Bestuursrechtelijke en civielrechtelijke rechtsbescherming in ons jeugdstelsel, een verkenning

Willie Elferink[*]

Samenvatting

In het Nederlandse jeugdstelsel wordt hulp geboden aan kinderen als dat nodig is. Het bestuur neemt beslissingen over welke hulp wordt ingezet. We kennen twee kaders. In het vrijwillig kader wordt de hulp ingezet door het college van burgemeester en wethouders. Die hulp is vrijblijvend; ouders en jeugdigen hoeven daarvan geen gebruik te maken. In het gedwongen kader heeft de kinderrechter een ondertoezichtstelling uitgesproken vanwege de bedreiging in de ontwikkeling van het kind. Daarbij heeft de kinderrechter een gecertificeerde instelling aangewezen die de ondertoezichtstelling uitvoert en de nodige hulp inzet. Deze hulp is niet meer vrijwillig: ouders en de minderjarige moeten de hulp accepteren.

De rechtsbescherming in beide gevallen verschilt. In het vrijwillig kader is de bestuursrechter de behandelend rechter, in het gedwongen kader de kinderrechter. In deze bijdrage staat een vergelijking van beide systemen centraal. Wat betekent het voor de ouder of het kind als de bestuursrechter naar zijn geschil met het bestuur kijkt en wat als de kinderrechter dat doet? Waar zitten de verschillen tussen beide rechters en waarom? Wat hebben die voor gevolgen voor het oordeel van de bestuursrechter en de kinderrechter? En hoe lang duurt het tot duidelijk is wat het finale oordeel over het geschil is?

Het Kinderrechtenverdrag geeft regels ter bescherming van de belangen van het kind. Doel van het verdrag is het bevorderen van een harmonische ontplooiing van het kind. In hoeverre zijn er binnen de beoordeling van de bestuursrechter en de kinderrechter waarborgen dat deze basisaanspraken voor het kind ook daadwerkelijk worden gerespecteerd?

* Mr. W.M.B. Elferink is senior rechter in de rechtbank Overijssel voor familie- en jeugdzaken, alsmede bestuursrechtelijke Jeugdwetzaken.

Conclusie van de bijdrage is dat de verschillen in rechtsbescherming in het vrijwillig en in het gedwongen kader groot zijn. Die zien op de mogelijkheid geschillen daadwerkelijk voor te leggen aan de rechter. Ook het toetsings- en beoordelingskader verschilt sterk. Binnen het vrijwillig kader is weinig aandacht voor de aanspraken die het kind aan het Kinderrechtenverdrag kan ontlenen. Toch zijn er mogelijkheden de beide kaders wat meer op een lijn te brengen en te voldoen aan de verdragsrechtelijke verplichtingen.

1 Inleiding

Het VN-Verdrag inzake de rechten van het kind (hierna: Kinderrechtenverdrag) biedt kinderen rechten ter bescherming van hun bestaan: het kind dient voor de volledige en harmonische ontplooiing van zijn of haar persoonlijkheid, op te groeien in een gezinsomgeving, in een sfeer van geluk, liefde en begrip.[1] Ingevolge artikel 3, tweede lid, van dit verdrag verbinden de staten zich ertoe het kind te verzekeren van de bescherming en de zorg die nodig is voor zijn of haar welzijn, rekening houdend met de rechten en plichten van zijn of haar ouders, wettige voogden of anderen die wettelijk verantwoordelijk voor het kind zijn, en nemen zij hiertoe alle passende wettelijke en bestuurlijke maatregelen.

In het Nederlandse jeugdstelsel zijn die passende maatregelen uitgewerkt in de Jeugdwet en in het Burgerlijk Wetboek (hierna: BW). Artikel 2.3 Jeugdwet verplicht het college van burgemeester en wethouders (hierna: het college) voorzieningen op het gebied van jeugdhulp te treffen als een jeugdige, kort gezegd, als gevolg van problemen die binnen het sociaal netwerk van de jeugdige niet kunnen worden opgelost, hulp nodig heeft. Dat is het vrijwillig kader. Ouders en de jeugdige hoeven de hulp niet te accepteren.

Dat is anders als de minderjarige[2] in zijn ontwikkeling wordt bedreigd en ouders de hulp niet (willen of kunnen) aanvaarden: dan wordt de minderjarige door de kinderrechter onder toezicht gesteld en wordt een gecertificeerde instelling (hierna: GI) aangewezen. Die beoordeelt welke hulp nodig is en zoekt een aanbieder die de benodigde hulp daadwerkelijk inzet. Dit is het gedwongen kader, uitgewerkt in de artikelen 1:255 BW en volgende.

Zowel het college als de GI kan dus voorzieningen aanbieden aan de ouders of het kind, de een in het vrijwillig kader, de ander in het gedwongen kader. Doel is in beide gevallen het kind de bestaanszekerheid te bieden waarop het naar internatio-

1. Preambule bij het Kinderrechtenverdrag, New York, 20 november 1989.
2. Het woord 'minderjarige' gebruik ik als sprake is van het gedwongen kader, het woord 'jeugdige' in het vrijwillig kader. Het woord 'kind' omvat beide kaders en ook kinderen die buiten de kaders vallen.

naal recht (Kinderrechtenverdrag) aanspraak kan maken.[3] De rechtsbescherming tegen beslissingen in het vrijwillig kader en het gedwongen kader is ondergebracht bij rechters, werkzaam op verschillende rechtsgebieden. Geschillen over voorzieningen in het vrijwillig kader worden beslecht door bestuursrechters die daarbij bestuursrecht (de Algemene wet bestuursrecht, hierna: Awb) toepassen. Geschillen over voorzieningen in het gedwongen kader worden beslecht door kinderrechters die het burgerlijk recht (BW) en het Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering (hierna: Rv) toepassen.

