



Universiteit
Leiden
The Netherlands

Jeugdrecht en (jeugd)gezondheidsrecht: 10 jaar na de Thematische wetsevaluatie Gedwongen zorg

Bruning, M.R.; Dörenberg, V.E.T.; Kastelein, W.R.; Ploem, M.C.; Sijmons, J.G.

Citation

Bruning, M. R., & Dörenberg, V. E. T. (2024). Jeugdrecht en (jeugd)gezondheidsrecht: 10 jaar na de Thematische wetsevaluatie Gedwongen zorg. In W. R. Kastelein, M. C. Ploem, & J. G. Sijmons (Eds.), *Goed gezondheidsrecht* (pp. 237-250). Den Haag: Boom Juridisch. Retrieved from <https://hdl.handle.net/1887/4212113>

Version: Publisher's Version
License: [Leiden University Non-exclusive license](#)
Downloaded from: <https://hdl.handle.net/1887/4212113>

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

JEUGDRECHT EN (JEUGD)GEZONDHEIDSRECHT: 10 JAAR NA DE THEMATISCHE WETSEVALUATIE GEDWONGEN ZORG

Mariëlle Bruning en Vivianne Dörenberg¹

1

INLEIDING

Het is nu bijna tien jaar geleden dat Legemaate c.s. de resultaten publiceerden van de 'Thematische wetsevaluatie Gedwongen zorg' (hierna: thematische wetsevaluatie).² Dat onderzoek richtte zich op de wettelijke regelingen op het terrein van de gedwongen zorg voor volwassenen én jeugdigen en gaf daarmee voor het eerst een samenhangend beeld van hoe de positie van jeugdigen in de verschillende jeugdsectoren is geregeld. Het meest verstrekkend was de aanbeveling van de onderzoekers om een aparte 'Beginselenwet voor gesloten jeugdinstellingen' te ontwerpen (aanbeveling 35), in eerste instantie alleen ter vervanging van de regeling voor gesloten jeugdhulp in de Jeugdwet, maar eventueel ook voor toepassing in de justitiële jeugdsector en onder die sector behandelde jeugdigen met psychische problematiek. Deze aanbeveling was vooral ingegeven door de verschillen die de onderzoekers constateerden tussen de rechtsbescherming van jeugdigen in justitiële jeugdinrichtingen en de rechtsbescherming van jeugdigen in accommodaties voor gesloten jeugdhulp. Verder concludeerden de onderzoekers in het algemeen dat verbetering van de consistentie en doelmatigheid van wetgeving mogelijk was met betrekking tot de zorg voor jeugdigen, omdat 'de drie (...) jeugdsectoren [jeugd-ggz, gesloten jeugdhulp en justitiële jeugdinrichtingen] (...) qua kenmerken, problemen en (zorg)behoeften van jeugdigen veel meer overeenkomsten dan verschillen [hebben], en (...) ook volgens Europese en internationale normen als één groep [worden] beschouwd. (...) Om die

¹ Prof. mr. drs. M.R. Bruning is hoogleraar Jeugdrecht aan de Universiteit Leiden. Mr. dr. V.E.T. Dörenberg is werkzaam als universitair docent gezondheidsrecht bij het Amsterdam UMC.

² J. Legemaate e.a., *Thematische wetsevaluatie Gedwongen zorg*, Den Haag: ZonMw 2014.

reden zou een gezamenlijke beginselenwet, gericht op een pedagogisch behandelklimaat, juist voor deze drie sectoren een belangrijke meerwaarde kunnen hebben.³

Dat de rechtsbescherming van jeugdigen in de gesloten jeugdhulp schril afsteekt tegen de rechtsbescherming in de andere jeugdsectoren is een gegeven waarvoor door de jaren heen herhaaldelijk aandacht is gevraagd. Dat gebeurde met klem bij de parlementaire behandeling van de wijziging van de Wet op de jeugdzorg in verband met de regeling voor gesloten jeugdhulp en later ook weer bij de behandeling van de Jeugdwet. Met de Wet rechtspositie gesloten jeugdhulp is uiteindelijk een concrete stap gezet richting het verbeteren van de rechtspositie van jeugdigen in de gesloten jeugdhulp.⁴ Het 'nee, tenzij'-beginsel vormt het uitgangspunt waarop deze wet is gebaseerd, op vergelijkbare wijze zoals dat voor verplichte zorg en onvrijwillige zorg is geregeld in de Wet verplichte geestelijke gezondheidszorg (Wvggz) respectievelijk de Wet zorg en dwang (Wzd). Hoewel het aannemelijk is dat dit uitgangspunt een positief effect zal hebben op het welzijn van jeugdigen die met gesloten jeugdhulp te maken krijgen, is over de relatie tussen de verschillende wettelijke regelingen en het welzijn van jeugdigen feitelijk weinig bekend. Wel blijkt uit onderzoek naar de ervaringen van jeugdigen dat een van de belangrijkste problemen die jeugdigen ervaren – naast wachten en het domino-effect hiervan – is dat ze zich niet gehoord voelen omdat er door hulpverleners *over hen* wordt gesproken in plaats van *met hen* en zij niet worden betrokken bij belangrijke beslissingen in hun leven.⁵ Aandacht voor de zelfbeschikking van jeugdigen en het zoveel mogelijk vergroten van hun autonomie lijken dus belangrijke uitgangspunten.

Wat wij in deze bijdrage willen verkennen is hoe de verschillende wettelijke regelingen een rol (kunnen) spelen in dit verhaal. Welke uitgangspunten worden gehanteerd met betrekking tot de positie van jeugdigen, hoe zijn die uitgewerkt in de verschillende wettelijke regelingen en welke discussies spelen daaromtrent? Zijn op dit punt verschillen waar te nemen tussen het jeugdrecht en het gezondheidsrecht, die mogelijk ook het (lichte) verschil in beleving van de zorg in de gesloten jeugdhulp ten opzichte van de jeugd-ggz en de jeugd-vb mede kunnen verklaren? En als die verschillen er zijn, wat vinden we daar dan van? Dat zijn de vragen die in deze bijdrage centraal staan.⁶

3 J. Legemaate e.a. 2014, p. 386.

4 Zie *Kamerstukken II*, 35942, nr. 1-36; *Kamerstukken I*, 35942, nr. A-D.

5 Zie o.a. H. Groenendijk e.a., *Het is mijn toekomst! Waar wachten we op? Toegang tot de gespecialiseerde jeugdhulp: ervaringen en oplossingen van jongeren*, Rotterdam: Gemeentelijke Kinderombudsman 2019; Jeugdstem, *Laat je horen*, maart 2023; Reflectiecommissie familie- en jeugdrechters, *Recht doen aan kinderen en ouders*, 2023.

