

De beoordeling van schriftelijke aanwijzingen bij een ondertoezichtstelling

FJR 2021/13

In deze bijdrage staat de rechterlijke toetsing van de schriftelijke aanwijzing naar aanleiding van een verzoek om vervallenverklaring van die aanwijzing centraal. De bijdrage biedt een model voor de (bestuursrechtelijke) beoordeling van schriftelijke aanwijzingen. Daartoe zal eerst aandacht worden besteed aan enkele ontvankelijkheidskwesties. Daarna zal worden stilgestaan bij de beoordeling of aan de voorwaarden is voldaan om van de bevoegdheid tot het geven van schriftelijke aanwijzingen gebruik te mogen maken. Ten slotte zal de beoordeling van de aanwending van de bevoegdheid worden behandeld.

1. Inleiding

De Gecertificeerde Instelling (GI) heeft de bevoegdheid bij de uitvoering van een ondertoezichtstelling aan de gezaghebbende ouder of de minderjarig schriftelijke aanwijzingen te geven. Een schriftelijke aanwijzing is een besluit in de zin van de Algemene wet bestuursrecht (Awb) en de kinderrechter oordeelt over de schriftelijke aanwijzing als de belanghebbende verzoekt om vervallenverklaring van de aanwijzing of als de GI verzoekt om bekrachtiging van de aanwijzing. In een eerdere bijdrage in dit tijdschrift besprak ik wat de invloed en uitwerking van de Algemene wet bestuursrecht is op de voorbereiding, totstandkoming en toetsing van de schriftelijke aanwijzing.²

In deze bijdrage zal ik verder ingaan op de rechterlijke toetsing van de schriftelijke aanwijzing naar aanleiding van een verzoek om vervallenverklaring van die aanwijzing door een model uit te werken voor de beoordeling van schriftelijke aanwijzingen.³ De toetsing valt uiteen in drie onderdelen: de toetsing van de ontvankelijkheid, de toetsing van de bevoegdheid en de toetsing van de aanwending van de bevoegdheid. Daarbij zal recente jurisprudentie worden behandeld met commentaar, met name vanuit de bestuursrechtelijke invalshoek.

2. Toetsing van de ontvankelijkheid door de rechter

De rechterlijke beoordeling van een verzoek om vervallenverklaring van een schriftelijke aanwijzing start met de beoordeling van de ontvankelijkheid. Vereist is dat het verzoek

om vervallenverklaring binnen de termijn van twee weken na de dag waarop de aanwijzing is verzonden is ingediend. Als de termijn van twee weken wordt overschreden, wordt het verzoek niet-ontvankelijk verklaard tenzij de verzoeker redelijkerwijs niet geoordeeld kan worden in verzuim te zijn geweest. In de praktijk oordeelt de kinderrechter relatief snel dat de verzoeker geen verwijt kan worden gemaakt van de termijnoverschrijding. Dat geldt ook voor een te vroeg ingediend verzoek om vervallenverklaring: in een schriftelijke aanwijzing van 13 juli 2020 was een bezoekregeling voor de ouders bij het uithuisgeplaatste kind vastgelegd. Ouders kwamen hiertegen al op 18 juni 2020 op bij de kinderrechter, te vroeg dus. In artikel 6:10 Awb is voor dit soort premature beroepen een regeling getroffen. Dit artikel is echter niet van toepassing op de aanwijzing van artikel 1:265f BW.⁴ Strikt genomen zou dat leiden tot een niet-ontvankelijkverklaring van het verzoek om vervallenverklaring. Om proceseconomische redenen zag de kinderrechter toch aanleiding om de ouders ontvankelijk te achten in hun te vroeg ingediende verzoek om vervallenverklaring van de aanwijzing.⁵

Een volgend ontvankelijkheidsvereiste is dat het verzoek moet zijn ingediend door de belanghebbende. De kinderrechter zal dus in het kader van de ontvankelijkheid van het verzoek moeten toetsen of de verzoeker belanghebbend is. Het bestuursrechtelijke belanghebbendenbegrip omvat ieder die feitelijk en rechtstreeks in zijn of haar belangen is geschaad door het besluit; dat is meer dan alleen degene tot wie het besluit is gericht.⁶ Artikel 1:264 BW beperkt echter het aantal belanghebbende personen dat kan opkomen tegen een schriftelijke aanwijzing: alleen de met gezag belaste ouder en de minderjarige van minstens 12 jaar mogen een verzoek om vervallenverklaring indienen. Als dus een andere belanghebbende, denk aan de ouder zonder gezag of de pleegouder, een verzoek om vervallenverklaring indient, zal het verzoek niet-ontvankelijk moeten worden verklaard.⁷ In de rechtspraak wordt aangenomen dat de pleegouder, als die het niet eens is met de schriftelijke aanwijzing, op grond van artikel 1:262b BW nog een ingang heeft bij de kinderrechter.⁸ Blijkens de parlementaire geschiedenis zal van de geschillenregeling van artikel 1:262b BW met name gebruik worden gemaakt in die gevallen dat de wet niet in een specifieke procedure voorziet.⁹ Als voorbeeld worden

1 Mr. W.M.B. (Willie) Elferink is seniorrechter familie- en jeugdrecht en bestuursrecht bij de rechtbank Overijssel.

2 Zie W.M.B. Elferink, 'Schriftelijke aanwijzingen tijdens een ondertoezichtstelling', *FJR* 2018/33, afl. 5, p. 142-149.

3 De toetsing van de schriftelijke aanwijzing naar aanleiding van een verzoek om bekrachtiging is overigens vergelijkbaar.

4 Hoofdstuk 6 van de Algemene wet bestuursrecht is niet van toepassing.

5 Rb. Zeeland-West-Brabant 14 augustus 2020, ECLI:NL:RBZWB:2020:4326.

6 R.J.N. Schlössels & S.E. Zijlstra, *Bestuursrecht in de sociale rechtsstaat*, Band 1, deel 2, Deventer: Kluwer 2017/127.