Dat roept de vraag op wat dat verschil betekent voor het kind en de ouders die voor de bescherming van hun rechten een beroep doen op een van beide rechters. Hebben de bestuursrechter en de kinderrechter eenzelfde rol, een vergelijkbaar toetsings- of beoordelingskader, bieden ze eenzelfde mate van rechtsbescherming? En worden de aanspraken die het kind kan ontlenen aan het Kinderrechtenverdrag op gelijkwaardige wijze gewaarborgd door de kinderrechter en de bestuursrechter? Is verandering nodig? Deze vragen probeer ik in deze bijdrage te beantwoorden. Buiten het kader van de bijdrage vallen situaties waarin jeugdhulp geboden wordt in verband met strafrechtelijke procedures of reclasseringsmaatregelen en situaties waarin in het vrijwillig kader via de huisarts jeugdhulp wordt verkregen. De bijdrage blijft beperkt tot geschillen over voorzieningen die het college en de GI treffen.

2 Het karakter van het vrijwillig en het gedwongen kader

2.1 Vrijwilligheid en dwang

Een belangrijk verschil tussen beide kaders is de mate van vrijblijvendheid. Die is maximaal in het vrijwillig kader. Het is aan ouders of de jeugdige om de hulp van het college in te roepen of gebruik te maken van de aangeboden voorziening. Dat betekent ook dat besluiten van het college in het gros van de gevallen[4] zijn aan te merken als begunstigende besluiten: ze staan de ouders en de jeugdige toe hulp te krijgen waarop ze voordien geen aanspraak konden maken.

Anders is het in het gedwongen kader: ouders en de minderjarige moeten de hulp accepteren. Artikel 7.3.4 Jeugdwet bepaalt dat ouders en (afhankelijk van de leeftijd) de jeugdige toestemming moeten geven voor het daadwerkelijk inzetten

3. Zie *Kamerstukken II* 2012/13, 33684, nr. 3, p. 1 voor de Jeugdwet en *Kamerstukken II* 2008/09, 32015, nr. 3, p. 2 voor (de wijziging van) het Burgerlijk Wetboek in verband met herziening van de maatregelen van kinderbescherming.
4. Belastende beschikkingen zijn ook mogelijk, bijvoorbeeld het intrekken van een persoonsgebonden budget op grond van artikel 8.1.4 Jeugdwet. Deze beschikkingen vallen buiten het kader van deze bijdrage.

van hulp. Volgens het eerste lid van dit artikel geldt echter een uitzondering als de hulp wordt ingezet in het kader van een kinderbeschermingsmaatregel: toestemming is dan niet nodig.

Er is nog een kader dat zich tussen het vrijwillig en het gedwongen kader in bevindt. Dat is het drangkader.[5] Als op enig moment de vrijwillige hulp niet voldoende oplevert maar wel zou kunnen opleveren als ouders zouden meewerken, dan neemt vanuit de professionele hulpverlening de druk op ouders toe om mee te werken. Ouders worden op die manier 'gemotiveerd' om zich in een bepaalde, door de hulpverlening gewenste, richting te bewegen. Dat is drang. Het gaat bij drang meestal om feitelijke handelingen: jeugdconsulenten, hulpverlening of medewerkers van de kinderbescherming[6] dringen er bij ouders op aan hulp te accepteren want anders.... Omdat nog geen sprake is van een ondertoezichtstelling reken ik de drang tot het vrijwillig kader.

3 De rechtsbescherming in het vrijwillig en gedwongen kader

3.1 Het vrijwillig kader

In het vrijwillig kader staat voor ouders en de jeugdige uitsluitend rechtsbescherming open bij de bestuursrechter als sprake is van een besluit in de zin van de Algemene wet bestuursrecht.[7] Voor deze bijdrage betreft het dan vooral besluiten waarin het college op grond van artikel 2.3 Jeugdwet een besluit heeft genomen op verzoek van de ouders of de jeugdige, waartegen zij bezwaar hebben omdat ze een andere voorziening of meer van de toegewezen voorziening willen dan wel omdat het een afwijzing van de verzochte voorziening betreft.

Feitelijke handelingen vallen niet onder de definitie van besluit omdat zij niet gericht zijn op een rechtsgevolg en dus geen rechtshandeling zijn. De beperking tot besluiten heeft tot gevolg dat handelingen in het kader van drang zijn uitgesloten van beroep bij de bestuursrechter.[8] Omdat juist ook drang voor ouders en de jeugdige ingrijpend kan zijn, zou het aanbeveling verdienen om handelingen die in dat kader plaatsvinden als besluit aan te merken waardoor rechtsbescherming bij de bestuursrechter openstaat. Dat zou naar mijn mening kunnen door, voor zover de drang erop gericht is hulp te bieden van overheidswege, de inzet van die hulp als voorziening op het gebied van jeugdhulp aan te merken. Alternatief is kiezen

5. Meer over drang: Verkroost 2022.
6. Onder meer via de zogenaamde jeugdbeschermingstafels: overleggen van hulpverleners, ouders en anderen.
7. Besluiten zijn in artikel 1:3 van deze wet gedefinieerd als 'schriftelijke beslissingen van een bestuursorgaan, inhoudende een publiekrechtelijke rechtshandeling'.
8. Zie hiervoor bijvoorbeeld: Rb. Rotterdam 24 november 2015, ECLI:NL:RBROT:2015:8533.

voor een strategischer invulling van het begrip besluit,[9] juist om te voorkomen dat ouders en de jeugdige effectieve rechtsbescherming wordt onthouden.[10] Daarbij wordt een beslissing die dogmatisch geen besluit is toch als zodanig aangemerkt of daarmee gelijkgesteld waardoor de bestuursrechter bevoegd is de rechtmatigheid van die beslissing te beoordelen.[11]