6 Voor een recente analyse van de verschillende wettelijke regelingen op het terrein van gedwongen zorg voor jeugdigen verwijzen we kortheidshalve naar V.E.T. Dörenberg, 'Gedwongen zorg

UITGANGSPUNTEN IN HET JEUGDRECHT

2.1 Leeftijd of wilsbekwaamheid

In Boek 1 BW werd tot 1995 uitgegaan van handelingsonbekwaamheid van de minderjarige (art. 1:234 oud BW). In 1995 werd dit gewijzigd en is de regeling sindsdien als volgt: een minderjarige is bekwaam om alle rechtshandelingen te verrichten ten aanzien waarvan in het maatschappelijk verkeer gebruikelijk is dat een minderjarige van zijn leeftijd die zelfstandig verricht; in dergelijke gevallen wordt de toestemming van de wettelijke vertegenwoordiger verondersteld te zijn gegeven (art. 1:234 lid 3 BW). In alle andere gevallen is een minderjarige bekwaam om rechtshandelingen te verrichten als hij daarvoor toestemming heeft van de wettelijke vertegenwoordiger(s), tenzij de wet uitdrukkelijk anders bepaalt (zie hierna over de geneeskundige behandelingsovereenkomst). De toestemming kan telkens voor een bepaald doel of een bepaalde rechtshandeling worden verleend. Een rechtshandeling die door een onbekwame minderjarige is verricht zonder toestemming van de wettelijke vertegenwoordiger(s) is vernietigbaar.

Er wordt in Boek 1 BW op dit punt dus geen gebruik gemaakt van leeftijdsgrenzen. Dat is wel het geval voor de procedurele bekwaamheid van minderjarigen in het familie- en civiele jeugdrecht. Hoewel in Boek 1 BW nergens expliciet wordt bepaald dat de minderjarige procesonbekwaam is, wordt algemeen aangenomen dat een minderjarige niet bekwaam is om zelfstandig als procespartij op te treden in familie- en civiele jeugdrechtprocedures.⁷ Bij een strijd tussen de belangen van de wettelijke vertegenwoordiger(s) en de minderjarige bestaat de mogelijkheid tot benoeming van een bijzondere curator (art. 1:250 BW) om het kind zowel in als buiten rechte te vertegenwoordigen. In de afgelopen jaren is steeds gepleit voor een zelfstandige rechtsingang van de minderjarige in familie- en civiele jeugdzaken, maar telkens is door de regering vastgehouden aan het beginsel van processuele onbekwaamheid.⁸ Zo pleitte de Raad voor het Jeugdbeleid in 1988 voor een zelfstandige

aan jeugdigen – op de grenzen van het recht', in: M. Sombroek e.a., *De jeugd, de zorg en het recht. Preadvies 2023*, Den Haag: Boom Juridisch 2023, p. 107-138.

7 M. Fiege, *De autonomie van de minderjarige in het recht*, Arnhem: Gouda Quint 1993; dit wordt doorgaans afgeleid uit art. 1:245 lid 4 jo. 253i lid 1 BW: de ouder(s) met gezag of voogd(en) vertegenwoordigen de minderjarige in burgerlijke handelingen, zowel in als buiten rechte.

8 Zo stelde de commissie Wiarda bijv. in 1971 in haar rapport 'Jeugdbeschermingsrecht' al voor dat de minderjarige van zestien jaar en ouder bekwaam zou moeten zijn om zelfstandig een conflict met zijn gezagsdrager aan de jeugdrechter voor te leggen en adviseerden ook de Raad voor het Jeugdbeleid en de Nederlandse Gezinsraad in 1995 tot een versterking van de procespositie van de minderjarige; zie M.R. Bruning e.a., *Kind in proces: van communicatie naar effectieve participatie*, Meijers-reeks nr. 335, Nijmegen: Wolf Legal Publishers 2020, p. 26.

rechtsingang voor minderjarigen.⁹ In 1989 reageerde de minister van Justitie met zijn notitie 'Rechtspositie minderjarigen' dat aan minderjarigen geen eigen rechtsingang moet toekomen. Gezinsconflicten zouden niet in een juridisch kader moeten worden geplaatst en de verhouding tussen ouders en kinderen zou zich verzetten tegen een gerechtelijke procedure waarin geschillen onnodig escaleren.¹⁰ In 1994 onderstreepte de Raad voor het Jeugdbeleid samen met de Nederlandse Gezinsraad nogmaals de noodzaak van een eigen rechtsingang voor minderjarigen.¹¹

In 2020 werd door Bruning c.s. in het onderzoek 'Kind in proces: van communicatie naar effectieve participatie' opnieuw gepleit voor een verbetering van de procespositie van minderjarigen in het familie- en civiele jeugdrecht.¹² Minderjarigen van twaalf tot achttien jaar zouden procesbekwaam moeten worden en een zelfstandige rechtsingang moeten krijgen; minderjarigen van acht tot twaalf jaar zouden een informele rechtsingang moeten krijgen en tevens zouden minderjarigen recht moeten krijgen op juridische bijstand of ondersteuning. Deze voorstellen waren mede gebaseerd op inzichten uit de neuropsychologie en pedagogiek. Opnieuw reageerde de minister van Justitie & Veiligheid afwijzend. Eind 2020 liet hij weten niet over te gaan tot een verlaging van de leeftijdsgrens voor het horen van minderjarigen en uitgebreidere initieermogelijkheden voor minderjarigen in de wet, omdat de huidige wet de rechter reeds de mogelijkheid biedt om flexibel om te gaan met de leeftijdsgrens voor het horen van kinderen.¹³ Hij gaf daarbij aan dat daarnaast de uitbreiding van juridische instrumenten en inzet van advocaten haaks staat op zijn beleid dat is gericht op dejuridisering en de-escalatie van familierechtelijke conflicten. Volgens hem zou een formele rechtsingang het risico op conflicten tussen de minderjarige en zijn gezinsleden vergroten en betekende een uitbreiding van de procespositie van minderjarigen met toevoeging van een advocaat ook extra werklast voor de rechterlijke macht en extra kosten voor de rechtsbijstand.¹⁴

