

Vertegenwoordigingsregelingen voor wilsonbekwamen in het Nederlandse recht in het licht van het VN-Gehandicaptenverdrag en het EVRM

Kees Blankman en Karen Vermariën¹

1. Inleiding

In de aanloop naar de ratificatie door Nederland van het VN Verdrag inzake de rechten van mensen met een handicap is een aantal vertegenwoordigingsregelingen voor wilsonbekwamen in het Familie- en het Gezondheidsrecht nader onderzocht op conformiteit met het VN-Verdrag. De opdracht tot dit onderzoek werd verstrekt door het College voor de Rechten van de mens, belast met de bevorderen, en monitoren van de uitvoering van dit mensenrechtenverdrag. Omdat de indruk bestond dat de uit het VN-Verdrag voortvloeiende normen zouden schuren met de normen die door het Europese Hof voor de Rechten van de Mens te Straatsburg zijn ontwikkeld, werd besloten ook de conformiteit met het EVRM in het onderzoek mee te nemen. Het onderzoek werd uitgevoerd door twee aan de Vrije Universiteit Amsterdam verbonden jurist-onderzoekers. In enkele maanden tijd werden zeven regelingen in het Nederlandse recht getoetst aan de normen die uit art. 12 van het VN-Verdrag voortvloeien. In het Familierecht betrof het de regelingen van de curatele, het beschermingsbewind en het mentorschap (hierna cbm). De gezondheidsrechtelijke regelingen inzake vertegenwoordiging van wilsonbekwame patiënten en cliënten die in het onderzoek werden betrokken, waren afkomstig uit de Wgbo, de Wet Bopz en de wetsvoorstellen Verplichte GGz en Zorg en dwang.²

Bij de uitkomsten van dit onderzoek passen twee kanttekeningen. De 'doelgroepen' van het VN-Verdrag en van de zeven regelingen komen niet naadloos overeen. Personen met een handicap zijn niet automatisch wilsonbekwaam, al gaat het bij toepassing van de Wgbo, de Wet Bopz en de voorgestelde regelingen ter vervanging van de Wet Bopz vaak om personen met een handicap in de zin van het verdrag. De cbm regelingen uit Boek 1 BW richten zich niet op meerderjarige personen met een handicap, maar op meerderjarigen of bijna meerderjarigen die – algemeen geformuleerd – vanwege hun geestelijke of lichamelijke toestand hun belangen niet goed zelf kunnen behartigen.

De tweede opmerking vooraf betreft de interpretatie van art. 12 van het VN-Verdrag dat centraal heeft gestaan in dit onderzoek. De interpretatie van dit artikel zoals door het VN-comité bij dit verdrag geformuleerd in een general comment, is door de onderzoekers niet overgenomen. Het VN-comité stelt zich op het standpunt dat systemen en wettelijke regelingen met plaatsvervangende besluitvorming niet meer zijn toegestaan. Uit art. 12 vloeit voort, zo stelt het comité, dat personen met een handicap te allen tijde handelingsbekwaam blijven en zelf beslissingen blijven nemen al dan niet met door ondersteuning door anderen (supported decision-making). Het overnemen van deze interpretatie zou impliceren dat de cbm regelingen die de handelingsbekwaamheid van de meerderjarige in meer of mindere mate beperken, niet meer zijn toegestaan. Veel wijst er op dat deze interpretatie niet door de opstellers van de tekst van art. 12 is bedoeld. Diverse bij het verdrag

¹ Kees Blankman is als universitair docent verbonden aan de Juridische Faculteit van de VU te Amsterdam; Karen Vermariën is werkzaam ... aan de Erasmus Universiteit Rotterdam en

² De afkortingen staan voor Wet inzake de Geneeskundige behandelingsovereenkomst, Wet Bijzondere opnemingen in psychiatrische ziekenhuizen en de wetsvoorstellen 32 399 (Verplichte GGz) en 31 996 (Zorg en dwang psychogeriatrische en verstandelijk gehandicapte cliënten) zoals de tekst luidt na de op 8 juli 2016 aan de Tweede Kamer aangeboden 2^e Nota van Wijziging, (*Kamerstukken II*, 2015/16, 32 399 nr. 25).

aangesloten staten, waaronder Nederland hebben bij de ratificatie van het verdrag dan ook op dit punt een voorbehoud gemaakt.³

