verzoek daartoe op grond van onderscheidenlijk [art. 13 lid 1](#), aanhef en onder b, [art. 20](#) en [art. 12 lid 2](#) HKOV moet worden afgewezen.

3.4

Het beroep op [art. 13 lid 1](#), aanhef en onder b, en op [art. 12 lid 2](#) HKOV (onderdelen 2 en 4) faalt. Uit deze bepalingen, in samenhang gelezen, volgt dat de enkele omstandigheid dat het kind in zijn nieuwe omgeving is geworteld alleen dan grond kan zijn tot afwijzing van een verzoek de terugkeer te gelasten, indien meer dan één jaar is verstreken tussen de ongeoorloofde overbrenging of achterhouding en het tijdstip van de indiening van het verzoek — hetgeen zich hier niet voordoet — alsmede dat de enkele omstandigheid dat het kind in zijn nieuwe omgeving is geworteld niet meebrengt dat het in een situatie dreigt te komen als bedoeld in [art. 13 lid 1](#), aanhef en onder b.

3.5.1

Ook het beroep op de weigeringsgrond van [art. 20](#) HKOV (onderdeel 3) mist doel. Die bepaling ziet op gevallen waarin wordt aangetoond dat het kind in de staat van herkomst dreigt te worden tekortgedaan in de bescherming van de mensenrechten en fundamentele vrijheden, zoals deze gelden in het land van de aangezochte rechter, en de terugkeer van het kind daarom niet kan worden toegestaan. De enkele omstandigheid dat het kind, als gevolg van het feit dat het inmiddels geworteld is geraakt in het land waar het zich na de ontvoering bevindt, beter af zou zijn indien terugkeer wordt geweigerd, kan de toepassing van [art. 20](#) HKOV dan ook niet rechtvaardigen.

3.5.2

Voor zover het onderdeel wil betogen dat [art. 8](#) EVRM zich verzet tegen de toewijzing van het verzoek de terugkeer van het kind te gelasten, faalt het eveneens. Het bepaalde in [art. 8](#) EVRM moet in een geval als het onderhavige, waarin het gaat om een in de zin van [art. 3](#) HKOV ongeoorloofd overbrengen of achterhouden van een kind, worden uitgelegd in het licht van het HKOV (vgl. EHRM 25 januari 2000, [NJ 2002, 239](#), rov. 95), hetgeen betekent dat [art. 8](#) EVRM in beginsel meebrengt dat de autoriteiten van de aangezochte staat het HKOV dienen na te leven. De enkele omstandigheid dat het kind inmiddels geworteld is geraakt in het land waar het zich na de ontvoering bevindt, is dan ook onvoldoende om de terugkeer in strijd te achten met [art. 8](#) EVRM.

3.6

Ook de overige in het middel aangevoerde klachten kunnen niet tot cassatie leiden. Zulks behoeft, gezien [art. 81](#) RO, geen nadere motivering nu de klachten niet nopen tot beantwoording van rechtsvragen in het belang van de rechtseenheid of de rechtsontwikkeling.

4. Beslissing

De Hoge Raad verwerpt het beroep.

Noot

1.

Bovenstaande beschikkingen hebben zoveel met elkaar gemeen dat zij zich lenen voor een gezamenlijke bespreking. In beide gevallen gaat het om een kindervervoeringszaak waarin de Hoge Raad al eerder uitspraak had gedaan. Zowel in het 'Italiaanse geval' (HR 20 januari 2006, [NJ 2006, 545](#), nt. ThMdB) als in het 'Hawaïaanse geval' (HR 20 oktober 2006, NJ 2007, 383, nt. ThMdB) werd de beslissing in hoger beroep vernietigd en de zaak verwezen naar het Hof Den Haag. In beide gevallen oordeelde het hof na verwijzing dat het kind in overeenstemming met de bepalingen van het Haags Kinderontvoeringsverdrag 1980 (HKOV) moest worden teruggeleid naar het land van herkomst en in beide gevallen tekenden de moeders, bijgestaan door dezelfde advocaat, daartegen beroep in cassatie aan. Het cassatiemiddel, de conclusie van de A-G en de beschikking van de Hoge Raad zijn dan ook in beide zaken voor een groot deel gelijklopend. Waar dat niet het geval is, doet de Hoge Raad de zaak af met een verwijzing naar [art. 81](#) RO, nu 'de klachten niet nopen tot beantwoording van rechtsvragen in het belang van de rechtseenheid of de rechtsontwikkeling'.