Beroep tegen besluiten van het college kan, na bezwaar bij het bestuursorgaan zelf, worden ingesteld bij de rechtbank, hoger beroep bij de Centrale Raad van Beroep.[12] De rechter die bij de rechtbank oordeelt over het geschil is de kinderrechter.[13] Dat is niet het geval bij de Centrale Raad van Beroep; kinderrechters zijn uitsluitend te vinden in de rechtbanken en de gerechtshoven. Dat leidt tot de merkwaardige situatie dat in eerste aanleg een kinderrechter oordeelt en in hoger beroep de gewone bestuursrechter.[14]

3.2 Het gedwongen kader

Bij de uitvoering van de ondertoezichtstelling kan de GI bepalen welke hulp moet worden ingezet. De bevoegdheid tot deze jeugdhulpbepaling ontleent zij aan artikel 3.5 Jeugdwet. De GI kan bijvoorbeeld bepalen dat een bepaalde hulpverlener diagnostisch onderzoek uitvoert bij een minderjarige. Als de ouder het daarmee niet eens is, kan deze ouder de kwestie aan de kinderrechter voorleggen op grond van de algemene geschillenregeling van artikel 1:262b BW.[15] Deze regeling is van toepassing voor zover de wet niet voorziet in een bijzondere regeling van rechtsbescherming.[16]

Als de ouder ondanks de jeugdhulpbepaling van de GI geen medewerking verleent aan de inzet van de hulp, kan de GI de medewerking afdwingen door middel van een schriftelijke aanwijzing (artikel 1:263 BW). De GI kan de kinderrechter vragen aan de nakoming daarvan een dwangsom te verbinden of zelfs lijfsdwang toe te passen. De rechtsbescherming voor de ouders verloopt in het geval van

9. De Afdeling bestuursrechtspraak van de Raad van State interpreteert vaker het besluitbegrip strategisch, bijvoorbeeld ABRvS 10 juni 2009, ECLI:NL:RVS:2009:BI7282.
10. Zie in dit verband ook Verkroost 2023.
11. Zie ook de conclusie van advocaat-generaal Widdershoven van 16 januari 2019, ECLI:NL:RVS:2019:86.
12. Zie artikel 7:1, 8:1, 8:6 en 8:105 Awb in combinatie met de Bevoegdheidsregeling bestuursrechtspraak (bijlage 2 bij de Awb).
13. Artikel 8, zevende lid, Bevoegdheidsregeling bestuursrechtspraak.
14. De praktijk bewijst anders, zoals hierna nog blijkt.
15. Zie bijvoorbeeld Rb. Zeeland-West-Brabant 14 december 2023, ECLI:NL:RBZWB:2023:8772.
16. Dat is bijvoorbeeld het geval als de GI de kinderrechter verzoekt vervangende toestemming te verlenen voor inschrijving van een minderjarige op een school (artikel 1:265e BW) of voor een medische behandeling (artikel 1:265h BW).

een schriftelijke aanwijzing via de bijzondere regeling van artikel 1:264 BW: het verzoek van ouders om vervallenverklaring van de schriftelijke aanwijzing.[17]

Tegen beschikkingen van de kinderrechter ex artikel 1:262b BW staat geen hoger beroep open bij het gerechtshof maar uitsluitend cassatie in het belang der wet: artikel 807 onder a Rv.[18] Voor een verzoek ex artikel 1:262b BW geldt verplichte procesvertegenwoordiging. Ook dit kan een struikelblok zijn voor de toegankelijkheid van de rechtsbescherming.[19]

3.3 De toegang tot de rechter

3.3.1 Toegang in het vrijwillig en het gedwongen kader

In het vrijwillig kader en in het gedwongen kader kunnen ouders met gezag en het kind het geschil aan de rechter voorleggen. Opvallend is dat dit in het vrijwillig kader niet geldt voor de pleegouder. Dat komt omdat de wetgever de pleegouder aanmerkt als aanbieder van jeugdhulp.[20] Toch kan het al dan niet toekennen van een voorziening op het gebied van jeugdhulp zeker feitelijke betekenis hebben voor de pleegouder en voor de positie van het kind. Bijvoorbeeld als sprake is van een noodzaak tot behandeling van de jeugdige ten behoeve van betere regulatie van de agressie terwijl de ouder met gezag de noodzaak daarvan niet inziet. De pleegouder kan dan niet de hulp van het college inroepen omdat de pleegouder niet als belanghebbende wordt aangemerkt. Een verruiming van de opvatting van wie belanghebbende is, zou hier gewenst zijn.[21]

In het gedwongen kader geldt voor de schriftelijke aanwijzing dat alleen de ouder met gezag of de minderjarige een verzoek om vervallenverklaring daarvan kan indienen bij de kinderrechter. Dus ook hier staat de pleegouder in eerste instantie buitenspel. Toch kan de schriftelijke aanwijzing gevolgen hebben voor de pleegouder, bijvoorbeeld als het gaat om een schriftelijke aanwijzing die bepaalt wanneer de ouders met de minderjarige, die woont in het pleeggezin, contact hebben.

17. Meer over de schriftelijke aanwijzing: Elferink 2018 en Elferink 2021.
18. Er ligt overigens een advies om het appelverbod uit de wet te halen. Zie het Advies van de Adviescommissie rechtsbescherming en rechtsstatelijkheid in het Toekomstscenario kind- en gezinsbescherming getiteld *Kinderen en ouders met recht goed beschermd* van januari 2024, p. 73 (www.rijksoverheid.nl/documenten/publicaties/2024/01/31/kinderen-en-ouders-met-recht-goed-beschermd-advies-van-de-adviescommissie-rechtsbescherming-en-rechtsstatelijkheid, geraadpleegd op 31 juli 2024).
19. De in de vorige noot genoemde adviescommissie adviseert op dezelfde pagina ook de verplichte procesvertegenwoordiging af te schaffen.
20. Tenzij sprake is van een pleegouder-voogd. Die heeft dezelfde rechtspositie ten opzichte van de minderjarige als de ouder met gezag, en is dus ouder in de zin van de Jeugdwet: artikel 1:245, tweede lid, BW.
21. De Centrale Raad van Beroep merkt in andere geschillen binnen het sociaal domein de aanbieder wel vaker aan als belanghebbende. Zie bijvoorbeeld CRvB 27 juli 2022, ECLI:NL:CRVB:2022:1745.

