



Universiteit
Leiden
The Netherlands

Legitimiteit en rechtswaarborgen bij gesloten plaatsingen van kinderen: de externe rechtspositie van kinderen in gesloten jeugdhulp gezien vanuit kinder- en mensenrechten

Kruijf, M.P.

Citation

Kruijf, M. P. (2019, March 7). *Legitimiteit en rechtswaarborgen bij gesloten plaatsingen van kinderen: de externe rechtspositie van kinderen in gesloten jeugdhulp gezien vanuit kinder- en mensenrechten*. Retrieved from <https://hdl.handle.net/1887/69767>

Version: Not Applicable (or Unknown)

License: [Licence agreement concerning inclusion of doctoral thesis in the Institutional Repository of the University of Leiden](#)

Downloaded from: <https://hdl.handle.net/1887/69767>

Note: To cite this publication please use the final published version (if applicable).

Cover Page



Universiteit Leiden



The following handle holds various files of this Leiden University dissertation:

<http://hdl.handle.net/1887/69767>

Author: Kruijf, M.P. de

Title: Legitimiteit en rechtswaarborgen bij gesloten plaatsingen van kinderen: de externe rechtspositie van kinderen in gesloten jeugdhulp gezien vanuit kinder- en mensenrechten

Issue Date: 2019-03-07

6 | Tien jaar rechterlijke toetsing (2008-2017) van formele criteria voor een gesloten uithuisplaatsing

‘Nou, het was denk ik twee, drie weken voordat die zitting was zei m’n gezinsvoogd tegen me “dan en dan is de zitting, want ik ga een aanvraag doen voor een gesloten machtiging”. Ik zei “dat is prima, zeg maar vast dat ik niet kom”. Toen moest ik een brief schrijven waarom ik niet zou komen. Dat heb ik gedaan, en opgestuurd naar m’n gezinsvoogd. En ik dacht “die geeft het wel ergens af”. En nadat de uitspraak was gedaan had ik niets meer van m’n gezinsvoogd vernomen. Toen was ik op school en ik werd opgehaald door twee politieagenten. Ik dacht “dat is vast voor iets wat ik nog heb openstaan, ik heb iets geflikt en daar zijn ze achter gekomen”. Maar toen zeiden ze “je wordt gesloten geplaatst”. Ik zei “ik wordt gesloten geplaatst?”. Dat vond ik apart. Toen ik hier terecht was gekomen zei m’n gezinsvoogd “dat hebben we gedaan zodat je niet weg zou lopen, als we het jou van tevoren zouden hebben verteld dat je gesloten moest zou je sowieso de benen nemen”.’

Interview met een 13-jarig meisje dat gesloten is geplaatst

6.1 INLEIDING

De wijze waarop invulling wordt gegeven aan de waarborgen en rechtsbescherming waarmee de rechtspositie van de jeugdige voor wie om een machtiging gesloten jeugdhulp wordt verzocht, staat in dit hoofdstuk centraal. De procedurele waarborgen waarmee de rechtspositie van de jeugdige zijn bekleed, vormen naast ‘noodzaak’ en ‘doelmatigheid’ de derde bouwsteen van deze studie naar de rechtmatigheid van beslissingen die leiden tot gesloten jeugdhulp. Zoals gezegd is het doel van deze studie om te onderzoeken in hoeverre de beslissingen tot plaatsing van jeugdigen in gesloten accommodaties voor jeugdhulp in Nederland rechtmatig zijn in het licht van het Europese en internationale juridische kader van kinder- en mensenrechten. De formele vereisten geven invulling aan de rechtswaarborgen voor de jeugdige, zoals bijvoorbeeld de instemmingsverklaring van de gedragswetenschapper. Dit hoofdstuk focust zich op de vraag hoe in de rechtspraktijk wordt getoetst aan de formele vereisten die de wet stelt aan de beslissing tot een gesloten plaatsing. Immers, het is de kinderrechter die de procesorde bewaakt.¹ In het verlengde daarvan wordt de vraag gesteld welke knelpunten ten aanzien van

1 Hof Leeuwarden 19 juli 2011, ECLI:NL:GHLEE:2011:BR2401, *JPF* 2011/142, r.o. 6.2.

de (implementatie van de) Wet op de jeugdzorg en later de Jeugdwet gesignaleerd kunnen worden.²

6.2 HET INGRIJPENDE KARAKTER VAN DE MAATREGEL IN RELATIE TOT DE PROCEDURELE WAARBORGEN

De minderjarige wordt bij een gesloten uithuisplaatsing van zijn vrijheid beroofd. Vanwege het ingrijpende karakter van deze maatregel ligt het voor de hand te veronderstellen dat rechters de procedurele waarborgen zullen handhaven. Dit was bijvoorbeeld het geval bij een uitspraak van het Hof Arnhem uit 2008. Het hof vernietigde de beschikking van de rechtbank waarbij het verzoek tot verlenging gesloten plaatsing niet aan de jeugdige en zijn advocaat was verstrekt en het beginsel van hoor- en wederhoor was geschon- den. Gelet op het ingrijpende karakter van vrijheidsbeneming was dit onaan- vaardbaar.³

De meest in het oog springende rechtswaarborgen voor de jeugdige, met name in een vergelijking met de rechtspositie van minderjarigen die op grond van art. 1:265b BW uit huis geplaatst worden, zijn dat de jeugdige voor wie om een machtiging gesloten jeugdhulp wordt verzocht een raadsman krijgt toegewezen, wordt onderzocht door een gekwalificeerde gedragswetenschapper en zelfstandig in hoger beroep kan gaan tegen een beslissing van de kinder- rechter. Deze laatste waarborg vloeit voort uit de zelfstandige procespositie van de jeugdige vanaf twaalf jaar en ouder die met gesloten jeugdhulp in aanraking komt (art. 6.1.1 lid 2 Jw).

Leeswijzer

Hierna worden de waarborgen die volgen uit de wet één voor één besproken, waarbij de volgorde van de regeling gesloten jeugdhulp zoveel mogelijk wordt aangehouden. Allereerst komt de procespositie van de jeugdige aan bod, gevolgd door een verhandeling over de raadsman van de jeugdige en de eventuele rol die is weggelegd voor een bijzondere curator. Vervolgens worden twee rechtswaarborgen besproken die in nauwe relatie tot elkaar staan: (1) er moet een specifieke machtiging zijn verstrekt (2) door de kinderrechter. In de paragrafen 6, 7 en 8 komen de vereisten van de verleningsbeslissing, de

2 Overigens moet het verschil tussen beide regelingen niet te zwaar worden aangezet. De wetgever heeft de regeling voor gesloten jeugdhulp niet inhoudelijk willen aanpassen bij de overgang van de Wet op de jeugdzorg naar de Jeugdwet. Die werd ook bevestigd door de Rechtbank Rotterdam die aangaf dat de jurisprudentie die is gevormd ten aanzien van het destijds vigerende art. 29a van de Wet op de jeugdzorg over de toepasselijkheid van de gesloten jeugdhulp voor jeugdigen in de leeftijd tot 21 jaar, onverkort geldt. (Rb. Rotterdam 10 april 2015, ECLI:NL:RBROT:2015:2550; Rb. Rotterdam 29 april 2015, ECLI:NL:RBROT:2015:3234, PFR-Updates.nl 2015-0166).

3 Hof Arnhem 11 november 2008, ECLI:NL:GHARN:2008:BG4847.

instemmingsverklaring van de gedragswetenschapper en het recht om gehoord te worden, aan bod. In paragraaf 9 wordt kort ingegaan op de rechtswaarborgen bij de spoedmachtiging; in paragraaf 10 staat de rechtsbescherming van de jeugdige bij de voorwaardelijke machtiging centraal. In paragraaf 11 wordt aandacht besteed aan enkele rechtswaarborgen die hiervoor niet aan bod zijn gekomen. Paragraaf 12 handelt over het recht op compensatie wegens onrechtmatige vrijheidsberoving, een waarborg die niet in de regeling gesloten jeugdhulp is opgenomen, maar wel past binnen de kaders van dit hoofdstuk. In de laatste paragraaf ten slotte, worden alle rechtswaarborgen in samenhang beschouwd.

6.3 DE JEUGDIGE IS BEKWAAM OM IN RECHTE OP TE TREDEN

Een minderjarige van twaalf jaar en ouder die te maken krijgt met een verzoek tot een machtiging gesloten jeugdhulp is bekwaam om in en buiten⁴ rechte op te treden. Hetzelfde geldt indien de minderjarige de leeftijd van twaalf jaar nog niet heeft bereikt, maar in staat kan worden geacht tot een redelijke waardering van zijn belangen ter zake. Andere minderjarigen jonger dan twaalf jaar zijn niet procesbekwaam.

De procesbekwaamheid voor bovengenoemde groep jeugdigen heeft onder andere tot gevolg dat een minderjarige zelf in hoger beroep kan gaan tegen de beslissing van de kinderrechter (art. 6.1.12 lid 7 Jw). Uit onderzoek blijkt dat in de meeste gevallen het hoger beroep wordt aangespannen door de jeugdige zelf.⁵ Van dit recht kan nog steeds gebruik worden gemaakt als de jeugdige alweer in vrijheid is gesteld, zo volgt uit de uitspraak *S.T.S. t. Nederland* van het Europees Hof⁶ en de doorwerking van deze uitspraak in de Nederlandse rechtsorde.⁷ Deze ontwikkeling in de rechtspraak die in eerste instantie zag op de rechtspositie van jeugdigen in gesloten jeugdzorg, heeft

4 Het is niet geheel duidelijk wat bedoeld wordt met 'buiten rechte'. Mogelijk wordt hiermee bedoeld dat de jeugdige een serieuze (gespreks)partij is, ook als er kwesties rond de gesloten plaatsing buiten de juridische procedure aan de orde zijn zoals bijvoorbeeld een overleg met de school of met hulpverleners buiten de gesloten instelling.

5 De Jong-de Kruijf & Van der Zon 2015, p. 299.

6 EHRM 24 mei 2011, appl. nr. 277/05 (*S.T.S. t. Nederland*), NJ 2012, 207, m.nt. T.M. Schalken.

7 HR 24 juni 2011, ECLI:NL:HR:2011:BQ2292, NJ 2011, 390, m.nt. S.F.M. Wortmann. Deze uitspraken hadden in eerste instantie slechts betrekking op jongeren die geplaatst werden met een gesloten machtiging, later is deze lijn doorgetrokken naar gewone uithuisplaatsingen. Als een ouder opkomt tegen een uithuisplaatsing van een minderjarig kind, heeft deze ouder een rechtens relevant belang om de rechtmatigheid van de uithuisplaatsing te laten toetsen (HR 14 oktober 2011, ECLI:NR:HR:2011:BR5151, NJ 2011, 596, m.nt. S.F.M. Wortmann; zie ook HR 25 mei 2012, ECLI:NL:HR:2012:BV9538 waarbij het draait om een aanwijzing door Bureau jeugdzorg aan ouders waarbij de omgang is ingetrokken. Ook in deze gevallen is sprake van belang bij toetsing van de rechtmatigheid van die aanwijzing.)

als een katalysator gewerkt voor meer mogelijkheden om de rechtmatigheid van andere kindbeschermingsmaatregelen te laten toetsen.

Vanwege de procesbekwaamheid van de jeugdige is in het Procesreglement familie- en jeugdrechtbanken vastgelegd dat in zaken die betrekking hebben op de toepassing van hoofdstuk 6 van de Jeugdwet (gesloten jeugdhulp), de minderjarige van twaalf jaar of ouder alsmede de minderjarige jonger dan twaalf jaar die in staat kan worden geacht tot een redelijke waardering van zijn belangen steeds een eigen kopie van het verzoekschrift met alle bijlagen ontvangt.⁸ (par. 2.2, p. 49). Ook zendt de griffier een afschrift van de beschikking aan de jeugdige van 12 jaar en ouder (art. 6.1.11 Jw). Uit de gepubliceerde jurisprudentie valt op te maken dat een jeugdige ontvankelijk is in een verzoek tot schorsing van de beschikking waarbij een machtiging gesloten jeugdhulp is verleend.⁹ Het Hof Amsterdam verklaarde een minderjarige ontvankelijk in een verzoek om haar onmiddellijke invrijheidstelling te bevelen door middel van een voorlopige voorziening (art. 233 Rv).¹⁰

Het uitgangspunt van gehele procesbekwaamheid vormt een uitzondering op de algemene processuele onbekwaamheid van de minderjarigen in civiele procedures en geldt alleen ten aanzien van jeugdigen voor wie om een gesloten machtiging wordt verzocht.¹¹ Zo laat de bestudeerde rechtspraak zien dat een beroep op de procesbekwaamheid van minderjarigen in een gesloten jeugdhulp procedure door minderjarigen die hoger beroep instelden tegen een reguliere machtiging uithuisplaatsing, niet werd gehonoreerd.¹²

8 *Stcrt.* 2016, nr. 14478, p. 49, par. 2.2.

9 Hof Arnhem-Leeuwarden 9 februari 2016, ECLI:NL:GHARL:2016:940. Op 31 maart 2015 heeft het Keurmerkinstuut de Stichting alsnog gecertificeerd.

10 Hof Amsterdam 24 maart 2015, ECLI:NL:GHAMS:2015:1048.

11 Art. 1:245 lid 4 BW schrijft voor dat de minderjarige in rechte wordt vertegenwoordigd door degene onder wiens gezag hij staat. Enkele wettelijke uitzonderingen hierop zijn art. 1:234 lid 3 BW, art. 1:261 lid 2 BW (de minderjarige kan een verzoek doen tot opheffing van de ondertoezichtstelling), art. 1:262b BW (geschillen over de uitvoering van de ondertoezichtstelling) en art. 1:265d BW (verzoek om intrekking machtiging uithuisplaatsing).

12 Hof Leeuwarden 12 maart 2008, ECLI:NL:GHLEE:2008:BC6644, *JPF* 2008/100 m.nt. P. Vlaardingerbroek (de minderjarige is niet-ontvankelijk in hoger beroep, art. 358 Rv biedt evenmin een zelfstandige rechtsingang aan een minderjarige); Rb. Haarlem 30 januari 2009, ECLI:NL:RBHAA:2009:BH2849. (de beperkende maatregelen voor de gesloten jeugdzorg gelden tot 1 januari 2010 niet bij de instelling Glenn Mills); Hof 's-Gravenhage 18 februari 2009, ECLI:NL:GHSGR:2009:BH5453. (vanwege het aanvullende karakter van de latere beschikking betreffende machtiging gesloten plaatsing is er nog steeds belang bij appel tegen de bestreden beschikking betreffende een machtiging plaatsing bij een pleeggezin); Hof 's-Gravenhage 22 oktober 2010, ECLI:NL:GHSGR:2010:BU1381 (de minderjarige is niet-ontvankelijk in hoger beroep); Hof 's-Gravenhage 3 mei 2011, ECLI:NL:GHSGR:2011:BQ3574, *JPF* 2008/100 m.nt. P. Vlaardingerbroek; Hof 's-Gravenhage 15 juni 2011, ECLI:NL:GHSGR:2011:BQ9806 (de minderjarige is niet-ontvankelijk in hoger beroep); Hof 's-Gravenhage 6 juli 2011, ECLI:NL:GHSGR:2011:BR0638 (aan art. 1: 245 lid 4 (oud) BW, dat bepaalt dat de ouder met gezag de minderjarige vertegenwoordigt in burgerlijke handelingen, zowel in als buiten rechte, kan geen recht op hoger beroep worden ontleend); Hof Amsterdam 30 augustus 2016, ECLI:NL:GHAMS:2016:3563, *JPF* 2016/150 (de minderjarige is niet-ontvankelijk in hoger beroep);

Bekwaamheid en autonomie

De waarborg om te participeren als volwaardige procespartij moet niet worden verward met de autonomie van de jeugdige om te bepalen waar hij verblijft.¹³ In de Wet op de jeugdzorg stond nog letterlijk dat de kinderrechter een machtiging afgeeft ongeacht of de jeugdige daarmee instemt (art. 29b lid 1 (oud) Wjz). Ook onder de Jeugdwet geldt onverkort het uitgangspunt dat de jeugdige niet vrij is om de gesloten accommodatie te verlaten wanneer hij zich niet langer in de vrijheidsontneming kan vinden.¹⁴

In art. 7.3.4 lid 1 Jw is bepaald dat voor het verlenen van jeugdhulp toestemming van de betrokkene is vereist, tenzij het jeugdhulp betreft in het kader van een machtiging gesloten jeugdhulp, een spoedmachtiging gesloten jeugdhulp, een kinderbeschermingsmaatregel of jeugdreclassering. Vlaardingerbroek benadrukt dat ook in die gevallen waarin de jeugdige instemt met gedwongen behandeling, steeds sprake is van een gesloten verblijf.¹⁵ De bestudeerde jurisprudentie laat overigens zien dat kinderrechters in de meeste gevallen in de beschikking optekenen hoe de jeugdige aankijkt tegen het verzoek om een machtiging gesloten jeugdhulp. Ter illustratie: het Hof Den Haag tekent in een beschikking aan 'dat het gegeven dat de minderjarige het onrechtvaardig vindt dat hij in een gesloten inrichting moet verblijven niet leidt tot een ander oordeel'.¹⁶ Het is mijns inziens verstandig om een *commitment* van de jeugdige in dit opzicht op te nemen in de beschikking, gelet op het belang van de behandelbaarheid van de jeugdige. Uit onderzoek is gebleken dat de betrokkenheid van kinderen in het beslisproces van groot belang is voor de acceptatie en de effectiviteit van hulpverlening.¹⁷

6.4 HET RECHT OP RECHTSBIJSTAND

6.4.1 ... door een gekwalificeerde jeugdrechtadvocaat

De procesbekwaamheid van de minderjarige moet in nauwe samenhang worden gezien met het recht op rechtsbijstand van een gekwalificeerde jeugdrechtadvocaat. Het recht op bijstand van een jeugdrechtadvocaat is uniek binnen het civiele recht.

krijgt geen raadsman en geen bijzondere curator toegewezen). Volledigheidshalve geldt dat een 'gewone' machtiging uithuisplaatsing niet voldoende is om een jeugdige in een instelling voor gesloten jeugdhulp te plaatsen (Rb. Rotterdam 8 oktober 2015, ECLI:NL:RBROT:2015:7716; Rb. Rotterdam 6 november 2015, ECLI:NL:RBROT:2015:8129).

13 Minderjarigen staan altijd onder gezag of voogdij.

14 *Kamerstukken II* 2005/06, 30 644, nr. 3, p. 20.

15 Vlaardingerbroek 2010, p. 1257.

16 Hof Den Haag 26 juni 2013, ECLI:GHDHA:2013:2994.

17 Vis 2011, p. 325-335; Lindsay 1995, p. 39-42.

Het recht op rechtsbijstand wordt vaak gezien als één van de voornaamste onderdelen van de rechtsbescherming van gesloten geplaatste jeugdigen waarin de wet voorziet.¹⁸ Art. 6.1.10 lid 4 Jw schrijft voor dat de rechter het bestuur van de raad voor rechtsbijstand ambtshalve last geeft tot toevoeging van een raadsman aan de jeugdige.¹⁹ Het recht op rechtsbijstand geldt voor alle jeugdigen voor wie om een machtiging gesloten jeugdhulp wordt verzocht en voor alle jeugdigen die in een instelling voor gesloten jeugdhulp verblijven.²⁰

De taken van een jeugdrechtsadvocaat

De wet vult niet in hoe de taak van de raadsman eruit ziet tijdens het verblijf in de instelling voor gesloten jeugdhulp. Als de advocaat zijn taak minimaal opvat, zal hij slechts rondom de (verlengings)zitting een invulling aan zijn rol geven. In hoeverre de advocaat een rol speelt bij de tenuitvoerlegging van de gesloten machtiging (bijvoorbeeld rondom de schorsing van de tenuitvoerlegging van de gesloten machtiging) is niet geheel duidelijk. Bruning & Liefwaard pleiten ervoor dat advocaten zouden moeten investeren in goede contacten met de zorgaanbieder en zouden moeten deelnemen aan de zogenaamde trajectbesprekingen.²¹ Ook Cerzo-Weijzenfeld & Klaas vinden dat een jeugdrechtsadvocaat, indien nodig, ook tijdens een behandelplanbespreking de belangen van de jeugdige moet vertegenwoordigen. Zij doen de suggestie om dit desnoods af te dwingen door zich te laten benoemen als bijzondere curator. Het is maar de vraag of de rechter met een dergelijke benoeming instemt.²² Gilsing draagt oplossingen aan waarmee haars inziens advocaten wel effectieve rechtsbijstand kunnen verlenen in de fase van de schorsing van de machtiging.²³ Zij is van mening dat art. 24 (oud) Wjz daartoe aanknopingspunten bevat omdat hierin wordt gesteld dat de jeugdige zelf betrokken moet worden

18 Zie bijvoorbeeld Rechtbank Rotterdam 19 april 2016, ECLI:NL:RBROT:2016:3402 ('de rechtsbescherming (..) waar de wet in voorziet, in het bijzonder de vereiste instemmingsverklaring van de onafhankelijke gedragswetenschapper en de rechtsbijstand aan de minderjarige').

19 Gelet op art. 5.2. van het Procesreglementen familie- en jeugdrecht banken komen alleen advocaten die geregistreerd staan op de bij de Raad voor de Rechtsbijstand in beheer zijnde lijst van jeugdrechtsadvocaten voor last tot toevoeging in aanmerking (*Stcr* 2016, nr. 14478). Per 1 juli 2013 gelden deskundigheidsvereisten voor jeugdrechtsadvocaten (art. 6b van de Inschrijvingsvoorwaarden advocatuur 2013 krachtens de Wet op de Rechtsbijstand. De precieze voorwaarden zijn te vinden in bijlage 5).

20 Ook minderjarigen in een Bopz-procedure hebben recht op toevoeging van een raadsman (art. 8 lid 3 Bopz). Doorgaans gaat het om advocaten die zich in opleiding en praktijk hebben gespecialiseerd in Bopz-procedures. Ook aan minderjarige verdachten wordt ambtshalve een raadsman toegevoegd (zie voor de details art. 489 Sv).

21 Bruning & Liefwaard 2009, nr. 42.

22 Dit wordt ook betwijfeld door Gilsing, maar een advocaat zou volgens haar in ieder geval de haalbaarheid ervan per geval dienen te onderzoeken (2013, nr. 87).