Ik zal mij dan ook beperken tot een bespreking van de klachten waar de Hoge Raad wél op ingaat. In beide gevallen gaat het dan om de vraag (1) of het feit dat het kind sinds de ontvoering in Nederland is geworteld een argument tegen teruggeleiding oplevert, en (2) of het verzoek moet worden afgewezen op grond van [art. 20](#) HKOV omdat teruggeleiding van een intussen in Nederland geworteld kind in strijd is met [art. 8](#) EVRM en [art. 3](#) Internationaal Verdrag voor de Rechten van het Kind (IVRK).

2.

In beide zaken werd gesteld dat het kind sinds de ontvoering al zo lang in Nederland verbleef dat het daar inmiddels was geworteld. In de Italiaanse zaak werd dit argument zelfs gebruikt ten betoge dat de gewone verblijfplaats van het kind intussen in Nederland was komen te liggen. Daaruit trok de moeder de conclusie dat er in zo'n geval geen sprake kan zijn van een ongeoorloofd 'niet doen terugkeren' en dat het HKOV om die reden niet langer van toepassing is. De Hoge Raad weerlegt deze redenering met een verwijzing naar [art. 4](#) HKOV: het verdrag is formeel van toepassing als het kind voorafgaande aan de inbreuk op het gezags- of omgangsrecht zijn gewone verblijfplaats had in een verdragsluitende staat. Dat het kind inmiddels in een ander land is geworteld, doet daar niet aan af. Van een wijziging van de

gewone verblijfplaats van het kind kan hooguit sprake zijn als aan twee voorwaarden is voldaan:

1. het kind moet inmiddels geïntegreerd ('geworteld') zijn in de nieuwe woonomgeving en
2. zijn terugkeer naar het land van herkomst moet juridisch of feitelijk onmogelijk zijn geworden,

of, zoals de A-G het formuleerde in zijn conclusie voor HR 1 oktober 1999, [NJ 2001, 213](#): '... een wijziging van gewoon verblijf kan (nog) niet worden aangenomen, indien in het land van het nieuw verblijf vooruitzicht op continuïteit van het verblijf (nog) niet bestaat.' In de onderhavige zaak bestond er, gelet op de vernietiging van 's hofs beslissing door de Hoge Raad, geen enkel vooruitzicht op continuïteit van het verblijf van het kind in Nederland.

3.

In beide zaken wordt het feit dat het kind inmiddels in Nederland is geworteld als argument aangevoerd voor de stelling dat het door terugzending naar het land van herkomst in een ondraaglijke toestand wordt gebracht, de weigeringsgrond van [art. 13 lid 1](#) onder b HKOV. Die stelling wordt nader onderbouwd met een verwijzing naar het belang van het kind, zoals dat met name in art. 12 lid 2 zou zijn belichaamd. Deze bepaling biedt een weigeringsgrond in gevallen waarin het kind 'inmiddels is geworteld in zijn nieuwe omgeving', maar die mogelijkheid is beperkt tot situaties waarin er meer dan een jaar is verstreken tussen de ontvoering en de indiening van het teruggeleidingsverzoek. Aan die laatste voorwaarde was in casu niet voldaan. De enkele omstandigheid dat het kind in zijn nieuwe omgeving is geworteld, aldus de Hoge Raad, is niet voldoende voor een afwijzing van het teruggeleidingsverzoek op grond van art. 12 lid 2. Die bepaling zou trouwens haar zelfstandige betekenis verliezen als het enkele feit dat het kind in zijn nieuwe omgeving is geïntegreerd, een beroep op art. 13 lid 1 onder b kan rechtvaardigen.

Hoewel er tegen deze redenering niets valt in te brengen, blijft het onbevredigend dat het integratieargument staat of valt met de periode die verstreken is tussen de ontvoering en het tijdstip waarop het teruggeleidingsverzoek wordt ingediend. Art. 12 lid 2 berust op de veronderstelling dat er een gerede kans bestaat dat het kind een jaar na zijn ontvoering geïntegreerd is in de nieuwe omgeving, in welk geval het belang van het kind niet langer door teruggeleiding wordt gediend. De termijn van een jaar is gekozen omdat de voorwaarde dat het kind intussen in de nieuwe omgeving is geworteld zich eigenlijk niet op andere wijze in een objectieve maatstaf laat uitdrukken (Actes et documents de la quatorzième session, Tome III, 1982, Special commission: p. 201; Explanatory Report (Elisa Pérez-Vera), p. 458, § 107). Dat de termijn begint te lopen vanaf het moment waarop het kind ongeoorloofd naar de nieuwe omgeving wordt overgebracht of daar wordt vastgehouden, ligt voor de hand. Logischerwijs zou het einde van de termijn moeten samenvallen met het moment waarop het