7 Zo ook: Hof Den Haag 2 december 2020, ECLI:NL:GHDHA:2020:2420.

8 Zie bijvoorbeeld Rb. Amsterdam 25 oktober 2016, ECLI:NL:RBAMS:2016:6962.

9 *Kamerstukken I* 2011/12, 32015, C (MvA), p. 18.

genoemd geschillen tussen pleegouders en de GI over een (gewijzigde) omgangsregeling tussen ouders en kind.¹⁰

Het is niet goed te begrijpen waarom artikel 1:264 BW zo'n beperking aanbrengt op het aantal personen dat een verzoek kan indienen. De vraag is ook hoe effectief een verzoek van de pleegouder op grond van artikel 1:262b BW nog kan zijn als tegen de schriftelijke aanwijzing geen verzoek om een vervallenverklaring is ingediend (of als die al bekrachtigd is) en de aanwijzing dus formele rechtskracht heeft gekregen. Bovendien, als het mogelijk is voor de pleegouder om op grond van artikel 1:262b BW een geschil over een schriftelijke aanwijzing voor te leggen aan de kinderrechter, op grond waarvan zou de ouder met gezag dat dan niet op dezelfde voet kunnen doen? Daarvoor kan aanleiding bestaan als de ouder met gezag de termijn van 14 dagen om te verzoeken om vervallenverklaring van de aanwijzing heeft laten verlopen. Veel pleit ervoor om ook andere belanghebbenden dan de ouder met gezag en de minderjarige toe te staan een verzoek om vervallenverklaring te doen. Daarvoor is echter wel een wijziging van de wet nodig.¹¹ Tot die tijd zal alleen het verzoek dat is ingediend door een gezaghebbende ouder¹² of de minderjarige ontvankelijk zijn.

In het kader van de ontvankelijkheid van het verzoek moet ook worden getoetst of sprake is van een schriftelijke aanwijzing die een besluit inhoudt. Of dat het geval is, is niet altijd even duidelijk. De rechtbank Rotterdam oordeelde dat een bericht van de GI inhoudende dat de GI omgang tussen vader en kind op dit moment niet wenselijk vindt geen schriftelijke aanwijzing is omdat de bewoordingen in het bericht onvoldoende concreet zijn om daaruit een schriftelijke aanwijzing af te leiden.¹³

De rechtbank Limburg merkte een bericht van de GI waarbij moeder dringend werd geadviseerd zich niet met haar kind in een bepaald gebied te vestigen aan als een schriftelijke aanwijzing, met name omdat, als moeder het advies niet zou opvolgen, de GI mogelijk "vervolgstappen" zou ondernemen.¹⁴ Het gebruik van de woorden "niet wenselijk" in het eerste geval en "advies" in het tweede geval duiden niet direct op een definitieve beslissing maar op een stap in een proces dat mogelijk nog tot nadere beslissingen zal leiden. Zoals in mijn eerdere bijdrage¹⁵ vermeld, is een van de kenmerken van een besluit dat het een definitief karakter heeft. Daarvan lijkt in beide voorbeelden geen sprake.

Artikel 1:263, tweede lid, BW bepaalt dat de met gezag belaste ouders of ouder en de minderjarige de schriftelijke

aanwijzing opvolgen. Dat betekent dus dat de aanwijzing zich niet kan richten tot anderen dan de gezaghebbende ouder(s) of de minderjarige. Een GI kan dus niet een schriftelijke aanwijzing aangaande het contact tussen de minderjarige en de niet met gezag belaste ouder geven: de niet met gezag belaste ouder hoeft immers de aanwijzing niet op te volgen. Als de GI toch een aanwijzing geeft aan de niet met gezag belaste ouder, dan is van een besluit geen sprake omdat er geen rechtsgevolg is. Een verzoek om vervallenverklaring dient in dat geval niet-ontvankelijk te worden verklaard.¹⁶

De ouder met gezag of de minderjarige kan opkomen tegen de schriftelijke aanwijzing maar dient ten tijde van de rechterlijke beschikking nog wel een procesbelang te hebben. De vraag is of dat belang er altijd nog wel is. In een beschikking van het Gerechtshof Den Haag¹⁷ oordeelt het hof dat de moeder die opkomt tegen een schriftelijke aanwijzing die ten tijde van de behandeling in hoger beroep niet meer werkt niet-ontvankelijk is in haar verzoek om vervallenverklaring. Ze heeft immers, in beginsel,¹⁸ geen procesbelang meer omdat omgangsregeling inmiddels gewijzigd is.

De toetsing van de ontvankelijkheid is vol en vindt ambtshalve door de rechter plaats, dus ongeacht de wil van partijen en los van de gronden waarop het verzoek om vervallenverklaring is gebaseerd. Daarbij geldt nog dat de toetsing deels ex nunc is (procesbelang, ouder met gezag) en deels ex tunc (moment van indienen van het verzoek en kwalificatie van de beslissing van de GI).

3. Het bestaan van de bevoegdheid een schriftelijke aanwijzing te geven

Als het verzoek ontvankelijk is, kan het besluit inhoudelijk worden getoetst. Dan is de eerste vraag of de GI de bevoegdheid heeft om een schriftelijke aanwijzing te geven. In veel beschikkingen blijft deze vraag onbeantwoord en wordt direct overgegaan tot een marginale toetsing van de schriftelijke aanwijzing.¹⁹ Marginaal ziet in dit verband op de intensiteit van de toetsing door de rechter. Voor de rechter bestaat bij marginale toetsing pas aanleiding tot ingrijpen als een bestuursorgaan – in het kader van deze bijdrage de GI – in redelijkheid niet tot het bestreden besluit heeft kunnen komen. De rechter beperkt zijn toetsing tot de vraag of het bestuursorgaan binnen de grenzen van de redelijkheid is gebleven.²⁰ Tegenover de marginale toetsing staat de volle toetsing. Daarvan is sprake als de rechter het oordeel niet beperkt tot de vraag of de GI binnen de grenzen van de redelijkheid is gebleven maar de beoordeling van de GI over doet en zijn eigen oordeel in de plaats stelt van dat van de GI.

10 Zie hierover ook: M.R. Bruning, *T&C Personen- en familierecht*, art. 1:262b BW, aantekening 2.

11 Ook Wortmann acht, om andere redenen, de regeling van de schriftelijke aanwijzing te summier en de rechtsbescherming te beperkt: S.F.M. Wortmann, noot bij HR 14 december 2018, NJ 2019/88.