23 Bemoeienis van de advocaat wordt gedurende het gesloten traject in beginsel niet vergoed (De Jong-de Kruijf 2013, p. 112).

bij het opstellen van een hulpverleningsplan.²⁴ De jeugdige zou hierin moeten worden bijgestaan door zijn raadsman. Ook zou de advocaat tijdens de behandelbespreking kunnen wijzen op de klachtenprocedure die gevoerd zal gaan worden als de instelling een intrekingsbeslissing (van de schorsing) neemt. Als het gaat om de financiering van dergelijke activiteiten moet volgens Gilsing gekeken worden naar de Nederlandse overheid en met name het uitvoeringsorgaan de Raad voor de Rechtsbijstand. De huidige vergoeding voorziet er bij lange na niet in om een jeugdrechtsadvocaat te laten aanschuiven bij een behandelplanbespreking.²⁵ In ieder geval zou de advocaat volgens Gilsing de jeugdige één keer na de zitting in de instelling moeten bezoeken om met hem of haar de interne rechtspositieregeling door te spreken.

Een jeugdrechtsadvocaat voor kinderen jonger dan 12 jaar

Mijn inziens geeft de wettekst er geen aanleiding toe om te veronderstellen dat het recht op een eigen raadsman niet evenzeer geldt voor minderjarigen jonger dan twaalf jaar. Desondanks zal in de praktijk een jonge minderjarige niet op de zitting aanwezig zijn, maar in de aanwezigheid van een advocaat in een kindgesprek met de kinderrechter spreken.²⁶ De precieze verhouding tussen art. 6.1.10 lid 4 Jw en art. 6.1.1 lid Jw is dan ook niet geheel duidelijk. Het lijkt erop dat de raadsman in geval hij een minderjarige jonger dan twaalf jaar bijstaat alleen rechtshandelingen kan plegen met toestemming van de gezaghebbende ouder(s), tenzij hij zich laat benoemen tot bijzondere curator op grond van art. 1:250 BW.

6.4.2 ... door een bijzondere curator

Art. 1:250 BW schrijft voor dat in alle conflicten van substantiële aard tussen degene die het gezag uitoefent en de minderjarige, de rechter een bijzondere curator kan benoemen om de belangen van de minderjarige te behartigen.²⁷ Strikt genomen verleent een bijzondere curator dan ook geen rechtsbijstand maar behartigt hij de belangen van de jeugdige. Omdat jeugdigen in het kader van gesloten jeugdhulp standaard een jeugdrechtsadvocaat krijgen toegevoegd, ligt een benoeming van een bijzondere curator niet voor de hand. Toch wordt

24 In de Jeugdwet is het recht op consultatie ondergebracht in art. 7.3.4 Jw.

25 Aan een gesloten jeugdhulpzaak worden zeven vergoedingspunten toegekend door de Raad voor de Rechtsbijstand. Eén punt staat voor 105,61 euro. Indien de advocaat meer dan één zitting heeft bijgewoond (bijvoorbeeld een verlengingszitting), wordt voor de tweede en elke daaropvolgende bijgewoonde zitting het aantal toe te kennen punten telkens met twee verhoogd.

26 De Jong-de Kruijf & Van der Zon 2015.

27 Gelet op de tekst van art. 6.1.1, eerste lid, Jw, kan ook een jeugdige tussen de 18 jaar en 18,5 jaar een bijzondere curator toegewezen krijgen, daar zij voor de toepassing van dit hoofdstuk als minderjarigen worden beschouwd.

er soms wel om een bijzondere curator verzocht, bijvoorbeeld om namens de minderjarige een eventuele vordering tot schadevergoeding in te dienen vanwege wederrechtelijke vrijheidsberoving.²⁸ De minderjarige is daartoe immers zelf processueel onbekwaam (deze procedure valt niet onder hoofdstuk 6 van de Jeugdwet). De Rechtbank Den Haag stelde dat een dergelijke procedure een tegenstrijdig belang zou opleveren tussen de wettelijk vertegenwoordiger van de minderjarige (Bureau jeugdzorg had de voogdij) en de minderjarige omdat Bureau jeugdzorg de plaatsing wel in het belang van de minderjarige achtte. De benoeming van een bijzondere curator werd noodzakelijk geacht.²⁹

Een bijzondere curator kan ook nodig zijn om de belangen van kinderen jonger dan twaalf jaar die met gesloten jeugdhulp te maken hebben, te behartigen. In een uitspraak van de Rechtbank Den Haag op 13 mei 2014 werd de advocaat van de minderjarige tevens benoemd tot bijzondere curator omdat de gezaghebbende vader van de tienjarige jongen – in tegenstelling tot de jongen zelf – niet in hoger beroep wilde gaan tegen de uitspraak van de rechtbank. De rechter stelde zich te baseren op onder andere art. 5 lid 4 EVRM en art. 37 IVRK; deze artikelen verschaffen kinderen ‘het recht om de rechtmatigheid van vrijheidsbeneming aan de rechter voor te leggen en het recht op een beslissing ten aanzien van het instellen van hoger beroep’.³⁰

Een derde situatie in de jurisprudentie waarin een bijzondere curator werd benoemd, betrof minderjarigen die zonder een machtiging gesloten jeugdhulp in een min of meer ‘besloten’ instelling geplaatst waren en niet beschikten over een eigen advocaat. Deze jeugdigen genieten niet dezelfde rechtsbescherming als jeugdigen die zijn geplaatst in het kader van de gesloten jeugdhulp en de Wet Bopz en zowel de Rechtbank Den Haag³¹ als de Rechtbank Rotterdam³²

28 Rb. Den Haag 11 februari 2014, ECLI:NL:RBDHA:2014:2372; Rb. Den Haag 6 januari 2015, ECLI:NL:RBDHA:2015:504; Rb. Noord-Holland 10 februari 2016, ECLI:NL:RBNHO:2016:399.

29 Rb. Den Haag 11 februari 2014, ECLI:NL:RBDHA:2014:2372.

30 Rb. Den Haag 13 mei 2014, ECLI:NL:RBDHA:2014:6293, PFR-Updates.nl 2014-0157, *FJR* 2015/35.13.

31 Rb. Den Haag 6 januari 2015, ECLI:NL:RBDHA:2015:504 ((i)n de praktijk bestaan er kennelijk accommodaties voor jeugdhulp die een vrijheidsbenemend karakter kennen, anders dan vallend onder de regimes van de gesloten jeugdhulp (voor de inwerkingtreding van de Jeugdwet op 1 januari 2015 “gesloten jeugdzorg” geheten) en de Wet bijzondere opnemingen in psychiatrische ziekenhuizen (Wet Bopz). Uit het oogpunt van rechtsbescherming krijgen minderjarigen in het kader van de gesloten jeugdhulp en de Wet Bopz, standaard een advocaat toegevoegd en de wet stelt als eis dat in ieder geval een onafhankelijke derde, zoals een gedragswetenschapper en/of een psychiater zich een oordeel over de minderjarige en de noodzaak van de plaatsing vormt. Dat is anders bij de bedoelde “andere” categorie, zoals de besloten plaatsing in de [instelling x]. Dit betreft plaatsingen die tot 1 januari 2015 onder de Algemene Wet Bijzondere Ziektekosten (AWBZ) vielen en thans onder de Jeugdwet (niet vallend onder de categorie gesloten jeugdhulp, die ook geregeld is in de Jeugdwet). Hoewel vanaf 1 januari 2015 minderjarigen in het kader van een ondertoezichtstelling slechts met een machtiging van de kinderrechter uit huis mogen worden geplaatst, geldt voor de hier bedoelde plaatsingen – die tot voor kort geregeld op vrijwillige basis plaatsvonden –

benoemden een bijzondere curator om bijstand te verlenen aan deze minderjarigen in de schemerzone tussen gesloten en besloten jeugdhulp.

Indien sprake is van een belangenstrijd tussen de gesloten geplaatste minderjarige en de gezinsvoogd kan een verzoek worden ingediend om een andere gezinsvoogd te benoemen. De bijzondere curator is hier niet voor bedoeld, aldus het Hof Amsterdam.³³ In een andere zaak verzocht de moeder om een bijzondere curator omdat haar dochter door toedoen van de vader in een voorziening voor gesloten jeugdzorg zou zijn geplaatst en de vader daarmee niet in het belang van haar dochter zou hebben gehandeld. Het hof wees haar verzoek af omdat een conflict omtrent de wijze van behandeling van een minderjarige niet op één lijn kan worden gesteld met een wezenlijk conflict ter zake de verzorging en opvoeding.³⁴

Analyse

Hoewel er weinig beschikkingen zijn gepubliceerd over de kwestie of een bijzondere curator kan worden benoemd voor jeugdigen die te maken krijgen met gesloten jeugdhulp, blijkt uit het bovenstaande wel dat ook voor de jeugdigen die met gesloten jeugdhulp in aanraking komen de rechtsfiguur van de bijzondere curator geen overbodige luxe is, met name voor kinderen jonger dan twaalf jaar die niet bekwaam worden geacht om in en buiten rechte op te treden. Voor kinderen die geen machtiging gesloten jeugdhulp opgelegd hebben gekregen maar wel te maken hebben met vrijheidsbepalende maatregelen in een 'besloten' instelling, kan de bijzondere curator ook van betekenis zijn. Mijns inziens zouden deze jeugdigen het meest gebaat zijn bij een eigen jeugdrechtsadvocaat.³⁵

Daarnaast kan ik mij voorstellen dat jeugdigen die op vrijwillige basis geplaatst zijn – dat wil zeggen op basis van toestemming van hun ouder(s) – een bijzondere curator weleens hard nodig kunnen hebben³⁶ omdat er geen

in principe niet dezelfde rechtsbescherming. In de gegeven omstandigheden, (...), acht de kinderrechter het van belang dat de bijzondere curator betrokken is bij een overplaatsing van de minderjarige en nagaat of hij daadwerkelijk instemt met het eventuele besloten c.q. vrijheidsbenemende karakter van die plaatsing.').

32 Rb. Rotterdam 20 oktober 2015, ECLI:NL:RBROT:2015:8128.

33 Rb. Den Haag 15 oktober 2013, ECLI:NL:RBDHA:2013:14160 (tevens legde de rechtbank uit dat de ondertoezichtstelling met zich meebrengt dat de gezinsvoogd indien nodig kan optreden in het geval van een strijd tussen de belangen van de ouders en de belangen van de minderjarige. Hierbij geldt als uitgangspunt voor de gezinsvoogd dat zij is aangesteld om de belangen van de minderjarige te behartigen.). Zie tevens Hof Amsterdam 24 juli 2012, ECLI:NL:GHAMS:2012:BX6053.

34 Hof Amsterdam 27 oktober 2009, ECLI:NL:GHAMS:2009:BK2821 (ook zag de minderjarige het nut van een bijzondere curator niet in).

35 Zie tevens Legemaate e.a. (2014) die ervoor pleiten om de rechtspositie van uit huis geplaatste jeugdigen in een instelling gelijk te trekken met de positie van jeugdigen in een procedure tot het verkrijgen van een machtiging gesloten jeugdhulp.

36 Nog daargelaten of voor de jeugdige die op vrijwillige basis geplaatst is wel een bijzondere curator benoemd *mag* worden, gelet op art. 6.1.2 lid 8, Jw.

gezinsvoogd is om een bemiddelende rol te spelen. Nu is het aan de jeugdrechtadvocaat om deze rol te vervullen, maar in het huidige financieringssysteem is daar nauwelijks ruimte voor.

6.5 DE RECHTMATIGHEIDSTOETS IN HANDEN VAN DE KINDERRECHTER

Het is de kinderrechter die de rechtmatigheid van een verzoek tot een machtiging gesloten jeugdhulp vaststelt. Hij is uiteindelijk degene die het gehele besluitvormingsproces³⁷ overziet en toetst en de eindbeslissing neemt.³⁸ De kinderrechter kan een (spoed)machtiging gesloten jeugdhulp of een voorwaardelijke machtiging gesloten jeugdhulp verlenen, maar de beslissing dat een voorwaardelijke machtiging wordt omgezet in een 'gewone' machtiging heeft de wetgever in handen van de jeugdhulpaanbieder gelegd. De rol van de kinderrechter is in dat opzicht beperkt tot het verlenen van een eventuele vervallenverklaring van die beslissing op verzoek van de wettelijke vertegenwoordiger of door de jeugdige zelf (art. 6.1.7 Jw). Ook indien de jeugdige na een beslissing tot schorsing van de tenuitvoerlegging weer teruggeplaatst wordt in de gesloten instelling (art. 6.1.12 lid 5 Jw), kan de beslissing daartoe op verzoek van de wettelijk vertegenwoordiger of de jeugdige binnen drie weken na de terugplaatsing aan de rechter worden voorgelegd op basis van art. 6.1.12 lid 5 Jw jo. art. 6.1.7 Jw).

Daarnaast is de rol van de kinderrechter tevens beperkt in die zin dat de kinderrechter een machtiging gesloten jeugdhulp slechts verleent op verzoek. De wet staat geen ambtshalve toepassing toe, vandaar dat vaak wordt gesproken van de 'lijdelijke' kinderrechter. De lijdelijke positie van de kinderrechter heeft niet alleen betrekking op het verzoek, maar ook op de uitvoering van door hem opgelegde maatregelen die sinds 1995 in de handen van hulpverlenende instanties berust.³⁹ Een uitspraak van de voorzieningenrechter in Amsterdam laat zien dat de rechter zijn rol niet lijdelijk invult. Hierin wordt Bureau jeugdzorg veroordeeld tot het verzoeken van een machtiging tot plaatsing in gesloten jeugdzorg. Volgens de kinderrechter leek opname in gesloten setting de aangewezen weg nu de kinderrechter de grondslag voor gesloten plaatsing aanwezig achtte.⁴⁰

37 Dit heeft tevens betrekking op de voorfase waarin reeds onderzoek is verricht en keuzes zijn gemaakt door de verzoekende partij en de gedragswetenschapper die de instemmingsverklaring afgeeft.

38 Zie o.a. Rb. Rotterdam 29 april 2015, ECLI:NL:RBROT:2015:3234.

39 Deze bevoegdheid is niet onbegrensd, de machtiging vervalt indien deze gedurende drie maanden niet ten uitvoer is gelegd (art. 6.1.12 lid 3 Jw).

40 Rb. Amsterdam 25 maart 2011, ECLI:NL:RBAMS:2011:BP9687, JPF 2011/105, m.nt. J.H. de Graaf. De Graaf constateert dat deze uitspraak een voorbeeld is van een ontwikkeling waarin sprake is van een toenemende bemoeienis van de rechter met de uitvoering van de ondertoezichtstelling. Deze ontwikkeling in de rechtspraak acht zij juist omdat dit tegemoet komt

Er zijn verschillende uitspraken bekend waarin de rechter interfereert in de uitvoering waarvoor strikt genomen de GI dan wel de gemeente verantwoordelijk is. Ik noem twee voorbeelden. De Rechtbank Groningen keurde een gesloten plaatsing goed onder de voorwaarde dat de minderjarige een bepaalde therapie aangeboden zou krijgen.⁴¹ In het tweede voorbeeld besloot de Rechtbank Maastricht op 6 juli 2010 dat de reeds anderhalf jaar durende plaatsing van een 15-jarige jongen in strijd was met art. 20 IVRK omdat deze plaatsing niet geschikt was en de geboden therapie tot dan toe onsuccesvol bleek. De kinderrechter verlengde de gesloten plaatsing onder de voorwaarde dat de jongen in een met naam genoemde gesloten instelling geplaatst zou worden.⁴²

Maar er werden ook grenzen gesteld aan te actieve kinderrechters. In eerste aanleg had de rechtbank Almelo een gesloten machtiging verleend onder de ontbindende voorwaarde dat deze niet langer zou worden gebruikt zodra de vader een school voor de minderjarige zou hebben gevonden en de minderjarige bij zijn vader zou gaan wonen. Het Hof Arnhem vernietigde de beschikking voor zover het de ontbindende voorwaarde betrof.⁴³ De vraag die voor deze studie relevant is, is of de lijdelijke positie van de kinderrechter niet in de weg staat aan de grote rol die de wet toekent aan de kinderrechter als het gaat om het toetsen van de rechtmatigheid van een verzoek tot gesloten jeugdhulp. De hierboven aangehaalde rechtspraak laat reeds zien dat een kinderrechter zijn rol tot op zekere hoogte zelf kan invullen. Beter gezegd, met de inzet van zijn creativiteit kan de kinderrechter een hele betrokken rol in het besluitvormingsproces spelen. Een kinderrechter kan bijvoorbeeld een uitgebreid *obiter dictum* opnemen in zijn beschikking. Echter, de invloed daarvan is beperkt. Ook kan een kinderrechter naast een machtiging gesloten jeugdhulp een reguliere machtiging uithuisplaatsing afgeven, maar slechts op verzoek. Hoewel afstand tot de uitvoering de kinderrechter in staat stelt om de uitvoering kritisch te toetsen, is het maar de vraag in hoeverre de lijdelijke rol van de kinderrechter de doelmatigheid van de rechtspleging bevordert.

aan de eveneens toenemende rol van ouders en kinderen bij de maatregel van ondertoezichtstelling. De Graaf refereert aan andere uitspraken waarin de kinderrechter duidelijk afweek van het verzoek van Bureau jeugdzorg, te weten Rb. Roermond 3 maart 2010, ECLI:NL:RBROE:2010:BL7469, JPF 2010/110, m.nt. P. Vlaardingerbroek en Rb. Maastricht 22 september 2009, ECLI:NL:RBMAA:2009:BK0266, JPF 2010/32.

40 Zie HR 18 april 2014, ECLI:NL:HR:2014:951, r.o. 3.4.8.

41 Rb. Groningen 7 november 2012, ECLI:NL:RBGRO:2012:BY7884.

42 Rb. Maastricht 6 juli 2010, ECLI:NL:RBMAA:2010:BN2472. Van dergelijke strekking was ook de uitspraak van de Rechtbank Limburg op 17 juni 2015 waarin de kinderrechter de 'Stichting Cadier en Keer' aanwees als jeugdhulpaanbieder die de jeugdige dient op te nemen wanneer hij zich niet aan de voorwaarden zou houden ECLI:NL:RBLIM:2015:5999). De rechter wees hierbij op het wettelijke vereiste dat ondubbelzinnig in het hulpverleningsplan moet worden opgenomen welke jeugdhulpaanbieder de jeugdige opneemt.

43 Hof Arnhem 22 maart 2012, ECLI:NL:GHARN:2012:BW6513, JPF 2012/99.

De rol van de kinderrechter bij het verlenen van een voorwaardelijke machtiging

Het wekt enige verbazing dat de wetgever, zoals hierboven reeds is aangestipt, ervoor heeft gekozen om de kinderrechter geen rol te geven op het moment dat een jeugdige zich niet houdt aan de voorwaarden die zijn gesteld in het kader van een voorwaardelijke machtiging gesloten jeugdhulp.⁴⁴ Hoewel de houdbaarheidsdatum van de voorwaardelijke machtiging beperkter is dan die van een reguliere gesloten machtiging (zes maanden in plaats van maximaal 1 jaar), is het maar zeer de vraag of deze waarborg voldoende is om het gebrek aan een rechterlijke toets op het moment dat de jeugdige werkelijk van zijn vrijheid wordt beroofd, te maskeren. Wel heeft de jeugdige het recht om de rechtmatigheid van deze beslissing aan de kinderrechter voor te leggen, maar in dat geval stelt de wet dat de kinderrechter pas na drie weken zijn beslissing genomen moet hebben. Mijns inziens voldoet een rechterlijke toets *achteraf* niet. Ter vergelijking: wanneer een minderjarige verdachte de schorsingsvoorwaarden niet naleeft, dient de jeugdstrafrechter binnen 24 uur nadat het OM een vordering tot opheffing van schorsing van de voorlopige hechtenis heeft ingediend, een beslissing te nemen (art. 84 lid 2 Rv). Ook lijkt het erop dat de termijn van drie weken een volstrekt arbitraire keuze van de wetgever is geweest. Op zijn minst had de wetgever kunnen aansluiten bij de tweeweken termijn van art. 800 lid 3 Rv (zie verder par. 6.8.1).

6.6 HET VEREISTE VAN EEN MACHTIGING GESLOTEN JEUGDHULP

De kinderrechter toetst de rechtmatigheid van een verzoek tot gesloten jeugdhulp én verleent een machtiging gesloten jeugdhulp. Een vrijwillige plaatsing in een gesloten accommodatie voor jeugdhulp, zonder dat het verzoek hiertoe is voorgelegd aan de kinderrechter, is dan ook in strijd met de wet. Immers, een machtiging ontbreekt. Zo is het niet mogelijk om een jeugdige in een gesloten accommodatie te plaatsen op grond van een 'time-out maatregel',⁴⁵ een schriftelijke aanwijzing in het kader van een machtiging uithuisplaatsing op basis van art. 1:258 (oud) BW⁴⁶ of een reguliere machtiging uithuisplaatsing.⁴⁷ In een beschikking waarin een jeugdige gedurende 5,5 week in gesloten jeugdhulp werd geplaatst op basis van een 'time-out maatregel' merkte de rechtbank op dat Bureau jeugdzorg hiermee de minderjarige, haar advocaat

44 Zie tevens Forder 2014.

45 Rb. Groningen 7 november 2012, ECLI:NL:RBGRO:2012:BY7884.

46 Rb. 's-Gravenhage 7 mei 2012, ECLI:NL:RBSGR:2012:BW8736.

47 Rotterdam 8 oktober 2015, ECLI:NL:RBROT:2015:7716; Rb. Rotterdam 6 november 2015, ECLI:NL:RBROT:2015:8129; Rb. Rotterdam 19 april 2016, ECLI:NL:RBROT:2016:3402: '(e)chter, in de wetenschap dat er geen zicht is op een plaatsing bij een jeugdhulpinstelling waarvoor de verzochte machtiging de geëigende maatregel van kinderbescherming is, maar dat het doel is, de uithuisplaatsing ten uitvoer te leggen in een gesloten instelling, dient het verzoek te worden afgewezen'.

en haar ouders de mogelijkheid heeft ontnomen om hun standpunt aan de kinderrechter kenbaar te maken. En in het geval van gesloten verblijf op basis van een schriftelijke aanwijzing wees de kinderrechter erop dat de minderjarige belangrijke waarborgen worden onthouden zoals – onder meer – rechtsbijstand, instemming van de gedragswetenschapper, het horen van belanghebbenden door de rechter en de termijn die aan de machtiging gebonden is.