In de paragrafen hieronder komen de belangrijkste uitkomsten en aanbevelingen van de onderzoekers aan de orde. Paragraaf 2 besteedt aandacht aan de 4 leden van art. 12 van het verdrag en twee algemene uitkomsten en aanbevelingen van het onderzoek. Hierna volgen twee paragrafen over de conformiteit van het VN-Verdrag met de cbm regelingen en met de vertegenwoordigingsregelingen in de vier onderzochte gezondheidsrechtelijke regelingen. De laatste twee paragrafen handelen over de normen die uit de EHRM jurisprudentie kunnen worden gedestilleerd en over de relatie tussen het VN-Verdrag en het EVRM tegen de achtergrond van de opvatting van het Hof van Justitie van de Europese Unie.

2. Art. 12, het leidend beginsel bij vertegenwoordiging en de niet-benoembaarheid van vertegenwoordigers

Uit de leden 1 en 2 van art. 12 volgt dat het hebben van een handicap op zich geen reden mag zijn om de handelingsbekwaamheid van een persoon te beperken. Op dat punt zijn de onderzochte regelingen niet in strijd met het VN-Verdrag. Waar sprake is van een niet door de persoon zelf benoemde vertegenwoordiger vloeit deze bevoegdheid tot vertegenwoordigen niet voort uit het feit dat de te vertegenwoordigen persoon een handicap heeft. De grond voor toekenning van deze bevoegdheid is dat de persoon niet in staat is tot een redelijke behartiging van zijn belangen ter zake, waarbij dit niet in staat zijn een gevolg kan zijn van een handicap. De cbm regelingen formuleren als grond voor een maatregel dat de persoon op grond van zijn lichamelijke of geestelijke toestand zijn belangen niet goed kan behartigen.⁴ Het derde lid verplicht de aangesloten staten om personen met een handicap te ondersteunen bij het uitoefenen van hun handelingsbekwaamheid. De voor het onderzoek belangrijkste bepaling is art. 12 lid 4 van het VN-Verdrag. Dit artikellid formuleert een aantal eisen waaraan maatregelen die 'relate to the exercise of legal capacity' moeten voldoen. Bij deze maatregelen kan het gaan om vormen van ondersteuning waardoor de persoon met de handicap zelf beslist, maar ook om maatregelen waarbij een vertegenwoordiger de beslissing neemt. De bevoegdheid tot vertegenwoordiging ontstaat soms rechtstreeks uit de wet (bijv. in de Wgbo), soms omdat de vertegenwoordiger door de persoon met de handicap is benoemd (volmacht of levenstestament) en soms omdat een rechter de vertegenwoordiger heeft benoemd (cbm regelingen). Er moeten effectieve waarborgen zijn om misbruik te voorkomen. Ook moet worden gewaarborgd dat bij deze maatregelen de rechten, wil en voorkeuren van de persoon met de handicap worden gerespecteerd, dat er geen sprake is van 'conflict of interest and undue influence'. Daarnaast vereist dit lid 4 dat de maatregelen proportioneel zijn en op maat, dat ze zo kort mogelijk worden toegepast en dat er een regelmatig toezicht is door een onafhankelijke instantie.

In de zeven onderzochte regelingen ontbreekt een expliciet criterium voor de vertegenwoordiger dat hij in acht moet nemen bij de invulling van zijn taak. De regeling van het mentorschap kent de zorg van een goed mentor en in de Wgbo is er de zorg van een goed vertegenwoordiger, maar een algemeen leidend beginsel ontbreekt.⁵ Uit art. 12 komt naar voren dat leidend moet zijn de rechten, wil en voorkeuren van de persoon die wordt vertegenwoordigd. Anders dan in het VN Verdrag inzake de rechten van het kind is hier niet gekozen voor het principe van de best interests. Het verdient aanbeveling in een algemene regeling op te nemen dat wie optreedt als vertegenwoordiger van een

³ Zie https://treaties.un.org/Pages/ViewDetails.aspx?src=TREATY&mtdsg_no=IV-15&chapter=4&clang=_en#EndDec

⁴ Zie de art. 1:378 lid 1, 431 lid 1 en 450 lid 1 BW.