12 Ook de niet-ouder die samen met de ouder het gezag uitoefent valt hieronder: artikel 1:1253v, zesde lid, BW.

13 Rb. Rotterdam 8 mei 2020, ECLI:NL:RBROT:2020:4288.

14 Rb. Limburg 16 januari 2020, ECLI:NL:RBLIM:2020:2161.

15 Zie W.M.B. Elferink, 'Schriftelijke aanwijzingen tijdens een ondertoezichtstelling', *FJR* 2018/33, afl. 5, p. 142-149.

16 Voor een voorbeeld: Rb. Midden-Nederland 3 oktober 2018, ECLI:NL:RBMNE:2018:5111.

17 Hof Den Haag 12 december 2018, ECLI:NL:GHDHA:2018:3420.

18 Zie voor een uitzondering: HR 25 mei 2012, ECLI:NL:HR:2012:BV9538.

19 Voor een voorbeeld: Rb. Rotterdam 23 juli 2020, ECLI:NL:RBROT:2020:6647.

20 Zie bijvoorbeeld R.J.N. Schlössels, 'Discretionaire dogmatiek... anders de Afdeling bestuursrechtspraak?' *NTB* 2018/52, afl. 7, p. 299-302.

Als de GI een schriftelijke aanwijzing geeft, stelt zij eenzijdig de rechtspositie vast van degene tot wie de aanwijzing zich richt. De adressant van de schriftelijke aanwijzing is krachtens de wet verplicht de aanwijzing op te volgen. Deze eenzijdige vaststelling vormt een wezenlijke inbreuk op de vrijheid van een burger en is daarom alleen toegestaan als er een wettelijke grondslag voor die inbreuk is. Die is voor de GI te vinden in artikel 1:263 BW en in artikel 1:265f BW. Maar daarin is de bevoegdheid niet onvoorwaardelijk aan de GI toegekend: ze is alleen bevoegd om de positie van de burger eenzijdig vast te stellen als aan een aantal in de wet omschreven voorwaarden is voldaan. Als niet aan die voorwaarden is voldaan, is van een bevoegdheid geen sprake en kan de GI alleen al om die reden geen schriftelijke aanwijzing geven.

De GI is alleen bevoegd een schriftelijke aanwijzing als bedoeld in artikel 1:263 BW te geven als:

- a) het gaat om de uitvoering van de taak van de GI;
- b) het de verzorging en opvoeding van de minderjarige betreft;
- c) de gezaghebbende ouder(s) of de minderjarige niet instemmen met de uitvoering van het plan van aanpak of daaraan niet of onvoldoende medewerking verlenen; of
- d) dit noodzakelijk is om concrete bedreigingen in de ontwikkeling van de minderjarige weg te nemen.

In geval van artikel 1:265f BW gaat het om slechts een voorwaarde: de noodzaak in verband met de uithuisplaatsing van de minderjarige.

Naar mijn mening moet worden aangenomen dat de rechter de vraag of voldaan is aan deze voorwaarden vol moet toetsen. De GI heeft in beide artikelen geen beoordelingsruimte gekregen.²¹ Het gaat bij de schriftelijke aanwijzing ook niet om een typisch politiek-bestuurlijke beoordeling maar om een beoordeling die geobjectiveerd bedoeld is en dus meer in het domein van de rechter ligt. Temeer gelet op het belang van het kind en, mede gelet op het Internationaal Verdrag voor de Rechten van het Kind en het Verdrag tot bescherming van de Rechten van de Mens en de fundamentele vrijheden, is het van belang dat de vraag of aan de voorwaarden voor het ingrijpen door de GI in het gezinsleven is voldaan, door de rechter vol wordt getoetst. Tot dit standpunt komt ook procureur-generaal Langemeijer in een conclusie²² aan de Hoge Raad, die de betreffende zaak heeft afgedaan met toepassing van artikel 81 Wet op de rechterlijke organisatie:

“Over de intensiteit van de rechterlijke toetsing van schriftelijke aanwijzingen bestaat verschil van inzicht. Sommige kinderrechtvaarders en auteurs menen dat aan gecertificeerde instellingen beleidsvrijheid moet worden gegund, in die zin dat voor vervallenverklaring slechts

plaats is indien de gecertificeerde instelling in redelijkheid niet tot de gegeven aanwijzing heeft kunnen komen. De heersende opvatting lijkt te zijn dat in elk geval ten volle moet worden getoetst of aan de wettelijke voorwaarden voor het geven van een schriftelijke aanwijzing is voldaan. Dat lijkt ook vanuit mensenrechtelijk perspectief aangewezen.”

Omdat het hier gaat om de bevoegdheid van de GI om een besluit te nemen, dient de rechter ambtshalve na te gaan of aan de voorwaarden voor het bestaan van de bevoegdheid is voldaan, los van wat partijen stellen. En dat zal de rechter, in afwijking van de hoofdregel in het bestuursrecht, moeten doen naar de situatie van het moment van beoordeling van het verzoek om vervallenverklaring.²³ Komt de rechter tot het oordeel dat niet is voldaan aan de voorwaarden voor het gebruikmaken van de bevoegdheid, dan zal de rechter het verzoek om vervallenverklaring honoreren en de schriftelijke aanwijzing vernietigen omdat geen sprake was van een bevoegdheid van de GI om een schriftelijke aanwijzing te geven.

Over de vraag of aan de bevoegdheidsvoorwaarden is voldaan, is volop jurisprudentie te vinden. Zo oordeelde de rechtbank Limburg over een schriftelijke aanwijzing die de gezaghebbende vader verplichtte tot betaling van het kindgebonden budget aan oma, bij wie de kinderen uithuisgeplaatst waren. Tevens werd de vader opgedragen op zoek te gaan naar een gepast bedrag, te betalen aan oma, om de kosten over de afgelopen maanden te compenseren. De rechtbank oordeelde dat deze aanwijzing slechts indirect in het belang van de verzorging en opvoeding van de minderjarige was en vernietigde, mijns inziens terecht, de schriftelijke aanwijzing.²⁴ Met de conclusie dat de aanwijzing niet in belang van de verzorging en opvoeding van de minderjarige was, had de rechtbank kunnen volstaan omdat de bevoegdheid tot het geven ontbrak omdat aan een van de voorwaarden niet was voldaan. Maar ook om andere redenen achtte de rechtbank de aanwijzing onrechtmatig.