Hoewel de machtiging als ‘ticket’ voor verblijf in een accommodatie voor gesloten jeugdhulp een open deur lijkt, heeft de Inspectie jeugdzorg in het najaar van 2015 geconstateerd dat instellingen voor gesloten jeugdhulp in toenemende mate jongeren opnemen zonder dat de kinderrechter hiervoor een machtiging gesloten jeugdhulp heeft afgegeven. Hierover zegt de inspectie het volgende:

‘(d)e Inspectie acht dit onaanvaardbaar, omdat dit in strijd is met nationaal en internationaal recht. Wanneer jongeren zonder een rechterlijke toets gesloten worden opgenomen, schaadt dat hun rechtspositie in belangrijke mate.’⁴⁸

Uit de aard der zaak is er weinig jurisprudentie te vinden over deze kwestie, immers er wordt geen verzoek aan de kinderrechter voorgelegd. Wel heeft de Rechtbank Rotterdam zich gebogen over de vraag of een plaatsingsmachtiging in het kader van de Wet Bopz of een machtiging gesloten plaatsing op grond van de Jeugdwet noodzakelijk is wanneer de jeugdige van zestien jaar of ouder toestemming geeft voor een verblijf en behandeling. In dit geval was een spoedmachtiging uithuisplaatsing op grond van art. 1:265b BW afgegeven en bij de afgifte van deze spoedmachtiging had de rechter reeds ernstige twijfels of een dergelijke machtiging wel kon worden afgegeven.⁴⁹ De bijzondere curator die in deze zaak werd aangesteld, stelde dat:

‘(n)u opname in Schakenbosch per definitie vrijheidsbeperkende maatregelen inhoudt, die voor de minderjarige een beperkt gesloten karakter dragen, is altijd een machtiging gesloten plaatsing op basis van de Jeugdwet noodzakelijk’.

De rechter volgde deze redenering: ‘het gaat om verblijf in een accommodatie voor gesloten jeugdhulp waarvoor een gesloten machtiging is vereist’. De rechter benadrukte dat de wet geen instellingen voor *besloten* jeugdhulp kent:

48 Inspectie Jeugdzorg 2015.

49 Rb. Rotterdam 20 oktober 2015, ECLI:NL:RBROT:2015:8128. Overigens schrijft art. 1:265b lid 4 BW, voor dat voor opname en verblijf als bedoeld in art. 6.1.2 lid 1 of 6.1.3, eerste lid, van de Jeugdwet geen machtiging als bedoeld in het eerste lid vereist is, doch een machtiging als bedoeld in genoemde artikelen. Deze machtiging geldt voor de toepassing van art. 265a als een machtiging als bedoeld in het eerste lid.

‘een instelling voor jeugdhulp is voor de wet óf open óf gesloten’.⁵⁰ Overigens zijn in de jurisprudentie veel voorbeelden te vinden van trajectmatige zorg waarbij de jeugdige een traject aflegt van gesloten naar besloten naar open zorg.

In juli 2016 kwam de Inspectie Jeugdzorg met drie bodemeisen voor het verantwoord plaatsen van jongeren zonder rechterlijke machtiging gesloten jeugdhulp (of Bopz-machtiging) op een locatie waar gesloten jeugdhulp wordt geboden. De bodemeisen zijn als volgt:

1. geen vrijheidsontneming bij jongeren zonder rechterlijke machtiging (of Bopz-machtiging);
2. geen toepassing van vrijheidsbeperkende maatregelen zoals genoemd in hoofdstuk 6 van de Jeugdwet (of in de Wet Bopz) op jongeren zonder rechterlijke machtiging gesloten jeugdhulp (of Bopz-machtiging), tenzij er sprake is van een noodsituatie; en
3. jongeren zonder rechterlijke machtiging gesloten jeugdhulp (of Bopzmachtiging) mogen geen getuige zijn van toepassing van zware vrijheidsbeperkende maatregelen bij jongeren met een rechterlijke machtiging gesloten jeugdhulp (of Bopz-machtiging), tenzij er sprake is van een noodsituatie.⁵¹

Dörenberg wijst er mijns inziens terecht op dat niet ieder verblijf waarbij op basis van het behandelplan vrijheidsbeperkende maatregelen toegepast worden, in vrijheidsontneming resulteert.⁵² Het blijft tot op heden onduidelijk in hoeverre een instelling de vrijheid van een jeugdige mag beperken op grond van overeenstemming daarover met de jeugdige. Mijns inziens maakt de Rechtbank Rotterdam zich er te gemakkelijk vanaf door te stellen dat een instelling óf

50 Rb. Rotterdam 6 november 2015, ECLI:NL:RBROT:2015:8129, *JPF* 2016/20 m.nt. De Graaf. Zie tevens Rb. Rotterdam 8 oktober 2015, ECLI:NL:RBROT:2015:7716, waaruit blijkt dat de jeugdige reeds geruime tijd op Schakenbosch verblijft zonder een benodigde machtiging gesloten jeugdhulp maar met een machtiging uithuisplaatsing. De Staatssecretaris van VWS zie hierover tijdens het wetgevingsoverleg op 16 november 2015 het volgende: ‘(a)an de ene kant is iedereen het er volgens mij over eens dat er zonder machtigingen geen sprake kan zijn van plaatsing in een gesloten jeugdzorginstelling met het daarbij behorende regime. De instellingen hebben aangegeven dat een en ander nogal afhangt van de setting. Stel je voor dat er op het terrein meerdere gebouwen zijn en dat je in een gebouw gesloten jeugdhulp met machtiging hebt en in een ander gebouw vrijwillige plaatsing, niet in een gesloten setting, maar in een besloten setting, om het zo maar te zeggen. Is er dan sprake van een ongewenste situatie? Ik heb aan de inspectie gevraagd om dat punt even te toetsen, want ik wil daarover zonneklaar zijn. Jongeren mogen natuurlijk niet in een gesloten setting terecht komen zonder dat daarvoor machtigingen zijn gegeven. Tegelijkertijd wil ik nagaan of er op hetzelfde terrein mogelijkheden zijn waarvan de instellingen zeggen dat het daaronder niet valt. We hebben aan de inspectie gevraagd om dat te toetsen. In januari zal dat gebeurd zijn. Daarna informeer ik de Kamer nader.’ (*Kamerstukken II*, 2015/16, 34 300 XVI, nr. 149, p. 60) (zie volgende voetnoot).

51 Inspectie Jeugdzorg 2016.

52 Dörenberg 2017.

open òf gesloten is. De wetgever is aan zet om duidelijke regels te scheppen over de toepassing van vrijheidsbeperking in open instellingen.

6.7 HET VEREISTE VAN EEN VERLENINGSBESLISSING

Een voorwaarde om een machtiging te verlenen – deze voorwaarde geldt niet ten aanzien van de spoedmachtiging – is dat het college van B&W of de GI heeft bepaald dat een voorziening op het gebied van jeugdhulp en verblijf niet zijnde verblijf bij een pleegouder nodig is (art. 6.1.2 lid 4). Deze voorwaarde geldt ook ten aanzien van een voorwaardelijke machtiging, maar dan geldt dat slechts een voorziening op het gebied van jeugdhulp nodig is (art. 6.1.4 lid 3 Jw). De beslissing dat een voorziening nodig is, wordt een ‘verleningsbeslissing’ genoemd. Het college van B&W en de GI zijn bij het doen van een verzoek tot gesloten jeugdhulp (de ‘verleningsbeslissing’) gebonden aan de Awb, met inbegrip van de algemene beginselen van behoorlijk bestuur. Deze verleningsbeslissing vervangt het indicatiebesluit van Bureau jeugdzorg, welke een vereiste was voor de verlening van een machtiging onder de Wet op de jeugdzorg.

Uit de gepubliceerde rechtspraak blijkt dat gedurende het eerste jaar waarin de Jeugdwet van kracht was, ten aanzien van het verleningsbesluit met name is gesproken over de vraag of het college van B&W de bevoegdheid tot het nemen van een verleningsbeslissing kan mandateren. Uiteindelijk beantwoordde het Hof Amsterdam deze vraag bevestigend.⁵³ Daarnaast is gebleken dat het indicatiebesluit maatgevend is voor de datum vanaf wanneer een machtiging mag worden verleend⁵⁴ en voor de maximale duur van de machtiging.⁵⁵

53 Hof Amsterdam 17 december 2015, ECLI:NL:GHAMS:2015:5268. De Rechtbank Gelderland stelde zich op het standpunt dat mandaatverlening niet mogelijk was, maar dit standpunt lijkt met de uitspraak van hof te zijn achterhaald (Rb. Gelderland 16 februari 2015, ECLI:NL:RBGEL:2015:1016, *FJR* 2015/35.12 en *Gst.* 2015/73, m.nt. E.L. de Jongh; Rb. Gelderland 24 maart 2015, ECLI:NL:RBGEL:2015:1159. Inmiddels is de Jeugdwet op dit punt aangepast, zie Wet van 18 mei 2016 tot wijziging van wetten teneinde mislagen en omissies in wetten op het terrein van het ministerie van Volksgezondheid, Welzijn en Sport te herstellen, de broninhouding van eigen bijdragen voor beschermd wonen te kunnen voortzetten en het College bouw zorginstellingen op te heffen (Verzamelwet VWS 2016), *Stb.* 2016/106.

54 Het hof Amsterdam vernietigde op 20 augustus 2013 een beschikking omdat de machtiging pas verleend had mogen worden van ingang van de datum waarop het indicatiebesluit was gedateerd (ECLI:NL:GHAMS:2013:5233). De Rechtbank Gelderland achtte mandatering niet toegestaan (Rb. Gelderland 16 februari 2015, ECLI:NL:RBGEL:2015:1016, *FJR* 2015/35.12 en *Gst.* 2015/73, m.nt. E.L. de Jongh; Rb. Gelderland 24 maart 2015, ECLI:NL:RBGEL:2015:1159). De rechtbanken Rotterdam en Noord-Holland oordeelden dat mandatering wel mogelijk was (Rb. Rotterdam 7 mei 2015, ECLI:NL:RBROT:2015:3241; Rb. Rotterdam 28 april 2015, ECLI:NL:RBROT:2015:3412; Rb. Rotterdam 18 december 2015, ECLI:NL:RBROT:2015:9894; Rb. Noord-Holland 24 maart 2015, ECLI:NL:RBNHO:2015:3639; Rb. Noord-Holland 30 juni 2015, ECLI:NL:RBNHO:2015:5904, *JPF* 2015/132, m.nt. P. Vlaardingerbroek). Voor een overzicht van deze discussie, zie Bruggeman, Stijnen & De Wit 2017.

Het is aannemelijk dat dit uitgangspunt ook geldt ten aanzien van de verleningsbeslissing, gelet op het uitgangspunt dat de regeling onder de Wet op de jeugdzorg en de Jeugdwet niet wezenlijk van elkaar verschillen.

Welke inhoudelijke vereisten gelden ten aanzien van het verleningsbesluit?⁵⁶ Mijns inziens volgt uit de letterlijke tekst van de wettelijke bepaling dat het college of de GI duidelijk zal moeten motiveren waarom pleegzorg geen passend verblijf is. In de gepubliceerde rechtspraak is hierover weinig te vinden. De Rechtbank Noord-Holland oordeelde op 20 mei 2015 dat een summiere verleningsbeschikking niet vernietigd behoefde te worden omdat in het verzoekschrift een meer uitgebreide motivering is gegeven.⁵⁷ In aanvulling daarop kan gewezen worden op een uitspraak van het Hof 's-Gravenhage waarin het hof oordeelde dat overeenkomstig de wet was gehandeld in een zaak waarin de verklaring van Bureau jeugdzorg besloten lag in het verzoekschrift tot gesloten plaatsing en de gedragsdeskundige instemde met hetgeen Bureau jeugdzorg in het verzoekschrift verklaarde.⁵⁸ Er is inmiddels wel behoorlijk wat jurisprudentie ontwikkeld over de vereisten aan de besluitvorming van gemeenten in vrijwillig kader. De voorlopig belangrijkste uitspraak op dit gebied is een uitspraak van de Centrale Raad van Beroep op 1 mei 2017 waarin de Raad strenge eisen stelt aan de omvang van de onderzoeks- en motiveringsplicht van gemeenten. In deze zaak had het CJG geoordeeld dat de begeleiding via Bureau jeugdzorg van een meisje dat enkele uren per week begeleiding kreeg via Bureau jeugdzorg voor haar psychische problemen, niet langer nodig was en dat haar moeder deze taak ook zou kunnen verrichten. Maar uit het advies van het CJG bleek dus niet voldoende duidelijk welke problemen en stoornissen de jeugdige had en welke hulp passend zou zijn. Dus niet alleen dienen de conclusies van het college gebaseerd te zijn op de vereiste deskundigheid, ook in de schriftelijke weergave van het onderzoek moet zeer concreet en op onderdelen specifiek inzichtelijk worden gemaakt welke hulp in welke omvang nodig is.⁵⁹ Mijns inziens is de boodschap van deze uitspraak dat kinderrechtshouders verleningsbesluiten in het kader van gesloten jeugdhulp vol moeten toetsen.⁶⁰ Ook moet een verleningsbesluit los van de instemmingsverklaring van de gedragswetenschapper de kinderrechtshouder kunnen overtuigen van de noodzaak van een gesloten plaatsing, temeer nu gesloten

55 Hof Arnhem-Leeuwarden 12 augustus 2014, ECLI:NL:GHARL:2014:6454.

56 Huijer & Weijers (2013) maken zich zorgen om de kwaliteit van de overlegde indicatiebesluiten. Uit hun inventarisatie blijkt dat Bureau jeugdzorg niet altijd even zorgvuldig omgaat met het indicatiebesluit. Een deel van de oplossing zien zij in een scherper toezicht op het werk van Bureau jeugdzorg in de vorm van toezicht door de Raad voor de Kinderbescherming.

57 ECLI:NL:RBNNE:2015:2712.

58 Hof 's-Gravenhage 28 januari 2009, ECLI:NL:GHSGR:2009:BH3351.

59 CRvB 1 mei 2017, ECLI:NL:CRVB:2017:1477, USZ 2017/196, m.nt. R. Imkamp.

60 Zie ook Bruggeman, Stijnen & De Wit 2017 die er eveneens op wijzen dat besluiten in het kader van de Jeugdwet, eveneens als besluiten die onder de Wmo 2015 vallen, vol getoetst moeten worden.

jeugdhulp een zeer ingrijpende vorm van jeugdhulp is en binnen het takenpakket van de gemeente een behoorlijke vreemde eend is.

Tot slot, mijns inziens zou het wettelijke vereiste aan kracht winnen, wanneer niet alleen moet worden gemotiveerd dat pleegzorg niet passend is, maar eveneens dat een verblijf in een open instelling niet (langer) aan de orde is. Het huidige wettelijke vereiste bevredigt in dat opzicht niet.

Voldoende passend zorgaanbod?

De vereisten die aan het verleningsbesluit worden gesteld, vloeien voort uit de jeugdhulpplicht van gemeenten. Hieronder zal kort worden ingegaan op een uitspraak waarin de zorgvuldigheidsvereisten die zien op de invulling van de jeugdhulpplicht, zijn geconcretiseerd. Op 22 december 2017 deed de Rb. Noord-Nederland uitspraak over de vraag of de gemeente had voorzien in een voldoende passend zorgaanbod voor een jongen die in vrijwillig kader reeds bijna een jaar gesloten was geplaatst en daar duidelijk niet op zijn plek was.⁶¹ De rechtbank oordeelde dat op de gemeente een (resultaats)verplichting rust om te voorzien in een passend zorgaanbod. Hoewel de gemeente Emmen haar huiswerk serieus had gedaan (inlichtingen ingewonnen bij de LVB+groep/overleg met zorgaanbieders om te bekijken of er voor deze doelgroep een aanvullend zorgaanbod kon worden opgezet), achtte de rechter dit onvoldoende en vooral veel te laat. De gemeente werd veroordeeld om in een passend zorgaanbod te voorzien en werd tevens veroordeeld om de proceskosten te vergoeden. Samenvattend stelt de rechtbank hoge zorgvuldigheidseisen aan het handelen van de gemeente: dit moet proactief, voortvarend en tijdig zijn. Deze aspecten moeten even goed geborgd zijn als bij een plaatsing in een dwangkader. Met name de plicht van de gemeente om een juiste vervolgplek te vinden is een zware verantwoordelijkheid. Mijns inziens dient de wetgever na te denken over een gedeelde verantwoordelijkheid met de gesloten jeugdhulpaanbieder in dit opzicht. Kritische kinderrechtvaarders zijn hard nodig om de invulling van de jeugdhulpplicht van de gemeente voor kinderen in gesloten jeugdhulp te toetsen, zodat de rechtsbescherming van de jeugdige gewaarborgd blijft.⁶²

6.8 HET RECHT OM DOOR EEN GEDRAGSWETENSCHAPPER TE WORDEN ONDERZOCHT

Inleiding

De Jeugdwet schrijft slechts voor dat een verzoek tot een machtiging gesloten jeugdhulp de instemming behoeft van een gekwalificeerde gedragswetenschap-

61 Rb. Noord-Nederland 22 december 2017, ECLI:NL:RBNNE:2017:4989.

62 Zie tevens De Jong-de Kruijf 2018.

per⁶³ die de jeugdige met het oog daarop kort tevoren heeft onderzocht (art. 6.1.2 lid 6 Jw). Hetzelfde vereiste geldt bij een verzoek tot een voorwaardelijke machtiging (art. 6.1.4 lid 4 Jw). Voor een spoedmachtiging geldt een iets aangepast vereiste: het verzoek behoeft de instemming van een gekwalificeerde gedragswetenschapper die de jeugdige met het oog daarop kort tevoren heeft onderzocht, tenzij onderzoek feitelijk onmogelijk is. In de nieuwe Jeugdwet is uitdrukkelijk bepaald dat de gedragswetenschapper gekwalificeerd moet zijn; in de Wet op de jeugdzorg was dit niet het geval.

Het Nederlands Instituut van Psychologen en de Nederlandse Vereniging Van Pedagogen en Onderwijskundigen hebben een format voor de instemmingsverklaring (vier varianten) opgesteld.⁶⁴

Reeds vanaf de inwerkingtreding van de Wet gesloten jeugdzorg in 2008 is over dit beknopt geformuleerde wettelijke vereiste veel jurisprudentie geproduceerd. Hoe strikt wordt deze bepaling nu toegepast door rechters?

In ieder geval zijn in diverse rechterlijke uitspraken aanvullende eisen gesteld aan de instemmingsverklaring van de gedragswetenschapper.⁶⁵ Er zijn al vaker pogingen ondernomen om een lijn te ontdekken in de jurisprudentie over de instemmingsverklaring en de persoon van de gedragswetenschapper.⁶⁶ Bruning en Liefwaard concluderen in 2009 dat de rechter de verklaring van de gedragswetenschapper kritisch toetst en dat dat een waardevolle aanvulling vormt op de summiere wettelijke regeling. Niettemin klinkt eveneens de kritiek dat een eenduidig normenkader voor de instemmingsverklaring ontbreekt en dat de bestaande eisen niet steeds uniform worden gehandhaafd.⁶⁷ In 2012 schrijven Cardol & Van Rheenen dat het vereiste van een instemmingsverklaring niet eenduidig wordt gehanteerd door rechters. Wel zijn er in de rechtspraak een aantal zorgvuldigheidseisen geformuleerd, zo schrijven zij, die waarborgen bieden aan de jeugdige maar van strikt unanieme

63 Als categorieën van gekwalificeerde gedragswetenschappers worden aangewezen: beroepsbeoefenaren die zijn ingeschreven in het register Kinder- en Jeugdpsychologen van het Nederlands Instituut van Psychologen; beroepsbeoefenaren die als Orthopedagoog-Generalist zijn ingeschreven in het register van de Nederlandse Vereniging van Pedagogen en Onderwijskundigen; beroepsbeoefenaren die als postmaster-orthopedagoog SKJ of als postmaster-psycholoog SKJ zijn ingeschreven in het register, bedoeld in art. 5.2.1 lid 1 Besluit Jeugdwet; beroepsbeoefenaren die als gezondheidszorgpsycholoog of als psychotherapeut zijn ingeschreven in het register, bedoeld in art. 3 van de Wet op de beroepen in de individuele gezondheidszorg (art. 2 Regeling Jeugdwet).

64 In te zien via <https://www.psynip.nl/actueel/themas/thema/jeugdwet-gesloten-jeugd-hulp/>, geraadpleegd op 23 april 2018.

65 Zie bijvoorbeeld Bruning (2011) die opmerkt dat 'rechters zeer actief (zijn) gebleken in het waken over rechtswaarborgen van jongeren die via gesloten jeugdzorg met vrijheidsbeneming te maken hebben'.

66 Cardol & Van Rheenen 2012, De Groot 2013, T&C PFR, commentaar op art. 6.1.2 Jeugdwet (P. Vlaardingerbroek).

67 A-G Wissink vat dit kernachtig samen in zijn conclusie (HR 31 mei 2013, ECLI:NL:PHR:2013:BZ5422, r.o. 2.13). Hij verwijst daarbij naar Huijjer & Weijers 2012, Cardol & Van Rheenen 2012, Forder & F. Olujic 2012 en Bakker & Bentem 2012.

toepassing is volgens hen geen sprake.⁶⁸ De Groot is van mening dat de nieuwe plaats van de gedragsdeskundige in gesloten jeugdzorg niet duidelijk is, gelet op de stroom van jurisprudentie daarover. De beoogde betere rechtsbescherming van de jeugdige is nog niet behaald, zeker niet in vergelijking met de functie van de gedragswetenschapper in de gedwongen jeugdpsychiatrie en in het strafrecht.⁶⁹ De discussie over deze bepaling is op te delen in een aantal thema's:

- de registratie en onafhankelijke positie van de gedragswetenschapper;
- de verschillen tussen de bepaling over de instemmingsverklaring in het kader van een machtiging gesloten jeugdhulp en in het kader van een spoedmachtiging gesloten jeugdhulp;
- inhoudelijke vereisten aan de instemmingsverklaring.

Hieronder volgt een uiteenzetting van de wijze waarop deze bepaling door rechters wordt toegepast, te beginnen bij de jurisprudentie van de Hoge Raad.

6.8.1 De Hoge Raad over de instemmingsverklaring van de gedragswetenschapper

Het valt op dat de Hoge Raad zich vaker over de instemmingsverklaring en de positie van de gedragswetenschapper heeft uitgesproken dan over enig ander onderwerp binnen de gesloten jeugdhulp. Hieronder zijn de kernpunten van deze uitspraken schematisch weergegeven.

Tabel 8. Overzicht van uitspraken van de Hoge Raad over de gedragswetenschapper in de context van gesloten jeugdhulp.

