

De harmonisatie van de externe rechtspositie van minderjarigen in de gesloten jeugdhulp

Afstudeerscriptie master Jeugdrecht

Universiteit Leiden

Faculteit der Rechtsgeleerdheid

Auteur : Saskia Monster

Studentnummer : 1302345

Scriptiebegeleider : Prof. mr. drs. M.R. Bruning

Afstudeerdatum : juli 2013

Aantal woorden : 16.494

Inhoudsopgave

	Blz.
1. Inleiding	3
1.1. Introductie	3
1.2. Aanleiding	3
1.3. Doelstelling	4
1.4. Methode van onderzoek	5
1.5. Onderzoeksvraag en deelvragen	6
1.6. Maatschappelijke en wetenschappelijke relevantie	7
1.7. Leeswijzer	8
2. Het IVRK en EVRM	9
2.1. Artikel 5 EVRM	9
2.2. Artikel 37 sub b IVRK	13
2.3. Kernbepalingen IVRK	14
2.4. Conclusie	15
3. De gesloten jeugdzorg	17
3.1. Totstandkoming gesloten jeugdzorg	17
3.1.1. Doel gesloten jeugdzorg	18
3.2. Externe rechtspositie	18
3.2.1. De toegang tot de zorg	18
3.2.2. Criteria machtiging	19
3.2.3. De leeftijdsgrenzen	19
3.2.4. Verklaring deskundige	20
3.2.5. De machtigingen tot de zorg	21
3.2.6. Aantasten van verblijf	22
3.2.7. Procedurele rechten	23
3.3. Conclusie	23
4. Kinder- en jeugdpsychiatrie	25
4.1. Vervanging Wet BOPZ	25
4.1.1. Doel WVGZ	26
4.2. De externe rechtspositie	27

4.2.1. De toegang tot de zorg	27
4.2.2. Criteria machtiging	29
4.2.3. De leeftijdsgrenzen	31
4.2.4. Verklaring deskundige	31
4.2.5. De machtigingen tot de zorg	32
4.2.6. Aantasten van verblijf	34
4.2.7. Procedurele rechten	35
4.3. Conclusie	35
5. Evaluatie	37
5.1. De toegang tot de zorg	37
5.2. Criteria machtiging	37
5.3. De leeftijdsgrenzen	39
5.4. Verklaring deskundige	40
5.5. De machtigingen tot de zorg	41
5.6. Aantasten van verblijf	42
5.7. Procedurele rechten	43
5.8. Conclusie	44
6. Conclusie en aanbevelingen	45
Literatuurlijst	48

1. Inleiding

1.1. Introductie

Kinderen kunnen op verschillende titels gesloten worden geplaatst. Denk hierbij aan het uitzitten van een detentiestraf. Maar ook kunnen kinderen in een psychiatrische instelling terecht komen of, bij opgroei- en opvoedproblemen, in een gesloten jeugdzorginstelling. Aan zware internationale en nationale eisen moet worden voldaan, alvorens de vrijheid van een kind mag worden ontnomen. Plaatsing in een gesloten instelling heeft immers grote impact op deze kinderen, waarbij inbreuk wordt gemaakt op diverse rechten. Ter voorkoming van onwettige inbreuken moet de rechtspositie gewaarborgd worden. De rechtspositie van kinderen in instellingen op basis van het jeugdstrafrecht, de jeugdzorg of kinder- en jeugdpsychiatrie is in afzonderlijke wettelijke regelingen opgenomen, die verschillende uitgangspunten hanteren. Nu het in alle gevallen gaat om vrijheidsbeneming is het interessant te bezien welke verschillen er in rechtspositie zijn en in hoeverre het wenselijk is om de regelgeving op elkaar af te stemmen.

1.2. Aanleiding

Het belang om deze verschillen in kaart te brengen, blijkt eveneens uit de thematische wetsevaluatie 'Gedwongen zorg bij jeugdigen en volwassenen' die 1 maart 2013 van start ging. De aanleiding van deze evaluatie voert terug tot het jaar 2006, waarin voor het eerst door de Algemene Rekenkamer aandacht werd besteed aan de samenhang van verschillende wetten voor zorgbehoevende minderjarigen.¹ Ook bij de totstandkoming van de gesloten jeugdzorg werd naar aanleiding van de motie Çörüz gediscussieerd over afstemming. Deze motie leidde uiteindelijk tot een toezegging van de regering om begin 2008 een voorstel in te dienen bij de Raad van State omtrent de rechtspositieregelingen van minderjarigen in het kader van ernstige opgroei- en opvoedingsproblematiek, jeugd-GGZ (geestelijke gezondheidszorg) en jeugd-LVB (licht verstandelijk beperkten). Doordat deze toezegging geen gevolg kreeg, werd opnieuw een motie ingediend, waarin nu ook het jeugdstrafrecht werd betrokken. Deze motie leidde opnieuw tot een belofte van de minister van Jeugd en Gezin om tot harmonisatie over te gaan. Tot op heden heeft dit echter nog nergens toe geleid.²

¹ *Kamerstukken II 2007/08*, 31 245, nr. 2.

² Dörenberg 2011b.

Wellicht dat de thematische wetsevaluatie hierin verandering brengt. Deze evaluatie richt zich op bestaande verschillen tussen de regelingen omtrent de geestelijke gezondheidszorg, gesloten en justitiële jeugdzorg en forensische zorg, waarbij de kernvraag is: 'of de wetgever met de te onderscheiden wettelijke regelingen op het terrein van gedwongen zorg voor jeugdigen en volwassenen een consistent en doelmatig wettelijk kader op dit terrein tot stand heeft gebracht'.³

In de toelichting van het Conceptwetsvoorstel Jeugdwet wordt eveneens stilgestaan bij de rechtspositie van jeugdigen in de gesloten jeugdhulp, wat de aanleiding vormt voor dit onderzoek. De rechtspositie van minderjarigen in een justitiële jeugdinstantie blijft in dit wetsvoorstel buiten beschouwing, zo ook in het onderhavige onderzoek. Op 19 juli 2012 is het Conceptwetsvoorstel Jeugdwet gepubliceerd. Het doel van deze wet is om een nieuw zorgstelsel te creëren voor de jeugd, waarbij de taken vanaf het jaar 2015 overgeheveld worden van de provincie naar de gemeente.⁴ Op dit moment bestaan er verschillende wettelijke regelingen voor kinderen die specialistische gesloten jeugdhulp nodig hebben. Het gaat enerzijds om hulp in het kader van ernstige opgroei- en opvoedingsproblemen (de gesloten jeugdzorg), wat is neergelegd in de Wet op de jeugdzorg. Anderzijds betreft het hulp in het kader van verplichte jeugd-GGZ en jeugd-LVB, opgenomen in de Wet Bijzondere Opnemingen in Psychiatrische Ziekenhuizen (Wet BOPZ). Naar aanleiding van de verschillen in rechtspositie van minderjarigen tussen deze regelingen, doet zich de vraag voor of harmonisatie hiervan in de nieuwe Jeugdwet moet worden meegenomen. In het Conceptwetsvoorstel is de gesloten jeugdzorg reeds opgenomen en de vraag is of alle gesloten jeugdhulp in deze wet geregeld moet worden, dus ook hulp in het kader van de verplichte jeugd-GGZ en de verplichte jeugd-LVB.⁵

1.3. Doelstelling

Alvorens daadwerkelijk besloten wordt om alle gesloten jeugdhulp in één wet te verankeren, dient de regelgeving met betrekking tot de rechtspositie geëvalueerd te worden. Met een vergelijkend onderzoek in rechtspositie van kinderen in de gesloten jeugdhulp en de verschillen die hieruit voortvloeien, kan de noodzaak van uniforme wetgeving achterhaald worden.⁶

³ <http://www.zonmw.nl/nl/projecten/project-detail/thematische-wetsevaluatie-gedwongen-zorg-bij-jeugdigen-en-volwassen/samenvatting/>, geraadpleegd op 16 maart 2013.

⁴ Wissink & Asscher 2012.

⁵ Zie par. 8.2. van de memorie van toelichting van het Conceptwetsvoorstel Jeugdwet.

⁶ Dörenberg 2010a, p. 409.