Om in die gevallen toch te voorzien in rechtsbescherming voor de pleegouder heeft de rechtspraak geoordeeld dat de pleegouder op grond van de algemene geschillenregeling van artikel 1:262b BW de zaak aan de kinderrechter kan voorleggen.[22]

Geschillen over de uitvoering van de ondertoezichtstelling kunnen op grond van artikel 1:262b BW aan de kinderrechter worden voorgelegd door de ouder met gezag, de minderjarige die ouder is dan 12 jaar, de GI, de verzorger en opvoeder van het kind (onder meer de pleegouder) en tenslotte de zorgaanbieder, een ruime groep van personen en instanties dus.

3.3.2 De termijn van indiening van het beroep of verzoek

De termijn waarbinnen in het vrijwillig kader beroep kan worden ingesteld door een belanghebbende is zes weken vanaf de dag na die waarop het besluit is verzonden.[23] De wet kent een mogelijkheid een later ingediend beroep ontvankelijk te achten als redelijkerwijs niet kan worden geoordeeld dat de betrokkene in verzuim is geweest, bijvoorbeeld omdat de betreffende ouder met gezag niet in kennis is gesteld van de inzet van de voorziening. In de bestuursrechtspraak wordt niet snel aangenomen dat sprake is van een verschoonbare termijnoverschrijding, hoewel daarin wel een verandering te bespeuren is.[24]

Er geldt geen termijn voor het indienen van een verzoekschrift als bedoeld in artikel 1:262b BW. Het verzoek tot vervallenverklaring van een schriftelijke aanwijzing moet worden ingediend binnen twee weken na de dag waarop de aanwijzing is verzonden of uitgereikt, tenzij redelijkerwijs niet geoordeeld kan worden dat de indiener in verzuim is geweest. In de jurisprudentie wordt regelmatig geoordeeld dat dit laatste het geval is. De jurisprudentie op dit punt is veel soepeler dan de bestuursrechtelijke jurisprudentie. Wellicht dat dit ook te maken heeft met de wel zeer korte termijn die de wetgever gesteld heeft voor het verzoek om vervallenverklaring.

3.4 De beoordeling

3.4.1 De verschillende rollen van bestuursrechter en kinderrechter

De bestuursrechter is een toetsende rechter: aan hem of haar[25] wordt een besluit voorgelegd. Bij de beoordeling van dat besluit zal de rechter, ook gelet op het beginsel van de scheiding der machten, enige ruimte (moeten) laten aan de uitvoe-

22. Rb. Amsterdam 25 oktober 2016, ECLI:NL:RBAMS:2016:6962.
23. Artikel 6:7 en 6:8 Awb.
24. Zie de conclusie van advocaat-generaal Widdershoven van 7 september 2023, ECLI:NL:CBB:2023:476 en de uitspraken van het College van Beroep voor het bedrijfsleven van 30 januari 2024, ECLI:NL:CBB:2024:32, ECLI:NL:CBB:2024:33 en ECLI:NL:CBB:2024:34.
25. Hierna gebruik ik 'haar' als verwijswoord naar de (kinder)rechter.

rende macht. De wetgever heeft het college bij de uitvoering van de Jeugdwet, zoals we nog zullen zien, ruimte geboden. De rechter zal deze ruimte respecteren en het besluit terughoudend toetsen. De beoordeling van de bestuursrechter betreft dan ook vooral een beoordeling van de rechtmatigheid van het besluit; de bestuursrechter toetst of het college, gegeven het wettelijk voorschrift en de beginselen van behoorlijk bestuur, een rechtmatig besluit heeft genomen.

Anders is het bij de kinderrechter: die neemt zelf een beslissing op grond van de verzoeken die worden gedaan of het geschil dat wordt voorgelegd. Daarbij zal de kinderrechter uiteraard de wet in acht nemen maar ook bepalen wat haar het meest in het belang van het kind voorkomt. De kinderrechter is in aanleg een beschikkende rechter, de bestuursrechter een toetsende.

3.4.2 De beoordeling door de bestuursrechter

Uit de toetsende rol van de bestuursrechter vloeit voort dat de beoordeling van de bestuursrechter vrijwel altijd ex tunc is: naar de feiten op het moment dat het college het besluit nam. Nieuwe feiten die zich nadien hebben aangediend, spelen in beginsel geen rol in de beoordeling. Met het oog op de snelheid waarmee kinderen zich ontwikkelen en de lange duur van de procedure (waarover hierna meer) kan dat voor het kind erg nadelig zijn.[26]

Bij de rechtmatigheidstoetsing zal de bestuursrechter (onder meer) beoordelen of het college de relevante feiten en af te wegen belangen op een juiste, zorgvuldige wijze heeft vastgesteld (artikel 3:2 Awb). Als twijfel bestaat over de vraag of dat het geval is, bijvoorbeeld bij twijfel over de diagnose, kan de bestuursrechter een deskundige inschakelen (artikel 8:47 Awb).[27] De bestuursrechter is actief als het gaat om vaststelling van de feiten. De procedure kent een uitgebreide vooronderzoeksfase. Uit de gepubliceerde uitspraken blijkt dat vrijwel nooit een deskundige wordt ingeschakeld. Zeer incidenteel wordt de Raad voor de Kinderbescherming betrokken bij een procedure.[28] In mijn ervaring leidt inzet van de Raad voor de Kinderbescherming als adviseur tijdens de mondelinge behandeling veel meer tot het centraal stellen van het kind in de procedure. Gelet op het Kinderrechtenverdrag is dat ook de bedoeling.