Uitspraken van de Hoge Raad	Kernpunten
HR 14 december 2007, ECLI:NL:HR:2007:BB7173, ECLI:NL:PHR:2007:BB7173.	Uit art. 5 EVRM vloeit niet voort dat een rechter slechts kan beslissen dat een minderjarige kampt met 'ernstige gedragsproblemen' in de zin van art. 1:261 lid 5 BW, nadat een orthopedagoog, jeugdpsycholoog of jeugdpsychiater op basis van onderzoek heeft geconcludeerd dat van dergelijke problemen sprake is.

⁶⁸ Cardol & Van Rheenen 2012, p. 124 en 125.

⁶⁹ De Groot 2013. Ook Kuin & Troost (2009) vinden dat de gestelde eisen aan een instemmingsverklaring schril afsteken tegen de eisen die aan rapportages in het jeugdrecht worden gesteld. Ook Legemaate e.a. (2014) geven aan dat de gedragsdeskundige rapportage voor de gesloten jeugdzorg veel beperkter is dan die bij de PIJ-maatregel waarbij een advies van tenminste twee onafhankelijke gedragsdeskundigen van verschillende disciplines, waaronder een advies van een psychiater, vereist is (p. 267). Dörenberg (2011) schrijft dat '(d)e gedachte is dat een jeugdige in de gesloten jeugdzorg bijvoorbeeld niet met meer dwang of vrijheidsbeperkingen mag worden geconfronteerd dan een jeugdige die gedwongen in een psychiatrisch ziekenhuis verblijft, en andersom'.

Uitspraken van de Hoge Raad	Kernpunten
<p>HR 22 oktober 2010, ECLI:NL:HR:2010:BO1245, ECLI:NL:PHR:2010:BO1245, FJR 2011/29, m.nt. I.J. Pieters.</p>	<p> criterium: voldoende objectief onderzoek De omstandigheid dat de instemmingsverklaring is afgegeven door een gekwalificeerde gedragswetenschapper die al eens eerder een instemmingsverklaring met betrekking tot dezelfde jeugdige heeft afgegeven, behoeft op zichzelf niet door de rechter te worden aangemerkt als een blijk van onvoldoende objectief onderzoek.</p>
<p>HR 31 mei 2013, ECLI:NL:HR:2013:BZ5422, ECLI:NL:PHR:2013:BZ5422, NJ 2013/412, m.nt. S.F.M. Wortmann.</p>	<ul style="list-style-type: none"> - De kinderrechter dient niet alleen te motiveren dat het onderzoek van de jeugdige in persoon onmogelijk is geweest, maar ook dat <i>ander onderzoek</i> onmogelijk is geweest. - De kinderrechter kan aan de verlening van een voorlopige machtiging voorwaarden verbinden, zoals de voorwaarde dat het Bureau jeugdzorg persoonlijk onderzoek door een gedragswetenschapper onverwijld doet plaatsvinden zodra dit feitelijk mogelijk is geworden.
<p>HR 18 april 2014, ECLI:NL:HR:2014:951, ECLI:NL:PHR:2014:199 NJ 2014/380, m.nt. S.F.M. Wortmann.</p>	<ul style="list-style-type: none"> - Noch art. 12 IVRK noch art. 5 lid 1, aanhef en onder d, EVRM biedt steun voor de opvatting dat de gedragswetenschapper is gehouden om bij zijn onderzoek rekening te houden met schriftelijke informatie die hem door of namens de jeugdige wordt aangeboden. - De gedragswetenschapper is geen door de rechter benoemde deskundige noch adviseur als bedoeld in art. 3.5 Awb. - De enkele omstandigheid dat de gedragswetenschapper in dienst is van Bureau jeugdzorg, staat niet in de weg aan de bruikbaarheid van de door hem afgegeven instemmingsverklaring. Wel kunnen <i>bijkomende omstandigheden</i> aanleiding geven tot twijfel aan de onafhankelijkheid van de gedragswetenschapper
<p>HR 27 juli 2015, ECLI:NL:HR:2015:1414, ECLI:NL:PHR:2015:404, JPF 2015/95, NJ 2015/319, m.nt. S.F.M. Wortmann.</p>	<p>Indien persoonlijk onderzoek van de minderjarige feitelijk onmogelijk is, staat slechts de weg van een voorlopige machtiging open.</p>

De Hoge Raad en de toepassing van het EVRM en jurisprudentie van het Europees Hof

De Hoge Raad bedient zich in haar jurisprudentie over de gedragswetenschapper veelvuldig van art. 5 EVRM en sluit daarbij aan bij de wetgever die in de memorie van toelichting bij de Wet gesloten jeugdzorg vrijheidsbeneming in de vorm van gesloten jeugdzorg plaatste onder art. 5 lid 1, aanhef en onder d, EVRM. Hoewel de Hoge Raad met regelmaat verwijst naar art. 5 EVRM, doet hij dat meestal slechts om aan te geven dat een gesloten uithuisplaatsing zeer ingrijpend is en om die reden aan strikte normen gebonden is:

‘(d)e wetgever heeft de instemming van een gedragswetenschapper als hoofdregel nodig geacht in verband met de ingrijpende aard van de maatregel van gesloten jeugdzorg; de gedragswetenschapper dient te toetsen of beperking van de vrijheid van de jeugdige nodig is in verband met de opvoeding.’⁷⁰

Wat maakt een vrijheidsbenemende maatregel dan zo ingrijpend? De Hoge Raad blijft dichtbij de tekst van art. 5 EVRM bij het beantwoorden van deze vraag: een persoon die van zijn vrijheid is beroofd is kwetsbaar voor willekeur:

‘(n)iettemin heeft de instemmende verklaring van een gedragswetenschapper betekenis voor de toetsing van het verzoek aan art. 5 lid 1 EVRM. Het vereiste van een instemmende verklaring van een gekwalificeerde gedragswetenschapper maakt immers deel uit van de in de nationale wet voorgeschreven procedure. De instemmende verklaring van de gedragswetenschapper vormt voor de betrokken jeugdige een bescherming tegen een willekeurige vrijheidsbeneming. Vanwege deze beschermende functie mogen eisen worden gesteld aan de objectiviteit van het onderzoek door de gedragswetenschapper dat aan de instemmende verklaring voorafgaat.’⁷¹

De gedragswetenschapper speelt volgens de Hoge Raad een geheel eigen rol bij het beschermen van de jeugdige tegen een willekeurige vrijheidsbeneming. De Hoge Raad steekt daarbij met name in op de adviserende rol voor de gedragswetenschapper bij de kinderrechter: instemming van een gekwalificeerde gedragswetenschapper maakt het mogelijk dat de kinderrechter de gronden voor vrijheidsbeneming inhoudelijk kan toetsen.

Voldoende objectief onderzoek

Maar hoe wordt bescherming tegen willekeur in de praktijk verder vormgeven? De Hoge Raad concretiseert het recht van de jeugdige om beschermd te worden tegen willekeurige vrijheidsbeneming door het criterium ‘voldoende objectief

70 HR 27 juli 2015, ECLI:NL:HR:2015:1414, ECLI:NL:PHR:2015:404, *JPF* 2015/95, *NJ* 2015/319, m.nt. S.F.M. Wortmann.

71 HR 18 april 2014, ECLI:NL:HR:2014:951, ECLI:NL:PHR:2014:199, r.o. 2.7.

onderzoek' te gebruiken.⁷² Daarbij sluit de Hoge Raad aan bij het Europees Hof dat in het Winterwerp-arrest eisen stelt aan het geneeskundig onderzoek dat voorafgaat aan de vrijheidsbeneming:

'... the individual concerned should not be deprived of his liberty unless he has been reliably shown to be of "unsound mind". The very nature of what has to be established before the competent national authority – that is, a true mental disorder – calls for objective medical expertise.⁷³

Toepassing van dit criterium door de Hoge Raad levert in de praktijk de volgende regels op:

- Het maakt niet uit dat een instemmingsverklaring wordt gegeven door dezelfde gedragswetenschapper die destijds de initiële instemmingsverklaring heeft gegeven.⁷⁴
- De gedragswetenschapper is niet gehouden om bij zijn onderzoek rekening te houden met de schriftelijke informatie die hem door of namens de minderjarige wordt aangeboden.⁷⁵
- De enkele omstandigheid dat de gedragswetenschapper in dienst is van Bureau jeugdzorg, staat niet in de weg aan de bruikbaarheid van de door hem afgegeven instemmingsverklaring. Wel kunnen bijkomende omstandigheden aanleiding geven tot twijfel aan de onafhankelijkheid van de gedragswetenschapper ten opzichte van Bureau jeugdzorg en daarmee aan de objectiviteit van diens onderzoek, hetgeen de bruikbaarheid van de door hem afgegeven instemmingsverklaring kan aantasten.⁷⁶

72 De Hoge Raad hanteert dit criterium voor het eerst in de uitspraak HR 22 oktober 2010, ECLI:NL:HR:2010:BO1245, ECLI:NL:PHR:2010:BO1245, FJR 2011/29, m.nt. I.J. Pieters.

73 EHRM 24 oktober 1979, appl. nr. 6301/73 (*Winterwerp t. Nederland*), NJ 1980, 114 m.nt. E.A. Alkema.

74 HR 22 oktober 2010, ECLI:NL:HR:2010:BO1245, ECLI:NL:PHR:2010:BO1245, FJR 2011/29, m.nt. I.J. Pieters. Volgens A-G Langemeijer kan 'hier een vergelijking worden gemaakt met art. 5 lid 1 Wet Bopz, dat voor een onvrijwillige opname in een psychiatrisch ziekenhuis vereist dat een verklaring wordt overgelegd van 'een psychiater die de betrokkene met het oog daarop kort tevoren heeft onderzocht maar niet bij diens behandeling betrokken was'; zie daarover HR 16 oktober 2009, ECLI:NL:HR:2009:BK0342, NJ 2009, 518, BJ 2009, 47 m.nt. W. Dijkers.

75 HR 18 april 2014, ECLI:NL:HR:2014:951, ECLI:NL:PHR:2014:199 NJ 2014/380, m.nt. S.F.M. Wortmann.

76 HR 18 april 2014, ECLI:NL:HR:2014:951, ECLI:NL:PHR:2014:199 NJ 2014/380, m.nt. S.F.M. Wortmann. Alweer A-G Langemeijer merkt op dat uit de rechtspraak van het EHRM – in het kader van de tbs-verlengingsprocedure, waarop art. 5 lid 1, aanhef en onder e, in verbinding met art. 5 lid 4 EVRM van toepassing is – volgt dat de enkele omstandigheid dat een deskundige in dienst is van de overheid en is verbonden aan de kliniek waarin de betrokkene wordt verpleegd, geen grond is voor twijfel aan diens objectiviteit (EHRM 6 januari 2005, appl. nr. 5379/02 (*Nakach t. Nederland*), ECLI:NL:XX:2005:BM8488, NJ 2010/322). Tevens verwijst de A-G de vergelijking met een uitspraak van de Hoge Raad op 8 november 2013 (ECLI:NL:HR:2013:1138, NJ 2014/150) waarin een psychiater in het kader van de Wet Bopz een geneeskundige verklaring afgeeft.

In hoeverre de jurisprudentie van het Europees Hof die valt onder art. 5 lid 1, aanhef en e, EVRM ook van toepassing is op de gesloten jeugdhulp, blijft onduidelijk in de jurisprudentie van de Hoge Raad. A-G Keus bijvoorbeeld, verwijst in zijn conclusie bij het arrest van de Hoge Raad op 14 december 2007 wel naar het *Winterwerp*-arrest maar voegt eraan toe – zoals het Europees Hof dat ook zelf opmerkt – dat de noodzakelijke inschakeling van een onafhankelijke medische deskundige niet wegneemt dat aan de nationale autoriteiten een zekere beoordelingsvrijheid toekomt.⁷⁷ Toch lijkt het er bijvoorbeeld op dat in de Bopz-wetgeving (die op 1 januari 2020 zal worden vervangen door de Wet verplichte ggz) en -jurisprudentie stevigere eisen worden gesteld aan de onafhankelijkheid van de informatie op grond waarvan de rechter beslist. In het kort zal de Wvggz-rechter kunnen beslissen op basis van relatief brede informatie, naar hem toegeleid in het kader van de voorbereiding van een aanvraag van een zorgmachtiging door de geneesheer-directeur. Die aanvraag moet worden ondersteund door de medische verklaring van een psychiater die onafhankelijk is.⁷⁸

Een ander voorbeeld is de uitspraak van de Hoge Raad op 22 oktober 2010 waarbij A-G Langemeijer ook verwijst naar het *Winterwerp*-arrest om aan te geven dat de rechtmatigheid van het voortduren van een gedwongen opname op grond van art. 5, lid 1 onder e, EVRM periodiek aan een rechter moet kunnen worden voorgelegd, ook indien vaststaat dat de oorspronkelijke beslissing tot vrijheidsbeneming rechtmatig is geweest.⁷⁹ De wijze waarop de Hoge Raad de jurisprudentie van het Europees Hof over art. 5, lid 1, aanhef en onder e, EVRM toepast, levert een wisselend beeld op (zie ook hieronder over het zogenoemde '*Varbanov*-arrest'). In zekere zin is dat acceptabel, gelet op de beoordelingsvrijheid van de nationale autoriteiten. Anderzijds kan deze beoordelingsvrijheid er mijns inziens niet toe leiden dat de ene vorm van vrijheidsbeneming (gesloten jeugdhulp) minder rechtsbescherming oplevert dan de andere vorm van vrijheidsbeneming (gedwongen opname in de GGZ).

Een strikte scheiding tussen een spoedmachtiging en een gewone machtiging gesloten jeugdhulp

Naast het criterium van 'voldoende objectief onderzoek' heeft de Hoge Raad een strikte scheiding aangelegd tussen de vereisten die aan een instemmingsverklaring gesteld kunnen worden in een procedure strekkende tot een machtiging gesloten jeugdhulp in de zin van art. 6.1.2 enerzijds en in een procedure voor een spoedmachtiging anderzijds. Op 27 juli 2015 bepaalde de Hoge Raad dat indien persoonlijk onderzoek van de minderjarige feitelijk onmogelijk is, slechts de weg van een voorlopige machtiging openstaat. Dit vloeit volgens de Hoge Raad voort uit de aanhef van art. 5 EVRM waarin staat dat vrijheids-

77 HR 14 december 2007, ECLI:NL:PHR:2007:BB7173.

78 Legemaate e.a. 2014, p. 364.

79 HR 22 oktober 2010, ECLI:NL:PHR:2010:BO1245, r.o. 2.9.

beneming alleen overeenkomstig een wettelijk voorgeschreven procedure moet plaatsvinden. Art. 6.1.2 lid 6 Jw – de wettelijke voorgeschreven procedure – voorziet nu eenmaal niet in de uitzondering die de spoedregeling wel biedt, namelijk dat wanneer onderzoek feitelijk onmogelijk is een instemmingsverklaring niet is vereist. Overigens heeft de Hoge Raad deze bepaling geclausuleerd: de kinderrechter dient niet alleen te motiveren dat het onderzoek van de jeugdige in persoon onmogelijk is geweest, maar ook dat *ander onderzoek* onmogelijk is geweest. Tevens oppert de Hoge Raad dat de kinderrechter aan de verlening van een voorlopige machtiging voorwaarden kan verbinden, zoals de voorwaarde dat Bureau jeugdzorg persoonlijk onderzoek door een gedragswetenschapper onverwijld doet plaatsvinden zodra dit feitelijk mogelijk is geworden.⁸⁰ Wat bedoelt de Hoge Raad precies met ‘onverwijld’? A-G Wissink verwijst in dat verband naar de ‘*Varbanov*-maatstaf’ waarmee het Europees Hof heeft aangegeven dat in spoedgevallen het nodige onderzoek zo nodig achteraf kan plaatsvinden, en voor gevallen waarin de betrokkene niet wil meewerken aan het psychiatrisch onderzoek. In die gevallen kan gebruik worden gemaakt van gegevens uit het dossier. In sommige gevallen mag consultatie van een psychiater na de vrijheidsbeneming plaatsvinden, maar dat moet dan gebeuren *immediately after the arrest*.⁸¹

Een andere mogelijkheid is dat de kinderrechter in een dergelijk geval geen spoedmachtiging verleent maar de beslissing aanhoudt totdat het onderzoek alsnog is gedaan door de gedragswetenschapper. Bezien in het licht van de strikte eisen die art. 5 EVRM stelt, heeft deze oplossing wellicht de voorkeur. De rechter moet dan motiveren waarom persoonlijk onderzoek en ook ander onderzoek door de gedragswetenschapper feitelijk onmogelijk zijn geweest. De rechter kan aan de machtiging de voorwaarde verbinden dat het onderzoek direct nadat dit feitelijk mogelijk is geworden, alsnog wordt gedaan.

De Hoge Raad over inhoudelijke vereisten aan de instemmingsverklaring

Hoewel A-G Langemeijer in zijn conclusie bij de uitspraak van de Hoge Raad van 22 oktober 2010 stelde dat het vereiste van een instemmingsverklaring is bedoeld als waarborg voor de jeugdige omdat dit vereiste voor een rechter een inhoudelijke toetsing mogelijk maakt, heeft de Hoge Raad verder geen vereisten uitgewerkt waaraan de instemmingsverklaring inhoudelijk aan dient

80 HR 31 mei 2013, ECLI:NL:HR:2013:BZ5422, ECLI:NL:PHR:2013:BZ5422, NJ 2013/412, m.nt. S.F.M. Wortmann. Dit wordt bevestigd in HR 27 juli 2015, ECLI:NL:HR:2015:1414, ECLI:NL:PHR:2015:404, JPF 2015/95, NJ 2015/319, m.nt. S.F.M. Wortmann.

81 HR 31 mei 2013, ECLI:NL:PHR:2013:BZ5422.

te voldoen.⁸² In lagere rechtspraak is dit onderwerp wel veelvuldig aan de orde geweest, zoals we hieronder zullen zien.

6.8.2 Een analyse van de jurisprudentie van gerechtshoven en rechtbanken over de instemmingsverklaring en persoon van de gedragswetenschapper

De onafhankelijke positie van de gedragswetenschapper

Op 28 november 2008 oordeelde de Rechtbank Rotterdam dat de instemmingsverklaring gebrekkig tot stand was gekomen doordat de gedragswetenschapper niet onbevooroordeeld was tijdens het onderzoek van de minderjarige. In deze zaak had de gedragswetenschapper al voordat het gesprek begonnen was, aan het kind laten weten dat zij van negen van de tien meisjes de gesloten machtiging had verlengd. Dit leidde tot afwijzing van het verlengingsverzoek tot een machtiging gesloten jeugdzorg en tot toewijzing van een reguliere machtiging uithuisplaatsing.⁸³ In een ander geval was het volgens de Rechtbank Maastricht:

‘essentieel dat de gedragsdeskundige enige afstand tot de in art. 29b lid 4 (oud) Wjz, bedoelde verklaring van Bureau jeugdzorg betracht, opdat het oordeel van de gedragswetenschapper, gelet op zijn of haar deskundigheid, een toegevoegde waarde voor de beoordeling van de noodzaak tot uithuisplaatsing kan hebben’.

Mede vanwege de gebrekkige onderbouwing van het verzoek zag de kinderrechter aanleiding de machtiging voor een beperkte periode te verlenen.⁸⁴ Volgens de Rechtbank Haarlem was het ontoelaatbaar dat de gezinsvoogd aanwezig was bij het gesprek tussen de jeugdige en de gedragswetenschapper:

‘(e)en gedragswetenschapper moet onbevangen en onbevooroordeeld onderzoek kunnen doen naar de noodzaak van plaatsing binnen de gesloten jeugdzorg. Iedere schijn van beïnvloeding moet vermeden worden.’

82 Het Europees Hof geeft wel enkele vingerwijzingen in een uitspraak tegen het Verenigd Koninkrijk die is vervat in het kader van art. 5, lid 1, aanhef en e, EVRM : het exacte doel van de opneming dient te worden beschreven, de instemmingsverklaring dient te vermelden voor welke duur de opneming nodig is en welke zorg nodig zal zijn. Ook dient regelmatig te worden onderzocht of de ziekte of stoornis waarvoor de opneming nodig was nog altijd zodanig is dat voortzetting van vrijheidsbeneming noodzakelijk is (EHRM 5 oktober 2004, appl. nr. 45508/99 (*H.L. t. Verenigd Koninkrijk*), par. 120-121. Forder & Olujic concluderen hieruit dat aan de feitelijke onderbouwing van de noodzaak van de gesloten jeugdzorg in de verklaring van de gedragswetenschapper groot gewicht toekomt (2012, p. 21).