In het kader van de verplichte kinder- en jeugdpsychiatrie (de jeugd-GGZ) en de jeugd- LVB wordt de Wet BOPZ, reeds vóór inwerkingtreding van de Jeugdwet, vervangen door de Wet Verplichte Geestelijke Gezondheidszorg (WVGGZ) en de Wet Zorg en Dwang (WZD). De wetsvoorstellen zijn op dit moment in behandeling in de Tweede Kamer. Het doel van dit onderzoek is om de verschillen in rechtspositie van het kind tussen de gesloten jeugdzorg en de nieuwe wetgeving te analyseren. Indien na de wetswijziging slechts nog enkele verschillen bestaan in de rechtspositie van het kind kan unificatie, waarbij alle betreffende regelingen in de nieuwe Jeugdwet worden verankerd, overbodig zijn. In dat geval kan besloten worden om de regelingen te harmoniseren. Met harmonisatie blijven de verschillende regelingen van de gesloten jeugdhulp naast elkaar bestaan met eventueel enkele wijzigingen. Harmonisatie verdient meestal de voorkeur, omdat het minder tijd in beslag neemt dan unificatie.⁷

1.4. Methode van onderzoek

Het eerste deel van de probleemstelling is gericht op het onderzoeken van de verschillen in rechtspositie na de wetswijziging en deel twee van de probleemstelling is gericht op de vraag of deze verschillen moeten leiden tot harmonisatie of unificatie. Ter afbakening zullen in dit onderzoek slechts de verschillen in rechtspositie in kaart worden gebracht van kinderen in een gesloten jeugdzorginstelling en van kinderen in een psychiatrische instelling. Hiermee blijft de rechtspositie van jeugdigen met een licht verstandelijke beperking, in het kader van de toekomstige Wet Zorg en Dwang, buiten beschouwing. Het onderzoek richt zich verder op de externe rechtspositie, waarbij het gaat om de rechten en plichten van minderjarigen in geval van gedwongen opname en voortzetting hiervan. In dit onderzoek wordt de externe rechtspositie onderverdeeld in verschillende onderwerpen die onder meer zijn afgeleid uit het boek van Dijkers⁸ en een evaluatierapportage van de Wet BOPZ.⁹ Deze onderwerpen hebben betrekking op de toegang tot de zorg, procedurele rechten, machtigingen en criteria op grond waarvan een machtiging wordt afgegeven. De wetten zullen eveneens worden vergeleken op het gebied van leeftijdsgrenzen en mogelijkheden tot aantasting van het verblijf.¹⁰ Ten slotte wordt gekeken naar de deskundigenverklaring en de onafhankelijkheid van de deskundige.

⁷ Dörenberg 2011b.

⁸ W.J.A.M. Dijkers, *Doen en laten in de BOPZ-machtigingsprocedure. Een onderzoek naar juridische posities*, Den Haag: Sdu-uitgevers 2003.

⁹ *Kamerstukken II 1997/98*, 25 763, nr. 1.

¹⁰ Het onderwerp 'aantasten verblijf' kan zowel onder de externe rechtspositie als onder de interne rechtspositie vallen. In dit onderzoek is er voor gekozen om het bij de externe rechtspositie te betrekken nu het toeziet op de voortzetting van de vrijheidsbeneming en de rechtmatigheid hiervan.

Het proefschrift 'Stoornis en Kind' van Dörenberg¹¹ biedt veel relevante informatie, welke houvast kan bieden bij dit onderzoek. Daarnaast wordt gebruik gemaakt van artikelen uit verschillende vaktijdschriften (waaronder het tijdschrift Familie- en Jeugdrecht en het tijdschrift voor Gezondheidsrecht). Internationale regelgeving, waarbij de nadruk wordt gelegd op het Internationaal Verdrag inzake de Rechten van het Kind (IVRK) en het Europees Verdrag inzake de rechten van de Mens (EVRM), fungeert als toetsingskader. Naar aanleiding hiervan wordt vastgesteld of de verschillen moeten leiden tot harmonisatie of unificatie. Waar relevant wordt tot slot ingegaan op veranderingen met betrekking tot de gesloten jeugdzorg die reeds zijn opgenomen in het Conceptwetsvoorstel Jeugdwet.

1.5. Onderzoeksvraag en deelvragen

Naar aanleiding van bovenstaande luidt de onderzoeksvraag als volgt: 'in hoeverre bestaat er na vervanging van de Wet BOPZ door de WVGZ op basis van het IVRK en het EVRM nog aanleiding tot (verdere) harmonisatie of unificatie in de nieuwe Jeugdwet van de externe rechtspositie van minderjarigen in de gesloten jeugdhulp in het kader van de kinder- en jeugdpsychiatrie en de gesloten jeugdzorg?' Ter aansluiting op het doel van het onderzoek is gekozen voor een evaluerende vraag. Onderzoek wordt immers gedaan naar de verschillen in rechtspositie van jeugdigen in de gesloten jeugdhulp, om vervolgens te evalueren of bepaalde verschillen moeten leiden tot afstemming.¹²

Om tot beantwoording van de hoofdvraag over te kunnen gaan zijn de volgende deelvragen opgesteld.

- Welke rechten worden in het IVRK en het EVRM met betrekking tot vrijheidsbeneming aan minderjarigen toegekend?

Aan de hand van deze informatie kan later getoetst worden of de verschillen in externe rechtspositie moeten leiden tot wijzigingen.

- Met welk doel zijn de gesloten jeugdzorg en het wetsvoorstel WVGZ tot stand gekomen?

Alvorens inhoudelijk de rechtspositie van minderjarigen wordt beschreven, wordt uitleg gegeven over de ontstaansgeschiedenis van de gesloten jeugdzorg en de toekomstige kinder- en jeugdpsychiatrie. Met deze achtergrondinformatie vallen de eventuele verschillen in de externe rechtspositie beter te verklaren.

¹¹ V.E.T. Dörenberg, *Kind en stoornis. Een systematisch onderzoek naar de rechtspositie van minderjarigen in de kinder- en jeugdpsychiatrie*, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2010.

¹² Curry-Sumner e.a. 2010, p. 18.

- Hoe is de externe rechtspositie van minderjarigen met betrekking tot vrijheidsbeneming in het kader van de gesloten jeugdzorg en de WVGZ ingevuld?

Nadat per wet de uitgangspunten zijn beschreven, wordt gekeken hoe de externe rechtspositie in deze regelingen is ingevuld.

- Welke verschillen in externe rechtspositie van minderjarigen met betrekking tot vrijheidsbeneming doen zich voor tussen de regeling van de gesloten jeugdzorg en de WVGZ?

Wanneer de externe rechtsposities afzonderlijk zijn beschreven, kunnen vervolgens de verschillen worden geanalyseerd.

- In hoeverre zijn de verschillen in externe rechtspositie van minderjarigen tussen de regeling van de gesloten jeugdzorg en de WVGZ in strijd met het IVRK en het EVRM?

Tot slot worden de verschillen getoetst aan de artikelen uit het EVRM en IVRK met betrekking tot vrijheidsbeneming.

1.6. Maatschappelijke en wetenschappelijke relevantie

Voor de waarde van een onderzoek is het van belang dat het onderzoek maatschappelijk en wetenschappelijk relevant is. Naast de gesloten jeugdzorg kan ook in de kinder- en jeugdpsychiatrie sprake zijn van vrijheidsbeneming in de zin van artikel 5 EVRM en artikel 37 sub b IVRK. Vrijheidsbeneming zorgt voor grote inbreuken op bepaalde rechten en om te voorkomen dat onwettige inbreuken worden gemaakt, moet de externe rechtspositie gewaarborgd worden. In het kader van rechtsgelijkheid is het voor de maatschappij interessant te weten of en welke verschillen in de externe rechtspositie aanwezig zijn tussen de kinder- en jeugdpsychiatrie en de gesloten jeugdzorg.

De wetenschappelijke relevantie blijkt reeds uit de toelichting van het Conceptwetsvoorstel Jeugdwet, waarin staat vermeld dat harmonisatie van de gesloten jeugdzorg en de Wet BOPZ wellicht wenselijk is, maar dat onderzoek hiernaar vereist is. Vooruitlopend op de vervanging van de Wet BOPZ zullen de toekomstige kinder- en jeugdpsychiatrie (WVGZ) en de gesloten jeugdzorg geëvalueerd moeten worden. Voor de vraag of harmonisatie na de wetwijziging nog wenselijk is, moeten de verschillen in rechtspositie in kaart worden gebracht, om vervolgens te toetsen of deze tot harmonisatie moeten leiden. In dit onderzoek wordt een deel van deze evaluatie uitgevoerd, waarbij de aandacht gevestigd wordt op de wettelijke externe rechtspositie. De praktijk en de interne rechtspositie blijven grotendeels buiten beschouwing.