⁵ Zie de art. 1:454 lid 1 en 7:465 lid 5 BW.

wilsonbekwame meerderjarige zich moet laten leiden door de rechten, wil en voorkeuren van die meerderjarige. Een tweede uitkomst die op alle regelingen betrekking heeft, is het uitsluiten van bepaalde personen om te worden benoemd tot vertegenwoordiger of om als vertegenwoordiger te kunnen optreden. In de cbm regelingen is te vinden dat wie failliet is gegaan, in principe niet tot curator of bewindvoerder kan worden benoemd en dat de behandelend hulpverlener niet tot mentor kan worden benoemd. Zie hierna onder paragraaf 3. Het wetsvoorstel Verplichte GGz (art. 1:3 leden 5 en 6) en sinds de 2^e Nota van Wijzigingen d.d. 8 juli 2016 het wetsvoorstel Zorg en dwang (art. 3 leden 4 en 5) formuleren beperkingen aan het kunnen optreden als vertegenwoordiger maar een algemene voor alle vertegenwoordigers geldende opsomming verdient volgens de onderzoekers de voorkeur.

3. Het VN-Verdrag en de cbm regelingen

De nadruk op de autonomie van de persoon met de handicap die ook blijkt uit de art. 3 en 4 van het verdrag gecombineerd met het accent op het ondersteunen van mensen met een handicap bij het uitoefenen van hun handelingsbekwaamheid betekent dat de cbm maatregelen pas toegepast mogen worden als minder ingrijpende voorzieningen niet de nodige bescherming en ondersteuning kunnen bieden. Dit principe van subsidiariteit is terug te vinden in art. 1:378 lid 1 BW (geen curatele als met een meer passende en minder verstrekkende maatregel kan worden volstaan) maar een dergelijke formulering ontbreekt bij de art. 1:431 (beschermingsbewind) en 450 BW (mentorschap). Voor de Nederlandse situatie betekent dit o.a. dat er meer aandacht zou moeten zijn voor het levenstestament en dat de voorkeur zou moeten uitgaan naar een door de persoon met de handicap zelf getroffen voorziening boven een door de rechter uitgesproken maatregel. Aan de eis van proportionaliteit is wel voldaan gelet op de mogelijkheid voor de rechter om bij een verzoek om een curatele na afwijzing van het verzoek ambtshalve een bewind of een mentorschap in te stellen (art. 1:432 lid 3 en 451 lid 3 BW). Het voorkomen van misbruik, van conflicterende belangen en van onbehoorlijke beïnvloeding lijkt gewaarborgd door het door de rechter uitgeoefende toezicht. Ook bepaalt de wet sinds 1 januari 2014 dat bepaalde personen niet tot curator, bewindvoerder of mentor benoemd kunnen worden. Men zie de art. 1:383 leden 5, 6 en 7, 435 leden 6 en 7 en 451 leden 6 en 7 BW, al valt hierbij op dat de bij de wetwijziging van 2014 ingevoerde kwaliteitseisen alleen gelden voor professionele curatoren, bewindvoerders en mentoren uit de familiekring. Wat betreft de kortst mogelijke termijn bevat de wet geen incentive voor rechters om te beslissen dat de maatregel een tijdelijk karakter heeft. En art. 1:389 lid 2 laatste volzin BW bepaalt ten onrechte dat de curatele in beginsel pas eindigt als de desbetreffende beschikking in kracht van gewijsde is gegaan.

Op het punt van bescherming op maat is bij de cbm regelingen sprake van non-conformiteit met het verdrag. Een belangrijk kenmerk van deze regelingen is het van rechtswege beperken of ontnemen van juridische bewegingsvrijheid. Een ondercuratelestelling leidt van rechtswege tot handelingsonbekwaamheid en instelling van een beschermingsbewind of een mentorschap resulteert eveneens automatisch in onbevoegdheid (art. 1:381 lid 2, 438 en 453 lid 1 BW). Voorstelbaar is dat voor sommige personen met een handicap die ook met ondersteuning niet in staat zijn zelf beslissingen te nemen, een vertegenwoordiger moet worden benoemd. Daarmee staat echter niet vast, hoewel de wetgever dat wel impliceert, dat het noodzakelijk is deze personen te beperken in wat het verdrag in art. 12 lid 3 formuleert als 'exercising their legal capacity'.