Een schriftelijke aanwijzing waarover de rechtbank Noord-Holland diende te oordelen hield onder meer in dat de moeder medewerking diende te verlenen aan de wijziging van het ouderschapsplan. De rechtbank bekrachtigde de aanwijzing²⁵ waarbij ongetwijfeld een rol speelde dat moeder niet kwam opdagen en niet reageerde. De vraag is of een aanwijzing als meewerken aan wijziging van het ouderschapsplan gericht is op de verzorging of opvoeding van het kind. Ik zou menen van niet omdat een direct verband ontbreekt. Los daarvan kan de vraag gesteld worden of in dit geval wel sprake is van de uitvoering van de taak van de GI.

21 Beoordelingsruimte is vaak te herkennen aan het gebruik van de woorden “naar het oordeel van” in het wettelijk voorschrift.

22 Zie daarvoor PHR 24 januari 2020, ECLI:NL:PHR:2020:70 en HR 27 maart 2020, ECLI:NL:HR:2020:536.

23 Zie M. Bruning, *T&C Personen- en familierecht*, artikel 264, aantekening 1; maar ook bijvoorbeeld Hof 's-Hertogenbosch 3 oktober 2019, ECLI:NL:GHSHE:2019:3623.

24 Rb. Limburg 7 januari 2020, ECLI:NL:RBLIM:2020:358.

25 Rb. Noord-Holland 22 mei 2018, ECLI:NL:RBNHO:2018:4208.

Of al dan niet medewerking wordt verleend aan het plan van aanpak kwam aan de orde in een beschikking van het Gerechtshof Arnhem-Leeuwarden.²⁶ Een schriftelijke aanwijzing strekkende tot beperking van het contact omdat moeder meermalen al dan niet met afmelding de wekelijkse omgangsregeling niet was nagekomen en omdat moeder ongewenst gedrag vertoonde, kon geen goedkeuring vinden in de ogen van het hof. Niet was gebleken dat de verwachtingen dienaangaande door de GI in een plan van aanpak waren opgenomen. De GI was dus niet bevoegd de aanwijzing te geven.

Artikel 1:265f BW kent slechts één voorwaarde voor het bestaan van de bevoegdheid: de noodzaak in verband met de uithuisplaatsing van de minderjarige. De rechtbank Den Haag oordeelde in een concreet geval dat het vastleggen van een contactregeling tussen de met gezag belaste ouder en de minderjarige niet noodzakelijk via een schriftelijke aanwijzing hoefde plaats te vinden. Er heeft geen contact tussen de ouder of advocaat en de GI plaatsgevonden. Als dat er wel was geweest dan had de GI de ouder wellicht kunnen overtuigen van de noodzaak van de beperking van het contact of had de ouder de mogelijkheid kunnen worden geboden te laten zien dat de ouder zich wel aan de contactregeling zou kunnen houden. Nu dat allemaal niet gebeurd was, stond volgens de rechtbank de noodzaak in verband met de uithuisplaatsing niet vast.²⁷

Het zijn de artikelen 1:263 BW en 1:265f BW die de voorwaarden geven voor het bestaan van de bevoegdheid van de GI. Maar ook in andere wettelijke voorschriften kunnen beperkingen van de bevoegdheid tot het geven van schriftelijke aanwijzingen zijn opgesloten.

4. **Beperking van de bevoegdheid, toetsing aan wettelijke voorschriften**

De bevoegdheid van artikel 1:263 BW is erg algemeen en ruim. Theoretisch zou die ook kunnen inhouden dat een contactbeperkende aanwijzing aan de niet-verzorgende, gezaghebbende ouder van een kind dat bij de andere, gezaghebbende ouder hoofdverblijf heeft, mogelijk is. Zo'n aanwijzing kan immers in het algemeen in het belang zijn van de verzorging en opvoeding van het kind en haar basis vinden in het plan van aanpak dan wel anderszins in het belang van het kind zijn. Toch heeft de Hoge Raad in antwoord op prejudiciële vragen daarover anders geoordeeld.²⁸ De Hoge Raad oordeelde dat een contactbeperking alleen kan worden gestoeld op artikel 1:265g BW. Daarin is bepaald dat de rechter voor de duur van de ondertoezichtstelling op verzoek van de GI een verdeling van de zorg- en opvoedingstaken kan vaststellen of wijzigen. Tegen de beslissing van de rechter kan worden opgekomen bij het hof. De Hoge Raad overwoog dat, mede in verband met de ruimere

rechtsbescherming die artikel 1:265g BW de ouder en de minderjarige biedt ten opzichte van de artikelen 1:263 en 1:264 BW, moet worden aangenomen dat artikel 1:265g BW een bijzondere regel vormt ten opzichte van de regel van artikel 1:263 BW betreffende het geven van schriftelijke aanwijzingen door de GI. Dit brengt met zich dat de GI niet langer aan de algemene aanwijzingsbevoegdheid van artikel 1:263 BW de bevoegdheid kan ontnemen tot het geven van contactbeperkende aanwijzingen.²⁹

Uit het antwoord op de prejudiciële vragen van de Hoge Raad kan dus worden afgeleid dat de GI geen bevoegdheid heeft om een schriftelijke aanwijzing te geven als een bijzondere regel voorziet in een vergelijkbaar resultaat, dit tegen de achtergrond van de ruimere rechtsbescherming van de bijzondere regel.³⁰ Er zijn meer wettelijke voorschriften die voorzien in een vergelijkbaar resultaat en die zijn aan te merken als bijzondere regel (ten opzichte van artikel 1:263 BW) en met een ruimere rechtsbescherming. Moet de beschikking van de Hoge Raad zo worden geduid dat ook in die gevallen de bevoegdheid een schriftelijke aanwijzing op grond van artikel 1:263 BW te geven ontbreekt?