1.7. Leeswijzer

In hoofdstuk 2 volgt allereerst een uitleg over het EVRM en het IVRK als toetsingskader. In hoofdstuk 3 wordt de gesloten jeugdzorg beschreven, met een uitleg over het doel van de wet en de wijze waarop de externe rechtspositie is ingevuld. In hoofdstuk 4 volgt de kinder- en jeugdpsychiatrie, met de vervanging van de Wet BOPZ door de WVGZ en de externe rechtspositie van minderjarigen in een psychiatrische instelling. Nadat de rechtspositie in kaart is gebracht, volgt in hoofdstuk 5 een analyse van de verschillen in rechtspositie tussen de gesloten jeugdzorg en de toekomstige kinder- en jeugdpsychiatrie. In dit hoofdstuk wordt eveneens getoetst of de verschillen in strijd zijn met het IVRK en het EVRM. Ten slotte volgen in hoofdstuk 6 de conclusie en eventuele aanbevelingen.

2. Het IVRK en EVRM

In dit hoofdstuk volgt het toetsingskader. Nadat de verschillen in externe rechtspositie in kaart zijn gebracht, wordt getoetst of zij moeten leiden tot harmonisatie of unificatie. Het Internationaal Verdrag inzake de Rechten van het Kind en het Europees Verdrag inzake de Rechten van de Mens worden voor dit toetsingskader als uitgangspunt genomen. Beide verdragen zijn door Nederland geratificeerd. Het IVRK trad in Nederland op 8 maart 1995 in werking en het EVRM op 31 augustus 1954.¹³ Wanneer een internationaal verdrag in werking treedt, geldt in Nederland het beginsel dat dit verdrag voorrang heeft op de Nederlandse wet krachtens artikel 94 van de Grondwet. Tussen de verdragen moet onderscheid worden gemaakt omtrent de rechtstreekse werking, waarbij een particulier het verdrag jegens de overheid kan invoeren. Op basis van jurisprudentie kan geconcludeerd worden dat de bepalingen uit het EVRM rechtstreekse werking hebben.¹⁴ Of een bepaling uit het IVRK rechtstreekse werking heeft, is afhankelijk van de strekking, formulering, inhoud en aard van de bepaling, waarbij eveneens naar de bedoeling van de wetgever wordt gekeken.¹⁵ Ook is van belang of bepalingen in het IVRK reeds in andere verdragen, zoals het EVRM, zijn opgenomen.¹⁶ Rechtstreekse werking van verdragsbepalingen wordt veelal pas na geruime tijd van de inwerkingtreding van het verdrag aanvaard. Dit kan de reden zijn waarom particulieren IVRK-bepalingen nog maar beperkt kunnen invoeren voor een rechterlijke instantie. Er is wel een toename van het verlenen van rechtstreekse werking aan bepalingen uit het IVRK.¹⁷ Nu de externe rechtspositie van minderjarigen in de gesloten jeugdhulp gericht is op vrijheidsbeneming en het voortduren hiervan, zullen de artikelen 37 sub b IVRK en 5 EVRM als toetsingskader fungeren.

2.1. Artikel 5 EVRM

Artikel 5 EVRM bestaat uit drie onderdelen, waarbij het doel gericht is op het voorkomen van arbitraire vrijheidsbeneming.¹⁸ Het eerste onderdeel uit lid 1 luidt als volgt: *‘Een ieder heeft recht op vrijheid en veiligheid van zijn persoon’*.

¹³ Blaak e.a. 2012, p. 32.

¹⁴ Van der Pot 2006, p. 272.

¹⁵ *Kamerstukken II 1992/93*, 22 855, nr. 3, p. 9.

¹⁶ Vande Lanotte & Haeck 2005, p. 12.

¹⁷ De Graaf e.a. 2012, p. 275.

¹⁸ Van der Velde 2004, p. 19.

Dit betreft een fundamenteel beginsel met betrekking tot fysieke vrijheid. Deze fysieke vrijheid mag niet op willekeurige wijze worden ontnomen.¹⁹ Het verschil tussen vrijheidsbeneming en vrijheidsbeperking is echter niet evident.²⁰ Als uitgangspunt moet de concrete situatie van betrokkene worden genomen, waarbij gekeken wordt naar criteria als het type vrijheidsbeneming, de duur, effecten en wijze van uitvoering van de maatregel.²¹ In beginsel is sprake van vrijheidsbeneming indien betrokkene tegen zijn wil in een afgebakend verblijf wordt geplaatst.²² Hierbij wordt opgemerkt dat de houding van betrokkene in de beginfase geen rol speelt wanneer hij zich uiteindelijk verzet. Het recht op vrijheid is te belangrijk om de bescherming van dit recht te verliezen, enkel en alleen omdat betrokkene in eerste instantie toestemming gaf.²³ Daarnaast wordt erop gewezen dat ook in geval van open deuren in de instelling sprake kan zijn van vrijheidsbeneming. Hierbij wordt gekeken of sprake is van continuerende controle en toezicht om te voorkomen dat betrokkene de instelling verlaat.²⁴ Betrokkene mag aldus niet uit eigener beweging vertrekken.²⁵ Daarentegen is er geen sprake van vrijheidsbeneming wanneer een ouder verzoekt een minderjarige op te laten nemen in een psychiatrisch ziekenhuis, mits opname door artsen in het belang van het kind wordt geacht. Het moet immers mogelijk zijn om een twaalfjarig kind op verzoek van de ouders in een ziekenhuis te laten opnemen.²⁶ In die zin betreft het geen vrijheidsbeneming wanneer niet méér beperkingen worden opgelegd dan in een normaal ziekenhuis.²⁷ Er wordt gesproken van uitoefening van het ouderlijk gezag, zodat artikel 5 EVRM niet van toepassing is.²⁸ In geval van bijvoorbeeld zeventienjarige is het aannemelijk dat hun mening zwaarder weegt.

Het tweede onderdeel van artikel 5 EVRM heeft betrekking op situaties waarin inbreuken kunnen worden gemaakt op het recht op vrijheid. *'Niemand mag zijn vrijheid worden ontnomen, behalve in de navolgende gevallen en overeenkomstig een wettelijk voorgeschreven procedure...'*. De rechtmatigheid betreft zowel het bevel tot vrijheidsbeneming als de uitvoering hiervan.²⁹

¹⁹ EHRM 8 juni 1976, nr. 5100/71; 5101/71; 5102/71; 5354/72; 5370/72 (*Engel and others v. The Netherlands*), par. 58.

²⁰ Liefwaard 2010, p. 124.

²¹ EHRM 6 november 1980, nr. 7367/76 (*Guzzardi v. Italy*), par. 92.

²² Liefwaard 2010, p. 124.

²³ EHRM 18 juni 1971, nr. 2832/66; 2835/66; 2899/66 (*De Wilde, Ooms and Versyp v. Belgium*), par. 65.

²⁴ Legemaate 2005, p. 223; EHRM 5 oktober 2004, nr. 45508/99 (*H.L. v. The United Kingdom*), par. 91.

²⁵ Liefwaard 2010, p. 125.

²⁶ Vande Lanotte & Haeck 2004, p. 284.

²⁷ EHRM 28 november 1988, nr. 10929/84 (*Nielsen v. Denmark*), par. 72.

²⁸ EHRM 28 november 1988, nr. 10929/84 (*Nielsen v. Denmark*), par. 61.

²⁹ Van der Velde 2004, p. 11.