⁹ Raad voor het Jeugdbeleid, *Jeugd met recht: een perspectief voor de rechtspositie van minderjarigen*, Amsterdam: 1988. Zie ook K. Kloosterboer & E.C.C. Punselie, 'Voor de verandering: de lange weg naar een formele rechtsingang voor minderjarigen', *FJR* 2020/52.

¹⁰ *Kamerstukken II 1989/90*, 21309, nr. 2, p. 18-21 (notitie 'Rechtspositie minderjarigen').

¹¹ Raad voor het Jeugdbeleid & Nederlandse Gezinsraad, *Kind in proces: pleidooi voor een eigen rechtsingang*, Den Haag: 1994.

¹² M.R. Bruning e.a. 2020.

¹³ *Kamerstukken II 2020/21*, 33836, nr. 59, p. 2.

¹⁴ *Kamerstukken II 2020/21*, 33836, nr. 59, p. 5.

2.2

Gesloten jeugdhulp en gedwongen zorg: van bescherming naar rechtsbescherming?

Sommige minderjarigen met een maatregel van kindbescherming krijgen te maken met een gesloten plaatsing waarbij gedwongen zorg kan worden opgelegd. Tot 2008 konden minderjarigen met een maatregel van ondertoezichtstelling of een voogdijmaatregel in een justitiële jeugdinrichting worden geplaatst waar tevens jon- geren zaten die daar via het jeugdstrafrecht waren geplaatst (in voorarrest of na een straf of behandelmaatregel).¹⁵ Vanaf 1 januari 2008 is met de herziening van de toen- malige Wet op de jeugdzorg een einde gekomen aan deze 'samenplaatsing' en werd een wettelijk kader voor gesloten jeugdhulp ingevoerd. Deze regeling is grotendeels ongewijzigd overgenomen in de huidige Jeugdwet. Bijzonder aan deze regeling is dat jeugdigen ambtshalve een raadsman toegevoegd krijgen in procedures betref- fende een plaatsing in een accommodatie voor gesloten jeugdhulp (art. 6.1.10 lid 4 Jeugdwet). Minderjarigen van twaalf jaar of ouder zijn ten aanzien van zaken betref- fende gesloten jeugdhulp bekwaam om in en buiten rechte op te treden (art. 6.1.1 lid 2 Jeugdwet), en dat geldt ook voor minderjarigen jonger dan twaalf jaar die in staat kunnen worden geacht tot een redelijke waardering van hun belangen ter zake. Dit is de enige vorm van uithuisplaatsing waar een minderjarige deze rechten heeft, gezien het vrijheidsbenemende karakter van de plaatsing.

In 2023 is, in reactie op de eindevaluatie van de Wet herziening kindbeschermings- maatregelen uit 2022,¹⁶ ter versterking van de rechtsbescherming van betrokkenen een pilot gestart om bij eerste verzoeken tot uithuisplaatsing van minderjarigen (via een voogdijmaatregel na gezagsbeëindiging of via een maatregel van ondertoezicht- stelling met machtiging tot uithuisplaatsing) standaard een advocaat toe te voegen aan de ouders. Opvallend is dat, in tegenstelling tot de aanbeveling uit de eindeva- luatie om zowel minderjarigen als ouders van rechtsbijstand te voorzien, er door de minister van Justitie & Veiligheid voor is gekozen om alleen voor ouders rechtsbij- stand te verzorgen. Tegelijk is dit in het licht van de bovenstaande reactie van de minister op het pleidooi voor een versterking van de zelfstandige rechtspositie van minderjarigen niet verrassend te noemen.

Voor wat betreft de interne rechtspositie van jeugdigen in de gesloten jeugdhulp geldt dat de huidige regeling uit hoofdstuk 6 van de Jeugdwet uitgaat van ruime bevoegdheden tot vrijheidsbeperkingen op basis van algemeen geformuleerde rechtsgronden. In de thematische wetsevaluatie werd dit reeds benadrukt. Voor

¹⁵ J. uit Beijerse, 'Broze fundamente en alarmerende signalen: lessen uit het cellulaire drama voor gesloten jeugdhulp', *Justitiële verkenningen* 2021, nr. 2, p. 73-86.

¹⁶ M.R. Bruning e.a., *Eindevaluatie Wet herziening kindbeschermingsmaatregelen: nieuwe rechtsgronden in een haperend jeugdbeschermingsstelsel*, Den Haag: Boom Juridisch 2022.