Ten aanzien van de maatregel van mentorschap bevelen de onderzoekers aan in de wet de formele onbevoegdheid van de gementoreerde te schrappen, met name omdat in de Wgbo en andere

gezondheidsrechtelijke wetten de gementoreerde pas als onbevoegd wordt beschouwd als hij ter zake wilsonbekwaam is.⁶

De regeling van het beschermingsbewind maakt mogelijk een bewind over een of meer van de goederen van de rechthebbende, maar in de praktijk wordt veelal een bewind over alle goederen uitgesproken. Vanuit het perspectief van het VN-Verdrag zou de autonomie van de rechthebbende een steviger regeling verdienen. Dit perspectief brengt ook met zich dat de mogelijkheden voor de rechthebbende om toestemming te geven of in staat te zijn om de rekening op te nemen nadrukkelijk(er) moeten worden beschermd en benut (art. 1:441 leden 2 aanhef en 5 en 445 lid 2 BW). Vanwege de verdragsnorm om pas in uiterste instantie over te gaan tot beperking van de bevoegdheid van de rechthebbende zou het passender zijn dat de onbevoegdheid niet van rechtswege ontstaat, maar door de rechter wordt uitgesproken indien en voor zover noodzakelijk.

Voor de regeling van de curatele zou in het licht van het VN-Verdrag eenzelfde terughoudendheid met het aantasten van de handelingsbekwaamheid geboden zijn. De onderzoekers bepleiten een mogelijke afschaffing van deze maatregel omdat met de combinatie van een mentorschap en een in het Curatele- en bewindregister vermeld beschermingsbewind een nagenoeg gelijke bescherming kan worden geboden als met een curatele.

Het maximaal honoreren van de autonomie van de persoon met de handicap betekent dat de door de rechter benoemde vertegenwoordiger de zelfredzaamheid van de persoon met de handicap zoveel als mogelijk dient te bevorderen en niet 'waar mogelijk' zoals geformuleerd in het Besluit kwaliteitseisen curatoren, bewindvoerders en mentoren, art. 4 leden 2 en 3.

4. Het VN-Verdrag en vier gezondheidsrechtelijke regelingen

In de regeling van de Wgbo lijkt in eerste instantie te zijn voldaan aan het uitgangspunt dat de autonomie van de persoon maximaal dient te worden gehonoreerd; art. 7:564 BW bepaalt dat de patiënt pas bij wilsonbekwaamheid onbevoegd wordt geacht zelf te beslissen. De beoordeling van wilsonbekwaamheid is echter niet geregeld waardoor toch het gevaar bestaat dat onvoldoende zorgvuldig wordt beslist tot wilsonbekwaamheid. De gevolgen zijn ingrijpend want na deze vaststelling verliezen verklaringen van de patiënt hun volledige rechtskracht en wordt onder omstandigheden dwangbehandeling mogelijk. Een degelijke waarborg voor beperking van de handelingsbekwaamheid van de patiënt ontbreekt en de regeling van de Wgbo is op dit punt disproportioneel in de zin van art. 12 lid 4 van het VN-Verdrag. De Wgbo kent naast door de rechter benoemde vertegenwoordigers ook de gevolmachtigden en de onbenoemde vertegenwoordigers uit de familiekring. In een regelmatig toezicht is echter niet voorzien. Een punt van nader onderzoek en afweging is of aan familieleden die optreden als vertegenwoordiger, dezelfde eisen gesteld zouden moeten worden als aan professionele vertegenwoordigers. Ook dringt de vraag zich op of in het geval een volmachtgever in een levenstestament geen prijs stelt op een vorm van toezicht op de gevolmachtigde die bij zijn wilsonbekwaamheid bevoegd is namens hem beslissingen te nemen, niettemin op grond van art. 12 lid 4 verlangd kan worden dat in het levenstestament een vorm van toezicht is opgenomen.