Artikel 1:265h BW bepaalt dat de GI toestemming kan vragen aan de kinderrechter voor een medische behandeling van een minderjarige. Betekent dit dat het voor de GI niet mogelijk is om via de algemene aanwijzingsbevoegdheid van artikel 1:263 BW ouders op te dragen toestemming te geven voor de medische behandeling van de minderjarige? Ik zou menen dat dit het geval is.³¹ Immers, artikel 1:265h BW moet worden aangemerkt als een bijzondere regel ten opzichte van artikel 1:263 BW en tegen de beschikking van de kinderrechter van artikel 1:265h BW is appel mogelijk. De bevoegdheid is de GI als het ware door de wetgever uit handen genomen en bij de kinderrechter gelegd.

Artikel 1:265e BW bepaalt dat de kinderrechter kan bepalen dat het gezag deels door de GI wordt uitgeoefend met betrekking tot, bijvoorbeeld, de aanmelding van de minderjarige bij een onderwijsinstelling. Deze bepaling ontnemt naar mijn mening de GI de bevoegdheid om op grond van artikel 1:263 BW een schriftelijke aanwijzing te geven van dezelfde inhoud. Artikel 1:265e BW vindt alleen toepassing als sprake is van een machtiging uithuisplaatsing. In een beschikking van het Gerechtshof 's-Hertogenbosch was sprake van zo'n botsing tussen de algemene bevoegdheid van de GI van artikel 1:263 BW en de bijzondere bevoegdheid van artikel 1:265e BW.³² De minderjarige woonde bij de (gezaghebbende) vader via een machtiging uithuisplaatsing. In de aanwijzing wordt de moeder (bij wie het kind voor de

26 Hof Arnhem-Leeuwarden 15 december 2016, ECLI:NL:GHARL:2016:10212.

27 Rb. Den Haag 23 september 2020, ECLI:NL:RBDHA:2020:10247.

28 HR 14 december 2018, ECLI:NL:HR:2018:2321.

29 Zie hiervoor onder meer J.I. Heuvelhorst & D. van der Leij, 'De impact van een uitspraak van de Hoge Raad op de praktijk van de GI', *FJR* 2020/30, afl. 5, p. 128-134.

30 Tegen een beschikking op een verzoek om vervallenverklaring van een schriftelijke aanwijzing is geen appel mogelijk.

31 Zo ook M.R. Bruning, *GS Personen- en familierecht*, art. 1:263 BW, aantekening 8.

32 Hof 's-Hertogenbosch 18 juni 2020, ECLI:NL:GHSHE:2020:1891.

uithuisplaatsing hoofdverblijf had) opgedragen haar kind in te schrijven op een bepaalde school. Ze verweert zich door te stellen dat de aanwijzing in strijd met de wet is omdat de aanwijzing te diep ingrijpt in het gezag. De GI had namelijk de weg van artikel 1:265e BW kunnen bewandelen. Het hof oordeelt (met doorbreking van het appelverbod) dat artikel 1:263 BW niet in de weg staat aan het geven van de schriftelijke aanwijzing. Het kind is bij de vader. In het zorgplan (aan te merken als plan van aanpak) heeft de GI bepaald dat het kind voorlopig bij de vader blijft wonen en in dat licht bezien is een wijziging van de school noodzakelijk. Het hof verwijst naar de parlementaire geschiedenis. Daarin is te lezen dat de bevoegdheid van de GI van artikel 1:265e BW aanvullend is op de mogelijkheden van de GI om een schriftelijke aanwijzing te geven.³³

Naar mijn mening is het de vraag wat de wetgever bedoelt met de opmerking dat artikel 1:265e BW aanvullend werkt. Als een schriftelijke aanwijzing ex artikel 1:263 BW inhoudende dat de minderjarige op een bepaalde school wordt ingeschreven mogelijk is, bestaat in de praktijk geen behoefte aan artikel 1:265e BW. Waarom zou een GI zich de moeite getroosten de rechter iets te vragen wat zij zelf via een schriftelijke aanwijzing kan bepalen? De bevoegdheid om de rechter te verzoeken om toestemming de minderjarige in te schrijven op een bepaalde school is juist aanvullend omdat de GI dat op grond van artikel 1:263 BW niet kan bereiken.³⁴ Juist vanwege de inbreuk op het wettelijk gezag is, mede met het oog op artikel 8 EVRM, bepaald dat de toestemming, die hier aan de orde is, alleen door de rechter kan worden gegeven en niet kan worden afgedwongen via de schriftelijke aanwijzing. Artikel 1:265e BW begrenst naar mijn mening de mogelijkheden, die artikel 1:263 BW aan de GI biedt.³⁵

Er zijn meer gevallen waarin de algemene aanwijzingsbevoegdheid van de GI van artikel 1:263 BW wordt begrensd door andere wettelijke bepalingen. De rechtbank Noord-Holland³⁶ oordeelde dat de GI niet bevoegd was een schriftelijke aanwijzing te geven die tot gevolg had dat de kinderen elk weekend in een meeleefgezin zouden verblijven. Een dergelijk aanwijzing komt, aldus de rechtbank, in feite neer op een uithuisplaatsing en daarvoor geldt de bijzondere regeling van artikel 1:265b BW (machtiging uithuisplaatsing).

De rechtbank Rotterdam³⁷ oordeelde dat de schriftelijke aanwijzing dat de gezaghebbende ouder toestemming geeft aan de andere ouder om een paspoort aan te vragen en dat de gezaghebbende ouder moet meewerken aan het verkrijgen van gezag van de andere ouder geen betrekking heeft op de verzorging en opvoeding van de minderjarige

maar kwesties betreffen die middels daarvoor geëigende procedures aan de rechtbank kunnen worden voorgelegd en verklaarde de aanwijzing vervallen. In dit geval is, wat betreft het paspoort, de bijzondere regeling vastgelegd in artikel 36, tweede lid, Paspoortwet.