zover dat noodzakelijk is om de met de jeugdhulp beoogde doelen te bereiken of voor de veiligheid van de jeugdige of anderen, kunnen vrijheidsbeperkende maatregelen worden toegepast (art. 6.3.1 lid 1 Jeugdwet). In de oude Wet op de jeugdzorg konden vrijheidsbeperkende maatregelen ook worden toegepast ter handhaving van de huisregels, maar dit is sinds de inwerkingtreding van de Jeugdwet op 1 januari 2015 niet meer mogelijk, want dit werd als een te zwaar middel gezien.¹⁷ Uit de thematische wetsevaluatie is gebleken dat de maatregel van afzondering in de gesloten jeugdhulpvoorzieningen zeer vaak wordt toegepast: 93% van de respondenten had te maken met de maatregel afzondering, 80% met een beperking van de bewegingsvrijheid op de afdeling, 67% met fixatie en 40% met separatie/isolatie.¹⁸ Sommige beperkende maatregelen worden zelfs vaker in de gesloten jeugdhulp toegepast dan in de justitiële jeugdinrichtingen.¹⁹ Behandelmethoden kunnen worden toegepast voor zover dit nodig is om het doel van het verblijf te bereiken of ter afwending van gevaar voor de gezondheid of de veiligheid van de jeugdige of anderen; toestemming is niet vereist. In de thematische wetsevaluatie werd aangegeven: 'Een pijnpunt is vooral de mogelijkheid om in de gesloten jeugdhulp dwangbehandeling te kunnen toepassen als dat nodig is om "de met de jeugdhulp beoogde doelen te bereiken". Dat is een nogal onbepaald criterium voor de toepassing van een zeer ingrijpende vorm van zorg.'²⁰ Gesteld wordt dat de rechtspositie van de minderjarige hier als het ware 'dubbel' onder druk staat: er gelden ruimere criteria en minder procedurele vereisten voor dwangtoepassing en er is minder interne registratie en monitoring. Soortgelijke conclusies worden in de thematische wetsevaluatie getrokken over de toepassing van separatie (tijdelijke afzondering), waarover in de Jeugdwet weinig specifiek is geregeld ten aanzien van de duur en de evaluatie ervan. Beperkende maatregelen kunnen slechts worden toegepast voor zover zij zijn opgenomen in het hulpverleningsplan van de jeugdige; daarbij is de instemming van een gekwalificeerde gedragswetenschapper noodzakelijk.

De interne rechtspositieregeling is destijds bewust anders geregeld dan die in de Beginselenwet justitiële jeugdinrichtingen, waar een veel gedetailleerdere regeling te vinden is. Het uitgangspunt is dat de jeugdhulpaanbieder 'verantwoorde hulp' biedt en de ruimte krijgt om dit nader zelf in te vullen aan de hand van globaal geformuleerde wettelijke kaders.²¹

¹⁷ Kamerstukken II 2012/13, 33684, nr. 3, p. 198-199.

¹⁸ J. Legemaate e.a. 2014, p. 285.

¹⁹ M.R. Bruning, Y.N. van den Brink & E.C.C. Punsellie, *Jeugdrecht en jeugdhulp*, Den Haag: Sdu 2020, p. 402.

²⁰ J. Legemaate e.a. 2014, p. 369.

²¹ Zie ook J. uit Beijerse, 'Vrijheidsbenaming op civielrechtelijke of strafrechtelijke titel: samen, gescheiden en nu weer samen?', *Sancties* 2019/89; J. uit Beijerse, 'Jeugdigen in justitiële jeugdinrichtingen en jeugdzorgplus: gescheiden, maar ook een andere rechtspositie?', *FJR* 2016/9.

In de Wet rechtspositie gesloten jeugdhulp van 17 mei 2023 is een verbetering van de interne rechtspositie van jeugdigen in de gesloten jeugdhulp gerealiseerd. In een eerder concept-wetsvoorstel was tevergeefs getracht om tot een harmonisatie te komen van de interne rechtspositieregelingen ten aanzien van de gesloten jeugdhulp en de justitiële jeugdinrichtingen.²² In deze wet, die dus slechts betrekking heeft op jeugdigen in de gesloten jeugdhulp, is zoals gezegd het 'nee, tenzij'-beginsel ten aanzien van vrijheidsbeperkende maatregelen opgenomen, vergelijkbaar met de Wvvgz en de Wzd. Vrijheidsbeperkende maatregelen mogen niet worden toegepast, tenzij er voor de jeugdige, gelet op het beoogde doel, geen minder bezwarende alternatieven zijn, de maatregelen evenredig zijn en redelijkerwijs te verwachten is dat de maatregelen effectief zijn. Ook zijn nadere, extra bescherming biedende regels gesteld over het toepassen van vrijheidsbeperkende maatregelen en is een verplichting voor de jeugdhulpaanbieder opgenomen om beslissingen tot toepassing van vrijheidsbeperkende maatregelen te registreren en daarover periodiek de Inspectie Gezondheidszorg en Jeugd (IGJ) te informeren, net zoals dat in de Wvvgz en de Wzd is geregeld. In de memorie van toelichting is aangegeven dat de thematische wetsevaluatie mede ten grondslag ligt aan deze wet. Plaatsing in een 'voor de jeugdige vriendelijke en veilige ruimte' oftewel in isolatie mag alleen nog voor jeugdigen vanaf twaalf jaar worden ingezet, maar jeugdigen jonger dan twaalf jaar kunnen nog steeds worden geplaatst in een accommodatie voor gesloten jeugdhulp.

2.3 Ontwikkelingen in open jeugdhulp

In de praktijk is een beweging zichtbaar die zich inzet om gesloten plaatsingen tegen te gaan en om accommodaties voor gesloten jeugdhulp om te bouwen tot kleinschalige voorzieningen.²³ Het aantal plaatsingen in de gesloten jeugdhulp is in de afgelopen jaren ook flink gedaald.²⁴ Dit betekent niet dat er geen jeugdigen meer zijn met zware en complexe problematiek, maar deze jeugdigen zullen vaker in open residentiële voorzieningen worden opgevangen. De IGJ signaleerde in 2022 dat er binnen de open jeugdhulp vrijheidsbeperkende maatregelen worden toegepast zonder wettelijke basis.²⁵ Dit leidde in de afgelopen jaren dan ook tot de vraag hoe er moet worden omgegaan met beperkende maatregelen in open residentiële voorzieningen. In oktober 2023 bracht de Raad voor Strafrechtstoepassing en Jeugdbescherming (RSJ) een advies uit over vrijheidsbeperkende maatregelen in de open residentiële jeugdhulp. Ook de RSJ concludeert dat vrijheidsbeperking in de open

²² In de memorie van toelichting is hierover aangegeven dat bij de voorbereiding van het wetsvoorstel bleek dat er weinig draagvlak was voor een wetsvoorstel dat in één wet de rechtspositie van jeugdigen in de gesloten jeugdhulp en in de justitiële jeugdinrichtingen zou regelen; *Kamerstukken II* 2021/22, 35942, nr. 3, p. 3.