83 Rb. Rotterdam 28 november 2008, ECLI:NL:RBROT:2008LBG5795.

84 Rb. Maastricht 2 juni 2010, ECLI:NL:RBMAA:2010:BM7024.

Bureau jeugdzorg kreeg twee weken om dit gebrek te repareren, anders zou de beschikking haar kracht verliezen.⁸⁵ Ook (stief)ouders behoorden volgens de rechter niet bij het onderzoek aanwezig te zijn.⁸⁶ Volgens de rechter werd onvoldoende afstand betracht in een zaak waarin de bij Bureau jeugdzorg werkzame gedragswetenschapper die de instemmingsverklaring had afgegeven, terwijl hij binnen het jaar daaraan voorafgaand als GZ-psycholoog de jeugdige had onderzocht. De beslissing werd aangehouden en Bureau jeugdzorg moest met spoed voor een instemmingsverklaring van een andere gedragswetenschapper zorgen.⁸⁷ In een vergelijkbaar geval werd een verzoek tot beëindiging van de machtiging gesloten plaatsing niet ingewilligd. In deze zaak had een GZ-psycholoog, die als gedragswetenschapper was verbonden aan de groep waarop de minderjarige verbleef, een verklaring overgelegd. De Rechtbank 's-Gravenhage overwoog dat:

‘de Wet op de jeugdzorg niet voorschrijft dat de instemmingsverklaring van een onafhankelijke gedragswetenschapper afkomstig moet zijn...’⁸⁸

Overigens lijkt het niet helemaal duidelijk te zijn wanneer dezelfde persoon wel of niet opnieuw kan worden betrokken bij een onderzoek van de jeugdige:

‘... (h)et gegeven dat de gedragswetenschapper reeds eerder met betrekking tot dezelfde jeugdige een instemmingsverklaring heeft gegeven, (is niet) voldoende om aan diens objectiviteit te twijfelen.’⁸⁹

De Rechtbank Limburg verbond de volgende twee conclusies aan haar oordeel dat uit de instemmingsverklaring onvoldoende blijkt gaf van een eigen, vanuit specifieke deskundigheid ingegeven, en daardoor met enige distantie gegeven, oordeel: ten eerste werd een voorlopige machtiging afgegeven in plaats van de gevraagde ‘reguliere’ machtiging op grond van art. 29b (oud) Wjz en ten tweede werd een nader advies door de Raad voor de Kinderbescherming op grond van art. 810a Rv nodig geacht.⁹⁰ Al met al lijkt de rechter als grens te stellen dat het feitelijk alleen opschrijven van het standpunt van de verzoekende partij onvoldoende is om te kunnen spreken van een onafhankelijk oordeel.⁹¹

Het Hof Amsterdam bevestigde dat niet valt in te zien waarom een aan Bureau jeugdzorg verbonden rapporteur geen onafhankelijke rapporteur zou

85 Rb. Haarlem 28 juni 2011, ECLI:NL:RBHAA:2011:BR2178.

86 Rb. Maastricht 25 oktober 2011, ECLI:NL:RBMAA:2011:BU3427.

87 Rb. Groningen, 13 september 2011, ECLI:NL:RBGRO:2011:BU4083.

88 Rb. 's-Gravenhage 7 januari 2010, ECLI:NL:RBSGR:2010:BL1912.

89 Hof 's-Hertogenbosch 17 april 2014, ECLI:NL:GHSHE:2014:1115.

90 Rb. Limburg 15 maart 2013, ECLI:NL:RBLIM:2013:BZ4364.

91 Zie bijvoorbeeld Rb. Amsterdam 12 augustus 2013, ECLI:NL:RBAMS:2013:5978.

kunnen zijn.⁹² Wat wel werd gesteld, was dat de instemmingsverklaring van de gedragswetenschapper los van het interne besluitvormingsproces van Bureau jeugdzorg tot stand dient te komen.⁹³

- *Diverse vereisten aan de instemmingsverklaring bij de ‘gewone’ machtiging en de spoedmachtiging*

Een instemmingsverklaring ontbreekt, het verzoek om een ‘gewone’ machtiging wordt afgewezen

Het Hof Arnhem beëindigde op 11 juni 2008 de uithuisplaatsing met ingang van heden omdat geen instemmingsverklaring van een gedragswetenschapper was overgelegd. Een hulpverleningsplan gold niet als zodanig. Daar kwam bij dat de jeugdige al een jaar op civielrechtelijke titel in een justitiële jeugd-inrichting verbleef en er voorlopig nog geen zicht was op een passende vervolgplek.⁹⁴ Ook het Hof Leeuwarden oordeelde dat onderzoek van de jeugdige niet achterwege kon blijven in het kader van een reguliere machtiging gesloten jeugdzorg. Dit zou alleen achterwege kunnen blijven bij een voorlopige machtiging, indien onderzoek feitelijk onmogelijk zou zijn.⁹⁵ Een dergelijke argumentatie is terug te vinden in een groot aantal beschikkingen.⁹⁶

Het Hof Arnhem wees erop dat ook als onderzoek feitelijk onmogelijk is en om een voorwaardelijke machtiging wordt verzocht, de instemming van een gedragswetenschapper is vereist. De instemming kan ook worden opge maakt zonder dat de deskundige de jeugdige met het oog daarop kort tevoren heeft onderzocht.⁹⁷ In een geval waarin na acht dagen de instemmingsverklaring nog steeds ontbrak, terwijl de rechter onder die voorwaarde de machtiging verleend had, werd de machtiging met ingang van heden beëindigd.⁹⁸

Een instemmingsverklaring ontbreekt, het verzoek om een ‘gewone machtiging’ wordt toegewezen

Op 29 april 2008 oordeelde het Hof Arnhem dat als bij het verzoek van de Bureau jeugdzorg bij de rechtbank in eerste aanleg geen verklaring van de stichting was gevoegd met daarbij de instemming van een gedragswetenschapper zoals bedoeld in art. 29b lid 4 en 5 (oud) Wjz, de stichting niet-ontvankelijk

92 Hof Amsterdam 8 april 2014, ECLI:NL:GHAMS:2014:1828.

93 Hof 's-Hertogenbosch 17 april 2014, ECLI:NL:GHSHE:2014:1115; Hof 's Hertogenbosch 14 augustus 2014, ECLI:NL:GHSHE:2014:2785. Beide uitspraken leidden ertoe dat de gesloten plaatsing onmiddellijk werd opgeheven.

94 Hof Arnhem 11 juni 2008, ECLI:NL:GHARN:2008:BD9745.

95 Hof 15 september 2008, ECLI:NL:GHLEE:2008:BF3929; Hof Amsterdam 7 februari 2012, ECLI:NL:GHAMS:2012:BZ3839.

96 Rb. Groningen 1 april 2009, ECLI:NL:RBGRO:2009:BI5999 (tevens ontbrak een indicatiebesluit); Hof Amsterdam 7 februari 2012, ECLI:NL:GHAMS:2012:BZ3839; Hof Amsterdam 5 april 2011, ECLI:NL:GHAMS:2011:BQ8561.

97 Hof Arnhem 9 februari 2009, ECLI:NL:GHARN:2009:BH4495.

98 Rb. Maastricht 6 december 2011, ECLI:NL:RBMAA:2011:BU7474.

verklaard had moeten worden in haar verzoek. Inmiddels was wel een instemmingsverklaring overgelegd. Het zwaarwegende belang van de jeugdige dat zijn behandeling niet zou worden stopgezet was doorslaggevend voor de beslissing om de bestreden beschikking te bekrachtigen onder verbetering en aanvulling van de gronden.⁹⁹ Op 23 juni 2009 verleende de Rechtbank Groningen een gesloten machtiging hoewel strikt formeel niet werd voldaan aan het voorschrift van art. 29b lid 5 (oud) Wjz. De gedragswetenschapper had de jeugdige niet onderzocht, maar in de beschikking wordt inzichtelijk gemaakt welke documenten hij bij zijn analyse voor een instemmingsverklaring had betrokken. Ook stemden de ouders in met de gesloten plaatsing en stelde de rechter strikte voorwaarden op bij zijn beschikking.¹⁰⁰ Een vergelijkbare beslissing werd genomen door de Rechtbank Middelburg op 10 november 2011, waarbij de rechter zich op het IVRK beriep: strikte toepassing van de wet zou indruisen tegen art. 3 lid 1 IVRK. Immers, de jeugdige zou bij strikte toepassing van de wet naar huis behoren te gaan maar daar was de kans op verder afglijden zeer groot aanwezig. Zowel de jeugdige als zijn ouders stemden in met het verlengingsverzoek.¹⁰¹

Gevallen waarin de jeugdige onvindbaar is en/of weigert mee te werken aan onderzoek
In de eerste gepubliceerde beschikking onder de op 1 januari 2008 in werking getreden gewijzigde Wet op de Jeugdzorg werd een machtiging gesloten jeugdzorg afgegeven voor de duur van ruim zes maanden ten aanzien van een meisje dat op dat moment onvindbaar was. Er was geen instemmingsverklaring overgelegd maar 'uit alle beschikbare informatie (volgt) een zeer zorgwekkend beeld' en de vereisten uit (oud) art 29b van de Wet op de jeugdzorg dienden volgens de rechtbank niet in de weg te staan aan het verlenen van een machtiging, 'zeker gelet op het belang van de minderjarige'.¹⁰² Ook het Hof Arnhem was op 30 juni 2008 van mening dat niet aan Bureau jeugdzorg kon worden tegengeworpen dat de instemmingsverklaring in eerste aanleg ontbrak omdat de verblijfplaats van de jeugdige niet bij de stichting bekend was.¹⁰³ Als face-to-face contact met de gedragswetenschapper niet mogelijk is vanwege onttrekking door de jeugdige, staat dit niet in de weg aan het verlenen van een reguliere machtiging gesloten jeugdzorg en later jeugdhulp, zo werd door de Rechtbank Utrecht geoordeeld.¹⁰⁴ Voorwaarde was dat Bureau jeugdzorg en de gedragswetenschapper voldoende moeten

99 Hof Arnhem 29 april 2008, ECLI:NL:GHARN:2008:BD9722.

100 Rb. Groningen 23 juni 2009, ECLI:NL:RBGRO:2009:BJ2505.

101 Rb. Middelburg 10 november 2010, ECLI:NL:RBMID:2010:BP5097; zie tevens Rb. Groningen 7 juni 2012, ECLI:NL:RBGRO:2012:BX6340 voor een vergelijkbare argumentatie.

102 Rb. Maastricht 4 januari 2008, ECLI:NL:RBMAA:2008:BC1872.

103 Hof Arnhem 30 juni 2008, ECLI:NL:GHARN:2008:BE3200.

104 Rb. Utrecht 24 april 2009, ECLI:NL:RBUTR:2009:BI3353.

hebben ondernomen om een gesprek tot stand te brengen.¹⁰⁵ Volgens het Hof Arnhem was het niet noodzakelijk dat de gedragswetenschapper meer dan één poging deed om de jeugdige te onderzoeken.¹⁰⁶ De Rechtbank 's-Gravenhage formuleerde op 18 november 2008 als criterium dat:

‘eerst op het moment dat de minderjarige en/of ouder(s) weigeren aan een dergelijk onderzoek mee te werken kan de instemming van de gedragswetenschapper ook zonder het vereiste onderzoek geschieden. In alle andere situaties is de maatregel van een spoedmachtiging de aangewezen weg.’¹⁰⁷

Binnen de gepubliceerde jurisprudentie is ook een andere ‘benadering’ te vinden: zo stelde het Hof 's-Gravenhage dat in gevallen waarin de medewerking van de betrokken jeugdige aan het noodzakelijke onderzoek niet kan worden verkregen, de procedure als omschreven in art. 29c van de Wet op de jeugdzorg is gegeven. Gebrekkige medewerking deed in die optiek niet ter zake. Het hof vernietigde de beschikking van de rechtbank, ook vanwege de constatering:

‘dat als een gebrek in het onderhavige geval zonder consequenties zou blijven, dan zou dat de deur openen naar een stelselmatige omzeiling van de met de artikelen 29b en 29c van de Wet op de jeugdzorg beoogde waarborgen’.¹⁰⁸

In deze lijn past de afwijzing door de Rechtbank 's-Hertogenbosch op 14 maart 2012 van het verzoek omdat de jeugdige reeds ruim zeven maanden onvindbaar was¹⁰⁹ en een afwijzing van de Rechtbank Den Haag op 6 januari 2015 van een verzoek dat een jeugdige betrof die reeds ruim twee maanden onvindbaar was.¹¹⁰ Helemaal helder is het in de praktijk gemaakte onderscheid niet; zo werd door het Hof Amsterdam op 10 februari 2015 besloten dat een instemmingsverklaring van zeven maanden geleden niet te oud was omdat de minderjarige al sedert geruime tijd onvindbaar was.¹¹¹ Het lijkt erop dat binnen de lagere rechtspraak geen eenduidig standpunt wordt ingenomen over deze kwestie.

105 Rb. Groningen 3 juli 2009, ECLI:NL:RBGRO:2009:BJ5792 (dat het niet gelukt is om de minderjarige te horen, is, naar het oordeel van de kinderrechter, niet veroorzaakt door omstandigheden die binnen de risicosfeer van de gedragswetenschapper zelf liggen, maar door de onbereidheid hiertoe en weigerachtige houding van de minderjarige).

106 Hof Arnhem 1 juni 2010, ECLI:NL:GHARN:2010:BN3255.

107 Rb. 's-Gravenhage 18 november 2008, ECLI:NL:RBSGR:2008:BG8845.

108 Hof 's-Gravenhage 4 augustus 2010, ECLI:NL:GHSGR:2010:BN9213. Dezelfde redenering en gevolgtrekking is te vinden in een uitspraak van het Hof 's-Hertogenbosch op 10 augustus 2010 (ECLI:NL:GHSHE:2010:BN5541). Zie tevens Hof Amsterdam 28 december 2010, ECLI:NL:GHAMS:2010:BP4820; Zie tevens Hof Amsterdam 7 oktober 2013, ECLI:NL:GHAMS:2013:3877.

109 Rb. 's-Hertogenbosch 14 maart 2012, ECLI:NL:RBSHE:2012:BV9246.

110 Rb. Den Haag 6 januari 2015, ECLI:NL:RBDHA:2015:152.

111 Hof Amsterdam 10 februari 2015, GHAMS:2015:938.

Vereisten aan het onderzoek dat aan de instemmingsverklaring vooraf gaat

Aan een instemmingsverklaring gaat een onderzoek vooraf waarbij de gedragswetenschapper met de minderjarige spreekt. Om tot een voldoende feitelijke onderbouwing van de gestelde noodzaak tot een gesloten plaatsing te komen, is een gesprek van tien minuten erg kort.¹¹² Volgens het Hof Amsterdam staat een weigering van de jeugdige om te spreken met de gedragswetenschapper niet in de weg aan het verlenen van een machtiging:

‘(b)lijkens de instemmingsverklaring heeft de gedragswetenschapper de nodige stappen ondernomen om met de minderjarige in gesprek te gaan, maar heeft zij via de groepsleiding te kennen gegeven dit niet te willen. Dit heeft zij zelf aan de gedragswetenschapper bevestigd, nadat deze minderjarige had opgezocht; zij lag in bed en gaf te kennen niets te willen vertellen, omdat haar woorden toch zouden worden verdraaid. Onder deze omstandigheden is er naar het oordeel van het hof geen grond voor het oordeel dat de instemmingsverklaring niet voldoet aan de wettelijke vereisten.’¹¹³

Tevens ligt het voor de hand dat de gedragswetenschapper gebruik maakt van het dossier dat voorhanden is. Volgens de Rechtbank Utrecht moet een gedragswetenschapper bij het onderzoek soms noodgedwongen gebruik maken van gedateerd onderzoek.¹¹⁴

Inhoudelijke vereisten aan de instemmingsverklaring

De wet stelt geen inhoudelijke vereisten aan de instemmingsverklaring. In de jurisprudentie zijn in de loop der jaren enkele vereisten geformuleerd, waarvan de uitspraak van het Hof 's-Gravenhage een goede samenvatting is:

‘(n)u deze verklaring iedere argumentatie met controleerbare en verifieerbare feiten en omstandigheden ontbeert, de gedragswetenschapper zich daarbij beperkt tot het presenteren van haar mening middels herformulering van de wettelijke terminologie en zodoende met dit voorschrift beoogde rechterlijke toetsing van de voorgenomen vrijheidsontneming onmogelijk maakt’.¹¹⁵

Het oordeel van de Rechtbank Zwolle-Lelystad lag in dezelfde lijn, aan de strekking van het wettelijke voorschrift was niet voldaan:

‘(d)e verklaring houdt nauwelijks meer in dan een herformulering van het wettelijke criterium. Eigen motiverende overwegingen van de gedragswetenschapper ontbre-

112 Rb. Maastricht 18 februari 2010, ECLI:NL:RBMAA:2010:8293.

113 Hof Amsterdam 24 maart 2015, ECLI:NL:GHAMS:2015:1048, r.o. 4.3.

114 Rb. Utrecht 2 november 2012, ECLI:NL:RBUTR:2012:BY2584.

115 Hof 's-Gravenhage 6 augustus 2008, ECLI:NL:GHSGR:2008:BE9979, FJR 2008, 116, m.nt. Pieters.

ken. Met name is niet duidelijk waaruit het onderzoek van de minderjarige heeft bestaan.'

In beginsel behoorde het verzoek tot een machtiging gesloten jeugdzorg dan ook te worden afgewezen, aldus de rechtbank. Wel achtte de rechtbank dat was voldaan aan de materiële vereisten van art. 29b lid 3 (oud) Wjz en daarom werd de machtiging toegewezen voor de duur van drie weken, teneinde Bureau jeugdzorg de gelegenheid te geven zich te beraden.¹¹⁶ Dezelfde rechtbank formuleerde het nog scherper in een beschikking, daterend van 8 december 2008:

'(d)e verklaring dient deugdelijk en controleerbaar te zijn gemotiveerd. (...) Ook mag de gedragswetenschapper niet betrokken zijn bij de opstelling van het verzoekschrift en indicatiebesluit tot het verkrijgen van de machtiging tot uithuisplaatsing in een accommodatie voor gesloten jeugdzorg op straffe van schending op zijn onafhankelijke positie ten opzichte van de totstandkoming van het verzoek en het indicatiebesluit. Ook een zekere distantie ten opzichte van de eventuele behandeling van de minderjarige is vereist.'¹¹⁷

Een dergelijk beroep op strijd met de strekking van de wettelijke bepaling slaagde overigens niet altijd. Het Hof Amsterdam ging niet mee met de jeugdige die stelde dat de noodzaak van een gesloten behandeling evenmin voortvloeide uit de instemmingsverklaring, nu daarin uitdrukkelijk was opgenomen dat een gesloten verblijf alleen nodig was ter overbrugging van de wachttijd voor een plaats bij een KamerTrainingsCentrum (hierna: KTC).¹¹⁸

Wat werd afgekeurd, was een verklaring van de gedragswetenschapper dat hij instemde dat het in art. 29b lid 3 (oud) Wjz, bedoelde geval zich voerde maar verklaarde niet in te stemmen met de verklaring die door Bureau jeugdzorg was opgesteld.¹¹⁹ Als het gaat over de relatie verklaring van Bureau jeugdzorg (art. 29b lid 4 (oud) Wjz) – instemmingsverklaring van de gedragswetenschapper (art. 29b lid 4 (oud) Wjz), merkte de Rechtbank Maastricht op dat Bureau jeugdzorg uitdrukkelijk dient te verklaren dat de materieelrechtelijke grondslag zoals die geformuleerd is in art. 29b lid 3 (oud) Wjz, van toepassing is. Deze verklaring dient als het rechtstreekse aanknopingspunt voor de door de gedragsdeskundige te geven instemmingsverklaring. Dit brengt met zich mee dat de verklaring als bedoeld in art. 29b lid 4 (oud) Wjz niet op verholde wijze mocht worden gedaan.¹²⁰

116 Rb. Zwolle-Lelystad 11 september 2008, ECLI:NL:RBZLY:2008:BF8671. Dat aan de strekking van dit voorschrift niet werd voldaan, oordeelde ook het hof 's-Gravenhage op 4 februari 2009 (ECLI:NL:GHSGR:2009:BH4136).

117 Rb. Zwolle 8 december 2008, ECLI:NL:RBZLY:2008:BG8871. Zie tevens Rb. Oost-Brabant 28 maart 2014, ECLI:NL:RBOBR:2014:2310.

118 Hof Amsterdam 27 juli 2010, ECLI:NL:GHAMS:2010:BN3205.

119 Hof 's-Gravenhage 4 februari 2009, ECLI:NL:GHSGR:2009:BH4136.

120 Rb. Maastricht 11 juni 2009, ECLI:NL:RBMAA:2009:BI9154.

Dient de instemmingsverklaring te vermelden hoe lang de vrijheidsbepaling volgens de gedragswetenschapper zou moeten duren? Daar wordt onder rechters verschillend over gedacht. De Rechtbank Groningen verleende een machtiging voor de duur van drie maanden omdat de gedragswetenschapper enkel voor een dergelijke korte duur een gesloten plaatsing noodzakelijk achtte.¹²¹ De Rechtbank Oost-Brabant maakte korte metten een instemmingsverklaring die niet ‘genoegzaam’ was:

‘(d)e kinderrechter constateert dat de door de stichting overgelegde verklaring van de gedragswetenschapper niet voldoet aan voormelde vereisten. Allereerst laat de gedragswetenschapper na aan te geven voor welke termijn hij van oordeel is dat de machtiging wordt verzocht: zes maanden of een jaar. Daarover had hij zich wel moeten uitlaten omdat hij dient aan te geven in zijn verklaring of en, zo ja, op welke gronden hij instemt met het verzoek. Voorts stelt de gedragswetenschapper weliswaar dat ‘de laatste fase/stap in de behandeling naar overplaatsing elders (begeleide kamertraining) nog enige tijd en activiteiten vraagt om te kunnen oefenen met meer vrijheden en verantwoordelijkheden’ maar laat hij na aan te geven waarom het noodzakelijk is dat dit in een instelling voor gesloten jeugdzorg dient te geschieden. De gedragswetenschapper stelt overigens slechts dat dit “wenselijk” is en derhalve niet dat dit “noodzakelijk” is, zoals de wet voorschrijft.’¹²²

Het Hof Arnhem-Leeuwarden daarentegen oordeelde dat:

‘in de wet niet (is) opgenomen dat de gedragswetenschapper zich ook moet uitlaten over de duur van het verblijf dan wel de in het indicatiebesluit opgenomen duur’.¹²³

In gevallen waarin de gedragswetenschapper gesloten jeugdzorg (en later jeugdhulp) niet de meest aangewezen vorm van zorg achtte of zelfs afwees, leidde dit doorgaans tot een afwijzing van het verzoek door de rechter.¹²⁴

121 Rb. Groningen 7 december 2011, ECLI:NL:RBGRO:2011:BV0915; zie tevens Rb. Oost-Brabant 28 maart 2014, ECLI:NL:RBOBR:2014:2310 (volgens de rechter had de gedragswetenschapper zich moeten uitspreken over de termijn van de af te geven machtiging, namelijk voor een half jaar of voor een jaar. Daarnaast noemde de gedragswetenschapper een korte periode van geslotenheid ‘wenselijk’ en niet ‘noodzakelijk’. Dit overtuigde de rechter niet); zie tevens Rb. Rotterdam 26 september 2014, ECLI:NL:RBROT:2014:9114 (de gedragswetenschapper was aarzelend over nut en noodzaak van een verlenging van de gesloten plaatsing. Het verlengingsverzoek werd afgewezen en de jeugdige werd in een AWBZ-instelling geplaatst).

122 Rb. Oost-Brabant 28 maart 2014, ECLI:NL:RBOBR:2014:2310.

123 Hof Arnhem-Leeuwarden 19 maart 2013, ECLI:NL:GHARL:2013:BZ5584; zie tevens Rb. Den Haag 9 april 2013, ECLI:NL:RBDHA:2013:CA1199 ((h)et is immers aan de instelling waar de minderjarige behandeld wordt om aan te geven welke vorderingen er gemaakt worden in de voortgangsverslagen’).