De vraag of het bevel en de executie van de vrijheidsbeneming rechtmatig zijn, wordt beoordeeld aan de hand van de conformiteit met de nationale (materiele en formele) wetgeving³⁰ en met het EVRM.³¹ Wat betreft de conformiteit met het EVRM gaat het om de tekst van het verdrag en de rechtsbeginselen die (impliciet) zijn opgenomen, zoals het rechtszekerheidsbeginsel en maatstaven als voorzienbaarheid en toegankelijkheid.³² Onder rechtmatigheid valt eveneens de eis van subsidiariteit. Dit betekent dat vrijheidsbeneming noodzakelijk moet zijn en als uiterste middel wordt toegepast. Minder ingrijpende middelen zijn niet voorhanden of blijken onvoldoende te werken.³³ Met betrekking tot de procedure moet de jeugdige bijgestaan worden door een advocaat.³⁴

Voor dit onderzoek zijn de uitzonderingen op het recht op vrijheid onder sub d en e van belang. Sub d eerste zinsdeel is van toepassing op minderjarigen die in een gesloten jeugdzorginstelling geplaatst worden. Dit artikel luidt als volgt: *‘in het geval van rechtmatige detentie van een minderjarige met het doel toe te zien op zijn opvoeding of in het geval van zijn rechtmatige detentie, teneinde hem voor de bevoegde instantie te geleiden’*. Vrijheidsbeneming met opvoedingsdoeleinden mag slechts bij minderjarigen plaatsvinden. Wat onder ‘minderjarig’ wordt verstaan, bepaalt het nationale recht. Geen enkele lidstaat hanteert echter een lagere meerderjarigheidsgrens dan achttien jaar.³⁵ ‘Opvoeding’ dient voorts ruim geïnterpreteerd te worden en heeft dus niet alleen betrekking op klassikaal onderwijs. Het betreft opvoeding met een pedagogisch karakter ter bescherming van de minderjarige en diens welzijn.³⁶ De omgeving, waarin de jeugdige wordt geplaatst, dient op het doel te worden afgestemd en daar moeten middelen aanwezig zijn om de educatieve doelstellingen te realiseren.³⁷ De vrijheidsbeneming moet aldus worden opgelegd ten behoeve van het doel (opvoeding).³⁸

³⁰ Van der Velde 2004, p. 16.

³¹ EHRM 28 mei 1985, nr. 8225/78 (*Ashingdane v. The United Kingdom*), par. 44; EHRM 8 juni 2004, nr. 40905/98 (*Hilda Hafsteindottir v. Iceland*), par. 51; EHRM 4 april 2000, nr. 26629/95 (*Witold Litwa v. Poland*), par. 78.

³² Van der Velde 2004, p. 16 en 17.

³³ EHRM 8 juni 2004, nr. 40905/98 (*Hilda Hafsteindottir v. Iceland*), par. 51; EHRM 4 april 2000, nr. 26629/95 (*Witold Litwa v. Poland*), par. 78.

³⁴ Liefwaard 2010, p. 121.

³⁵ Van der Velde 2004, p. 39; EHRM 14 december 1979, nr. 8500/79 (*X v. Switzerland*), p. 238.

³⁶ EHRM 12 oktober 2000, nr. 33670/96 (*Koniarska v. The United Kingdom*), par. 1.

³⁷ EHRM 18 september 2012, nr. 25119/09; 57877/09 (*James, Wells and Lee v. The United Kingdom*), par. 193-194.

³⁸ EHRM, 29 februari 1988, nr. 9106/80 (*Bouamar v. België*), par. 52.

Wanneer een jeugdige op basis van een geestelijke stoornis wordt opgenomen, dan is sub e van toepassing: *‘in het geval van rechtmatige detentie van personen ter voorkoming van de verspreiding van besmettelijke ziekten, van geesteszieken, van verslaafden aan alcohol of verdovende middelen of van landlopers’*. Krachtens dit artikel wordt de jeugdige in een psychiatrische instelling geplaatst op basis van een uitspraak van een bestuursorgaan of rechterlijke instantie.³⁹ Er is geen beschrijving van het woord ‘geesteszieken’, wel bestaan er drie voorwaarden waaraan voldaan moet zijn ingeval iemand in een psychiatrisch ziekenhuis geplaatst wordt, behoudens noodsituaties.⁴⁰ Allereerst wordt iemand zijn vrijheid pas ontnomen na een objectieve medische expertise. Verder moet de psychische stoornis zodanig ernstig zijn dat opsluiting gerechtvaardigd is en als laatste hangt de termijn van opsluiting af van het voortduren van de stoornis.⁴¹ Er is enige nuancering aangebracht op de laatste voorwaarde. Wanneer niet langer sprake is van een psychische stoornis, heeft dit niet automatisch vrijlating tot gevolg. Dit zou de hulpverlenende instanties in aanzienlijke mate beperken in een goede beoordeling.⁴² Daarnaast hoeft er geen sprake te zijn van gevaar. Voldoende is dat de stoornis zo ernstig is dat opnemning noodzakelijk is.⁴³ Vrijheidsbeneming kan echter gerechtvaardigd zijn indien betrokkene zichzelf of een ander schade toebrengt.⁴⁴ De vrijheidsbeneming moet tot slot aansluiten bij het doel en de grond van opname.⁴⁵

Het derde en laatste onderdeel van artikel 5 EVRM heeft betrekking op het recht op toegang tot de rechter. Lid 4 luidt als volgt: *‘Een ieder, wie door arrestatie of detentie zijn vrijheid is ontnomen, heeft het recht voorziening te vragen bij het gerecht opdat deze spoedig beslist over de rechtmatigheid van zijn detentie en zijn invrijheidstelling beveelt, indien de detentie onrechtmatig is’*. Bij opsluiting voor onbepaalde of langere tijd moeten periodieke toetsingen met betrekking tot de rechtmatigheid mogelijk zijn, waarbij de noodzaak tot voortzetting van de vrijheidsbeneming kan worden getoetst. Deze toetsingsmomenten mogen automatisch uit de nationale wet voortvloeien, mits de lengte tussen de toetsingsmomenten redelijk is. Wat redelijk is, wordt niet duidelijk in de uitspraken van het Europees Hof voor de Rechten van de Mens, maar zou geschat kunnen worden op een jaar.⁴⁶

³⁹ Van der Velde 2004, p. 41.

⁴⁰ Zie o.a. EHRM 5 november 1981, nr. 7215/75 (*X v. The United Kingdom*), par. 41.

⁴¹ EHRM 24 oktober 1979, nr. 6301/73 (*Winterwerp v. The Netherlands*), par. 39.

⁴² EHRM 24 oktober 1997, nr. 22520/93 (*Johnson v. The United Kingdom*), par. 61.

⁴³ EHRM 24 oktober 1979, nr. 6301/73 (*Winterwerp v. The Netherlands*), par. 39.

⁴⁴ EHRM 20 februari 2003, nr. 50272/99 (*Hutchinson Reid v. The United Kingdom*), par. 52.

⁴⁵ EHRM 20 februari 2003, nr. 50272/99 (*Hutchinson Reid v. The United Kingdom*), par. 49.

⁴⁶ Van der Velde 2004, p. 80 en 81.

Voor wat betreft minderjarigen kan gesteld worden dat een kortere termijn geldt, omdat een jaar op een kinderleven erg lang is en gedrag en stoornissen bij kinderen snel kunnen veranderen. Bij de toegang tot de rechter spelen verschillende processuele waarborgen een rol, zoals het recht om gehoord te worden in persoon of door middel van vertegenwoordiging.⁴⁷ Onder het begrip 'gerecht' vallen naast rechtbanken eveneens instanties met fundamentele kenmerken als onafhankelijkheid en onpartijdigheid, die bindende uitspraken kunnen doen omtrent de rechtmatigheid van de vrijheidsbeneming.⁴⁸ Er dient voorts spoedig een besluit genomen te worden,⁴⁹ waarbij rekening wordt gehouden met de houding van betrokkenen (klager en autoriteiten), complexiteit van de zaak en aard van de detentie.⁵⁰ Onder dit artikel vallen tot slot geen procedures met betrekking tot het verkrijgen van schadevergoeding.⁵¹

2.2. Artikel 37 sub b IVRK

Naast artikel 5 EVRM wordt ook artikel 37 sub b IVRK gebruikt als toetsingskader. Dit artikel is geschreven met de gedachte om het fundamentele recht van vrijheid van kinderen te beschermen, ongeacht de reden van vrijheidsbeneming.⁵² Het gaat hier dus ook om plaatsing in een psychiatrisch ziekenhuis of een gesloten jeugdzorginstelling.⁵³ Het artikel luidt als volgt: *'De Staten die partij zijn, waarborgen dat geen enkel kind op onwettige of willekeurige wijze van zijn of haar vrijheid wordt beroofd. De aanhouding, inhechtenisneming of gevangenneming van een kind geschiedt overeenkomstig de wet en wordt slechts gehanteerd als uiterste maatregel en voor de kortst mogelijke passende duur'*. In de eerste plaats moet vrijheidsbeneming op basis van de wet plaatsvinden. Dit deel is afgeleid uit artikel 9 lid 1 van het Internationaal Verdrag inzake de Burgerrechten en Politieke Rechten, waarin staat vermeld dat niemand onderworpen mag worden aan willekeurige vrijheidsbeneming waar geen wettige gronden aanwezig zijn.⁵⁴ Vrijheidsbeneming moet aldus de dubbele test van rechtmatigheid en non-willekeur doorstaan. Rechtmatigheid betekent dat vrijheidsbeneming conform de gronden en procedures van de nationale wetgeving moet plaatsvinden. Non-willekeur heeft te maken met de redelijkheid van de wet en de proportionaliteit van de maatregelen.⁵⁵

⁴⁷ EHRM 24 oktober 1979, nr. 6301/73 (*Winterwerp v. The Netherlands*), par. 60.