²³ *Kamerstukken II* 2021/22, 31839, nr. 871; Hervormingsagenda Jeugd 2023-2028.

²⁴ Jeugdzorg Nederland, *JeugdzorgPlus – Plaatsings- en uitstroomgegevens* 2022.

²⁵ IGJ, *Vrijheidsbeperkende maatregelen in open residentiële jeugdhulp*, Utrecht: mei 2022.

residentiële jeugdhulp voorkomt, terwijl dit wettelijk niet is toegestaan. De RSJ doet in dit advies de aanbeveling om één wettelijke regeling te ontwerpen voor zorg en ondersteuning aan jeugdigen voor jeugdigen die te maken hebben met de Wvggz, de Wzd en de Jeugdwet en de reikwijdte van de Wvggz en de Wzd te beperken tot volwassenen. Dit wordt onderbouwd met het argument van rechtsgelijkheid, duidelijkheid en het bewegen van jeugdigen door verschillende kaders; dit maakt dat het van belang is om de rechtspositie van jeugdigen in één rechtspositiedocument te regelen.²⁶ Hiermee wordt voor de zorg en ondersteuning van jeugdigen de psychosociale problematiek van de jeugdige voorop gesteld, waarbij de noodzakelijke zorg niet afhankelijk is van een bepaald wettelijk kader of een plaatsing in geslotenheid.²⁷ Verder adviseert de RSJ om te regelen dat, net als in de Wvggz, bij plaatsing van jeugdigen in de open residentiële jeugdhulp de mogelijk noodzakelijk toe te passen vrijheidsbeperkende maatregelen via het hulpverleningsplan aan de rechter moeten worden overgelegd. Een rechterlijke toets in geval van een uithuisplaatsing waar vrijheidsbeperking wordt toegepast, of dit nu in vrijwillig of gedwongen kader is, is volgens de RSJ onmisbaar. Insluiting zou volgens de RSJ in een open setting niet mogen worden toegepast, en het afsluiten van de deur en het vastpakken en vasthouden zou alleen in noodsituaties moeten kunnen. De voorstellen van de RSJ impliceren een nieuwe regeling die in grote lijnen is gebaseerd op de waarborgen die nu in de Wvggz en de Wzd te vinden zijn.

3 UITGANGSPUNTEN IN HET GEZONDHEIDSRICHT

3

3.1 Geleidelijke rechtsverkrijging

Al bij de eerste overdenkingen van het gezondheidsrecht als zelfstandige discipline – in de jaren zeventig van de vorige eeuw – vond er discussie plaats over de positie van jeugdigen bij geneeskundige behandeling. Van een rechtspositie voor jeugdigen was in die jaren nog amper sprake. In haar preadvies voor de Vereniging voor Gezondheidsrecht (VGR) uit 1974 schreef Rood-de Boer op rake wijze: 'De ouders hebben in de wet vastgestelde rechten en vele plichten... de minderjarige heeft niets. Zowel in het gezondheidsrecht als in het familierecht is de minderjarige een subjeet van zorg en bescherming. Hij is geen, althans nauwelijks, een drager van eigen rechten en plichten.'²⁸ In aansluiting op de toenmalige ontwikkeling binnen de rechtsliteratuur naar een systeem van geleidelijke rechtsverkrijging (voor minderjarigen)

²⁶ RSJ, *Vrijheidsbeperkende maatregelen in de open residentiële jeugdhulp? Context en een advies over de toekomst*, Den Haag: oktober 2023, p. 46; zie eerder Dörenberg 2023, p. 136-138; V. Dörenberg, 'Naar één wet voor gedwongen zorg aan jeugdigen', JGGZR 2023-47, p. 175-179, waarin zij drie argumenten benoemt: complex geheel van regels, verschil in rechtspositie en rechtsbescherming, integrale aanpak van problematiek.

²⁷ RSJ 2023, p. 47.

²⁸ M. Rood-de Boer, *De positie van de minderjarige in het gezondheidsrecht*, Utrecht: VGR 1974.

en geleidelijke gezagsvermindering (van ouders), formuleerde Rood-de Boer een aantal algemene richtlijnen 'volgens welke de werkers in de gezondheidszorg zouden kunnen handelen in hun contacten met minderjarigen'. In negen vuistregels werd aangegeven aan wie inlichtingen verstrekt moesten worden, welke toestemmingen vereist waren voor de behandeling van een minderjarige en wanneer de bevoegde kinderbeschermingsinstanties ingeschakeld zouden moeten worden. Daarbij was het uitgangspunt dat een minderjarige 'altijd de bevoegdheid [heeft] mee te beslissen over, en boven een bepaalde leeftijd zelf in te stemmen met een behandeling m.b.t. zijn lichamelijke integriteit.' Rood-de Boer sprak in dit verband over 'het recht van een minderjarige om toestemming te geven voor een eventuele behandeling' en zag dit recht als een uitwerking van het in de rechtsliteratuur voorgestelde zelfbeschikkingsrecht voor jeugdigen. Speciaal voor de besluitvorming stond in de vuistregels dat 'de ouders (dan wel de voogd) van het minderjarige kind toestemming [dienden] te geven voor behandeling' en dat 'de minderjarige die over oordeel des onderscheids beschikt[e] en die daartoe op dat moment in staat moe[s]t worden geacht eveneens toestemming [diende] te verlenen'. Weigerden de ouders toestemming te verlenen, dan was de toestemming van de minderjarige (mits hij over oordeel des onderscheids beschikte en achttien jaar of ouder was) alleen voldoende. De door Rood-de Boer geformuleerde vuistregels werden in 1975 door een werkgroep van de VGR omgezet naar zeven richtlijnen voor de praktijk.²⁹ Het mocht echter nog ruim twintig jaar duren voordat in de wettelijke regeling van de geneeskundige behandelingsovereenkomst (Wgbo) het getrapte systeem werd opgenomen zoals we dat nu kennen en waarbij leeftijd in combinatie met de vraag of een jeugdige in staat is tot een redelijke waardering van zijn belangen ter zake bepaalt wiens toestemming vereist is voor geneeskundige behandeling.