124 Rb. Rotterdam 6 maart 2012, ECLI:NL:RBROT:2012 (de gedragswetenschapper gaf aan dat in beginsel werd gedacht aan een LVG-setting als meest geschikte plaats voor de jeugdige); zie tevens Rb. ‘s-Hertogenbosch 14 maart 2012, ECLI:NL:RBSHE:2012:BV9246 (door Bureau jeugdzorg werd tevens geen gesloten plaatsing beoogd maar toch verzocht en er werd een

Een duidelijk voorbeeld hiervan is een uitspraak van het Hof Arnhem-Leeuwarden op 26 maart 2015. In de ‘instemmingsverklaring’ van de gedragswetenschapper van 5 november 2014 stond het volgende vermeld:

‘(o)p grond van de volgende feiten en bevindingen uit het dossier en op grond van mijn gesprek met de jeugdige concludeer ik dat deze opgroei- en opvoedproblemen opnemering en verblijf niet noodzakelijk maken om te voorkomen dat zij zich aan de zorg die zij nodig heeft zal onttrekken of daaraan door anderen zal worden onttrokken:

In de periode bij Ambiq heeft [verzoekster] zich veelvuldig onttrokken aan de behandeling door weg te lopen. Of zij zich daarmee structureel in onveilige situaties heeft gebracht, is niet helemaal duidelijk. Meestal ging ze naar haar moeder, waardoor ze in ieder geval op een relatief veilig adres verbleef. [verzoekster] heeft in het gesprek met ondergetekende aangegeven nog heel graag een laatste kans te willen krijgen. Ze heeft goede ideeën, samen met moeder, over wat er in het plan moet komen te staan om dit een zo groot mogelijke kans van slagen te laten hebben. Omdat [verzoekster] in de afgelopen maand niet meer is weggelopen, geen alcohol of drugs zegt te hebben gebruikt en open staat voor behandeling en verblijf buiten de thuissituatie, is ondergetekende van mening dat zij die kans zou moeten krijgen. (...) Als [verzoekster] weigert om met het plan in te stemmen of zich opnieuw onttrekt aan het gezag en de behandeling, dan zal alsnog een instemming volgen voor plaatsing binnen een setting voor gesloten jeugdzorg.

Ik stem op bovengenoemde gronden niet in met de verklaring van BJZ dat gesloten jeugdzorg voor bovengenoemde jeugdige noodzakelijk is. [cursief, MJ]

De gedragswetenschapper heeft volgens het Hof Arnhem-Leeuwarden niet ingestemd met het verzoek. Aan het formele vereiste van art. 6.1.2 lid 6 Jw is niet voldaan, zodat geen machtiging tot plaatsing van de minderjarige in een accommodatie voor gesloten jeugdzorg had mogen worden verleend.¹²⁵

Een instemmingsverklaring is niet altijd even ondubbelzinnig. Uit een uitspraak van het Hof Arnhem-Leeuwarden blijkt dat in de instemmingsverklaring het volgende stond:

‘(i)k stem op bovengenoemde gronden wel in met de verklaring van BJZ dat gesloten jeugdzorg voor bovengenoemde jeugdige noodzakelijk is, als de betere opties niet voorradig zijn’.

Het hof oordeelde in deze zaak dat aan deze voorwaarde niet was voldaan omdat de GI ter zitting had verklaard dat de andere opties onvoldoende veiligheid boden en dat bovendien moeder niet achter de andere opties stond.

reguliere machtiging uithuisplaatsing afgegeven); zie tevens Hof Arnhem-Leeuwarden 26 maart 2015, ECLI:NL:GHARL:2015:2239.

125 ECLI:NL:GHARL:2015:2239.

Derhalve was duidelijk dat er geen alternatieven voor een gesloten plaatsing waren.¹²⁶

In het onderstaande voorbeeld was verwarring of de instemmingsverklaring nu diende voor een reguliere machtiging of een spoedmachtiging:

‘(b)oven de voornoemde verklaring van 21 juni 2017 is echter vermeld: art. 6.1.2 lid 6 Jeugdwet. De kinderrechter gaat ervanuit dat dit op een vergissing berust, omdat deze verklaring is opgesteld na slechts een kort gesprek met de minderjarige in een voor haar hectische situatie. Het volgt ook uit het feit dat in de verklaring op pagina 5 is vermeld dat de gedragswetenschapper “met de nodige voorzichtigheid” tot zijn conclusie komt, “aangezien de minderjarige maar kort gezien is”. Ook geeft de gedragswetenschapper op pagina 6 aan dat geslotenheid op dit moment (21 juni 2017) een noodzakelijkheid *lijkt* om de minderjarige tegen zichzelf en voor anderen te beschermen. Deze zinsneden sluiten aan bij *het ernstige vermoeden* zoals hiervoor genoemd.

Dat slechts sprake was van een verklaring ex art. 6.1.3 lid 3 Jeugdwet blijkt verder uit de wens van de gedragswetenschapper, zoals geuit ter zitting van 21 juni 2017, om de minderjarige nogmaals te zien om langduriger met haar te spreken ter voorbereiding op de verklaring ex art. 6.1.2 lid 6 Jeugdwet. Ter zitting van 10 juli 2017 is daarnaast door de GI toegezegd dat op zeer korte termijn een gedragswetenschapper met de minderjarige zou spreken, wat uiteindelijk niet is gebeurd.¹²⁷

De Rechtbank Rotterdam wees het verzoek om een reguliere gesloten machtiging, ook na aanhouding van de mondelinge behandeling, af.

Vereisten aan de actualiteit van de instemmingsverklaring

De wet schrijft voor dat de jeugdige ‘kort tevoren’ moet zijn onderzocht. In de memorie van toelichting bij de Wet gesloten jeugdzorg wordt gesteld dat de actualiteitswaarde van een instemmingsverklaring hoog moet zijn. Het Hof ‘s-Hertogenbosch zei hierover dat:

‘(d)e beoordeling van de gedragswetenschapper plaatsvindt op basis van de situatie op dat moment’.¹²⁸

Op 15 mei 2009 oordeelde de Rechtbank ‘s-Hertogenbosch dat de verklaring niet aan deze eis voldeed omdat het onderzoek aan de jeugdige reeds bijna drie maanden geleden had plaatsgevonden en de gedragswetenschapper in zijn verklaring had aangegeven dat een gesloten plaatsing ‘tijdelijk’ nodig was. De rechter wees een verlengingsverzoek af.¹²⁹

126 Hof Arnhem-Leeuwarden 3 maart 2015, ECLI:NL:GHARL:2015:1560.

127 Rb. Rotterdam 13 juli 2017, ECLI:NL:RBROT:2017:6129.

128 Hof ‘s-Hertogenbosch 11 februari 2016, ECLI:NL:GHSHE:2016:415.

129 Rb. ‘s-Hertogenbosch 15 mei 2009, ECLI:NL:RBSHE:2009:BI5281.

Ook wanneer een verlengingsverzoek werd gedaan, diende een instemmingsverklaring overgelegd te worden, vooral als eerst een verzoek tot een machtiging ex art. 29c (oud) Wjz werd gedaan en in een verlenging een verzoek tot een machtiging ex art. 29b (oud) Wjz. De machtiging werd met onmiddellijke ingang beëindigd.¹³⁰ Maar in een andere uitspraak van de Rechtbank Maastricht, waarbij bleek dat bij een verlengingsverzoek een 'oude' instemmingsverklaring werd overgelegd (die strekte tot het afgeven van een voorlopige machtiging), besloot de rechter dat de gesloten behandeling moest worden voortgezet omdat de overige stukken goed inzicht verschaften in de huidige toestand van de minderjarige en zowel de minderjarige als zijn ouders hadden verklaard dat het niet in het belang van de minderjarige zou zijn om de behandeling terstond te beëindigen.¹³¹ In dezelfde lijn oordeelde het Hof Arnhem-Leeuwarden, dat daarbij aangaf dat slechts gewijzigde omstandigheden met zich meebrengen dat er een nieuw onderzoek en een nieuwe verklaring van de gedragswetenschapper moet komen.¹³² Strenger was de rechter in een zaak waarin een 'oude' instemmingsverklaring opnieuw werd ingebracht. Gelet op het tijdsverloop van 2,5 maand achtte de kinderrechter hernieuwd onderzoek vereist.¹³³

Overigens vond het Hof 's-Gravenhage het niet in strijd met de daaraan te stellen eisen dat de instemmingsverklaring van eerdere datum was dan de verklaring van de Willem Schikker Stichting omdat zij reeds op de hoogte was van wat die verklaring zou inhouden.¹³⁴ Ook in een geval waarin de instemmingsverklaring van zes weken eerder dateerde dan het inleidend verzoek oordeelde de rechter dat dit niet betekent dat de jeugdige niet 'kort tevoren' is onderzocht.¹³⁵ Overigens kon volgens het Hof 's-Gravenhage de instemmingsverklaring ook pas tijdens de zitting ingebracht worden. Dat de instemmingsverklaring niet werd genoemd in de bestreden beschikking deed daar niet aan af.¹³⁶

130 Rb. Maastricht 5 januari 2010, ECLI:NL:RBMAA:2010:BL2297.

131 Rb. Maastricht 18 februari 2010, ECLI:NL:RBMAA:2010:BL7300.

132 Hof Arnhem-Leeuwarden 30 april 2015, ECLI:NL:GHARL:2015:3352, Hof Arnhem-Leeuwarden 23 juni 2016 ECLI:NL:GHARL:2016:5155.

133 Rb. Oost-Brabant 28 maart 2014, ECLI:NL:RBOBR:2014:2310.

134 Hof 15 september 2010, ECLI:NL:GHSGR:2010:BN9318.

135 Hof Arnhem 20 september 2012, ECLI:NL:GHARN:2012:BY1274. Zie ook Hof 15 mei 2014, ECLI:NL:GHARL:2014:4138 (de jeugdige was binnen een maand voor de zitting in eerste aanleg door de gedragswetenschapper gehoord. Het Hof achtte dit voor zijn eigen oordeel voldoende recent, nu de jeugdige recent meerdere keren was weggelopen).

136 Hof 's-Gravenhage 24 oktober 2010, ECLI:NL:GHSGR:2012:BZ6020.

6.9 HET HOREN VAN DE JEUGDIGE

Aan het vereiste dat een jeugdige dient te worden gehoord (art. 12 IVRK) is in de regeling voor gesloten jeugdhulp voldaan doordat de jeugdige door de gekwalificeerde gedragswetenschapper dient te worden onderzocht (art. 6.1.2 lid 6 Jw) en ten tweede doordat de jeugdige door de kinderrechter gehoord dient te worden.¹³⁷

Het onderzoek door een gekwalificeerde gedragswetenschapper is een uitvloeisel van het recht om gehoord te worden, maar meer nog van het beginsel dat vrijheidsberoving slechts mag worden toegepast met als doel de opvoeding van de jeugdige (art. 5 lid 1, aanhef en sub d, EVRM). Het vereiste om gehoord te worden door de kinderrechter wordt hieronder besproken, waarbij aparte aandacht zal zijn voor het hoorrecht bij een verzoek tot een spoedmachtiging, het horen op locatie en het horen van de jeugdige in het voortraject.

6.9.1 Het recht om gehoord te worden door een kinderrechter

Het recht van een jeugdige om te worden gehoord door een kinderrechter is vastgelegd in art. 6.1.10 Jw. In zaken, waarin een machtiging die strekt tot plaatsing in een accommodatie voor gesloten jeugdhulp wordt verzocht, wordt de minderjarige van twaalf jaar en ouder en de minderjarige, die de leeftijd van twaalf jaar nog niet heeft bereikt maar in staat kan worden geacht tot een redelijke waardering van zijn belangen ter zake, in beginsel in aanwezigheid van andere belanghebbenden gehoord.¹³⁸ Van dit gesprek wordt een zakelijke weergave in het proces-verbaal opgenomen. In alle andere gevallen wordt de minderjarige in beginsel alleen, buiten aanwezigheid van anderen, gehoord, met uitzondering van zijn advocaat. Van dit gesprek wordt geen proces-verbaal opgemaakt.¹³⁹

De wet verbindt geen leeftijdsgrens aan het hoorrecht.¹⁴⁰ Als de jeugdige aangeeft niet gehoord te willen worden, kan van het horen worden afgezien. Uit de gepubliceerde jurisprudentie blijkt – en dat is tevens mijn ervaring – dat de meeste jeugdigen met de kinderrechter willen spreken en bij hun eigen zitting aanwezig willen zijn. Uit de jurisprudentie blijkt dat de rechterlijke

137 Zie HR 18 april 2014, ECLI:NL:HR:2014:951, r.o. 3.4.8.

138 Hiervan kan worden afgeweken, zie Hof Amsterdam 17 december 2015, ECLI:NL:GHAMS:2015, waarbij de jeugdige in overleg met zijn advocaat en zijn behandelcoördinator aan het begin van de zitting buiten aanwezigheid van de overige belanghebbenden is gehoord, in aanwezigheid van zijn advocaat.

139 Art. 7.2 Procesreglementen Familie- en jeugdrecht rechtbanken, LOVF april 2017.

140 Zie bijvoorbeeld Rb. Midden-Nederland 1 oktober 2014, ECLI:NL:RBMNE:2014:4870 (nadat de 7-jarige jongen niet op zitting verschijnt, bezoekt en hoort de kinderrechter hem in de gesloten instelling).

macht het hoorrecht als een belangrijke waarborg voor een zorgvuldige procesgang ziet. Het Hof Leeuwarden sprak van een ‘essentieel onderdeel van de procedure’.¹⁴¹ Wanneer de jeugdige niet in de gelegenheid is gesteld om gehoord te worden, kan dat leiden tot niet-ontvankelijkheid of tot afwijzing van het verzoek om gesloten jeugdhulp.¹⁴² Toch zijn er ook voorbeelden in de jurisprudentie te vinden waarbij onjuiste toepassing van het hoorrecht niet tot strenge sancties leidt. Zo is er een beschikking gepubliceerd waaruit bleek dat de huidige verblijfplaats van de jeugdige onbekend was. Deze jongen had reeds in de instelling Schakenbosch verbleven, zonder dat een machtiging gesloten jeugdhulp was afgegeven. De rechter oordeelde dat deze jongen tijdens zijn verblijf bij Schakenbosch wel was onderworpen (geweest) aan geslotenheid zodat een rechtelijke machtiging alsnog was vereist:

‘(n)u de huidige verblijfplaats van de minderjarige onbekend is en met hem geen contact kon worden verkregen, kon hij niet door de kinderrechter worden gehoord. Daarom zal de machtiging gesloten jeugdhulp worden verleend voor de duur van twee maanden en zal het verzoek voor het overig verzochte worden aangehouden tot de hierna vermelde zittingsdatum. Verwacht mag worden dat de minderjarige] binnen deze periode zal worden gevonden en vervolgens ook door de kinderrechter zal kunnen worden gehoord.’¹⁴³

Het hoorrecht van de jeugdige in spoedzaken

Het uitgangspunt dat de jeugdige gehoord dient te worden, geldt in beginsel ook voor het verlenen van een spoedmachtiging. In de praktijk bleek het al spoedig nodig om een marge van twee weken na het afgeven van spoedmachtiging in te bouwen voor jeugdigen voor wie een spoedmachtiging noodzakelijk was, maar wegens omstandigheden nog niet konden worden gehoord. Bij een spoedmachtiging is art. 800 lid 3 Rv dan ook van overeenkomstige toepassing verklaard (art. 6.1.10 lid 4 Jw). Dit houdt in dat een beschikking waarin een spoedmachtiging is verleend zonder dat de belanghebbenden zijn gehoord, haar kracht verliest na verloop van twee weken, tenzij de belanghebbenden binnen deze termijn in de gelegenheid zijn gesteld hun mening kenbaar te maken. In art. 29f (oud) Wjz, waarvan art. 6.1.10 Jw de rechtsopvolger is, was geen verwijzing naar art. 800 lid 3 Rv opgenomen. Deze regel is in de jurispru-

141 Hof Leeuwarden 10 juli 2012, ECLI:NL:GHLEE:BX4191, JPF 2012/172.

142 Hof Leeuwarden 10 juli 2012, ECLI:NL:GHLEE:BX4191, JPF 2012/172 (de inrichting had verzuimd het vervoer naar de rechtbank te regelen, terwijl de jeugdige juist uitdrukkelijk had laten weten dat hij zijn mening aan de kinderrechter kenbaar wilde maken); Rb. Breda 9 december 2011, ECLI:NL:RBBRE:2011:BU8952 (het is in strijd met de goede procesorde dat tot drie keer verzuimd is transport naar de rechtbank te regelen terwijl de minderjarige heeft aangegeven gebruik te willen maken van haar aanwezigheidsrecht.).

143 Rb. Rotterdam 19 mei 2016, ECLI:NL:RBROT:2016:4500.

dentie ontwikkeld¹⁴⁴ en in de Jeugdwet gecodificeerd. De rationale van deze tweewekentermijn ligt volgens het Hof Arnhem-Leeuwarden in art. 5 lid 1, aanhef en sub d, EVRM:

‘(m)ede bezien tegen de achtergrond van art. 5 lid 1, aanhef en onder d van het EVRM is het hof van oordeel dat de minderjarige in voornoemde gevallen zo spoedig mogelijk dient te worden gehoord.’¹⁴⁵

In voornoemde uitspraak vernietigde het hof de beschikking van de rechtbank waarbij het meisje pas na 12 dagen nadat de voorlopige machtiging was verleend, was gehoord door de kinderrechter. Een half jaar later vernietigde hetzelfde hof een beschikking waarbij de minderjarige na 15 dagen was gehoord.¹⁴⁶ Echter, andere uitspraken laten zien dat rechters niet altijd even strikt toetsen aan het criterium dat een minderjarige na het afgeven van een spoedmachtiging ten spoedigste gehoord moeten worden. Zo beschouwde de Rechtbank Noord-Nederland het verblijf van een meisje dat pas op de 15^e dag na het afgeven van een spoedmachtiging werd gehoord niet als onrechtmatig. De rechter kwam dan ook niet toe aan een inhoudelijke beoordeling van het verzoek om een schadeloosstelling.¹⁴⁷ Ongeveer een jaar later oordeelde het Hof Arnhem-Leeuwarden in dezelfde lijn in een zaak waarin de jeugdige pas op de 15^e dag door de kinderrechter werd gehoord.¹⁴⁸ Het hof motiveerde uitgebreid waarom dit geen strijd met verdragsbepalingen opleverde:

‘(a)rt. 12 IVRK waarborgt dat een kind in de gelegenheid wordt gesteld zijn mening te uiten in een procedure die hem aangaat en stelt op zichzelf niet binnen welke tijd dit dient te gebeuren. Art. 5 EVRM spreekt voor de gevallen als genoemd in lid 1 aanhef en sub c weliswaar over de plicht om, kort gezegd, een strafrechtelijke verdachte ‘onverwijld’ voor een rechter te leiden, maar deze verplichting ziet niet op het geval van art. 5 lid 1 aanhef en sub d, waaronder de gesloten plaatsing van de jeugdige valt. De huidige regeling in de Jeugdwet en het Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering is daarom niet op die grond in strijd met genoemde verdragsbepalingen. Daarbij komt dat de situatie in het geval van de spoedmachtiging gesloten plaatsing in zoverre wezenlijk anders is dat voor de afgifte van de spoedmachtiging al een rechterlijke toets heeft plaatsgevonden, die weliswaar als beperkt moet worden aangemerkt, omdat betrokkene daarbij gelet op de spoedsituatie niet

144 Zie o.a. Hof Arnhem 20 februari 2008, ECLI:NL:GHARN:2008:BC6063, *JPF* 2008/76 (Op 23 januari was de jeugdige op de hoogte gesteld van de verzoek tot het verlenen van een voorlopige machtiging. Op 23 januari was de verblijfplaats van de jeugdige bekend en bestond de mogelijkheid om de verzoekster desnoods telefonisch te horen, aldus de rechter, (r.o. 4.9); Hof 's Gravenhage 28 januari 2009, ECLI:NL:GHSGR:2009:BH3351; Hof Leeuwarden 19 februari 2009, ECLI:NL:GHLEE:2009:BH4540.

145 Hof Arnhem-Leeuwarden 31 juli 2014, ECLI:NL:GHARL:2014:6423.

146 Hof Arnhem-Leeuwarden 4 december 2014, ECLI:NL:GHARL:2014:9430.

147 Rb. Noord-Nederland 1 november 2016, C/18/169766 JE RK 16-688.

148 Hof Arnhem-Leeuwarden 12 oktober 2017, ECLI:NL:GHARL:2017:8930.

is gehoord, maar die wel enige waarborg geeft omtrent de rechtmatigheid van de vrijheidsbeneming, waardoor een hoortermijn van (maximaal) twee weken te billijken is.'

Het Hof Den Haag verleende alsnog een spoedmachtiging, in weerwil van een beschikking van de rechtbank die had besloten geen toepassing te geven aan art. 800 lid 3 Rv. Het hof besloot daartoe omdat de jeugdige zwerfende was en geen contact met haar mogelijk was zodat de jeugdige in onmiddellijk gevaar verkeerde.

Ter aanvulling kan worden opgemerkt dat de eis dat voorafgaande aan het horen van de jeugdige naar aanleiding van de spoedmachtiging ingevolge art. 800 lid 3 Rv een instemmingsverklaring van de gedragswetenschapper dient te worden overgelegd, onverkort geldt.¹⁴⁹ Met andere woorden: het horen door de kinderrechter is geen vervanging voor het horen door de gedragswetenschapper.

Horen op locatie

Sinds 2011 wordt geëxperimenteerd met zittingen in de accommodatie voor gesloten jeugdhulp. Jongeren hoeven niet naar de rechtbank te komen, maar de kinderrechter reist naar hen toe. Kaljee, Sikkes & Warmerdam concluderen dat een dergelijke aanpak een meer kindervriendelijke procedure oplevert (alleen al gelet op vervoersproblemen van en naar het rechtbank en het wachten in de cel op de rechtbank).¹⁵⁰

6.9.2 Het horen van de jeugdige in het voortraject

In de meeste gevallen zal de jeugdige eerst door een gedragswetenschapper worden gehoord en daarna door een kinderrechter. Los daarvan is de vraag in hoeverre de jeugdige in het voortraject gehoord dient te worden door bijvoorbeeld de verzoekende partij. In dit verband kan worden gewezen op de plicht die volgt uit art. 799a Rv om in een verzoekschrift te vermelden of, en zo ja, op welke wijze de inhoud of strekking van het verzoek met de minderjarige is besproken en welke reactie de minderjarige hierop heeft gegeven.¹⁵¹ Gelet op art. 6.1.2 lid 8 Jw is deze bepaling ook van toepassing op

149 Hof Den Haag 14 juni 2017, ECLI:NL:GHDHA:2017:1667.

150 Kaljee, Sikkes & Warmerdam 2012. Zie Blankman, die vindt dat het logistieke verschil in bejegening van jeugdigen in de GGZ en jeugdigen in gesloten jeugdhulp niet eenvoudig te rechtvaardigen is. De Bopz-rechter en zijn griffier doen namelijk een rij-zitting en bezoeken verschillende psychiatrische ziekenhuizen en een enkel woonadres (Blankman, SDU commentaar bij art. 5 en 8(1-3) Bopz).