⁴⁸ EHRM 18 juni 1971, nr. 2832/66; 2835/66; 2899/66 (*De Wilde, Ooms and Versyp v. Belgium*), par. 78; EHRM 2 maart 1987, nr. 9787/82 (*Weeks v. The United Kingdom*), par. 61.

⁴⁹ EHRM 21 oktober 1986, nr. 9862/82 (*Sanchez-Reisse v. Switzerland*), par. 55.

⁵⁰ Van der Velde 2004, p. 82.

⁵¹ EHRM 26 september 1997, nr. 19800/92 (*R.M.D. v. Switzerland*), par. 50.

⁵² Liefwaard 2008a, p. 83.

⁵³ General Comment No. 8, par 1.

⁵⁴ Blaak e.a. 2012, p. 823.

⁵⁵ Schabas & Sax 2006, p. 76.

Het tweede gedeelte van artikel 37 sub b IVRK vermeldt dat vrijheidsbeneming slechts als uiterste maatregel mag worden toegepast en voor de kortst mogelijke duur. Dit roept de verplichting op voor de Staat tot uitgebreide verstandhouding van de persoonlijke ontwikkeling van het kind, de interactie van het kind met de omgeving en met anderen. Daarna kan een afweging plaatsvinden, waarbij bepaald wordt welke reactie op zijn plaats is op bepaald gedrag van het kind. Geprobeerd moet worden de negatieve impact en schadelijke effecten van interventie zo klein mogelijk te houden.⁵⁶ Vrijheidsbeneming moet aldus met grote terughoudendheid worden toegepast en alleen na een zorgvuldige afweging.⁵⁷ Impliciet worden de Staten verplicht gesteld om regelmatig de situatie en daarbij de rechtvaardiging van de vrijheidsbeneming te heroverwegen. De autoriteiten moeten kunnen aantonen dat vrijheidsbeneming de enige optie is.⁵⁸

2.3. Kernbepalingen IVRK

Ter nadere invulling van artikel 5 EVRM en artikel 37 sub b IVRK kunnen de algemene beginselen uit het IVRK van belang zijn. Hieronder valt in de eerste plaats artikel 2 IVRK. Dit artikel heeft betrekking op het non-discriminatiebeginsel, waarbij gelijke behandeling van kinderen met betrekking tot hun rechten voortvloeiend uit het IVRK centraal staat.⁵⁹ Er is geen sprake van discriminatie indien er een objectieve rechtvaardiging bestaat voor het verschil in behandeling. Tevens moet nagegaan worden of het verschil in behandeling een redelijk doel dient (het proportionaliteitsvereiste).⁶⁰

Het tweede artikel betreft artikel 3. Het doel hiervan richt zich op het feit dat alle te nemen maatregelen met betrekking tot minderjarigen in het belang van het kind moeten zijn. In geval van vrijheidsbeneming kan men denken aan maatregelen betreffende de procedure die leiden tot vrijheidsbeneming en besluiten omtrent het type instelling en het voortduren van het verblijf.⁶¹ In geval van belangenconflicten moet het belang van het kind voorrang krijgen.⁶² Lid 2 van het artikel ziet toe op de bescherming en zorg die nodig zijn voor het welzijn van een kind en biedt de basisgrondslag voor maatregelen in het kader van gesloten jeugdzorg en een geestelijke stoornis.⁶³

⁵⁶ Schabas & Sax 2006, p. 81.

⁵⁷ Liefwaard 2008a, p. 84.

⁵⁸ Schabas & Sax 2006, p. 85.

⁵⁹ Blaak e.a. 2012, p. 138-139.

⁶⁰ *Kamerstukken II 1992/93*, 22 855, nr. 3, p. 14.

⁶¹ Cappelaere 2005, p. 103.

⁶² *Kamerstukken II 1992/93*, 22 855, nr. 3, p. 15.

⁶³ Blaak e.a. 2012, p. 146.

Artikel 6 betreft het derde algemene beginsel uit het IVRK en ziet toe op het recht op leven en de ontwikkeling van het kind. In het kader van dit onderzoek zal slechts het onderdeel met betrekking tot de ontwikkeling relevant zijn. Deze ontwikkeling moet gezien worden als een holistisch concept welke de lichamelijke, psychische, spirituele, morele, psychologische en sociale ontwikkeling in een brede context omvat.⁶⁴

Ten slotte hoort artikel 12 IVRK onder de kernartikelen. Dit artikel ziet toe op een actieve rol van betrokkene bij de bevordering, bescherming en controle van zijn rechten.⁶⁵ In gelegenheden waar een kind een rol speelt, moet hij betrokken worden, hetzij rechtstreeks of door tussenkomst van anderen. De minderjarige moet zijn mening kunnen uiten in aangelegenheden die hem betreffen. Naar deze mening dient te worden geluisterd en hier moet passend belang aan worden gehecht aan de hand van de leeftijd en rijpheid van het kind. Ervan uit moet worden gegaan dat elk kind in staat is om deel te nemen aan de besluitvorming, zonder dat de minderjarige dit moet bewijzen.⁶⁶ Het kind dient in ieder geval gehoord te worden in gerechtelijke en bestuurlijke procedures waarin hij betrokken is.⁶⁷

2.4. Conclusie

De artikelen 5 EVRM en 37 sub b IVRK worden gebruikt als toetsingskader, aan de hand waarvan beoordeeld wordt of de verschillen in externe rechtspositie tussen de WVGZ en de gesloten jeugdzorg moeten leiden tot harmonisatie of unificatie. Concreet komt het erop neer dat vrijheidsbeneming van een minderjarige niet op willekeurige en onrechtmatige wijze mag plaatsvinden. Er mag slechts tot vrijheidsbeneming worden overgegaan wanneer dit noodzakelijk is, als ultimum remedium wordt toegepast, proportioneel is, voor de kortst mogelijke duur en na een zorgvuldige overweging. Tijdens de procedure moet de minderjarige bijgestaan worden door een advocaat en gehoord worden. Voor wat betreft vrijheidsbeneming met opvoedingsdoeleinden blijkt dat deze slechts bij minderjarigen mag plaatsvinden en daarbij aandacht besteed moet worden aan educatieve doeleinden. Ook wanneer sprake is van vrijheidsbeneming op basis van een geestelijke stoornis moet het verblijf aansluiten op het doel van de plaatsing. Daarnaast kan van deze vrijheidsbeneming slechts sprake zijn na een objectieve medische expertise en de stoornis moet zodanig ernstig zijn dat gedwongen opname gerechtvaardigd is.

⁶⁴ General Comment No. 5, p. 4.

⁶⁵ General Comment No. 5, p. 4.

⁶⁶ General Comment No. 12, p. 9.

⁶⁷ Art. 12 lid 2 IVRK.

De duur van opname zal afhangen van de vraag of er nog sprake is van een stoornis (hierop is enige nuancering aangebracht). Ten slotte moet het mogelijk zijn om de rechtmatigheid van vrijheidsbeneming te laten toetsen. Periodieke controles vastgelegd in de wet zijn hiervoor toegestaan, mits de lengte tussen de controles redelijk is. Ook moet de minderjarige hierbij gehoord worden door een onafhankelijke instantie en dient spoedig een besluit genomen te worden.

Nu duidelijk is geworden aan welke eisen de externe rechtspositie van minderjarigen bij vrijheidsbeneming moet voldoen, wordt in de komende hoofdstukken aandacht besteed aan de wijze waarop de externe rechtspositie van minderjarigen in de gesloten jeugdhulp daadwerkelijk is ingevuld.