3.2 Leeftijd of wilsbekwaamheid leidend voor informed consent?

Bij de totstandkoming van de Wgbo stelde de wetgever voorop dat 'het ouderlijk gezag bij oudere minderjarigen terugtreedt in de mate waarin hun persoonlijkheid en het vermogen zelf beslissingen te nemen, zich hebben ontwikkeld' en hij overwoog dat 'in het algemeen, bij het bereikt hebben van de leeftijd van zestien jaar, het noodzakelijke inzicht [mag] worden verondersteld'.³⁰ Deze veronderstelling en de verwachting dat het kiezen van één bepaalde leeftijd de rechtszekerheid en praktische hanteerbaarheid van de regeling zou bevorderen, hebben ertoe geleid dat jeugdigen – in afwijking op de hoofdregel uit Boek 1 BW – vanaf zestien jaar bekwaam zijn om zelfstandig een geneeskundige behandelingsovereenkomst te sluiten en alle rechtshandelingen te verrichten die met deze overeenkomst onmid-

²⁹ Zie 'Werkgroep rechtspositie minderjarigen in de gezondheidszorg: Richtlijnen met toelichting', MC 1976, afl. 2, p. 47-51.

³⁰ Kamerstukken II 1989/90, 21561, nr. 3 (MvT), p. 19 e.v.

dellijk verband houden (art. 7:447 lid 1 BW). Ook is de minderjarige aansprakelijk voor de daaruit voortvloeiende verbintenissen en bekwaam om in op de behandelingsovereenkomst betrekking hebbende aangelegenheden in en buiten rechte op te treden (art. 7:447 lid 2 en 3 BW). Voor jeugdigen in de leeftijd van twaalf tot zestien jaar vond de wetgever 'een meer terughoudende regeling' op de plaats. Het resultaat was een regeling van dubbele toestemming, waarbij is geprobeerd 'een evenwichtige afweging te bewerkstelligen tussen enerzijds de rechtspositie van het kind en anderzijds de bevoegdheden en verantwoordelijkheden die ouders of voogden kunnen ontlenen aan hun juridisch gezag over het kind'. De leeftijd van twaalf jaar werd daarbij gezien als een verantwoorde grens; beneden die leeftijd zou volgens de wetgever een redelijke waardering van de eigen belangen ter zake van medische verrichtingen namelijk als regel niet kunnen worden aangenomen. Dit getrapte systeem voor het verkrijgen van informed consent is later doorgetrokken naar onder meer de Wet op de orgaandonatie, de Wet medisch-wetenschappelijk onderzoek met mensen, de Wet toetsing levensbeëindiging op verzoek en hulp bij zelfdoding en meest recent nog de Wvggz en Wzd. Voor wie het zelfbeschikkingsrecht en de autonomie van jeugdigen vooropstelt, is het echter discutabel om een systeem te hanteren waarin de omvang van de rechtspositie primair wordt bepaald door leeftijd. Vanuit de gedachte dat een leeftijdsgrens niet altijd alles zegt over de capaciteiten van een kind om tot een oordeel te komen – zoals ook aangetoond in het onderzoek van Hein uit 2015³¹ – wordt dan gepleit voor alternatieven zoals het voorstellen van de wilsbekwaamheid. Legemaate wees in 2016 op de zwakte van ons huidige systeem: 'Het in de Nederlandse gezondheidswetgeving opgenomen systeem van leeftijdsgrenzen heeft (...) vooral een achtergrond in overwegingen van rechtszekerheid. Dit systeem voorkomt ook dat in elk individueel geval moet worden beoordeeld of de minderjarige wilsbekwaam is of niet. Maar dat is natuurlijk tegelijkertijd de zwakte van dit systeem: het doet onrecht aan minderjarigen die qua leeftijd onder de wettelijke grens vallen maar die wel degelijk wilsbekwaam zijn.'³² In België wordt om deze reden juist van geval tot geval bekeken of een jeugdige bekwaam is om toestemming te geven voor behandeling.³³

3.3 Rechtsbescherming voorop bij gedwongen zorg

Als we kijken naar de wettelijke regelingen voor het verlenen van gedwongen zorg, dan valt op dat bij de parlementaire behandeling van de Wvggz en de Wzd relatief

³¹ I.M. Hein, *Children's competence to consent to medical treatment or research* (diss. Amsterdam UvA), Amsterdam: Amsterdam University Press 2015.

³² J. Legemaate, 'De wilsbekwaamheid van minderjarige patiënten', *FJR* 2016/33.

³³ Zie F.M. de Kievit, 'Wie beslist? De autonomie van minderjarigen in het geven van toestemming voor een medische behandeling', *FJR* 2018/16, voor een vergelijking tussen het Nederlandse en Belgische systeem.

weinig aandacht is besteed aan de rechtspositie en rechtsbescherming van jeugdigen. Dat is op zich ook niet zo vreemd. Beide wetten richten zich op personen van alle leeftijden, waarbij kort gezegd ernstig nadeel als gevolg van een psychische stoornis, verstandelijke beperking of psychogeriatrische aandoening bepalend is voor de vraag of gedwongen zorg mag worden verleend. De belangrijkste uitgangspunten daarbij zijn: zorg op maat, dwang als ultimum remedium en versterking van de rechtspositie van betrokkene, naasten en familie. Deze uitgangspunten hebben op vele manieren vorm gekregen in de Wvggz en de Wzd. Het voert uiteraard te ver om die hier allemaal te bespreken, maar in relatie tot de positie van jeugdigen is een paar punten wel relevant om te benoemen.

Ten eerste is er het punt van de processuele bekwaamheid. Zowel in de Wvggz als de Wzd is geregeld dat minderjarigen bekwaam zijn om in rechte op te treden; leeftijdsgrenzen worden daarbij niet gehanteerd. De bijzondere aard van beide wetten en de vergaande beperkingen waartoe ze kunnen legitimeren, is voor de wetgever doorslaggevend geweest.