Conclusie uit deze en de vorige paragraaf is dat de GI geen bevoegdheid heeft om een schriftelijke aanwijzing te geven als niet voldaan wordt aan de voorwaarden die de wetgever aan het bestaan van de bevoegdheid heeft gegeven. Evenmin bestaat een bevoegdheid voor de GI als de GI op grond van een bijzondere wettelijke regel een specifieke beslissing aan de kinderrechtster kan vragen en tegen de beschikking van de rechter appel mogelijk is. In beide gevallen dient de rechter vol, ex nunc en ambtshalve te toetsen of daarvan sprake is. Als geen bevoegdheid bestaat, is een verdergaande toetsing niet nodig en dient de schriftelijke aanwijzing wegens het ontbreken van bevoegdheid vervallen te worden verklaard.

5. De aanwending van de bevoegdheid

Als duidelijk is dat de GI wel bevoegd is tot het geven van een schriftelijke aanwijzing, is het vervolgens de vraag of zij die bevoegdheid op een juiste manier heeft aangewend. Anders dan bij de vraag naar het bestaan van de bevoegdheid, is het bij het beoordelen van de aanwending van de bevoegdheid van belang dat de wetgever de GI *beleidsruimte* heeft geboden. De wetgever verplicht de GI niet om een schriftelijke aanwijzing te geven als zij bevoegd is: de wet bepaalt dat de GI gebruik *kan* maken van de bevoegdheid. De wet geeft de GI dus een zekere ruimte om het besluit te nemen. Omdat de wetgever de GI die ruimte geeft, ligt een marginale toetsing door de rechter voor de hand.

De (marginale) toetsing door de rechter vindt vaak plaats aan de hand van de algemene beginselen van behoorlijk bestuur. In de praktijk gaat het vooral over het motiveringsbeginsel, het zorgvuldigheidsbeginsel, het rechtszekerheidsbeginsel, het evenredigheidsbeginsel en het verbod van détournement de pouvoir.

De artikelen 3:46 Awb en volgende bevatten bepalingen over het motiveringsbeginsel. De motivering moet deugdelijk zijn, kenbaar en de wettelijke en feitelijke grondslag vermelden. Als een GI een voornemen tot het geven van een aanwijzing bekendmaakt en de ouder reageert daarop met bezwaren dan brengt het motiveringsbeginsel mee dat uit de schriftelijke aanwijzing blijkt op welke wijze de bezwaren zijn meegewogen bij de uiteindelijke besluitvorming.³⁸ Daarbij geldt overigens de kanttekening dat in de bestuursrechtspraak motiveringsgebreken kunnen worden hersteld, binnen de goede procesorde zelfs nog ter zitting. Daartoe zal des te meer aanleiding zijn nu de kinderrechtster, in tegenstelling tot de bestuursrechter, ex nunc oordeelt over het geschil. In een zaak die door de Hoge Raad

33 *Kamerstukken II 2008/09, 32015, nr. 3, p. 10.*

34 *Zie in dit verband ook Kamerstukken II 2008/09, 32015, nr. 3, p. 30.*

35 *Dat geldt ook voor beide andere inbreuken op het gezag – de toestemming voor medische behandeling en het aanvragen van een verblijfsvergunning – die in artikel 1:265e BW zijn genoemd.*

36 *Rb. Noord-Holland 17 oktober 2019, ECLI:NL:RBNHO:2019:8665.*

37 *Rb. Rotterdam 5 juni 2015, ECLI:NL:RBR0T:2015:4112.*

38 *Rb. Limburg 24 februari 2016, ECLI:NL:RBLIM:2016:2060.*

met toepassing van artikel 81 RO is gevolgd,³⁹ heeft de procureur-generaal in zijn conclusie⁴⁰ op dit punt het volgende overwogen:

“De toetsing van de motivering van schriftelijke aanwijzingen is in zoverre minder indringend, dat motiveringsgebreken in ‘besluiten’ als bedoeld in de Awb volgens vaste rechtspraak van de bestuursrechter kunnen worden hersteld, zo nodig ook nog ter zitting. In jeugdzaken is die herstelbaarheid van bijzonder belang, aangezien de kinderrechter in de regel ‘ex nunc’ oordeelt over het geschil.”

De toetsing aan het motiveringsbeginsel zal mogelijk in de praktijk voor de betrokken ouder niet veel opleveren: de motivering kan, binnen de grenzen van de goede procesorde, nog ter zitting worden aangevuld of aangepast en, na eventuele vernietiging van het besluit, kan de GI eenzelfde aanwijzing geven mits die adequaat kan worden gemotiveerd.

Het zorgvuldigheidsbeginsel is op verschillende plaatsen in de Algemene wet bestuursrecht geregeld. In de jurisprudentie is wat betreft de voorbereiding van de aanwijzing als eis gesteld dat de ouder in de gelegenheid moet zijn gesteld zijn zienswijze op het voornemen van een schriftelijke aanwijzing te geven. Op grond van artikel 4:8 Awb stelt het bestuursorgaan de belanghebbende die tegen het besluit naar verwachting bedenkingen zal hebben, in de gelegenheid zijn zienswijze naar voren te brengen (naar keuze van belanghebbende schriftelijk of mondeling). Maar die verplichting geldt alleen als het besluit steunt op gegevens over feiten en belangen die de belanghebbende betreffen én die gegevens niet door belanghebbende zelf zijn verstrekt. Gecombineerd met artikel 1:263 BW betekent dit dat de zienswijze moet worden gevraagd over de feiten en belangen die relevant zijn voor het niet meewerken aan de uitvoering van het plan van aanpak of het wegnemen van concrete bedreigingen in de ontwikkeling van de minderjarige. Als uit de aanwijzing niet blijkt dat ouders in de gelegenheid zijn gesteld een zienswijze in te dienen, wil dat dus niet op voorhand zeggen dat alleen om die reden de aanwijzing vervallen moet worden verklaard.⁴¹

In de praktijk brengt de GI veelal een voornemen (of vooraankondiging) uit en wordt de gezaghebbende ouder gevraagd daarop te reageren. Maar zo'n vooraankondiging is blijkens jurisprudentie niet altijd nodig. Als sprake is van een aanwijzing met betrekking tot beperking van het contact met de minderjarige bij een spoeduitplaatsing oordeelt de kinderrechter dat vooraf overleg met de moeder niet is vereist. Deze aanpak van de GI is inherent aan en volgt direct uit de uitvoering van een spoedmachtiging tot

uithuisplaatsing. Deze handelwijze is naar mijn mening daarom niet in strijd met het zorgvuldigheidsbeginsel.⁴² Een vooraankondiging is evenmin nodig geoordeeld als de moeder voor de aanwijzing al had laten weten het niet eens te zijn met de bestaande regeling en de advocaat van haar had gevraagd om een schriftelijke aanwijzing.⁴³