Bij de beoordeling van de rechtmatigheid van het besluit toetst de bestuursrechter ook aan het evenredigheidsbeginsel, gecodificeerd in artikel 3:4, tweede lid,

26. Zie bijvoorbeeld CRvB 21 april 2021, ECLI:NL:CRVB:2021:891, een procedure die startte met een aanvraag op 2 maart 2015, toen de jeugdige 15 was en eindigde toen ze 21 jaar was.
27. Zie bijvoorbeeld CRvB 1 juli 2015, ECLI:NL:CRVB:2015:2238.
28. Rb. Gelderland 6 maart 2020, ECLI:NL:RBGEL:2020:1454; bij de rechtbank Overijssel wat structureler, zie bijvoorbeeld Rb. Overijssel 29 november 2021, ECLI:NL:RBOVE:2021:4461 en 27 juli 2021, ECLI:NL:RBOVE:2021:3021.

Awb. Dit beginsel kent een nieuwe uitwerking sinds de zogenoemde *Harderwijk*-uitspraak van de Afdeling bestuursrechtspraak van de Raad van State. De toetsing aan het evenredigheidsbeginsel is in deze uitspraak kort gezegd uitgewerkt in drie stappen.[29] Allereerst gaat de rechter na of de beslissing geschikt is om het doel van de uitgeoefende bevoegdheid te bereiken. In deze stap beoordeelt de rechter of de beslissing bijdraagt aan het bereiken van het doel waarvoor de bevoegdheid gegeven is (effectiviteit) en of dat doel op een samenhangende en stelselmatige manier wordt nagestreefd (coherentie). Vervolgens beoordeelt de rechter of de beslissing noodzakelijk is om dat doel te bereiken, met andere woorden of er een ander, lichter, middel is om dat doel te bereiken (subsidiariteit). Ten slotte beoordeelt de rechter of de beslissing evenwichtig is, met andere woorden of de op zichzelf noodzakelijke en geschikte beslissing, gelet op alle omstandigheden van het geval, niet onredelijk bezwarend is voor de belanghebbende (proportionaliteit in strikte zin).[30] Naarmate de belangen zwaarder wegen, de nadelige gevolgen ernstiger zijn of het besluit een grotere inbreuk maakt op fundamentele rechten, zal de toetsing intensiever zijn. Na de *Harderwijk*-uitspraak is voor verschillende situaties (besluit berust op discretionaire of gebonden bevoegdheid, al dan niet gebaseerd op een wet in formele zin of op beleidsregels) door bestuursrechters de toetsing aan het evenredigheidsbeginsel uitgewerkt.[31] In de gepubliceerde jurisprudentie over vrijwillige Jeugdwetzaken is, op een uitzondering na,[32] niet aan het evenredigheidsbeginsel getoetst.

Het college moet een voorziening op het gebied van jeugdhulp treffen als aan een aantal voorwaarden is voldaan. Grofweg gezegd gaat het dan over de vraag of de jeugdhulp nodig is vanwege problemen van de jeugdige of zijn ouders en of het sociaal netwerk die problemen zelf niet kan oplossen (de eigen kracht). Daarbij heeft het college blijkens de jurisprudentie[33] ruimte om te bepalen wanneer jeugdhulp nodig is en, blijkens de wetsgeschiedenis,[34] ook ruimte om te bepalen wanneer het sociaal netwerk de problemen zelf kan oplossen. De bestuursrechter zal deze ruimte in beginsel respecteren en alleen aanleiding zien om anders dan het college te oordelen bij geconstateerde onrechtmatigheid. Ook bij de beoordeling van de keuze van de voorziening heeft het college blijkens de jurisprudentie ruimte. Een financiële afweging (de goedkoopste, adequate voorziening) is voor

29. ABRvS 2 februari 2022, ECLI:NL:RVS:2022:285.
30. Zie, in meer detail over de *Harderwijk*-uitspraak en deze stappen, bijvoorbeeld de annotaties van Van Zanten (*AB* 2022/120) en Schlössels (*JB* 2022/44).
31. Zie recent nog CBb 26 maart 2024, ECLI:NL:CBB:2024:190 en CBb 26 maart 2024, ECLI:NL:CBB:2024:191.
32. De enige uitspraak waarin een besluit op grond van strijdigheid met het evenredigheidsbeginsel werd vernietigd is Rb. Overijssel 13 januari 2020, ECLI:NL:RBOVE:2020:94.
33. CRvB 24 oktober 2018, ECLI:NL:CRVB:2018:3454.
34. *Handelingen I* 2013/14, nr. 19, item 5, p. 73.

de bestuursrechter een voldoende motivering voor de keuze.[35] Uit de uitspraak blijkt niet of en in hoeverre het belang van het kind is meegewogen. De goedkoopste, adequate voorziening hoeft immers niet de meest helpende voorziening te zijn, zeker niet als ouders (en wellicht de jeugdige) niet achter de aangeboden voorziening staan. De wet verplicht het college niet om, als een voorziening nodig is, de door ouders of de jeugdige gewenste voorziening te verstrekken. Naar mijn mening zou dan wel moeten worden gemotiveerd waarom de door het college verstrekte voorziening in het belang van de jeugdige is. De belangen van de jeugdige dienen immers op grond van het Kinderrechtenverdrag op de voorgrond te staan.

De wetgever heeft de beslissing over geschillen als bedoeld in artikel 2.3 Jeugdwet opgedragen aan de kinderrechter. Daarbij heeft de wetgever ongetwijfeld het oog gehad op de kinderrechter die ook in het gedwongen kader optreedt en die, naast de juridische competenties, ook kennis heeft van de juridische aspecten van relatierechtelijke betrekkingen en de ontwikkelingspsychologie van kinderen. In de praktijk echter zijn het vooral bestuursrechters, niet zijnde kinderrechters in de zojuist bedoelde zin, die oordelen over geschillen in dit kader. De Centrale Raad van Beroep heeft daarover geoordeeld dat dit in overeenstemming is met de wet omdat in het bestuursreglement van de betreffende rechtbank (en alle andere rechtbanken) is bepaald dat bestuursrechters ook kunnen optreden als kinderrechters.[36] Naar mijn mening is dit een zeer formele redenering die geen recht doet aan de materiële invulling die de wetgever voor ogen gestaan heeft met gevolgen voor het belang van het kind.