3. De gesloten jeugdzorg

Allereerst volgt de regeling van de gesloten jeugdzorg. De gesloten jeugdzorg is geregeld in de Wet op de jeugdzorg. Deze wet trad op 1 januari 2005 in werking en heeft de rechtspositie van jeugdigen versterkt, doordat nu gesproken wordt van een recht op jeugdzorg.⁶⁸ De ondersteuning van en hulp aan jeugdigen, hun ouders, stiefouders of anderen, die een jeugdige als behorende tot hun gezin verzorgen en opvoeden, bij (dreigende) opgroei- en opvoedingsproblemen staat centraal.⁶⁹ Oftewel de wet biedt interventiezorg, zodat slechts zorg geboden wordt indien er iets misgaat in het welzijn van het kind en de ouders niet in staat zijn om daar voldoende op te reageren.⁷⁰ Ouders kunnen ook zelf om hulp vragen. De belangrijkste taak van Bureau Jeugdzorg richt zich op het besluit of een kind recht heeft op zorg en welke zorg aansluit op de behoefte van het kind.⁷¹ De beslissing wordt opgenomen in een indicatiebesluit krachtens artikel 3 lid 3 Wet op de jeugdzorg (hierna: Wjz). De aanspraak op zorg kan jeugdhulp, verblijf en observatiediagnostiek omvatten.⁷²

3.1. Totstandkoming gesloten jeugdzorg

Enkele jaren na de inwerkingtreding van de Wet op de jeugdzorg werd op 18 december 2007 in de Eerste Kamer het wetsvoorstel voor de gesloten jeugdzorg aangenomen, welke een wijziging van de Wet op de jeugdzorg voor ogen had.⁷³ Tot 1 januari 2008 (de datum van inwerkingtreding) werden de kinderen op civielrechtelijke titel, denk hierbij aan ondertoezichtstelling of een voogdijmaatregel, in dezelfde justitiële jeugdinrichting geplaatst als kinderen op strafrechtelijke titel. Een belangrijk gevolg van de wetswijziging was dat deze situatie werd herzien. Kinderen met een civielrechtelijke titel worden nu in een (nieuwe) gesloten instelling geplaatst, gescheiden van kinderen die na het begaan van een strafbaar feit in een justitiële instelling verblijven. De kinderen in een gesloten jeugdzorginstelling vallen daarnaast niet meer onder de Beginselenwet justitiële jeugdinrichtingen, maar onder de regels uit de Wet op de jeugdzorg.⁷⁴

⁶⁸ Sol & Ros 2006, p. 239.

⁶⁹ Art. 1 sub c Wjz.

⁷⁰ Hermans & Buijsen 2010, p. 501.

⁷¹ Sol & Ros 2006, p. 239.

⁷² Art. 2 Uitvoeringsbesluit Wjz.

⁷³ Liefwaard 2008b.

⁷⁴ Liefwaard 2006.

3.1.1. Doel gesloten jeugdzorg

Het begrip 'gesloten jeugdzorg' omvat de gedwongen opname, het gesloten verblijf en de maatregelen die worden toegepast op basis van een machtiging.⁷⁵ De gehele Wet op de jeugdzorg is van toepassing op de gesloten jeugdzorg, zodat verschillende mogelijkheden van zorg in verschillende sectoren aangeboden kunnen worden aan jeugdigen.⁷⁶ Wanneer eveneens sprake is van ondertoezichtstelling of een voogdijmaatregel zijn, naast de wetsartikelen die betrekking hebben op de gesloten jeugdzorg, ook de bepalingen betreffende ondertoezichtstelling, voogdij en uithuisplaatsing uit het Burgerlijk Wetboek van toepassing.⁷⁷ Het doel van gesloten jeugdzorg is gericht op het verbeteren van opgroei- en opvoedingsproblematiek. De jongeren in de gesloten jeugdzorginstelling met onder andere agressie- of alcoholproblemen moeten beschermd worden tegen zichzelf. In het geval van bijvoorbeeld loverboys moeten zij beschermd worden tegen invloeden van buitenaf. Met zorg wordt vervolgens structuur in het leven van betrokkenen aangebracht en ook worden sociale vaardigheden aangeleerd, waardoor de jeugdigen zich staande kunnen houden in de maatschappij. Gesloten jeugdzorg voorkomt dat de jongeren zich onttrekken aan de nodige zorg.⁷⁸

3.2. Externe rechtspositie

Hieronder komt de externe rechtspositie aan bod, waarbij onder andere gekeken wordt hoe men toegang krijgt tot de gesloten jeugdzorg en op basis van welke voorwaarden.

3.2.1. De toegang tot de zorg

De toegang tot de gesloten jeugdzorg verloopt via Bureau Jeugdzorg, dat naar aanleiding van een indicatiebesluit een machtiging aanvraagt bij de rechter. Alhoewel er veelal sprake zal zijn van een kindbeschermingsmaatregel (ondertoezichtstelling in de zin van artikel 1:254 BW of een voogdijmaatregel met Bureau Jeugdzorg als voogd krachtens artikel 1:302 BW), bestaat ook de mogelijkheid voor ouders om Bureau Jeugdzorg op eigen initiatief te benaderen.⁷⁹ Ouders kunnen Bureau Jeugdzorg verzoeken om een aanvraag in te dienen bij de rechter voor het verlenen van een machtiging.⁸⁰ Een kindbeschermingsmaatregel is dan niet vereist, omdat geen inbreuk wordt gemaakt op het ouderlijk gezag.⁸¹

⁷⁵ Boendermaker 2008, p. 18.

⁷⁶ *Kamerstukken II 2005/06, 30 644, nr. 3, p. 4.*

⁷⁷ Art. 1:254-1:265 BW.

⁷⁸ <http://www.rijksoverheid.nl/onderwerpen/jeugdzorg/jeugdzorgplus>, geraadpleegd op 8 maart 2013.

⁷⁹ Bruning 2011.

⁸⁰ Boendermaker 2008, p. 18.

⁸¹ *Kamerstukken II 2005/06, 30 644, nr. 3, p. 10.*

Wel moet met toestemming van de ouders nog steeds een machtiging worden afgegeven voor gesloten jeugdzorg. Ook bij een voogdijmaatregel krachtens artikel 1:302 BW is een machtiging van de rechter vereist ondanks dat de voogd, Bureau Jeugdzorg, akkoord gaat met gesloten jeugdzorg. Verzetten de ouders zich naderhand tegen gesloten jeugdzorg, dan is alsnog een kinderbeschermingsmaatregel vereist. Wel bestaat de mogelijkheid om betrokkene nog veertien dagen in de gesloten jeugdzorginstelling te houden om in de tussentijd een kinderbeschermingsmaatregel aan te vragen.⁸² Ten slotte kan de Raad voor de Kinderbescherming een machtiging aanvragen indien dit door Bureau Jeugdzorg wordt geweigerd. Hiervan kan slechts sprake zijn wanneer er een ondertoezichtstelling is (of wordt aangevraagd) of wanneer Bureau Jeugdzorg de voogdij heeft.⁸³

3.2.2. Criteria machtiging

Voor het plaatsen van een kind in een gesloten jeugdzorginstelling is te allen tijde een machtiging van de rechter vereist. Het geven van toestemming door betrokkene zelf is niet van belang, om te voorkomen dat deze instemming wordt ingetrokken en de jeugdige zich kan ontdoen van de nodige zorg.⁸⁴ Een machtiging is in alle gevallen wenselijk, omdat het gaat om jonge kinderen waarbij het probleem soms ligt in de aard van het kind en soms in de opvoedingsmacht van de ouders.⁸⁵ Ook biedt het waarborgen tegen willekeurige vrijheidsbeneming van kinderen, omdat opnemings niet alleen wordt afgehangen van de wil van de ouders.⁸⁶ Om jongeren via gesloten jeugdzorg hun vrijheid te benemen, moet krachtens artikel 29b lid 3 Wjz sprake zijn van ernstige opgroei- of opvoedingsproblemen die de ontwikkeling naar volwassenheid belemmeren. De problemen leiden tot de noodzaak om over te gaan tot gesloten plaatsing, om te voorkomen dat de jeugdige zich aan de nodige zorg onttrekt of eraan wordt onttrokken door anderen.

3.2.3. De leeftijdsgrenzen

In alle gevallen is een machtiging vereist, ongeacht de instemming en leeftijd van betrokkene. Bij de vraag of een machtiging mogelijk is, speelt de leeftijd wel een rol. Het bereiken van de leeftijd van achttien jaar betreft namelijk de maximumgrens tot wanneer een machtiging kan worden verleend.⁸⁷

⁸² Art. 29b lid 8 Wjz.