De Wet Bopz blijkt in de regeling van de onvrijwillige opname onvoldoende recht te doen aan de autonomie van de patiënt die bereid is te worden opgenomen in een psychiatrisch ziekenhuis. Art. 2

⁶ Art. 1:453 lid 1 BW gaat uit van onbevoegdheid, maar uit art. 7:465 lid 2 BW (Wgbo), art. 38 lid 2 en 38a lid 4 Wet Bopz, art. 1:3 lid 3 Wetsvoorstel Verplichte GGz (32 399, nr. 2) en art. 3 lid 2 Wetsvoorstel Zorg en dwang (31 996, tekst na 8 juli 2016) blijkt dat een wilsbekwaam patiënt zelf mag beslissen ook als hij een mentor of curator heeft.

lid 3 onder b vereist in een dergelijk geval dat ook de mentor of curator akkoord gaat met deze opnemings; deze toestemmingseis die niet is gerelateerd aan wilsonbekwaamheid van de patiënt, doet geen recht aan de autonomie van de patiënt die bereid is te worden opgenomen. Van regelingen binnen de Wet Bopz die de eigen regie van de patiënt honoreren, zoals het eigen verzoek om een machtiging en de zelfbindingsverklaring (art. 32 en 34a), wordt weinig gebruik gemaakt. En voor de voorwaardelijke machtiging geldt op grond van art. 14a lid 2 onder b dat deze niet kan worden toegepast buiten de reguliere psychiatrie. In de toepassing van de klachtregeling van de Wet Bopz wordt wel recht gedaan aan de autonomie van de patiënt doordat de vertegenwoordiger niet-ontvankelijk wordt verklaard in zijn Bopz-klacht indien de patiënt ter zake wilsonbekwaam is en geen klacht indient.

De twee wetsvoorstellen die de Wet Bopz gaan vervangen ademen meer de geest van het verdrag, al lijkt op één punt de autonomie van de patiënt iets meer te worden aangetast. Art. 7:2 lid 3 wetsvoorstel Verplichte GGz en art. 31 wetsvoorstel Zorg en dwang maken het mogelijk dat geen advocaat wordt toegevoegd indien de vertegenwoordiger bedenkingen heeft tegen de toevoeging. Art. 3 lid 3 Wet Bopz kent deze bevoegdheid van de vertegenwoordiger niet.

Het wetsvoorstel Verplichte GGz geeft de zelfbindingsverklaring en de eigen wensen t.a.v. behandeling een meer centrale plaats. Opvallend is dat de kring van onbenoemde vertegenwoordigers uit de familiekring ten opzichte van de Wgbo is uitgebreid met kleinkind en grootouder (art. 1:3 lid 3 onder b). Positief te waarderen is dat wilsonbekwaamheid na vaststelling daarvan, nadrukkelijk schriftelijk wordt vastgelegd. Daarbij introduceert dit wetsvoorstel in art. 1:3 lid 4 de verplichting voor de zorgaanbieder om een mentorschap te verzoeken aan de rechter indien de wilsonbekwame patiënt geen vertegenwoordiger heeft.

Het wetsvoorstel Zorg en dwang kent eveneens de expliciete vermelding in het zorgdossier van een vastgestelde wilsonbekwaamheid. Art. 3 lid 2 verwijst daarbij naar gangbare richtlijnen voor deze vaststelling en bepaalt dat deze vaststelling door een onafhankelijk arts dient te geschieden. Het wetsvoorstel verplicht de zorgaanbieder om voor de cliënt die geen vertegenwoordiger heeft, bij de rechter een verzoek tot instelling van een mentorschap in te dienen. Dit zou kunnen leiden tot mentorschappen voor cliënten die geen mentor nodig hebben, maar verwacht mag worden dat de rechter in dergelijke situaties het verzoek zal afwijzen. Bij het streven naar toestemming met het zorgplan voor de cliënt bepaalt art. 7 lid 3 dat de zorgverantwoordelijke zoveel als mogelijk rekening houdt met de wensen en voorkeuren van de cliënt. Voor deze formulering 'zoveel als mogelijk' geldt dat gelet op de uit het VN-Verdrag voortvloeiende normen een meer stellige redactie gewenst is.

5. EVRM en rechten van mensen met een handicap

Op het EVRM is regelmatig een beroep gedaan om de rechten van mensen met een handicap bij beschermingsmaatregelen te waarborgen. Interessante bepalingen in dit licht zijn met name de artikelen 6, 8 en 14 EVRM.⁷ Op bepaalde punten lijkt de Nederlandse wetgeving nog op gespannen voet te staan met deze bepalingen van het EVRM.