Een schriftelijke aanwijzing moet helder en ondubbelzinnig vermelden wat de verplichtingen zijn die uit de aanwijzing voortvloeien. Deze eis vloeit voort uit het rechtszekerheidsbeginsel, in dit verband ook wel duidelijkheidsbeginsel genoemd. Volgens de rechtbank Overijssel was de volgende aanwijzing in strijd met dit beginsel: “LJ&R krijgt zicht op uw pedagogische kennis en vaardigheden in het kader van ‘goed genoeg ouderschap’ (bijlage 1) waarbij u meewerkt aan een traject zoals LJ&R dat noodzakelijk acht (bijvoorbeeld opvoedondersteuning) en u de tips/adviezen opvolgt die u krijgt” en “U bent bereikbaar voor LJ&R en u kunt op een constructieve wijze communiceren en samenwerken met de jeugdbeschermers. Het LJ&R zal u eens per 4 weken uitnodigen voor een gesprek op kantoor, waarbij u de mogelijkheid krijgt om uw advocaat mee te nemen”.⁴⁴

Het evenredigheidsbeginsel is vastgelegd in artikel 3:4, tweede lid, Awb, en houdt in dat de voor één of meer belanghebbenden nadelige gevolgen van een besluit niet onevenredig mogen zijn in verhouding met de tot dat besluit te dienen doelen. Dat betekent dat de GI altijd het minst ingrijpende middel zal moeten gebruiken: als blijkt dat de moeder al gestart is met een behandeling voordat de aanwijzing die daarop gericht was, is uitgegaan, verklaart de kinderrechter de aanwijzing vervallen.⁴⁵

De kinderrechter van de rechtbank Rotterdam achtte een aanwijzing, inhoudende een gezinsopname onevenredig in verhouding tot de met het besluit te dienen doelen: de gezinsopname zou drie tot zes maanden duren, had tot gevolg dat de kinderen van school moesten wisselen en dat de man de baan zou kwijtraken terwijl een lichter middel (persoonlijkheidsonderzoek) wellicht ook al voldoende soelaas zou bieden.⁴⁶

Een schriftelijke aanwijzing kan ingrijpen in de persoonlijke levenssfeer van de gezaghebbende ouder. Deelnemen aan een persoonlijkheidsonderzoek, het meewerken aan urinetesten, een verplichting tot het aangaan van een overeenkomst met een hulpverlener en dergelijke grijpen in in de persoonlijke levenssfeer van mensen. In de jurisprudentie wordt bij dit soort kwesties de vraag of een lichter middel kan worden gehanteerd aan de orde gesteld. Daarbij zal duidelijk moeten zijn welke belangen de GI bewogen hebben tot het geven van deze aanwijzing en waarom een lichter

39 HR 27 maart 2020, ECLI:NL:HR:2020:536.

40 HR 24 januari 2020, ECLI:NL:PHR:2020:70.

41 In de praktijk wordt hierover ook anders geoordeeld; zie bijvoorbeeld Rb. Den Haag 9 juni 2020, ECLI:NL:RBDHA:2020:5245.

42 Zie ook bijvoorbeeld Rb. Rotterdam 3 april 2020, ECLI:NL:RBROT:2020:3780.

43 Hof Arnhem-Leeuwarden 15 mei 2018, ECLI:NL:GHARL:2018:4435.

44 Rb. Overijssel 12 augustus 2019, ECLI:NL:RBOVE:2019:2837.

45 Rb. Den Haag 30 april 2015, ECLI:NL:RBDHA:2015:5660.

46 Rb. Rotterdam 22 augustus 2017, ECLI:NL:RBROT:2017:6591.

middel ongeschikt is.⁴⁷ Hier speelt dus naast het evenredigheidsbeginsel ook het motiveringsbeginsel een rol.

Artikel 3:3 Awb luidt als volgt:

“het bestuursorgaan gebruikt de bevoegdheid tot het nemen van een besluit niet voor een ander doel dan waarvoor die bevoegdheid is verleend.”

In dit artikel is het verbod van détournement de pouvoir vastgelegd. De doelstelling van de bevoegdheid tot het geven van een schriftelijke aanwijzing is uiteindelijk gelegen in de grondslag voor de ondertoezichtstelling: het tegengaan van de ontwikkelingsbedreiging van de minderjarige. De aanwending van de bevoegdheid door de GI zal dan ook met het oog daarop moeten plaatsvinden.

In een zaak die diende bij de rechtbank Zeeland-West-Brabant ging het om een schriftelijke aanwijzing, die inhield dat moeder met de kinderen terug diende te verhuizen naar haar voormalige woonplaats.⁴⁸ De rechter oordeelde dat in het belang van de verzorging en opvoeding van de minderjarige de GI in ieder geval bevoegd was om de aanwijzing te geven. Hier zou de vraag aan de orde kunnen zijn of de GI in dit geval de bevoegdheid niet gebruikt voor een ander doel dan waarvoor deze gegeven is. De rechtbank had al eerder geweigerd vervangende toestemming tot verhuizing te geven. Die beschikking was bekrachtigd door het hof. De vrouw verhuisde desalniettemin. De rechtbank verleende in tweede instantie evenmin vervangende toestemming. De schriftelijke aanwijzing, inhoudend een gebod terug te verhuizen was ingegeven door de wens de zorgregeling met de vader te continueren. Echter bleek dat de zorgregeling vanaf het moment van verhuizing tot het moment van de zitting goed was verlopen; de schriftelijke aanwijzing was al de dag na de verhuizing gegeven. Er liepen verschillende procedures tussen ouders over de verhuizing. Onder deze omstandigheden zou naar mijn mening de conclusie kunnen worden getrokken dat de GI de bevoegdheid gebruikt voor een ander doel dan waarvoor die gegeven is. De rechtbank heeft de aanwijzing niet aan artikel 3:3 Awb getoetst, wat zijn oorzaak wellicht heeft in de omstandigheid dat geen gronden daartoe waren aangevoerd.