151 Zie voor een bespreking van dit wetsartikel Bruning 2011a, p. 787.

een verzoek gesloten jeugdhulp.¹⁵² Wellicht is deze bepaling wat ‘dubbelop’ omdat een verzoek tot gesloten jeugdhulp vergezeld moet gaan van een instemmingsverklaring van de gedragswetenschapper. Maar een gezinsvoogd die een jeugdige onder zijn of haar hoede heeft en die een machtiging gesloten jeugdhulp wenst te verzoeken, is op basis van deze bepaling wel gehouden om de inhoud van het verzoek met de jeugdige zelf te bespreken en de reactie van de jeugdige in het verzoekschrift weer te geven. Het is aan de kinderrechtster om, als bewaker van de procesorde, dit aspect te toetsen.

Vanzelfsprekend rijst vervolgens de vraag hoe het zit met kinderen die niet onder toezicht zijn gesteld maar waarbij de gemeente optreedt als verzoeker. De wetgever heeft dit ondervangen door op verzoeken met betrekking tot deze groep jeugdigen art. 6.1.8 lid 3 Jw van toepassing te verklaren, waaruit volgt dat de eerste afdeling van de zesde titel van Boek 3 van het Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering, van overeenkomstige toepassing is.

Bakker meent dat uit het indicatiebesluit de zienswijze van de jeugdigen ten aanzien van het verzoek zou moeten blijken.¹⁵³ In de gepubliceerde rechtspraak is een zaak opgenomen waarin deze kwestie speelt. De minderjarige was ten onrechte niet in de gelegenheid gesteld om zijn zienswijze naar voren te brengen over het concept-indicatiebesluit, maar hoewel dit een schending van de hoorplicht oplevert, verbond de kinderrechtster hieraan geen rechtsgevolgen, omdat:

‘... de minderjarige en zijn advocaat tijdens zowel de zitting van 27 september 2013 als die van 16 oktober 2013 de gelegenheid hebben gehad hun bedenkingen tegen het indicatiebesluit naar voren te brengen.’¹⁵⁴

Aldus zit de kinderrechtster tevens als bestuursrechtster, in welke hoedanigheid hij de uit de Awb voortvloeiende algemene beginselen van behoorlijk bestuur in verband met de genomen besluiten toetst. In dat verband moet de kinderrechtster ook de totstandkoming van de genomen besluiten toetsen.

6.10 RECHTSWAARBORGEN BIJ EEN SPOEDMAGTIGING

De lichtere vereisten die aan het onderzoek en de instemmingsverklaring van de gedragswetenschapper en het horen door de kinderrechtster bij het verzoek om een spoedmagtiging zijn gesteld, zijn hiervoor al uitgebreid aan bod gekomen. Daarnaast hoeft de verzoeker van een spoedmagtiging geen verleningsbeslissing te overleggen, zoals dat bij de gewone magtiging en de

¹⁵² Ingevolge het derde lid van art. 799a Rv geldt deze bepaling ook ten aanzien van een verzoek tot een magtiging gesloten jeugdhulp, gelet op art. 1:265b BW jo. art. 6.1.2 lid 8 Jw.

¹⁵³ Bakker 2013, p. 37 (hij verwijst hierbij naar art. 4.8 Awb).

¹⁵⁴ Rb. Rotterdam 18 oktober 2013, ECLI:NL:RBROT:2013:8881.

spoedmachtiging wel vereist is (art. 6.1.3 Jw jo. art. 6.1.9 lid 3 Jw). Wanneer deze ontbreekt, staat alleen de weg van de spoedmachtiging (art. 6.1.3 Jw jo. art. 6.1.9 lid 3 Jw) open, zo is door de Rechtbank Den Haag bevestigd.¹⁵⁵

6.11 RECHTSWAARBORGEN BIJ EEN VOORWAARDELIJKE MACHTIGING

Op beperkte schaal is in de gepubliceerde jurisprudentie informatie te vinden over de wijze waarop de rechter toetst aan de processuele wettelijke vereisten die de wetgever aan de voorwaardelijke machtiging heeft gesteld. In par. 6.5 is de marginale rol van de kinderrechter in geval de jeugdige de voorwaarden in het kader van de voorwaardelijke machtiging overtreedt reeds aan bod geweest. Hieronder wordt nader ingegaan op jurisprudentie waarin andere aspecten aan de voorwaardelijke machtiging zijn getoetst.

De Rechtbank Rotterdam toetste streng aan het criterium dat een jeugdige de jeugdhulp, overeenkomstig het hulpverleningsplan, dient te aanvaarden:

‘(n)u de minderjarige niet meer op de groep wil blijven en de voorwaarden kennelijk enkel heeft getekend om te voorkomen dat een machtiging gesloten jeugdhulp verzocht wordt, is de kinderrechter van oordeel dat niet gesteld kan worden dat de minderjarige de voorgestelde hulp aanvaardt en heeft ingestemd met de voorwaarden. Ook om deze reden dient het verzoek te worden afgewezen.’¹⁵⁶

Wat nu als het hulpverleningsplan ontbreekt? In principe vormt dit een reden om een voorwaardelijke machtiging af te wijzen. De Rechtbank Rotterdam besloot dat dat niet nodig was, nu het nieuwe hulpverleningsplan al was opgesteld, maar niet was overgelegd aan de rechtbank. De rechtbank vond dat met deze ommissie praktisch moet worden omgegaan, ook omdat de voorwaardelijke machtiging slechts voor de duur van twee maanden werd verleend.¹⁵⁷ Art. 6.1.4 lid 6 schrijft voor dat het hulpverleningsplan een omschrijving van de voorwaarden bevat en het toezicht daarop en van de jeugdhulp die zal worden ingezet. De voorwaarden zullen voldoende geconcretiseerd moeten zijn. Dit is niet het geval wanneer de jeugdige de voorwaarden zelf niet begrijpt.¹⁵⁸

Art. 6.1.4 lid 6 schrijft voor dat het plan moet vermelden welke medewerker van de jeugdhulpaanbieder bevoegd is tot het nemen van het besluit dat de jeugdige opgenomen wordt omdat hij zich niet houdt aan de vooraf overeen-

155 Rb. Den Haag 24 februari 2015, ECLI:NL:RBDHA:2015:3010.

156 Rb. Rotterdam 2 november 2015, ECLI:NL:RBROT:2015:8021, *JPF* 2016/19.

157 Rb. Rotterdam 25 februari 2015, ECLI:NL:RBROT:2015:1738. Het Hof 's-Hertogenbosch 17 december 2015 (ECLI:NL:GHSHE:2015:5272) oordeelde dat het ontbreken van het hulpverleningsplan geen formele belemmering vormde, nu in de procedure in eerste aanleg het plan wel was overgelegd.

158 Rb. Zeeland West-Brabant 7 april 2015, ECLI:NL:RBZWB:2015:2344.

gekomen voorwaarden of de opneming en het verblijf noodzakelijk zijn om te voorkomen dat de jeugdige zich aan de jeugdhulp die hij nodig heeft onttrekt of daaraan door anderen wordt onttrokken. In de meeste gepubliceerde beschikkingen over een voorwaardelijke machtiging maken kinderrechters er veel werk van om in de beschikking nauwgezet weer te geven wie deze taak op zich neemt.¹⁵⁹ Strikt genomen is dat niet nodig, nu dit al in het hulpverleningsplan vermeld staat. Wellicht willen rechters op deze wijze ondervangen dat voor hen geen toetsende rol is weggelegd wanneer de jeugdige zich niet aan de voorwaarden houdt.

Overigens vormde een voorwaardelijke machtiging geen grondslag voor een directe plaatsing van een andere vorm van uithuisplaatsing:

‘(e)en voorwaardelijke machtiging tot gesloten plaatsing wordt (immers) verleend ter machtiging van een onzekere toekomstige gesloten plaatsing’.¹⁶⁰

Echter, het Hof 's-Hertogenbosch oordeelde op 26 mei 2016 dat de kinderrechter in het kader van de toetsing van de aan de voorwaardelijke machtiging gesloten plaatsing verbonden voorwaarden ook de voorwaarde tot verblijf in een (open) accommodatie geestelijke gezondheidszorg had getoetst.

‘Een afzonderlijke machtiging tot uithuisplaatsing in een (open) accommodatie geestelijke gezondheidszorg op grond van art. 1: 265a BW is daarnaast niet nodig’.¹⁶¹

Art. 6.1.6 Jw handelt over de situatie waarin de jeugdige de voorwaarden heeft overtreden. In dat geval dienen de jeugdige en zijn advocaat binnen vier dagen schriftelijk in kennis gesteld te worden van de beslissing tot opneming (zesde lid). De Rechtbank Limburg hanteerde een strikte toets in een zaak waarbij niet aan deze voorwaarde was voldaan en verklaarde de opneming van de jeugdige vervallen onder verwijzing naar art. 8 EVRM:

‘...de opneming van de minderjarige op grond van art. 6.1.6, van de Jeugdwet een inmenging van het openbaar gezag betekent in de uitoefening van het door art. 8 lid 1 EVRM beschermde recht op respect voor het familie- en gezinsleven van de minderjarige. Deze inmenging is niet toegestaan, tenzij zij bij de wet is voorzien en in een democratische samenleving noodzakelijk is in de in art. 8 lid 2 EVRM genoemde gevallen. Indien, zoals in het onderhavige geval, niet is voldaan aan

159 Rb. Noord-Holland 19 mei 2015, ECLI:NL:RBNHO:2015:5178 (de gedragswetenschapper van Transferium); Rb. Zeeland West-Brabant 7 april 2015, ECLI:NL:RBZWB:2015:2344 (de gezinsvoogd); Rb. Limburg 17 juni 2015, ECLI:NL:RBLIM:2015:5999 (de pedagogisch directeur van Icarus); Rb. Gelderland 11 maart 2015, ECLI:NL:RBGEL:2015:1728 (de programmasupervisor van het team MTFC van het Leger des Heils).

160 Rb. Den Haag 28 september 2015, ECLI:NL:RBDHA:2015:11841.

161 ECLI:NL:GHSHE:2016:2174.

de vereisten die de nationale wet stelt voor de hiervoor bedoelde inmenging, is sprake van schending van art. 8 EVRM.¹⁶²

6.12 OVERIGE VORMEN VAN RECHTSBESCHERMING VOOR DE JEUGDIGE

6.12.1 Verschillen in rechtsbescherming bij plaatsing in gedwongen kader of in vrijwillig kader?¹⁶³

Jeugdigen kunnen met of zonder kinderbeschermingsmaatregel in gesloten jeugdhulp geplaatst worden. Door de jaren heen nam het percentage vrijwillige plaatsingen geleidelijk toe tot 26% in 2017.¹⁶⁴ Het onderscheidend criterium voor gesloten verblijf in vrijwillig kader is dat de ouders deze vorm van zorg accepteren en instemmen met een gesloten plaatsing.¹⁶⁵ Het is niet altijd even duidelijk in hoeverre civielrechtelijke rechtswaARBorgen uit Boek 1 BW van toepassing verklaard kunnen worden op gesloten jeugdhulpplaatsingen die gepaard gaan met een ondertoezichtstelling of voogdijmaatregel.¹⁶⁶

Het eerste in het oog lopende verschil is dat jeugdigen in gesloten jeugdhulp zonder kinderbeschermingsmaatregel niet gerechtigd zijn om gebruik te maken van de geschillenregeling van art. 1:262b BW die bij amendement onderdeel is geworden van de Wet herziening kinderbeschermingsmaatregelen.¹⁶⁷ De geschillenregeling houdt in dat alle betrokkenen – dus ook de minderjarige zelf – bij de uitvoering van de ondertoezichtstelling de kinderrechter kunnen verzoeken een zodanige beslissing te nemen als hem in het belang van de minderjarige wenselijk voorkomt. Ten tweede kent de Jeugdwet geen schakelbepaling die de jeugdige in vrijwillig kader toestaat om een verzoek te doen tot het intrekken van de machtiging uithuisplaatsing (art. 1:265d BW). Voor deze jeugdige staat alleen de mogelijkheid van hoger beroep open.

Ten tweede, wanneer het college van B&W verzoekt om een gesloten machtiging kan het zo zijn dat de Raad voor de kinderbescherming volkomen onwetend is van dit verzoek. Het college kan de Raad voor de kinderbescherming vragen om een onderzoek te doen en vervolgens bij de rechter een kinderbeschermingsmaatregel aan te vragen (art. 2.4 Jeugdwet),¹⁶⁸ maar bij een

162 Rb. Limburg 31 juli 2015, ECLI:NL:RBLIM:2015:7063, PFR-Updates.nl 2015-0264.

163 Zie over dit deelonderwerp tevens De Jong-de Kruijf 2018. Sommige ideeën die hier staan beschreven zijn ontleend aan deze bijdrage.

164 Jeugdzorg Nederland 2018, p. 4.

165 Zie twee uitspraken waarin het verzoek om een ondertoezichtstelling wordt afgewezen: Hof Amsterdam 2 februari 2016, ECLI:NL:GHAMS:2016:351; Rb. Rotterdam 7 mei 2015, ECLI:NL:RBROT:2015:3242.

166 Voor een kritische noot zie Bruning & Van der Zon 2010, p. 144.

167 *Kamerstukken II* 2010/11, 32 015, nr. 38 (Amendement lid Toorenburg).

168 Zie tevens: VNG, *Factsheet gesloten jeugdhulp. Jeugdwet: plaatsing gesloten jeugdhulp vrijwillig kader*, 2015, p. 5.

verzoek tot een gesloten machtiging is inmenging van de Raad geen wettelijk vereiste. De Raad voor de kindbescherming bekleedt van oudsher een controlerende functie op de instanties die een meer uitvoerende rol hebben als het gaat om kindbescherming.

Daarnaast hebben jeugdigen die vrijwillig zijn geplaatst geen gezinsvoogd of voogdijmedewerker. Is dit van invloed op hun rechtspositie? De Rechtbank Noord-Holland stelde een jongen van 17 jaar onder toezicht tot op dat moment in vrijwillig kader in Transferium verbleef. Het ontbreken van een ondertoezichtstelling vormde volgens de rechtbank een belemmering bij het zoeken naar een goede vervolgplek:

‘(h)et is in het belang van [minderjarige] dat er een Jeugdbeschermer betrokken blijft die [minderjarige] kan begeleiden en ondersteunen en een geschikte vervolgplek voor hem kan vinden’.¹⁶⁹

Ten slotte kan een gesloten machtiging niet worden verleend wanneer de ondertoezichtstelling reeds is beëindigd. In dat geval staat alleen de route via een vrijwillig kader open. Het Hof 's-Hertogenbosch bepaalde op 23 maart 2017 dat wanneer de ondertoezichtstelling de dag vóór de verlengingszitting afloopt, geen gesloten machtiging kon worden verleend op basis van de ondertoezichtstelling.¹⁷⁰

Kring van verzoekers

In art. 6.1.8 lid 1 en 2 Jeugdwet staat vermeld wie kunnen verzoeken om een (voorwaardelijke) machtiging. In het vrijwillige kader kan het college van B&W een verzoek indienen.¹⁷¹ Wanneer de jeugdige reeds een kindbeschermingsmaatregel heeft opgelegd gekregen of ten aanzien van wie om een kindbeschermingsmaatregel wordt verzocht, kan het verzoek worden ingediend door de GI,¹⁷² de Raad voor de Kinderbescherming of de officier van justitie. De ouders staan niet vermeld. Het Hof Den Haag verklaarde de ouders van de jeugdige dan ook niet-ontvankelijk in hun verzoek tot een voorwaardelijke

169 Rb. Noord-Holland 26 mei 2015, ECLI:NL:RBNNE:2015:4493 (overigens werd dit verzoek gedaan door de officier van justitie).

170 ECLI:NL:GHSHE:2017:1251.

171 Het college kan deze bevoegdheid mandateren aan een GI, maar dat moet dan wel onduidelzinnig blijken (Rb. Rotterdam 13 februari 2015, ECLI:NL:RBROT:2015:1659).

172 Nidos werd niet ontvankelijk verklaard in haar verzoek omdat Nidos onder de Wet op de jeugdzorg niet tot de kring van verzoekers werd gerekend; in dat geval was een individueel mandaatbesluit noodzakelijk, zie Hof Arnhem-Leeuwarden 5 november 2013, ECLI:NL:GHARL:2013:8816, JPF 2014/37, m.nt. P. Vlaardingerbroek; Hof Arnhem-Leeuwarden 18 december 2014, ECLI:NL:GHARL:2014:9907, PFR-Updates.nl 2015-0009. Overigens is Nidos onder de Jeugdwet wel gerechtigd tot het doen van gesloten verzoeken omdat zij de status van een GI heeft gekregen.

machtiging. Ouders kunnen in dat geval aan het college van B&W vragen om een voorziening te treffen.¹⁷³

Samenvattend is er in de afgelopen jaren een proces in gang gezet waardoor de gesloten jeugdhulp en kinderschermingsmaatregelen niet langer automatisch gekoppeld zijn. Dit proces is versterkt door de komst van de Jeugdwet, nu een machtiging in vrijwillig kader door het college van B&W wordt verzocht en niet langer door Bureau jeugdzorg/de GI. Mijns inziens is de vraag nog steeds relevant of de gesloten jeugdhulp, gelet op het vrijheidsberovende en dwingende karakter ervan, in de Jeugdwet thuishoort. De Jeugdwet is in de eerste plaats toch een kaderwet voor jeugdhulp in een vrijwillig kader. Past de gesloten jeugdhulp daar wel bij? Het argument dat een gesloten machtiging in een gedwongen kader voor sommige ouders een te grote inbreuk op hun ouderlijk gezag vormt, weegt mijns inziens niet op tegen de nadelen van gesloten jeugdhulp in vrijwillig kader. Art. 8 EVRM verplicht Staten tot bescherming van het recht op eerbiediging van het gezinsleven én tot bevordering daarvan (positieve verplichtingen). In dat verband dient een Staat er alles aan te doen om een scheiding tussen ouders en kinderen te voorkomen en indien nodig gedwongen opvoedondersteuning op te leggen. In een vrijwillig kader kan de Staat deze opvoedondersteuning niet waarborgen, ook al is daar alle aanleiding toe.

Met name de beperktere toegang tot het recht, het ontbreken van professionele, juridische expertise van (kleine) gemeenten, de Raad voor de kinderscherming die niet meekijkt en de kinderrechtster die in sommige gevallen niet toetst (zie par. 6.6), baren zorgen. Het verdient aanbeveling dat de kinderrechtster zich in dergelijke zaken meer bewust is van zijn rol als bestuursrechtster.

6.12.2 Vereiste van schriftelijkheid

Het verzoek tot een machtiging gesloten jeugdhulp dient schriftelijk te worden gedaan (art. 6.1.8 lid 3 Jw jo. art. 1:265k BW. Het Hof Leeuwarden overwoog dan ook dat een verzoek tot het verlenen van een machtiging tot gesloten uithuisplaatsing niet mondeling ter zitting kan worden gedaan. Dit is in strijd met een goede procesorde en verhoudt zich niet met het ingrijpende karakter van de maatregel.¹⁷⁴ Ruim twee jaar later oordeelde hetzelfde gerechtshof dat een nieuw verzoek met een verzoekschrift moet worden ingeleid. Volgens het hof is een ter zitting gedaan mondeling verlengingsverzoek door Bureau jeugdzorg, ook al was dat gedaan op suggestie van de kinderrechtster, in strijd met de fundamentele beginselen van een behoorlijke procesorde. Dientengevolge werd Bureau jeugdzorg in dat verzoek niet ontvankelijk verklaard.¹⁷⁵ Op

173 Hof Den Haag 15 april 2015, ECLI:NL:GHDHA:2015:870.

174 Hof Leeuwarden 19 februari 2009, ECLI:NL:GHLEE:2009:BH4540.

175 Hof Leeuwarden 19 juli 2011, ECLI:NL:GHLEE:2011:BR2401, *JPF* 2011/142.

basis van art. 283 Rv jo. art. 130 Rv bestaat wel de mogelijkheid om ter zitting tot een vermeerdering van het verzoek te komen. De Rechtbank Rotterdam oordeelde op 31 januari 2017 dat de GI een verzoek ter terechtzitting kan vermeerderen:

‘(i)mmers was voor iedere betrokkene voldoende duidelijk dat de zorgen sinds de opheffing van de eerste spoedmachtiging slechts waren toegenomen, en kon dus de vermeerdering [de minderjarige] niet verrassen noch kon zij zich onvoldoende voorbereiden op haar verweer ter zake’.¹⁷⁶

Aldus wordt het vereiste van schriftelijkheid in de praktijk strikt getoetst, maar is er wel ruimte om een verzoek tijdens de zitting mondeling uit te breiden. Overigens heeft de Rechtbank Amsterdam in een brief aan Bureau jeugdzorg en de Raad voor de Kinderbescherming laten weten voortaan scherper te toetsen of het verzoek tot een maatregel door middel van concrete en toetsbare feiten is onderbouwd.¹⁷⁷

6.13 HET RECHT OP COMPENSATIE WEGENS ONRECHTMATIGE VRIJHEIDSBERO- VING¹⁷⁸

Inleiding

Art. 5 lid 5 EVRM bepaalt dat het slachtoffer van vrijheidsbeneming welke in strijd is met de bepaling van onder andere art. 5 lid 1, aanhef en onder d, EVRM, recht heeft op schadeloosstelling. Hieruit volgt in beginsel een aanspraak op schadevergoeding na onrechtmatige vrijheidsbeneming. Vanwege het belang om het recht op compensatie ook te kunnen effectueren, oordeelde het EHRM in de uitspraak *S.T.S. t. Nederland* op 24 mei 2011 dat een voormalig gesloten geplaatste jeugdige – in casu was sprake van een minderjarige die gesloten uit huis geplaatst was in een justitiële jeugdinrichting in de jaren 2002 en

¹⁷⁶ Rb. Rotterdam 13 januari 2017, ECLI:NL:RBROT:2017:3217.

¹⁷⁷ Brief aangehaald in het rapport van de Kinderombudsman *Is de zorg gegrond? Analyse van het feitenonderzoek aan de basis van ingrijpende jeugdzorgbeslissingen*, 10 december 2013, p. 82.