3.4.3 De beoordeling door de kinderrechter

Artikel 1:262b BW bepaalt dat de kinderrechter een beslissing neemt die haar in het belang van de minderjarige wenselijk voorkomt. Een geheel ander beoordelingskader dan dat van de bestuursrechter dus. Bijzonder is dat dit artikel niet in het oorspronkelijke wetsvoorstel was opgenomen. Reden daarvan was volgens de memorie van toelichting te voorkomen dat de rechter te veel op de stoel van de gecertificeerde instelling zou gaan zitten, eigenlijk een typisch bestuursrechtelijke motivering.[37] Bij de behandeling van het wetsvoorstel is het artikel alsnog opgenomen: het parlement vond het belangrijk dat de kinderrechter het belang van het kind zou kunnen wegen, ook al zou de rechter daardoor op de stoel van het bestuur (de GI) gaan zitten.

De schriftelijke aanwijzing is een besluit in de zin van de Algemene wet bestuursrecht. De kinderrechter beslist over de geschillen hierover. Volgens de parlementaire geschiedenis beoordeelt de kinderrechter daarbij of het besluit volgens de

35. Rb. Den Haag 15 juli 2021, ECLI:NL:RBDHA:2021:9155.
36. CRvB 2 november 2016, ECLI:NL:CRVB:2016:4172.
37. *Kamerstukken II* 2008/09, 32015, nr. 3, p. 11.

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 andere regelgeving en niet disproportioneel ingrijpt in het familie- en gezinsleven. De kinderrechter beoordeelt verder ex nunc (naar de omstandigheden ten tijde van de beslissing van de kinderrechter) en kan dus rekening houden met gewijzigde omstandigheden.[38] Opvallend is hier dat een besluit in de zin van de Algemene wet bestuursrecht wordt beoordeeld met (naast de toets aan de rechtmatigheid van het besluit) een heel inhoudelijk beoordelingskader: de effectiviteit, de proportionaliteit en de toets aan het gezinsleven en naar de omstandigheden van dit moment. In de praktijk maakt het belang van het kind altijd een onderdeel uit van de beoordeling van de kinderrechter.[39]

3.5 De uitspraak

3.5.1 De uitspraak van de bestuursrechter

De bestuursrechter kan, als zij bevoegd is en het beroep ontvankelijk is, het beroep gegrond of ongegrond verklaren.[40] Als het beroep gegrond verklaard wordt, dan wordt het bestreden besluit vernietigd: artikel 8:72 Awb. In beginsel dient het bestuursorgaan dan een nieuw besluit op bezwaar te nemen. Het is ook mogelijk dat de rechter zelf in de zaak voorziet. De Centrale Raad van Beroep heeft echter die mogelijkheid voor de Jeugdwet vrijwel uitgesloten door te oordelen dat dit alleen mogelijk is als de rechtbank zich ervan heeft vergewist dat het college niet meer kan vaststellen of er nog mogelijkheden zijn voor een onderzoek, ook na verloop van veel tijd (in het betreffende geval vier jaren!).[41] Naar mijn mening een formalistische redenering die op geen enkele wijze recht doet aan de belangen en het ontwikkelingstempo van het kind.[42]

3.5.2 De beschikking van de kinderrechter

Bij de toepassing van artikel 1:262b BW is de kinderrechter degene die beslist: zelf in de zaak voorzien is hier dus, anders dan in het vrijwillig kader, standaard.

Anders is het bij de beslissing op het verzoek om vervallenverklaring van een schriftelijke aanwijzing. Volgens artikel 1:264, eerste lid, BW kan de kinderrechter de schriftelijke aanwijzing geheel of gedeeltelijk vervallen verklaren. Uit de tekst van de wet blijkt niet dat zij een andere schriftelijke aanwijzing kan nemen bij gegrondverklaring van het verzoek om vervallenverklaring. Dat is anders als de

38. *Kamerstukken II* 2008/09, 32015, nr. 3, p. 28.
39. Zie bijvoorbeeld Rb. Den Haag 16 november 2023, ECLI:NL:RBDHA:2023:18487.
40. Artikel 8:70 Awb.
41. CRvB 27 mei 2020, ECLI:NL:CRVB:2020:1150.
42. Reden waarom sommige rechtbanken ervoor kiezen bij de vernietiging van het besluit tevens een voorlopige voorziening te treffen: zie bijvoorbeeld Rb. Overijssel 13 april 2022, ECLI:NL:RBOVE:2022:1009.

schriftelijke aanwijzing betrekking heeft op een regeling van de contacten tussen de gezaghebbende ouder en de uit huis geplaatste minderjarige. Op grond van artikel 1:265f, tweede lid, BW kan de kinderrechter, indien zij het besluit van de GI niet volgt, zelf een regeling vaststellen die haar in het belang van de minderjarige wenselijk voorkomt. Overigens zijn er in de praktijk geen rechterlijke beschikkingen te vinden waarin de GI, na een vervallenverklaring van een schriftelijke aanwijzing, eenzelfde soort schriftelijke aanwijzing geeft die dan weer aan de kinderrechter wordt voorgelegd. De beslissing tot vervallenverklaring van de schriftelijke aanwijzing is wellicht in de praktijk tevens een finale beslissing van het geschil.