Anders dan bij de toetsing van het bestaan van de bevoegdheid, is de rechterlijke toetsing omtrent de aanwending van de bevoegdheid namelijk niet ambtshalve. De rechter toetst aan de hand van de in het verzoek om vervallenverklaring aangeduide gronden. Die toetsing is vervolgens ex nunc, maar marginaal aangezien de GI beleidsruimte heeft bij het geven van een schriftelijke aanwijzing.

6. Het dictum

De kinderrechter beoordeelt of de schriftelijke aanwijzing volgens de regels tot stand is gekomen, ten dienste staat van de af te wenden concrete bedreigingen in de ontwikkeling van de minderjarige, niet in strijd is met wet- en regelgeving en niet disproportioneel ingrijpt in het familie- en gezinsleven. De kinderrechter beoordeelt ex nunc⁴⁹ (naar de omstandigheden ten tijde van zijn beslissing) en kan dus rekening houden met gewijzigde omstandigheden.⁵⁰ De kinderrechter kan de aanwijzing slechts geheel of gedeeltelijk vervallen verklaren en geen andere schriftelijke aanwijzing hiervoor in de plaats stellen, aldus de memorie van toelichting bij artikel 1:263 BW.⁵¹

Het kan gebeuren dat een schriftelijke aanwijzing gedurende de procedure bij de kinderrechter door de GI gewijzigd wordt. In een zaak die bij het Gerechtshof Arnhem-Leeuwarden speelde, deed zich dat voor: het betrof een aanwijzing ex artikel 1:265f BW waartegen de ouder appel had ingesteld bij het hof. Gedurende de behandeling in appel werd de aanwijzing omtrent het contact gewijzigd en de ouder verzocht het hof daarover eveneens te oordelen. Artikel 6:19, eerste lid, Awb bepaalt dat het bezwaar of beroep van rechtswege mede betrekking heeft op een besluit tot intrekking, wijziging of vervanging van het bestreden besluit, tenzij partijen daarbij onvoldoende belang hebben. Hoofdstuk 6 van de Algemene wet bestuursrecht is echter, zoals eerder al vermeld, niet van toepassing in de procedure vervallenverklaring schriftelijke aanwijzing. In het civiele procesrecht is niet een vergelijkbare bepaling opgenomen. Het hof heeft desalniettemin artikel 6:19 Awb analoog toegepast. De aanwijzing borduurt, aldus het hof, immers voort op de schriftelijke aanwijzing en ziet op de vervolgtijdstippen en de wijze van omgang tussen de ouder en de kinderen. Vanwege deze grote mate van samenhang ziet het hof, alleen al om proceseconomische redenen, voldoende aanknopingspunten om ook deze tweede schriftelijke aanwijzing in de beoordeling te kunnen meenemen.⁵²

7. Slot

In het voorgaande is een model beschreven voor de toetsing van verzoeken om vervallenverklaring van schriftelijke aanwijzingen door de kinderrechter. Na de beoordeling van de ontvankelijkheid van het verzoek, beoordeelt de kinderrechter daarbij eerst of de GI de bevoegdheid heeft om een schriftelijke aanwijzing te geven. Daarbij is het van belang dat voldaan wordt aan de voorwaarden: de schriftelijke aanwijzing moet worden gegeven binnen de uitvoering van de taken van de GI, in het kader van de verzorging of opvoeding van de minderjarige, omdat ouders niet of onvoldoende meewerken aan de uitvoering van het plan van aanpak dan

47 Rb. Overijssel 7 december 2017, ECLI:NL:RBOVE:2017:4651.

48 Rb. Zeeland-West-Brabant 13 november 2018, ECLI:NL:RBZWB:2018:6426; zie ook T.C.P. Christoph, ‘Verhuizingen met kinderen zonder toestemming?’, *EB* 2020/31, afl. 4, p. 55-59.

49 Zie ook M. Bruning, *T&C Personen- en familierecht*, artikel 264, aantekening 1.

50 Hof ’s-Hertogenbosch 3 oktober 2019, ECLI:NL:GHSHE:2019:3623.

51 *Kamerstukken II* 2008/09, 32015, nr. 3, p. 28; anders: Rb. Noord-Nederland 13 november 2018, ECLI:NL:RBNNE:2018:4641.

52 Hof Arnhem-Leeuwarden 14 april 2020, ECLI:NL:GHARL:2020:3164.

wel omdat de aanwijzing noodzakelijk is om concrete bedreigingen in de ontwikkeling van de minderjarige weg te nemen (artikel 1:263 BW). Voor de schriftelijke aanwijzing van artikel 1:265f BW geldt dat de aanwijzing noodzakelijk moet zijn met het oog op de uithuisplaatsing. Daarmee is de toetsing van het bestaan van de bevoegdheid niet volledig. De GI is evenmin bevoegd als de GI op grond van een bijzondere wettelijke regel een specifieke beslissing aan de kinderrechter kan vragen en tegen de beschikking van de rechter appel mogelijk is. De toetsing van het bestaan van de bevoegdheid is vol, ex nunc en ambtshalve.

Als uit de toetsing blijkt dat de GI de bevoegdheid heeft om een schriftelijke aanwijzing te geven, beoordeelt de kinderrechter vervolgens de aanwending van de bevoegdheid door de GI. Daarbij toetst de kinderrechter met name aan de algemene beginselen van behoorlijk bestuur. Deze toetsing is marginaal, ex nunc en alleen aan de hand van de aangevoerde gronden. Komt de kinderrechter tot de conclusie dat ofwel de bevoegdheid in dit geval niet aanwezig was, dan wel de GI in redelijkheid niet heeft kunnen komen tot de schriftelijke aanwijzing, dan verklaart de kinderrechter het verzoek om vervallenverklaring gegrond en vernietigt de rechter de schriftelijke aanwijzing. Alleen ingeval van een aanwijzing op grond van artikel 1:265f BW kan de rechter daarvoor in de plaats een andere regeling bepalen.