¹⁷⁸ Naast geleden schade door onrechtmatige vrijheidsberoving is er de laatste jaren veel aandacht voor schade die is geleden door seksueel misbruik (Rapport commissie-Samson 2012). Speciaal voor slachtoffers van seksueel misbruik in jeugdzorginstellingen en pleeggezinnen in de periode 1-1-1945 tot en met 31-12-2012, die ten tijde van het misbruik minderjarige waren, zijn twee regelingen getroffen. Het gaat om het Statuut voor de buitengerechtelijke afhandeling van civiele vorderingen tot schadevergoeding in verband met seksueel misbruik van minderjarigen in instellingen en pleeggezinnen, 1 augustus 2013 en de Tijdelijke regeling uitkeringen seksueel misbruik minderjarigen in instellingen en pleeggezinnen, 11 juli 2013.

Seksueel misbruik ten tijde van het verblijf in een gesloten accommodatie leidt op zichzelf niet tot onwederrechtelijke vrijheidsberoving, zie: Hof Den Haag 6 november 2012, ECLI:NL:GHSGR:2012:BY2991, *JPF* 2013/45, m.nt. P. Vlaardingebroek.

2003 – er een rechtens relevant belang bij had om, ook nadat hij weer op vrije voeten was gesteld, de rechtmatigheid van zijn detentie te laten toetsen.¹⁷⁹ Naar aanleiding van deze uitspraak oordeelde de Hoge Raad drie weken later dat de betrokkene om ontvankelijk te zijn in een verzoek om de rechtmatigheid van een vonnis te laten toetsen, niet behoeft te stellen dat het hem te doen is om een schadevergoeding, laat staan dat hij aannemelijk moet maken dat hij daadwerkelijk relevante schade heeft geleden:

‘(d)at belang zal hem ook niet mogen worden ontzegd op de grond dat hij niet heeft aangevoerd dat hij beoordeling van de rechtmatigheid van de maatregel verlangt teneinde een aanspraak op schadevergoeding geldend te kunnen maken, noch ook op de grond dat hij geen feiten of omstandigheden heeft aangevoerd op grond waarvan aannemelijk is dat hij enige voor vergoeding in aanmerking komende schade heeft geleden (r.o. 3.7)’.¹⁸⁰

Het recht op schadevergoeding is overigens een belangrijke reden geweest voor de Hoge Raad om de geen-procesbelang-jurisprudentie te verlaten.¹⁸¹

Geen specifieke wettelijke regeling voor schadeclaims

Het Nederlandse recht kent geen specifieke regeling voor een vergoeding wegens onrechtmatig verblijf in een accommodatie voor gesloten jeugdhulp.¹⁸² Het Hof Arnhem-Leeuwarden constateerde:

‘(h)et jeugdrecht kent geen specifieke regeling voor een vergoeding wegens ten onrechte ondergane gesloten jeugdhulp’.¹⁸³

Bij gebrek aan een dergelijke procedureregeling is men aangewezen op een vordering uit onrechtmatige daad tegen de Staat (art. 6:162 BW).¹⁸⁴ Dat het

179 EHRM 24 mei 2011, appl. nr. 277/05 (*S.T.S. t. Nederland*), par. 61, NJ 2012, 207, m.nt. T.M. Schalken (‘(t)he issue can arise, for example, in giving effect to the “enforceable right to compensation” guaranteed by Article 5 § 5 of the Convention...’ (par. 61)).

180 HR 24 juni 2011, ECLI:NL:HR:BQ2292/PHR:BQ2292, JVGZ 2011/28 m.nt. W. Dijkers, NJ 2011/390 m.nt. S.F.M. Wortmann, *RodW* 2011/780, NJB 2011, 1345.

181 Volgens het Hof Arnhem-Leeuwarden heeft de verzoeker een relevant belang om de rechtmatigheid van de machtiging gesloten jeugdhulp over de reeds afgesloten periode van 30 augustus 2016 tot 30 november 2016 te laten toetsen op grond van art. 8 EVRM (Hof Arnhem-Leeuwarden 6 december 2016, ECLI:NL:GHARL:2016:10006, *PFR-Updates.nl* 2016-0291).

182 In het strafrecht is een dergelijke regeling wel voorhanden voor ten onrechte ondergane hechtenis, de gewezen verdachte kan op basis van art. 89 Sv vergoeding ten laste van de Staat toegekend krijgen voor de schade ‘welke hij ten gevolge van ondergane verzekering, klinische observatie of voorlopige hechtenis heeft geleden’. Bruning, Liefwaard & Vlaardingerbroek merken hierover op dat een wettelijke regeling voor schadeclaim op grond van onrechtmatige vrijheidsbeneming in de gesloten jeugdzorg zeer welkom zou zijn (2014, p. 420). Zie ook Forder & Olujic 2012, p. 46.

183 Hof Arnhem-Leeuwarden 12 oktober 2017, ECLI:NL:GHARL:2017:8930.

184 Zie art. 3:310 BW over verjaringstermijnen.

niet de Staat maar de GI is, en voorheen Bureau jeugdzorg, die een beschikking strekkende tot een plaatsing gesloten jeugdhulp ten uitvoer legt, vormt geen beletsel om een onrechtmatige daad tegen de Staat te vorderen en eventueel toe te kennen.¹⁸⁵ Een verzoek om schadevergoeding kan, gelet op het bepaalde in art. 362 Rv, niet voor het eerst in hoger beroep worden gedaan.¹⁸⁶

Mij zijn weinig uitspraken bekend waarin de rechter zich positief uitsprekt over een vordering uit onrechtmatige daad vanwege onrechtmatig verblijf in een accommodatie voor gesloten jeugdhulp (voorheen jeugdzorg).¹⁸⁷ In de praktijk wordt terughoudend omgegaan met schadevergoeding wegens onrechtmatig verblijf.¹⁸⁸ Uit de bestudeerde jurisprudentie valt bijvoorbeeld af te leiden dat beschikkingen strekkende tot een maatregel gesloten jeugdhulp die in hoger beroep vernietigd werden op materiële gronden, vrijwel altijd vernietigd werden vanaf de datum van de uitspraak van het gerechtshof. Voor voortzetting van de machtiging gesloten plaatsing bestond in dergelijke gevallen bijvoorbeeld geen grond meer omdat dat disproportioneel zou zijn, maar de bestreden beslissing van de rechtbank werd wel op goede gronden genomen.¹⁸⁹ Overigens is een beschikking van het hof die de uitspraak van de rechtbank vernietigt, geen voorwaarde voor het instellen van een vordering uit onrechtmatige daad maar dit geeft uiteraard wel een indicatie van kansen op een toegewezen vordering uit onrechtmatige daad.

De vergoeding van immateriële schade door het uitblijven van behandeling

De Rechtbank Den Haag oordeelde op 17 maart 2010 dat de Staat onrechtmatig jegens de eiser had gehandeld door de crisisplaatsing in Het Poortje in afwachting van plaatsing in een behandelingsrichting gedurende circa anderhalve maand onnodig te laten voortduren en door hem in Rentray een adequate

185 Rb. Noord-Holland 10 februari 2016, ECLI:NL:RBNHO:2016:399, r.o. 5.5. Overigens geldt dat de gemeente een beschikking uitvoert in geval geen sprake is van een kindbeschermingsmaatregel.

186 Volgens A-G Langemeijer volgt niet uit art. 5 lid 5, EVRM dat het recht op schadeloosstelling moet kunnen worden uitgeoefend in dezelfde procedure waarin over het (wel of niet) voortduren van de vrijheidsbeneming wordt beslist (Parket bij de Hoge Raad 7 maart 2014, ECLI:NL:PHR:2014:199).

187 Zie bijv. Rb. Dordrecht 9 september 2005, ECLI:NL:RBDOR:2005:AU2741 (Bureau jeugdzorg werd veroordeeld tot betaling van 25 euro voor elke dag dat de minderjarige onrechtmatig van zijn persoonlijke vrijheid was beroofd. De formele titel tot uithuisplaatsing ontbrak). Zie ook Rb. Maastricht 20 januari 2010, ECLI:NL:RBMAA:BL3107 (Bureau jeugdzorg heeft jegens de minderjarige niet onrechtmatig gehandeld door hem te plaatsen in een justitiële jeugdinrichting in plaats van een accommodatie voor gesloten jeugdzorg, omdat dit op basis van de overgangsregeling die gold tot 1 januari 2010, was toegestaan). De andere mij bekende uitspraken worden hieronder besproken.

188 Zie Vlaardingerbroek in zijn noot bij Hof Den Haag 6 november 2012, ECLI:NL:GHSGR:2012:BY2991, *JPF* 2013/45 m.nt. P. Vlaardingerbroek.

189 HR 18 april 2014, ECLI:NL:HR:2014:951, Parket bij de Hoge Raad 7 maart 2014, ECLI:NL:PHR:2014:199, *JPF* 2014/100 m.nt. J.H. de Graaf, *NJ* 2014/380 m.nt. S.F.M. Wortmann, *NJB* 2014/930, *RvdW* 2014/623, *RFR* 2014/81, *PFR-Updates.nl* 2014-0101.

individuele behandeling te onthouden. De rechtbank kende een schadevergoeding toe van 5.000 euro.¹⁹⁰ Het vonnis werd in hoger beroep bekrachtigd (zie hieronder voor verdere bespreking).¹⁹¹ De Rechtbank Noord-Holland kende geen schadevergoeding toe in het geval waarin een jeugdige met een voorlopige machtiging geplaatst was bij de afdeling Zeer Intensieve en Kortdurende Observatie en Stabilisatie (hierna ZIKOS), waarbij de beschikking die hiertoe strekte later vernietigd werd door het hof vanwege – helaas niet vermelde – procedurele gebreken. De rechtbank achtte de crisisplaatsing bij ZIKOS in tegenstelling tot de appellant wel noodzakelijk en in het belang van de jeugdige en daarom was voor vergoeding van immateriële schade geen plaats.¹⁹²

Een vergelijking met de PIJ-passantenregelingen voor het vaststellen van de hoogte van de schadevergoeding

Uit de bestudeerde jurisprudentie blijkt dat meer dan eens een vergelijking is gemaakt met de PIJ-passantenregeling voor het vaststellen van de hoogte van de schadevergoeding.¹⁹³ De PIJ-passantenregeling houdt in dat indien binnen drie maanden geen passende behandelplek is gerealiseerd, de PIJ-passant aanspraak kan maken op een financiële tegemoetkoming van 350 euro per maand, welk bedrag na ommekomst van drie maanden telkens wordt verhoogd met 125 euro per maand.¹⁹⁴ De termijn van drie maanden sluit aan bij de in art. 13 Bij gestelde termijn dat personen met een PIJ-maatregel binnen drie maanden moeten zijn geplaatst in een inrichting of op een afdeling waar behandeling plaats kan vinden. Liefwaard betoogt dat met het huidige art. 13 Bij wordt beoogd dat een jeugdige zo snel mogelijk op een plek terecht behoort te komen waar de voor hem geïndiceerde behandeling kan worden geboden.¹⁹⁵ Immers bestaat het oude onderscheid tussen een opvang- en

190 Rb. 's-Gravenhage 17 maart 2010, ECLI:NL:RBSGR:2010:BY7455.

191 Hof Den Haag 6 november 2012, ECLI:NL:GHSGR:2012:BY2991, *JPF* 2013/45, m.nt. P. Vlaardingerbroek.

192 Rb. Noord-Holland 10 februari 2016, ECLI:NL:RBNHO:2016:399 ('a)ls niet omstreden staat voorts vast dat de doelen van de crisisplaatsing – crisisinterventie, stabilisatie en voorbereiden – zijn bereikt en dat verdere opname in een gesloten accommodatie als ZIKOS noodzakelijk was...').

193 Zie bijvoorbeeld Rb. Groningen 10 mei 2006, ECLI:NL:RBGRO:2006:AX1558 (na een verloop van een termijn van 6 maanden is in elk geval een vergoeding van 350 euro per maand toewijsbaar); Rb. 's-Gravenhage 17 maart 2010, ECLI:NL:RBSGR:2010:BY7455; Rb. Noord-Holland 10 februari 2016, ECLI:NL:RBNHO:2016:399 (de Staat wijst erop dat de PIJ-passantenregeling niet van toepassing is, dat verweer wordt gehonoreerd).

194 zie RSJ 2014. Vroeger werd een plaatsingstermijn die langer duurde dan zes maanden in strijd geacht met het recht (RSJ 12 september 2005, 05/1351/JW en 05/1789/JW). In het geval van LVB-jongeren (de gangbare aanduiding voor deze groep jongeren was destijds nog LVG) gold al langer dat een passantenstermijn van meer dan drie maanden als onredelijk en onbillijk werd beschouwd (zie RSJ 1 december 2008, 08/1473/JW, *Sancties* 2009/17 m.nt. G. de Jonge).

195 Zie ook zie RSJ 4 januari 2012, 11/2373/JW en 11/4428/JB.

behandelinrichtingen niet meer, maar bieden alle justitiële jeugdinstellingen behandeling aan (voor de definitie van behandeling, zie art. 1 onderdeel ff Bij). Volgens het Hof Den Haag lag de vergelijking met de PIJ-passantenregeling voor de hand omdat ook in dat geval in het algemeen sprake is van een minderjarige die wacht op een plaats in een behandelinstelling om aldaar een adequate behandeling te krijgen. Daar voegde het hof wel aan toe dat, anders dan bij een PIJ-passant, de plaatsing van de appellant geen strafrechtelijke, maar een civielrechtelijke basis had, hetgeen in beginsel een argument vormt voor een hogere schadevergoeding.¹⁹⁶

Geen schadevergoeding als een machtiging op onjuiste gronden is afgegeven

In een drietal zaken kwam de vraag aan de orde of (toen nog) Bureau jeugdzorg aansprakelijk gesteld kon worden voor een op onjuiste gronden verleende machtiging. Deze rechtsvraag kwam aan de orde in een uitspraak van de Rechtbank Amsterdam op 15 augustus 2012. In deze zaak ontbrak de instemmingsverklaring van de gedragswetenschap ten tijde van het afgeven van de beschikking tot leidde tot een gesloten plaatsing. Toch kan deze beschikking Bureau jeugdzorg niet worden verweten omdat zij slechts uitvoering heeft te geven aan de beschikking. Daarbij is geen ruimte voor het maken van een eigen afweging.¹⁹⁷ Eenzelfde soort beslissing werd genomen door het Hof Leeuwarden in een uitspraak van 19 juli 2011. Volgens de jeugdige verbleef hij achteraf gezien zonder geldige titel in de gesloten jeugdzorg (het nieuwe verzoek was niet met een verzoekschrift ingeleid maar in eerste instantie wel verleend). Het hof oordeelde dat dat Bureau jeugdzorg niet kan worden verweten dat zij een (achteraf gebleken) onrechtmatige beschikking ten uitvoer legde. Het verzoek tot schadevergoeding werd afgewezen, omdat het volgens het hof hier eerder op de weg van de advocaat had gelegen om de jeugdige te informeren over zijn juridische positie na bedoeld arrest van 19 februari 2009 (waarin het hof de rechterlijke machtiging vernietigde en de jongen de gesloten instelling kon verlaten).¹⁹⁸

196 De vergelijking met de TBS-passantenregeling daarentegen ligt minder voor de hand aldus het Hof Den Haag: '...de situatie van [appellant] niet kan worden vergeleken met de situatie van iemand die ten onrechte gedetineerd is geweest (...). Tegen een vergelijking met een TBS-passant kan voorts worden ingebracht dat een TBS-passant meerderjarig is en in zoverre minder kwetsbaar moet worden geacht dan een minderjarige' (Hof Den Haag 6 november 2012, ECLI:NL:GHSGR:2012:BY2991, *JPF* 2013/45, m.nt. P. Vlaardingebroek).

197 Rb. Amsterdam (sector kanton) 15 augustus 2012, ECLI:NL:RBAMS:2012:BX6326, *JPF* 2012/146.

198 Hof Leeuwarden 19 juli 2011, ECLI:NL:GHLEE:2011:BR2401, *JPF* 2011/142 (voor een uitgebreide toelichting op deze uitspraak zie Forder & Olujic 2012, p. 46). Vgl. Rb. Assen 1 juni 2010, ECLI:NL:RBASS:BN1313 (Bureau jeugdzorg was niet schadelijkt voor verblijf dat – achteraf gezien – zonder titel heeft plaatsgevonden).

Analyse

Het belang van een effectief recht op compensatie speelde een belangrijke rol bij de uiteindelijke verlating van de “geen-belang” rechtspraak. Maar een eigen wettelijke regeling voor schadeclaims op grond van onrechtmatige vrijheidsbeneming in de gesloten jeugdhulp is er nog altijd niet. Men is aangewezen op een vordering van onrechtmatige daad waarbij de hoogte van de schadevergoeding wordt vastgesteld aan de hand van een vergelijkbare regeling voor PIJ-passanten. Mijns inziens stelde het Hof Den Haag terecht dat een onrechtmatige plaatsing op civielrechtelijke basis in beginsel een hogere schadevergoeding toekomt dan een strafrechtelijke plaatsing. Maar richtlijnen hiervoor ontbreken en hoewel de PIJ-passantenvergoeding op een wat halfslachtige wijze als zodanig fungeert, lijkt ook deze regeling aan een update toe nu deze stamt uit de periode waarin civielrechtelijke en strafrechtelijke jongeren samengeplaatst waren. Ook is het onderscheid tussen opvang- en behandelinrichtingen inmiddels opgeheven en komt de PIJ-passantenstatus steeds minder vaak voor.

Jeugdigen die een vordering tot schadevergoeding willen indienen vanwege wederrechtelijke (althans, dat betogen zij) vrijheidsbeneming gedurende hun plaatsing in een accommodatie voor gesloten jeugdhulp zijn daartoe procesonbekwaam en zijn dus aangewezen op een bijzondere curator. Mijns inziens is een dergelijke procedure te beschouwen als een verlengstuk van een procedure die gevoerd wordt in het kader van hoofdstuk 6 van de Jeugdwet en zou dit euvel te verhelpen zijn door een schadevergoedingsregeling toe te voegen aan de regeling gesloten jeugdhulp.

Uit de bestudeerde jurisprudentie blijkt dat een vordering tot schadevergoeding vanwege onrechtmatige vrijheidsberoving op civielrechtelijke basis zelden is toegewezen. Schadevergoeding wegens procedurele gebreken bij een civielrechtelijke plaatsing heeft tot nu toe weinig aandacht. Het lijkt erop dat het jeugdstrafprocesrecht daar wel een regeling voor kent omdat uit de reeds aangehaalde Regeling Standaardbedragen Tegemoetkomingen van de RSJ blijkt dat formele gebreken dienen te leiden tot een financiële tegemoetkoming van € 50. Wellicht kan hierin een aanknopingspunt gevonden worden om de jeugdige recht te doen in het geval een procedureel gebrek leidt tot immateriële schade.

6.14 ANALYSE EN CONCLUSIES

Vrijheidsberoving vereist een stevige rechtspositie, zo kan de hierboven besproken jurisprudentie worden samengevat. Rechter toetsen in beginsel dan ook strikt aan de procedurele wettelijke vereisten en hebben de wettelijke vereisten verder aangescherpt en verduidelijkt. Een duidelijk voorbeeld hiervan is dat rechters – tot de Hoge Raad aan toe – zeer duidelijk hebben gemaakt dat een ‘gewone’ gesloten machtiging niet kan worden verstrekt zonder dat de jeugdige onderzocht is. Een schending van een procedureel vereiste leidt sneller tot een afwijzing van het verzoek of tot vernietiging van de beschikking dan schending van een materieel recht.

De rechtspositie van de jeugdige voor wie om een machtiging gesloten jeugdhulp wordt verzocht, is benijdenswaardig voor bijvoorbeeld jeugdigen voor wie om een maatregel van uithuisplaatsing wordt verzocht. In navolging van het Hof Den Haag is het mijns inziens verdedigbaar dat jeugdigen die op civielrechtelijke titel geplaatst worden in beginsel recht hebben op dezelfde rechtspositie als jeugdigen die op basis van een strafrechtelijke titel van hun vrijheid worden beroofd.¹⁹⁹

Uit het bovenstaande volgt dat de rechtspositie van de jeugdige op navolgende punten aandacht verdient en verbetering behoeft:

- Kinderrechters die art. 3 lid 1 IVRK als argument inzetten om een 'te strikte toepassing van de wet' te omzeilen, met andere woorden: die het gerechtvaardigd achten om een 'gewone' machtiging af te geven zonder dat met de jeugdige is gesproken door de gedragswetenschapper.
- De jeugdrechtsadvocaat heeft geen financiële prikkel voor optimale rechtsbijstand aan de jeugdige.
- De kinderrechter toetst niet vooraf of gesloten verblijf noodzakelijk is wanneer de jeugdige de voorwaarden van de voorwaardelijke machtiging overtreedt.
- In de verleningsbeschikking behoeft slechts gemotiveerd te worden dat pleegzorg niet passend is en niet dat plaatsing in een open instelling ook niet passend is.
- De regeling voor de instemmingsverklaring van de gedragswetenschapper is te summier en leidt tot teveel discussie, zodat de rechtspositie van de jeugdige op dat punt onvoldoende duidelijk is.
- De gedragswetenschapper heeft in de meeste gevallen een nauwe band met Bureau jeugdzorg/de GI, waardoor de vereisten aan de onafhankelijke positie van de gedragswetenschapper mijns inziens in het geding zijn.
- De inhoudelijke vereisten aan de instemmingsverklaring zijn in de jurisprudentie aangescherpt, maar nog steeds onduidelijk.
- De toepassing van art. 800 lid 3 Rv doet afbreuk aan de strikte vereisten die gelden voor vrijheidsbeneming.
- Het recht op toegang tot het recht staat onder druk voor jeugdigen wiens ouders instemmen met een machtiging gesloten jeugdhulp, want:
 - zij kunnen niet om beëindiging van de machtiging kunnen verzoeken;
 - zij kunnen geen gebruik maken van de geschillenregeling.
- Een jeugdige die in vrijwillig kader is geplaatst, mist de praktische hulp en steun van een gezinsvoogd en de bemiddelende rol die de gezinsvoogd speelt tussen de jeugdige en zijn ouders.
- Een zelfstandige compensatieregeling vanwege onrechtmatige vrijheidsberoving in een accommodatie voor gesloten jeugdhulp ontbreekt.

¹⁹⁹ Hof Den Haag 6 november 2012, ECLI:NL:GHSGR:2012:BY2991, *JPF* 2013/45, m.nt. P. Vlaardingebroek.