Zo gaf het EHRM in de zaak Shtukaturov tegen Rusland in het kader van artikel 6 EVRM aan dat de participatie van een geestesziek persoon in zaken betreffende diens persoon in beginsel noodzakelijk

⁷ Opgemerkt zij dat artikel 14 EVRM op grond van het EVRM geen zelfstandig recht vormt. Op artikel 1 van het door Nederland geratificeerde 12^{de} Protocol kan wel een zelfstandig beroep worden gedaan, waardoor het gelijkheidsbeginsel met de komst van dit Protocol een sterkere juridische basis heeft gekregen. Rechtspraak op dit punt is nog beperkt; zie ook R.J. Blauwhoff, *Commentaar op Verdrag tot bescherming van de rechten van de mens en de fundamentele vrijheden art. 14*, Commentaar Relatierecht.

was.⁸ En in de zaak D.D. tegen Litouwen overwoog het EHRM: “*there is no indication that at that moment in time the applicant was suffering from an incapacity of such a degree that her personal participation in the proceedings would have been meaningless.*”⁹

Deze uitspraak van het EHRM lijkt te impliceren dat slechts bij wijze van uitzondering mag worden afgezien van het horen van de (gedeeltelijk) wilsonbekwame, namelijk indien diens deelname zinloos (*‘meaningless’*) zou zijn. De Nederlandse wetgeving maakt het juist mogelijk af te zien van het horen van een betrokkene, wanneer dit van ‘ondergeschikt belang’ zou zijn.¹⁰ Deze omschrijving lijkt meer ruimte te laten tot het achterwege laten van het horen van een betrokkene. De Aanbevelingen zoals opgesteld door het LOVCK¹¹ manen tot terughoudendheid, maar een expliciete regeling vanuit de wetgever lijkt op zijn plaats, gezien de hiermee gemoeid zijnde belangen.

Artikel 8 EVRM beschermt tegen ongevraagde overheidsbemoeienis. In het kader van het subsidiariteits- en het proportionaliteitsbeginsel dient te worden volstaan met een maatregel die niet verder gaat dan noodzakelijk. Interessant op dit punt is dat de rechter de mogelijkheid heeft een beschermingsbewind uit te spreken over slechts enkele goederen van een betrokkene.¹² In een meerderheid van de gevallen wordt het beschermingsbewind desondanks uitgesproken over alle huidige en toekomstige goederen. De cbm regelingen maken het verder mogelijk deze voor een bepaalde tijd uit te spreken.¹³ Het EHRM maakt van de mogelijkheid van beperking in tijd expliciet gewag in zijn overwegingen.¹⁴

Beschermingsmaatregelen worden echter vaak nog voor een onbepaalde tijd uitgesproken. Gezien artikel 8 EVRM doemt de vraag op of deze beperkingen niet eerder regel dan uitzondering zouden moeten zijn. Eveneens in het kader van artikel 8 EVRM kan de vraag gesteld worden of vaak genoeg teruggegrepen wordt op overige beschermingsmogelijkheden. Denk hierbij aan de mogelijkheid om een onder invloed van een geestelijke stoornis verrichte rechtshandeling te vernietigen op grond van artikel 3:34 BW en de mogelijkheid tot vertegenwoordiging via een volmacht middels artikel 3:60 e.v. BW. Dergelijke beschermingsmogelijkheden maken het voor de rechter mogelijk om te oordelen dat een beschermingsmaatregel niet noodzakelijk is. Of er daadwerkelijk optimaal gebruik wordt gemaakt van de mogelijkheden tot het creëren van een ‘tailor-made response’ laat zich aanzien. Zonder nader onderzoek is hier geen eenduidig antwoord op te geven.

Het Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering merkt bepaalde familieleden aan als belanghebbenden, hetgeen momenteel met zich brengt dat zij – eventueel tegen de wensen van de betrokkenen in - op de hoogte zullen worden gesteld van een aanhangig verzoek tot het instellen van een beschermingsmaatregel.¹⁵ Dit gegeven knelt met artikel 8 EVRM en het recht op privacy. Er is in beginsel geen ruimte gelaten per geval te bezien of het belang dat betrokkene heeft bij het niet inlichten van zijn familieleden wellicht zwaarder weegt dan het belang van de familieleden om ingelicht te worden. Een ander heikel punt in het kader van artikel 8 EVRM vormt het Curatele- en Bewindregister.¹⁶ Hoewel het bijhouden van een dergelijk register in het belang wordt geacht van een vlot functionerende rechtspraktijk, is het de vraag of dit doel noodzakelijkerwijs op deze wijze dient te moeten worden

⁸ EHRM 27 maart 2008, 44009/05 (*Shtukurov t. Rusland*).