⁸³ Art. 29b lid 6 Wjz jo. art. 26d lid 1 Wjz.

⁸⁴ *Kamerstukken II 2005/06*, 30 644, nr. 3, p. 20.

⁸⁵ *Kamerstukken II 2005/06*, 30 644, nr. 3, p. 8.

⁸⁶ Dörenberg 2010a, p. 350.

⁸⁷ Art. 29b lid 2 Wjz.

De wetgever heeft geprobeerd de grens te vervagen door middel van artikel 29a Wjz, waarin staat vermeld dat wanneer iemand reeds een machtiging had op het moment dat hij achttien werd, deze machtiging kan worden verlengd tot het eenentwintigste levensjaar. Hiervoor is gekozen om te voorkomen dat de zorg abrupt stopt bij het bereiken van de meerderjarigheidsgrens. In veel gevallen is er nog behoefte aan zorg, terwijl de jongvolwassene zich vaak niet bereid toont om in een vrijwillig kader mee te werken.⁸⁸ Uit jurisprudentie blijkt echter dat het stellen van de maximumleeftijd op eenentwintig jaar leidt tot een inbreuk op artikel 5 lid 1 sub d EVRM. De betrokkene wordt immers gesloten geplaatst op grond van opvoedkundige doeleinden. Dit mag krachtens artikel 5 EVRM slechts plaatsvinden tot aan de meerderjarigheidsgrens,⁸⁹ welke in Nederland is gesteld op achttien jaar.⁹⁰ In de gesloten jeugdzorg geldt tot slot geen minimumleeftijdsgrens. Met de totstandkoming van de gesloten jeugdzorg verviel de minimumleeftijdsgrens van twaalf jaar voor civiele plaatsing, omdat er in toenemende mate behoefte was om bepaalde twaalfminners op grond van opvoedingsdoeleinden gesloten te plaatsen.⁹¹

3.2.4. Verklaring deskundige

Het indicatiebesluit van Bureau Jeugdzorg of de verklaring van de Raad gaat vergezeld van een instemmingsverklaring van een gedragswetenschapper.⁹² Dit kan bijvoorbeeld een klinisch psycholoog, psychotherapeut, gezondheidspsycholoog of orthopedagoog zijn.⁹³ De gedragswetenschapper behandelt twee vragen. In eerste instantie beantwoordt hij de vraag of er sprake is van opgroei- of opvoedingsproblemen en vervolgens wordt de noodzaak nagetrokken tot gesloten opvang.⁹⁴ Uit jurisprudentie blijkt dat de verklaring van de gedragswetenschapper aan hoge zorgvuldigheidseisen moet voldoen.⁹⁵ Zo dient de beoordeling onderbouwd te worden aan de hand van controleerbare, verifieerbare en recente omstandigheden en feiten.⁹⁶ Het onderzoek hiernaar valt uiteen in een dossieronderzoek en een persoonlijk gesprek met de minderjarige.⁹⁷

⁸⁸ *Kamerstukken II* 2005/06, 30 644, nr. 3, p. 19.

⁸⁹ EHRM 12 oktober 2000, nr. 33 670/96 (*Koniarska tegen U.K.*); Hof 's-Gravenhage 26 maart 2009, *LJN* BH9207, r.o. 4.4.; Rb. Amsterdam 23 januari 2009, *LJN* BH0778; Rb. 's-Hertogenbosch 27 februari 2009, *LJN* BH4397.

⁹⁰ Art. 1:233 BW.

⁹¹ *Kamerstukken II* 2005/06, 30 644, nr. 3, p. 1 en 2.

⁹² Art. 29b lid 5 Wjz.

⁹³ Zie de Regeling aanwijzing gedragswetenschappers gesloten jeugdzorg.

⁹⁴ Cardol & Van Rheeën 2012, p. 131.

⁹⁵ Hof Amsterdam 24 juli 2012, *LJN* BX6053, r.o. 4.6; Doek & Vlaardingebroek 2009, p. 355.

⁹⁶ Cardol & Van Rheeën 2012, p. 127.

⁹⁷ Cardol & Van Rheeën 2012, p. 128.

Het kind moet hierbij kort tevoren door de gedragswetenschapper zijn onderzocht. De actualiteitswaarde van de verklaring dient aldus hoog te zijn.⁹⁸ Daarnaast mag de gedragswetenschapper niet bij het opstellen van het indicatiebesluit of de verklaring betrokken zijn geweest.⁹⁹ Wel kan bij verlenging van de gesloten jeugdzorg een instemmingsverklaring worden overgelegd van een gedragswetenschapper die reeds eerder met betrekking tot dezelfde minderjarige een verklaring heeft afgegeven.¹⁰⁰ Uit de praktijk blijkt ten slotte dat de gedragswetenschapper op verzoek van Bureau Jeugdzorg wordt ingeschakeld en veelal in dienst is bij Bureau Jeugdzorg.¹⁰¹ Hiermee heeft voormalig minister Rouvoet van Jeugd en Gezin ingestemd.¹⁰²

3.2.5. De machtigingen tot de zorg

In de regeling van de gesloten jeugdzorg wordt onderscheid gemaakt tussen twee soorten machtigingen. Enerzijds de *gewone machtiging*, die wordt afgegeven krachtens artikel 29b Wjz. De duur van deze machtiging is maximaal één jaar, omdat het indicatiebesluit waarop de machtiging is gebaseerd slechts één jaar geldig is.¹⁰³ Anderzijds is er de *voorlopige machtiging* (art. 29c Wjz), wanneer de normale procedure niet kan worden afgewacht en onmiddellijke opname van de jeugdige noodzakelijk is. Voor deze machtiging is slechts een ernstig vermoeden vereist van de opgroei- en opvoedproblematiek. Daarnaast kan in plaats van een indicatiebesluit een verklaring door Bureau Jeugdzorg worden afgegeven. Deze verklaring gaat vergezeld van de instemming van een gedragswetenschapper, tenzij onderzoek feitelijk onmogelijk is.¹⁰⁴ In veel spoedgevallen is het horen van de jeugdige door een gedragswetenschapper niet haalbaar, omdat snel gehandeld moet worden.¹⁰⁵ Wanneer ondanks meerdere pogingen het onderzoeken van betrokkene niet mogelijk is, wordt de verklaring van de gedragsdeskundige afgestemd op overige stukken.¹⁰⁶ De voorlopige machtiging is vier weken geldig.¹⁰⁷ Vooruitlopend op het Conceptwetsvoorstel Jeugdwet dient gemeld te worden dat hierin een nieuwe machtiging geïntroduceerd wordt met betrekking tot de gesloten jeugdzorg, de zogeheten *voorwaardelijke machtiging*.¹⁰⁸

⁹⁸ Kamerstukken II 2005/06, 30 644, nr. 3, p. 20-21.

⁹⁹ Handelingen II 2006/07, p. 4855-4891.

¹⁰⁰ HR 22 oktober 2010, L/N BO1245, r.o. 3.3.2.

¹⁰¹ De Groot 2013.

¹⁰² Kamerstukken II 2007/08, 30 644, nr. 27, p. 2.

¹⁰³ Art. 23 lid 1 Uitvoeringsbesluit Wjz.

¹⁰⁴ Art. 29c lid 4 Wjz.

¹⁰⁵ Bruning & Liefwaard 2009.

¹⁰⁶ Cardol & Van Rheenen 2012, p. 129.

¹⁰⁷ Art. 29h lid 5 Wjz.

¹⁰⁸ Art. 6.1.4. Conceptwetsvoorstel Jeugdwet.