integratieproces geacht mag worden te zijn voltooid (een jaar na de ontvoering), dan wel — op een eerder tijdstip — het moment waarop het integratieproces als gevolg van een bevel tot teruggeleiding wordt afgebroken. In deze benadering bepaalt het tijdstip van de beslissing of een beroep gedaan mag worden op het integratieargument. In plaats daarvan wordt het einde van de termijn in art. 12 lid 2 bepaald door het tijdstip waarop het teruggeleidingsverzoek wordt ingediend: is er op dat moment sinds de ontvoering nog geen jaar verstreken, dan doet het ten tijde van de beslissing niet meer ter zake of het kind intussen in de nieuwe woonomgeving is geworteld. Deze keuze is wel begrijpelijk vanuit de gedachte dat een aan de autoriteiten te wijten vertraging in de behandeling van de zaak de uitkomst niet mag beïnvloeden (Actes et Documents, Explanatory Report (Elisa Pérez-Vera), p. 459, nr. 108). Maar in het licht van de ratio van art. 12 lid 2 — voorkomen dat een intussen in de nieuwe woonomgeving geïntegreerd kind door teruggeleiding opnieuw wordt getraumatiseerd — is het principiële onjuist de voor integratie uitgetrokken termijn niet door te laten lopen tot de datum van de beslissing. Voor ieder kind dat in zijn nieuwe omgeving is geworteld, zal teruggeleiding naar het land van herkomst een traumatiserende ervaring zijn, ook als de termijn van een jaar pas na de datum van indiening van het verzoek wordt voltooid. In de benadering die de verdragsopstellers hebben gekozen, kan hiermee echter geen rekening worden gehouden.

4.

Het is niet voor het eerst dat de ontvoerende ouder zich verweert met een beroep op het EVRM en het IVRK. Desondanks had de Hoge Raad zich nog niet eerder over de verhouding tussen deze verdragen en het HKOV uitgesproken. In HR 14 april 2000, [NJ 2001, 450](#) kwamen EVRM en IVRK in cassatie niet meer aan de orde, en in HR 31 maart 2006, [NJ 2006, 232](#), waarin de moeder niet-ontvankelijk werd verklaard wegens overschrijding van de cassatietermijn, hoefde de Hoge Raad niet meer in te gaan op de klacht dat het hof [art. 8](#) EVRM had geschonden. Maar ditmaal krijgen we dan toch een antwoord op de vraag hoe de genoemde verdragen zich tot het HKOV verhouden.

In beide zaken wordt in het cassatiemiddel gesteld dat de teruggeleiding van een kind dat intussen 'diepgaand is geworteld in Nederland', niet in zijn belang is, derhalve strijdig met de door [art. 8](#) EVRM en [art. 3 lid 1](#) IVRK beschermde rechten, en dus geweigerd had moeten worden op grond van [art. 20](#) HKOV. Laatstgenoemd artikel biedt een weigeringsgrond in gevallen waarin 'de fundamentele beginselen van de aangezochte staat betreffende de bescherming van de rechten van de mens en de fundamentele vrijheden' zich tegen de teruggeleiding verzetten. Wat dit ook maar moge betekenen, de schrijvers zijn het er wel over eens dat teruggeleiding op deze grond hooguit geweigerd mag worden als de grondrechten van het kind in het land van herkomst niet op dezelfde voet worden beschermd als in de aangezochte staat. Dat zou het geval kunnen zijn als het kind afkomstig is uit een land waar kinderarbeid of vrouwenbesnijdenis is toegestaan, of als het behoort tot een bevolkingsgroep die in het land van herkomst feitelijk of juridisch wordt gediscrimineerd. Zo bezien heeft art.

20 eigenlijk geen zelfstandige betekenis naast art. 13 lid 1 onder b (geen teruggeleiding als het kind daardoor in een ondraaglijke toestand wordt gebracht). In ieder geval kan er geen beroep op deze weigeringsgrond worden gedaan, dunkt mij, als de staat van herkomst niet tekortschiet in de bescherming van de grondrechten van het kind. Dat neemt niet weg dat het EVRM of het IVRK zich dan nog steeds tegen toewijzing van een verzoek tot teruggeleiding kunnen verzetten, maar mijns inziens rechtvaardigt dat alleen de toepassing van art. 13 lid 1 onder b, en niet de toepassing van art. 20. Daarvoor zou er tussen de betrokken staten toch een onoverkomelijk verschil van opvatting over mensenrechten moeten bestaan.

5.