⁹ EHRM 14 februari 2012, 13469/06 (*D.D. t. Litouwen*), par. 120 en 122.

¹⁰ Zie o.a. artikel 800 en 809 Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering.

¹¹ De Aanbevelingen curatele, beschermingsbewind en mentorschap, vastgesteld door het Landelijk Overleg Vakinhoud Civiel en Kanton (LOVCK) op 8 juni 2015, te raadplegen via www.rechtspraak.nl. formuleren alle drie dat horen van de betrokkene uitgangspunt is.

¹² Zie artikel 1:431 BW.

¹³ Zie de artikelen 1:389 lid 1, 1:449 lid 1 en 1:462 lid 1 BW.

¹⁴ Zie hiervoor bijvoorbeeld EHRM 17 januari 2012, 36760/06 (*Stanev t. Bulgarije*), par. 240.

¹⁵ Zie artikel 798 en 799 Rv.

¹⁶ Ingesteld per 1 januari 2014 bij Besluit van 18 december 2013, Stb. 2013, 588. Inschrijving in dit register is niet bij alle uitgesproken beschermingsmaatregelen verplicht gesteld. Zie hiertoe o.a. de artikelen 1:390, 1:391, 1:431 en 1:436 BW.

nagestreefd. Indien iemand wilsonbekwaam is ten tijde van het verrichten van een rechtshandeling is deze handeling ook vernietigbaar.¹⁷ De rechtspraktijk verloopt hierdoor niet noodzakelijkerwijs minder 'vlot'. Een handelende partij is op basis hiervan immers altijd gehouden zich ervan te vergewissen dat iemand ter zake wilsbekwaam is.

6. Het HvJ EU en de (door)werking van het VN-Verdrag

Eind 2010 is de Europese Unie tot het VN-Verdrag toegetreden op basis van artikel 44 van dit verdrag. Lidstaten zijn door deze toetreding direct aan het VN-Verdrag gebonden.¹⁸ De EU is aangesloten bij het VN-Verdrag, maar nog niet bij het EVRM. Dit terwijl de intentie tot aansluiting staat opgenomen in het Verdrag betreffende de Europese Unie (VEU).¹⁹

Het Hof van Justitie van de Europese Unie (hierna: HvJ EU) heeft zich op 18 maart 2014 uitgelaten over de rechtstreekse werking van het VN-Verdrag.²⁰ Wil hiervan sprake zijn dan dienen de voor de toetsing aangevoerde bepalingen onvoorwaardelijk en voldoende nauwkeurig te zijn.²¹ Hieraan is voldaan indien de betreffende verdragsbepaling een duidelijke en nauwkeurig omschreven verplichting bevat, voor de uitvoering of werking waarvan geen verdere handeling is vereist.

Het HvJ EU overweegt dat de bepalingen van het VN-Verdrag inhoudelijk niet onvoorwaardelijk en voldoende nauwkeurig zijn en dus geen directe werking in het Unierecht hebben. Het HvJ EU baseert zich daarbij met name op artikel 4 van het VN-Verdrag dat staten de verplichting oplegt tot het nemen van alle relevante maatregelen voor de tenuitvoerlegging van de in het verdrag erkende rechten. Het HvJ EU concludeert dat de uitvoering van het verdrag verdere handelingen van de partijen vergt. Doordat deze bijkomende handelingen vereist zijn, wordt geconcludeerd dat rechtstreekse werking ontbreekt.

De criteria die de Nederlandse rechter dient te hanteren om te beoordelen of een internationale verdragsbepaling rechtstreekse werking heeft, zijn vergelijkbaar met de criteria die het HvJ EU hanteert.²² Een zekere reflexwerking van de uitspraak van het HvJ EU lijkt dan ook niet uitgesloten.²³ Uit de grondwetsystematiek en de uitspraken van de Hoge Raad volgt echter dat in beginsel per artikel bezien zal moeten worden of aan de bepaling rechtstreekse werking toekomt.²⁴