Ten tweede noemen we de regeling van pedagogische maatregelen of, liever gezegd, de afwegingen die de wetgever heeft gemaakt omtrent het regelen van pedagogische maatregelen. Deze maatregelen zouden aanvankelijk in de Wvggz opgenomen worden als afzonderlijke dwangmaatregelen. De wetgever is daar later op teruggekomen vanuit de gedachte dat pedagogische maatregelen reeds onderdeel zijn van de huisregels. En voor zover toch pedagogische maatregelen in het individuele geval nodig zouden zijn, kon volgens de wetgever gebruik worden gemaakt van de maatregel dat iemand beperkingen worden opgelegd in de vrijheid het eigen leven in te richten. Er moet dan aan alle vereisten voor het verlenen van verplichte zorg worden voldaan. De wetgever koos feitelijk een tussenweg, door enerzijds hulpverleners de ruimte te laten om via de huisregels – en dus alleen op collectieve basis – maatregelen te treffen voor een goed pedagogisch klimaat en anderzijds jeugdigen te beschermen tegen te lichtvaardige inbreuken op hun rechten door aan individuele maatregelen de (strikte) criteria en doelen van verplichte zorg te verbinden. Daarmee heeft hij niettemin een duidelijk signaal afgegeven dat individuele maatregelen die om opvoedkundige redenen worden opgelegd niet – of in ieder geval niet alleen – vanuit dat opvoedingsperspectief te rechtvaardigen zijn. Een soortgelijke gedachte ligt ten grondslag aan de Wzd.

Ten derde is de regeling van vertegenwoordiging nog relevant, die in beide wetten in de kern overeenkomt zodat we ons hier beperken tot de Wvggz. Uit de toelichting bij artikel 1:3 lid 1 Wvggz volgt dat jeugdigen van zestien en zeventien jaar

bekwaam worden geacht de op grond van deze wet vereiste beslissingen te nemen.³⁴ Denk aan de beslissing om een gemachtigde aan te wijzen die hen vertegenwoordigt of de beslissing om een zelfbindingsverklaring op te stellen. Interessant in relatie tot de zelfbindingsverklaring is dan dat hiervoor aanvankelijk de grens van twaalf jaar werd gehanteerd. De wetgever besloot later om de grens te verhogen naar zestien jaar omdat het hem bij nader inzien beter leek om aan te sluiten bij het bepaalde in Boek 7 BW over de handelingsbekwaamheid ten aanzien van de geneeskundige behandelingsovereenkomst.³⁵ Gaat het om jeugdigen die nog niet de zestienjarige leeftijd hebben bereikt, dan bepaalt de Wvggz dat zij altijd worden vertegenwoordigd door hun gezaghebbende ouders of voogden. Dat geldt nadrukkelijk ook voor jeugdigen tussen twaalf en zestien jaar; zij worden niet bekwaam geacht om zelfstandig de op grond van de Wvggz vereiste beslissingen te nemen. De reden die de wetgever hiervoor aandroeg, was 'dat van een twaalf- tot zestienjarige persoon niet goed verwacht kan worden afwegingen te maken die samenhangen met het al dan niet toepassen van verplichte zorg'.³⁶ Hoewel enigszins dubbelzinnig verwoord – want doelt de wetgever hier nu op de handelingsbekwaamheid of de wilsbekwaamheid van de betreffende jeugdigen – is de heersende opvatting dat onder de Wvggz (en ook de Wzd) jeugdigen tussen twaalf en zestien jaar het recht hebben om mee te beslissen over de zorg. In relatie tot bijvoorbeeld het eigen plan van aanpak betekent dit dat zij weliswaar niet zelfstandig een plan mogen maken maar wel samen met de vertegenwoordiger. Met andere woorden, de vertegenwoordiger moet bij het opstellen van het plan worden betrokken en ermee instemmen. Dat sluit ook aan op het bepaalde in artikel 1:4 lid 2 Wvggz met betrekking tot instemming en verzet. De toelichting bij dit artikel stelt nadrukkelijk 'dat vanaf twaalf jaar sprake moet zijn van dubbele toestemming' en 'dat vanaf die leeftijd het verzet van een minderjarige op zichzelf al gehonoreerd dient te worden, ongeacht het standpunt van de vertegenwoordiger'.

4

DISCUSSIE EN CONCLUSIE

Als we het bovenstaande overzien, dan valt op dat in familie- en civiele jeugdrechtsprocedures de autonomie en zelfbeschikking van minderjarigen niet bepalend is geweest voor de positie van minderjarigen. Het uitgangspunt van handelingsbekwaamheid voor handelingen die in het maatschappelijk verkeer gebruikelijk zijn, doet dan wel recht aan de zich ontwikkelende capaciteiten van minderjarigen, maar de procespositie met als uitgangspunt dat minderjarigen moeten worden vertegenwoordigd door hun wettelijke vertegenwoordigers en geen zelfstandige procespositie hebben, weerspiegelt niet de toenemende autonomie en zelfbeschikking van

³⁴ Kamerstukken II 2013/14, 32399, nr. 10 (nota van wijziging), p. 72.
³⁵ Zie Kamerstukken II 2013/14, 32399, nr. 10 (nota van wijziging), p. 81.
³⁶ Kamerstukken II 2013/14, 32399, nr. 10 (nota van wijziging), p. 72.

minderjarigen die daartoe in staat zijn. Integendeel, de aanhoudende weerstand om de zelfstandige procespositie van minderjarigen in dit rechtsdomein te verbeteren, laat eerder een kindbeeld zien van minderjarigen die beschermd moeten worden tegen conflicten binnen het gezin vanuit een pedagogisch uitgangspunt dat dit het meest in het belang van minderjarigen is.