Het EHRM heeft zich meermalen uitgelaten over de betekenis van [art. 8](#) EVRM in kinderontvoeringszaken. Opmerkelijk genoeg ging het er in de meeste van die gevallen niet om of de aangezochte staat verplicht is het recht op family life tussen het kind en zijn ontvoerder te eerbiedigen, maar of die staat zich wel voldoende heeft ingespannen voor een hereniging van het kind met de achtergebleven ouder, met name door een voortvarende tenuitvoerlegging van een bevel tot teruggeleiding. Zie: *Ignaccolo-Zenide v. Roemenië* (25/1/2000); *Sylvester v. Oostenrijk* (24/4/2003); *Hansen v. Turkije* (23/9/2003); *Iglesias Gil v. Spanje* (29/4/2003); *Maire v. Portugal* (26/6/2003); *Monory v. Hongarije en Roemenië* (5/4/2005); *H.N. v. Polen* (13/9/2005); *Karadzic v. Kroatië* (15/12/2005); *P.P. v. Polen* (8/1/2008), alle te vinden op de website van het EHRM: www.echr.coe.int. Bij mijn weten heeft het Hof zich nog niet uitgesproken over de vraag of art. 8 zich verzet tegen teruggeleiding indien het kind als gevolg daarvan langdurig gescheiden dreigt te worden van de ontvoerder. Gelet op de teneur van de aangehaalde beslissingen acht ik de kans op een bevestigend antwoord van het EHRM te verwaarlozen. Telkens weer wordt beklemtoond dat art. 8 EVRM de verdragsluitende staten die ook partij zijn bij het HKOV de verplichting oplegt 'to make adequate and effective efforts to assist the applicant in his attempt to have his child returned to him with a view to exercising his parental rights' (*Monory v. Hongarije en Roemenië*, § 85). Dat uitgangspunt laat nauwelijks ruimte voor een beroep op art. 8 door de ontvoerende ouder. In de rechtspraak van het EHRM wordt weliswaar een uitzondering gemaakt voor situaties waarin het belang van het kind niet gediend wordt door herstel van het contact met de verzoeker, maar in zulke gevallen worden de nationale autoriteiten geacht een afweging te maken ('strike a fair balance') tussen de betrokken belangen: *Olsson v. Zweden* (27/11/1992), § 90; *Hokkanen v. Finland* (23/9/1994), § 58; *Ignaccolo-Zenide v. Roemenië*, § 94; *Sylvester v. Oostenrijk*, § 58; *Karadzic v. Kroatië*, § 52. Zo'n belangenafweging is misschien mogelijk als het gaat om gezag en omgang, maar ik vrees dat het HKOV, dat gericht is op het treffen van een ordemaatregel, zich niet leent voor het maatwerk dat het EHRM hier verlangt.

6.

Het beroep op [art. 3](#) van het VN Kinderrechtenverdrag leek al bij voorbaat kansloos. Immers, volgens art. 11 van dat verdrag dienen de staten die daarbij partij zijn maatregelen te nemen ter bestrijding van kinderontvoering. Blijkens het tweede lid behoort tot die maatregelen het toetreden tot verdragen op dit terrein, en daaruit volgt uiteraard de verplichting om die verdragen toe te passen. Zo bezien zijn het IVRK en het HKOV niet incompatibel. Toch is er wel een zekere spanning tussen een verdrag dat kennelijk gericht is op het belang van het kind in concreto (zie [art. 3 lid 1](#) IVRK) en een regeling waarin het belang van het kind geabstraheerd is tot de gedachte dat een ontvoerd kind in principe beter af is in het land van herkomst. Betoogd zou kunnen worden dat het HKOV ook ruimte laat voor een belangenafweging in concreto, en wel in de bepalingen die een afwijzing van het teruggeleidingsverzoek rechtvaardigen; vgl. H. Lenters, Internationale kinderontvoering, Deel I: inkomende zaken, FJR 2006, p. 220. Daar staat echter tegenover dat het HKOV de beoordeling van het kinderbelang in concreto nu juist wil overlaten aan de autoriteiten van het land van herkomst. Of het kind de facto beter af is in het land waar het sinds de ontvoering verblijft, is dan ook irrelevant (HR 20 januari 2006, [NJ 2006, 545](#)). De frictie tussen de beide verdragen laat zich wat mij betreft dus toch niet helemaal wegedeneren. Dat geldt trouwens ook voor de verhouding tussen het HKOV en het IVRK in situaties waarin de ontvoerende ouder en het kind — na teruggeleiding — als gevolg van migratierechtelijke problemen duurzaam van elkaar gescheiden dreigen te worden. [Artt. 9](#) en [10](#) IVRK geven het kind het recht 'to maintain personal relations and direct contacts with both parents on a regular basis', ook als het kind van (een van) zijn ouders gescheiden is of als zij in verschillende staten wonen. In gevallen waarin komt vast te staan dat de ontvoerende ouder de facto of de iure geen toegang zal kunnen krijgen tot het land van herkomst van het kind, zouden deze bepalingen een beroep op de 'ondraaglijke toestand' van [art. 13 lid 1](#) onder b HKOV misschien wél kunnen rechtvaardigen.

Th.M. de Boer

Copyright (C) Kluwer 2009

NJ 2008, 549