3.5.3 De duur van de procedure

Het is voor het kind en de ouders (en andere burgers) van belang dat ze zo snel mogelijk weten waar ze aan toe zijn. Een procedure moet binnen een redelijke termijn afgerond zijn. Op dit punt verschillen de procedures bij de bestuursrechter en de kinderrechter wezenlijk. Dat heeft te maken met de geringe mogelijkheid van de bestuursrechter om een geschil finaal af te doen en de omstandigheid dat het aan het bestuur is om na een vernietiging een nieuw besluit te nemen. Dat nieuwe besluit is dan weer voor beroep vatbaar en dat gepingpong tussen rechter en bestuur leidt ertoe dat procedures soms jarenlang kunnen spelen. Een procedure die, tot aan hoogste instantie, vijf jaren duurt is niet ongewoon.

Over het algemeen kennen geschillen over de toepassing van artikel 1:262b BW en de schriftelijke aanwijzing een aanzienlijk kortere doorlooptijd. Partijen weten dus veel sneller waar ze aan toe zijn en kunnen meer in het belang van het kind handelen. Daarbij geldt wel dat in veel gevallen hoger beroep niet mogelijk is. Maar ook in die (beperkte) gevallen waarin hoger beroep of cassatie wel mogelijk is, duren procedures relatief niet lang.[43] Dat komt vooral omdat de kinderrechter zelf de beslissing kan nemen en daarbij, zo nodig, de GI kan overrulen.

4 Het Kinderrechtenverdrag en het vrijwillig en gedwongen kader

4.1 Inleiding

Het Kinderrechtenverdrag geeft kinderen rechten ter waarborging van de basis van hun bestaan. In het kader van deze bijdrage beperk ik me tot de sleutelbepalingen van het verdrag. Het verdrag verplicht staten bij beslissingen over het kind de belangen van het kind voorop te stellen (artikel 3), de ontwikkeling van het

43. Een procedure die begon in januari 2021 werd uiteindelijk in 2023 door de Hoge Raad in cassatie definitief beslist: zie HR 1 september 2023, ECLI:NL:HR:2023:1148 en de daaraan voorafgaande beschikking in hoger beroep van het Hof Arnhem-Leeuwarden van 26 juli 2022, ECLI:NL:GHARL:2022:6497.

kind te waarborgen (artikel 6), kinderen gelijk te behandelen (artikel 2) en voor het vaststellen van hun ontwikkelingsbelang de visie van de kinderen over een besluit dat hen aangaat te horen en daaraan passend gewicht toe te kennen (artikel 12). De overige bepalingen van het verdrag dienen vanuit deze kernartikelen te worden bezien. In het verdrag wordt regelmatig het begrip 'belang van het kind' gehanteerd. Ter uitwerking daarvan is het General comment nr. 14 vastgesteld door het Comité voor de rechten van het kind.[44]

Het verdrag geldt voor het bestuur maar ook voor de rechterlijke macht en geldt ongeacht of het juridisch kader het strafrecht, het civiele recht of het bestuursrecht betreft. Het is dus interessant te bezien hoe de rechtsbescherming in het vrijwillig kader en het gedwongen kader zich verhoudt tot het Kinderrechtenverdrag.

4.2 Bestuursrechter, vrijwillig kader en het Kinderrechtenverdrag

In de uitspraken die over geschillen in het vrijwillig kader zijn gepubliceerd op rechtspraak.nl wordt het Kinderrechtenverdrag vrijwel nooit genoemd. Dat geldt ook voor 'het belang van het kind'. Als al gesproken wordt over het verdrag of het belang van het kind is dat door degene die beroep instelt en daarbij stelt dat het verdrag geschonden wordt door het besluit van het college. De rechter gaat daarop echter nooit in.

In het vreemdelingenrecht wordt regelmatig een beroep gedaan op het Kinderrechtenverdrag. De Afdeling bestuursrechtspraak van de Raad van State heeft in dat kader recent geoordeeld dat het recht van het kind om te worden gehoord een integrerend onderdeel is van de vaststelling van het belang in de zin van artikel 12 van het verdrag en moet worden geëerbiedigd als een grondrecht.[45] Met uitzondering van een enkele rechtbank wordt, in strijd met dit grondrecht, een kind in het kader van de Jeugdwet niet gehoord. Uit de gepubliceerde uitspraken van de Centrale Raad van Beroep blijkt niet dat een kind is gehoord in een Jeugdwetzaak. Niet alleen wordt daardoor artikel 12 geschonden maar ook de belangen van het kind worden, ten onrechte, niet vooropgesteld of zelfs maar afgewogen (artikel 3).

De vraag is ook of de bestuursrechtelijke toetsing waarbij ruimte aan het bestuur wordt gelaten en waarbij ex tunc getoetst wordt zich verdraagt met het beginsel dat de belangen van het kind voorop staan en dat de ontwikkeling van het kind moet worden gewaarborgd (artikel 6). Zo kan de keuze van een voorziening met als argument dat dit de adequaatste en goedkoopste oplossing is, een specifiek argument zijn vanuit het bestuur maar hoeft die niet per definitie vanuit het belang

44. Te vinden op www.kinderrechten.nl, o.v.v. 'General comment nr. 14'.
45. ABRvS 8 juni 2022, ECLI:NL:RVS:2022:1530. Bijzonder is dat de uitspraak is gedaan zonder het kind te horen...

van het kind de effectiefste oplossing te zijn. Ook bij de beoordeling door het bestuur of de eigen mogelijkheden en het probleemoplossend vermogen van het netwerk voldoende zijn en de afstandelijke toetsing daarvan door de bestuursrechter, staan blijkens de jurisprudentie de belangen van het kind niet voorop.

4.3 Kinderrechter, gedwongen kader en het Kinderrechtenverdrag

De kinderrechter bepaalt in een geschil ex artikel 1:262b BW wat haar in het belang van het kind wenselijk voorkomt. Artikel 809 Rv bepaalt dat de kinderrechter de minderjarige, ouder dan 12 jaar, hoort. Deze bepalingen zijn een uitwerking van het Kinderrechtenverdrag.