De Nederlandse regering heeft daarnaast expliciet erkend dat het VN-Verdrag naar haar mening wel degelijk enkele rechtstreeks werkende bepalingen bevat.²⁵ De overige bepalingen (waaronder artikel 12) worden door de regering onvoldoende nauwkeurig of concreet bevonden om daar rechtstreekse werking aan toe te kennen. De regering verwijst bij haar overwegingen expliciet naar het arrest van het HvJ EU van 18 maart 2014.²⁶ Toetsing aan de artikelen 93 en 94 Gw door de rechter zal moeten uitwijzen of aan artikel 12 VN-Verdrag rechtstreekse werking toekomt. Het enkele feit dat verdere wetgeving nodig zal zijn

¹⁷ Met name relevant in dit kader is artikel 3:34 BW.

¹⁸ Vergelijk artikel 216 VWEU.

¹⁹ Zie artikel 6 lid 2 Verdrag VEU. Protocol nummer 14 is intussen opgesteld en in werking getreden op 1 juni 2010. Vanaf deze datum is de toetreding van de EU juridisch mogelijk gemaakt. De procedure tot toetreding heeft onder andere vertraging opgelopen door een negatief advies vanuit de zijde van het HvJ EU. Zie advies 2/13, 18 december 2014.

²⁰ Hof van Justitie van de Europese Unie 18 maart 2014, EUR C-363-12

²¹ Zie ook HvJ EU 21 december 2011, C366/ 10 (*Air Transport of America e.a.*), punt 54.

²² Vergelijk artikelen 93 en 94 Gw.

²³ C. Forder, *Personen en Familierecht Updates commentaar*, 2014-0070

²⁴ HR 30 mei 1986, NJ 1986, 688 (Stakingsrecht), r.o. 3.2.

²⁵ *Kamerstukken II 2014-2015*, 33992 (R2034), nr. 6, p. 3 (NV II).

²⁶ *Kamerstukken II 2014-2015*, 33992 (R2034), nr. 6, p. 4 (NV II).

om nauwkeurig te kunnen vastleggen wat de exacte implicaties zullen zijn van artikel 12 VN-Verdrag hoeft niet noodzakelijkerwijs te betekenen dat hier geen rechtstreekse werking aan toekomt.²⁷

Zou de rechter aan artikel 12 VN-Verdrag rechtstreekse werking toekennen, dan zal deze bepaling cumuleren met de bescherming geboden door het EVRM. De bepaling die de meeste bescherming biedt, gaat voor. Komt aan dit artikel echter geen rechtstreekse werking toe, dan kan het artikel gebruikt worden ter 'inkleuring' van andere bepalingen. Zo maakte het Hof Leeuwarden al een opmerking over de notie uit dit artikel²⁸ en ook het EHRM heeft in zijn uitspraken regelmatig verwezen naar het VN-Verdrag.²⁹ Bepalingen uit het EVRM dienen geïnterpreteerd te worden in het licht van de huidige omstandigheden. Het EHRM verwijst expliciet naar het VN-Verdrag bij zijn conclusie dat er sprake is van een Europese en zelfs wereldwijde consensus.³⁰ Zouden lidstaten zich daadwerkelijk conformeren aan het doel en de strekking van het VN-Verdrag, dan zullen zij er constant naar moeten streven mensen met een handicap zoveel mogelijk autonomie toe te kennen en hun zelfbeschikkingsrecht voorop te stellen. Alleszins aannemelijk is dan ook dat het EHRM deze tendens meer en meer zal benadrukken en derhalve het VN-Verdrag zal gebruiken ter ondersteuning en invulling van zijn uitspraken.

²⁷ Vergelijk ABRvS 5 december 2007, AB 2008, 35 (SGP – bestuursrechtelijk); D.J. Elzinga, R. de Lange, en H.G. Hoogers, *Van der Pot, Handboek van het Nederlandse Staatsrecht*, Deventer: Kluwer 2013, p. 724.

²⁸ Hof Leeuwarden 13 april 2010, L/N BM1464, r.o. 5.

²⁹ Zie bijvoorbeeld EHRM 17 januari 2012, 36760/06 (*Stanev t. Bulgarije*), par. 244 en EHRM 20 mei 2010, 38832/06 (*Alajos Kiss t. Hongarije*), par. 44.

³⁰ EHRM 30 april 2009, 13444/04 (*Glor t. Zwitserland*), par. 53.