In de regeling ten aanzien van de interne rechtspositie van jeugdigen in de gesloten jeugdhulp (hoofdstuk 6 Jeugdwet) lijkt eveneens een visie zichtbaar waarin jeugdigen beperkingen kunnen worden opgelegd in hun eigen belang, vanuit een pedagogische visie van 'verantwoorde zorg' voor deze jeugdigen, waarbij bevoegdheden ruim omschreven zijn en daarmee veel beoordelingsvrijheid tot toepassing van vrijheidsbeperkingen wordt gegeven aan de uitvoerders die jeugdigen binnen de gesloten jeugdhulp begeleiden. Tegelijk is als uitzondering op de procedurele onbekwaamheid in het civiele jeugdrecht voor jeugdigen die te maken krijgen met gesloten jeugdhulp wel procedurele bekwaamheid geregeld in de Jeugdwet, en krijgen jeugdigen standaard een raadsman toegevoegd in gesloten jeugdhulp procedures. In dat opzicht wordt wel weer tegemoet gekomen aan de autonomie en zelfbeschikking van minderjarigen, net zoals dat in de regeling van de geneeskundige behandelingsovereenkomst, de Wvggz en de Wzd geldt.

De Wet rechtspositie gesloten jeugdhulp biedt fundamentele wijzigingen ten aanzien van de interne rechtspositie van minderjarigen en komt daarmee tegemoet aan de regeling van de Wvggz en de Wzd. Nog steeds bestaan er verschillen in de interne rechtspositie voor jeugdigen die in de verschillende sectoren met gedwongen zorg te maken krijgen, maar deze wet biedt daarbij minder ruimte en stelt scherpere grenzen aan vrijheidsbeperkingen. Het is dan ook de vraag in hoeverre met deze nieuwe wet sprake is van harmonisatie en waarom een verdergaande harmonisatie van de verschillende regelingen rondom gedwongen zorg voor jeugdigen – vanuit de gesloten jeugdhulp, de jeugd-ggz en de justitiële jeugdinrichtingen – niet mogelijk of haalbaar is, nu ook bij de thematische wetsevaluatie in 2014 al voor een dergelijke harmonisatie is gepleit. Legemaate c.s. schreven toen: '(...) dat de betekenis van terughoudendheid en rechtsbescherming in de sector GGZ anders wordt beleefd en gepraktiseerd dan binnen de gesloten jeugdzorg het geval is. In die laatste sector, maar overigens ook in de zorg voor verstandelijk gehandicapten, is de opvoedingsgedachte belangrijk, en is er minder aandacht voor een nauwgezette monitoring en registratie van dwanginterventies. Dat laatste is bij gedwongen zorg in de GGZ nu juist wel het geval'.³⁷ Nu de wettelijke regelingen op inhoud steeds verder naar elkaar toe bewegen, evenals de onderliggende denkbeelden waarbij rechtsbescherming in alle jeugdsectoren juist boven de opvoedingsgedachte lijkt te

³⁷ J. Legemaate e.a. 2014, p. 334.

worden geplaatst, is zo'n verdergaande harmonisatie volgens ons een logische stap. Legemaate c.s. adviseerden destijds een harmonisatie van de drie sectoren waarin gedwongen zorg voor jeugdigen mogelijk is. Een poging tot harmonisatie voor verblijf in de sectoren gesloten jeugdhulp en justitiële jeugdinrichtingen, dat in een eerder concept-wetsvoorstel als voorloper van de Wet rechtspositie gesloten jeugdhulp werd gedaan, mislukte. Er bleek te weinig draagvlak te bestaan voor een regeling die zowel een penitentiaire beginselenwet voor jeugdigen omvatte als een regeling voor jeugdigen en hun verblijf in de gesloten jeugdhulp, waarbij de grondslag van de vrijheidsbeperkingen niet als basis vrijheidsbeneming vanwege een strafbaar feit is, maar verantwoorde zorg en passende jeugdhulp en behandeling vanuit de gedachte van zo min mogelijk vrijheidsbeperking.

Inmiddels heeft de RSJ opnieuw gepleit voor harmonisatie, maar dit keer zonder de sector van de justitiële jeugdinrichtingen. Harmonisatie van gedwongen zorg voor jeugdigen in de jeugdhulp (gesloten of open) of in de jeugd-ggz en jeugd-vb (nu Wvvgz en Wzd) is volgens de RSJ wenselijk. Deze gedachte lijkt meer uit te gaan van de grondslag van een verblijf ter behandeling waarbij vrijheidsbeneming en -beperkingen zo min mogelijk en zo minimaal mogelijk zouden moeten worden toegepast. Juist omdat het aantal jeugdigen in de gesloten jeugdhulp steeds kleiner wordt en meer jeugdigen met complexe problematiek in open instellingen zullen verblijven, moet immers worden nagedacht over vrijheidsbeperkingen in open setting, waar nu geen wettelijke basis voor bestaat.

Wij zijn van mening dat de wens tot harmonisatie er nog steeds is en staan om die reden achter de aanbeveling van de RSJ. Wij denken dat er (nog) meer werk zou moeten worden gemaakt van de harmonisatie ten aanzien van de sectoren gesloten jeugdhulp, jeugd-ggz en jeugd-vb, en dat een nieuwe rechtspositieregeling voor deze sectoren zich inderdaad zou moeten uitstrekken tot uithuisplaatsingen in open residentiële instellingen, aangezien in de praktijk blijkt dat ook daar soms beperkingen nodig zijn. Bij deze verdere harmonisatie zou de wijze waarop met verzet wordt omgegaan in de Wvvgz als uitgangspunt aangehouden kunnen worden, ook voor vrijheidsbeperkingen van jeugdigen met een kinderbeschermingsmaatregel. De Beginselenwet justitiële jeugdinrichtingen heeft een andere grondslag voor verblijf in de instelling, te weten detentie in het kader van voorlopige hechtenis of van een straf of maatregel na het plegen van een strafbaar feit. Deze grondslag sluit minder goed aan bij de grondslag in de andere jeugdsectoren, waar het uitgangspunt is om de minderjarige passende zorg te bieden waarbij vrijheidsbeneming en/of -beperkingen zo minimaal mogelijk worden toegepast en waarbij autonomie en zelfbeschikking centraal staan. Dat neemt niet weg dat ook in justitiële jeugdinrichtingen behandeling en een pedagogisch klimaat belangrijke uitgangspunten zijn ten aanzien van jeugdige verdachten.

HANDHAVING EN AANSPRAKELIJKHEID