Ook in geval van een verzoek om vervallenverklaring van een schriftelijke aanwijzing zal de kinderrechter de minderjarige horen. De schriftelijke aanwijzing wordt als Awb-besluit getoetst maar ook hier geldt dat de kinderrechter in de praktijk naast de bestuursrechtelijke toetsing altijd zal toetsen of het belang van het kind gediend is met de aanwijzing. De toetsing geschiedt ook naar de omstandigheden van dat moment.

5 Conclusies en aanbevelingen

5.1 Conclusies en aanbevelingen met betrekking tot de rechtsbescherming

Uit het vorenstaande blijkt wel dat er grote verschillen zijn in de rechtsbescherming die de bestuursrechter en die de kinderrechter biedt. De bestuursrechter biedt enkel bescherming tegen rechtshandelingen (besluiten), de kinderrechter tegen rechtshandelingen en feitelijke handelingen. Het is gewenst ook handelingen in het kader van drang van bestuursrechtelijke rechtsbescherming te voorzien. De bestuursrechter toetst de beslissing van het bestuur met inachtneming van een zekere beslisruimte van het bestuur en ex tunc. De kinderrechter neemt zelf de beslissing die haar in het belang van het kind gewenst voorkomt en doet dat ex nunc. De bestuursrechter heeft beperkte mogelijkheden tot het finaal beslechten van het geschil, de kinderrechter ruime mogelijkheden. Een gevolg daarvan is dat bestuursrechtelijke procedures erg lang duren, de procedures voor de kinderrechter zijn van kortere duur. De bestuursrechter heeft wel mogelijkheden tot een uitgebreid vooronderzoek maar maakt daar weinig gebruik van: de Raad voor de Kinderbescherming wordt zelden ingezet; de raad heeft bij de kinderrechter standaard een adviserende rol. Daar staat tegenover dat hoger beroep bij de bestuursrechter standaard is, bij de kinderrechter niet.

5.2 Conclusies en aanbevelingen met betrekking tot het Kinderrechtenverdrag

De huidige toetsing van de bestuursrechter in Jeugdwetzaken staat op gespannen voet met het Kinderrechtenverdrag. In strijd met artikel 12 van het verdrag wordt een kind niet gehoord door de bestuursrechter. Ook de toetsing ex tunc en de afstandelijke toets ingeval het bestuur beslisruimte heeft, verdraagt zich niet goed met het uitgangspunt van het Kinderrechtenverdrag over het vooropstellen van de belangen van het kind (artikel 3) en het waarborgen van de ontwikkeling van het kind (artikel 6).

Die spanning zou kunnen worden opgeheven door ex nunc te toetsen en het bestreden besluit vol te toetsen tegen de achtergrond van het Kinderrechtenverdrag waarbij, juist om het belang van het kind op de voorgrond te stellen, de Raad voor de Kinderbescherming een adviserende rol in de procedure heeft. Of zich dat verdraagt met het rechtsbeschermingssysteem van ons bestuursrecht? In de hiervoor aangehaalde passage van de memorie van toelichting bij artikel 1:264 BW heeft de wetgever overwogen dat de schriftelijke aanwijzing een besluit in de zin van de Algemene wet bestuursrecht is en dat de kinderrechter een verzoek om vervallenverklaring daarvan dient te beoordelen met inachtneming van de omstandigheden van dat moment, ex nunc dus, en met inachtneming van de ontwikkeling van het kind. Naar mijn mening zou toetsing ex nunc ook bij zaken in het bestuursrechtelijke kader kunnen plaatsvinden binnen het systeem. Weliswaar bij wijze van uitzondering en met de rechtvaardiging dat het belang van de ontwikkeling van het kind dat met zich meebrengt.

Ook de bestuursrechtelijke toetsing zou meer in overeenstemming met het Kinderrechtenverdrag kunnen worden gebracht door in die gevallen waarin het college ruimte heeft om te beslissen, in overeenstemming met de *Harderwijk*-uitspraak, intensiever te toetsen aan het evenredigheidsbeginsel. Intensiever, want de belangen van het kind dienen ingevolge het verdrag zwaar te wegen. Dat rechtvaardigt, conform de *Harderwijk*-uitspraak, een intensievere toetsing.

5.3 Tot slot: aanleiding tot wijziging?

Het is merkwaardig dat geschillen in een vrijwillig kader en in een gedwongen kader zo uiteenlopend beoordeeld worden. Dit verschil wordt niet gerechtvaardigd door de andere aard van beide kaders: het Kinderrechtenverdrag ziet op de hulp aan het kind, ongeacht het kader. Binnen de kaders van het bestuursrecht is het wel mogelijk meer in overeenstemming met het Kinderrechtenverdrag te handelen door in ieder geval het kind te horen, de Raad voor de Kinderbescherming te betrekken, bij de behandeling echte kinderrechters in te zetten, intensiever en ex

nunc te toetsen, meer finaal af te doen en vooral sneller te komen tot uitspraken. De specifieke aard van het jeugdrecht brengt dat met zich mee.

Literatuur

Elferink 2018
W.M.B. Elferink, 'Schriftelijke aanwijzingen tijdens een ondertoezichtstelling', *FJR* 2018/33.
Elferink 2021
W.M.B. Elferink, 'De beoordeling van schriftelijke aanwijzingen bij een ondertoezichtstelling', *FJR* 2021/13.
Verkroost 2022
D.S. Verkroost, *'Met zachte drang'. Uitgangspunten voor jeugdhulpverlening op het snijvlak van vrijwilligheid en dwang* (diss. Leiden), Den Haag: Boom juridisch 2022.
Verkroost 2023
D.S. Verkroost, 'Jeugdhulpverlening 'met zachte drang': De belangrijkste bevindingen van een promotieonderzoek naar het snijvlak van vrijwilligheid en dwang binnen het jeugdhulpverleningsstelsel', *FJR* 2023/31.