Met deze machtiging wordt de belemmering van de ontwikkeling van het kind naar volwassenheid, door middel van het stellen en naleven van voorwaarden, buiten de accommodatie afgewend.¹⁰⁹

3.2.6. Aantasten van verblijf

Wanneer de jeugdige eenmaal in een gesloten jeugdzorginstelling verblijft, zijn de mogelijkheden tot schorsing of verlot van belang om het voortduren van de vrijheidsbeneming aan te tasten. Krachtens artikel 29v Wjz kan naast het verlot uit het hulpverleningsplan, verlot worden verleend wanneer dit verantwoord is. Aan het verlot kunnen voorwaarden worden gesteld waaraan de jeugdige zich moet houden. Door de zorgaanbieder wordt beoordeeld of de minderjarige hiertoe in staat is. Een instemmingsverklaring van de gedragswetenschapper is hierbij vereist.¹¹⁰ Wanneer de jeugdige zich niet houdt aan de gestelde voorwaarden kan het verlot worden ingetrokken. De zorgaanbieder is verplicht het verlot in te trekken indien verlot niet langer verantwoord is.¹¹¹ Naast verlot bestaat ook de mogelijkheid om tot schorsing over te gaan. Hiervan is sprake wanneer volgens de zorgaanbieder tenuitvoerlegging van de machtiging niet langer nodig is om te voorkomen dat de jeugdige aan de zorg wordt onttrokken of zich eraan onttrekt. Gedurende de schorsing kan een trajectmatige aanpak worden toegepast met bijvoorbeeld ambulante zorg.¹¹² De zorgaanbieder bepaalt eveneens of de schorsing wordt ingetrokken ter voorkoming van het onttrekken aan de nodige zorg door de jeugdige zelf of door anderen.¹¹³ Wanneer geen zorg meer nodig is, wordt het indicatiebesluit door Bureau Jeugdzorg ingetrokken en wanneer andere zorg gewenst is, wordt een nieuw indicatiebesluit opgesteld.¹¹⁴ Voor wat betreft schorsing en verlot heeft de minderjarige niet de mogelijkheid om hiervoor een verlot in te dienen. Hierop geldt een uitzondering wanneer een machtiging gepaard gaat met ondertoezichtstelling of voogdij. In dat geval kan krachtens artikel 1:263 BW een verlot worden ingediend tot beëindiging van de uithuisplaatsing. Tegen beslissingen omtrent verlot en het intrekken van de schorsing kan ten slotte een klacht worden ingediend,¹¹⁵ waarna beroep kan worden ingesteld bij een door de Raad voor strafrechtstoepassing en jeugdbescherming ingestelde beroepscommissie.¹¹⁶

¹⁰⁹ Art. 6.1.4. lid 2 Conceptwetsvoorstel Jeugdwet.

¹¹⁰ Art. 29v lid 4 Wjz.

¹¹¹ Art. 29v lid 5 Wjz.

¹¹² Doek & Vlaardingebroek 2009, p. 353.

¹¹³ Art. 29h lid 6 Wjz.

¹¹⁴ *Kamerstukken II* 2006/06, 30 644, nr. 3, p. 29 en 30.

¹¹⁵ Art. 29w lid 1 Wjz.

¹¹⁶ Art. 29y jo. art. 74 lid 1 en 2 Beginselenwet justitiële jeugdinrichtingen.

3.2.7. Procedurele rechten

Voor wat betreft de procedurele rechten gedurende de machtigingsprocedure blijkt allereerst dat de minderjarige gehoord wordt door de kinderrechter, tenzij hij hiertoe niet bereid is.¹¹⁷ Er vindt daarnaast ambtshalve toevoeging van een raadsman plaats.¹¹⁸ Voorts doet de rechter op het verzoek van Bureau Jeugdzorg of de Raad voor de Kinderbescherming binnen twee weken uitspraak.¹¹⁹ Tegen deze uitspraak kan de jeugdige in hoger beroep gaan krachtens artikel 806 Rv, waarna de mogelijkheid openstaat om cassatie in te stellen op grond van artikel 426 Rv. De minderjarige kan zelf het beroep instellen nu hij zelfstandig in rechte mag optreden. Dit geldt eveneens voor minderjarigen die de leeftijd van twaalf jaar nog niet hebben bereikt, maar die in staat kunnen worden geacht tot een redelijke waardering van hun belangen ter zake.¹²⁰

3.3. Conclusie

In dit hoofdstuk is de externe rechtspositie van de gesloten jeugdzorg beschreven. Allereerst kan geconcludeerd worden dat de toegang tot deze zorg beperkt is tot Bureau Jeugdzorg, de Raad voor de Kinderbescherming en indirect de ouders. Naar aanleiding van het indicatiebesluit kan vervolgens worden overgegaan tot het indienen van een verzoek bij de rechter tot het afgeven van een rechterlijke machtiging. Een machtiging is in alle gevallen vereist, ongeacht de leeftijd en toestemming van de minderjarige en de toestemming van diens ouders of voogd. Voor de afgifte van een machtiging gesloten jeugdzorg geldt slechts een maximumleeftijd van eenentwintig jaar. Deze grens is in de jurisprudentie teruggebracht tot achttien jaar. De rechter toetst de noodzakelijkheid van een machtiging aan een aantal criteria. Zo moet er sprake zijn van ernstige opgroei- of opvoedingsproblemen die de ontwikkeling naar volwassenheid belemmeren. Door opname wordt voorkomen dat de jeugdige zich aan de nodige zorg onttrekt of door anderen eraan wordt onttrokken. Aan de rechter dient eveneens een instemmingsverklaring overhandigd te worden van de gedragswetenschapper die betrokkene kort tevoren heeft onderzocht. Bureau Jeugdzorg heeft de mogelijkheid om een intern werkzame gedragswetenschapper aan te wijzen. Voorafgaand aan het verlenen van de machtiging wordt de minderjarige gehoord en wordt een raadsman toegevoegd. De minderjarige kan daarnaast tijdens de procedure zelfstandig in rechte optreden.

¹¹⁷ Art. 29f lid 1 Wjz.

¹¹⁸ Art. 29f lid 2 Wjz.

¹¹⁹ Procesreglement civiel jeugdrecht, 12e druk (april 2013), par. 8.1.

¹²⁰ Art. 29a lid 2 Wjz.

Bij het voldoen aan de criteria wordt door de rechter de gewone machtiging opgelegd voor maximaal één jaar. Wanneer deze procedure niet kan worden afgewacht, bestaat de mogelijkheid om tot een voorlopige machtiging over te gaan. In de toekomst komt daar nog de voorwaardelijke machtiging bij. Tegen de beslissing kan hoger beroep worden ingesteld, waarna vervolgens cassatie openstaat. Wanneer de jeugdige eenmaal in een gesloten jeugdzorginstelling verblijft, kan verlof worden verleend en kan de machtiging worden geschorst. Betrokkene kan hiervoor niet zelf een verzoek indienen. Slechts in geval van een kindbeschermingsmaatregel kan een verzoek tot beëindiging van de uithuisplaatsing worden ingediend. Wel staat een klachtenprocedure open tegen de opheffing van de schorsing en de beslissing omtrent verlof.

Met dit hoofdstuk is een eerste beschrijving gegeven van de wijze waarop de externe rechtspositie van minderjarigen in de gesloten jeugdhulp is ingevuld, waarna in het volgende hoofdstuk het tweede deel met betrekking tot de kinder- en jeugdpsychiatrie aan bod komt.

4. Kinder- en jeugdpsychiatrie

In dit hoofdstuk wordt de externe rechtspositie van minderjarigen in een psychiatrische instelling beschreven. Op dit moment is de gedwongen plaatsing in het kader van de kinder- en jeugdpsychiatrie neergelegd in de Wet BOPZ, welke te zijner tijd wordt vervangen door de WVGZ.

4.1. Vervanging Wet BOPZ

De Wet Bijzondere Opnemingen in Psychiatrische Ziekenhuizen was onderhevig aan meerdere veranderingen. Zo zijn de opties tot dwangbehandeling uitgebreid en is in 2004 de voorwaardelijke machtiging in de wet opgenomen.¹²¹ Dit bleek echter niet voldoende. Critiek werd voornamelijk geleverd op de gerichtheid van de wet op gedwongen opname. Daarnaast zou de wet te ingewikkeld zijn, te strikt en er zou geen aansluiting meer zijn op de maatschappelijke ontwikkelingen.¹²² In de eerste wetsevaluatie van 1996 werden eveneens zorgen geuit omtrent het aansluiten van de Wet BOPZ op de kinder- en jeugdpsychiatrie. Deze zorgen richtten zich op het feit dat de Wet BOPZ weinig werd toegepast op minderjarigen, omdat dit stigmatiserend zou werken en negatieve effecten zou hebben op de behandelrelatie. Getracht werd het kind zodanig te bewerken dat het 'vrijwillig' meewerkte aan opname.¹²³ Ook in de tweede wetsevaluatie werden zorgen geuit omtrent de kinder- en jeugdpsychiatrie. Nog steeds wordt de wet met grote terughoudendheid toegepast op minderjarigen, hetgeen leidt tot het ontbreken van een rechterlijke machtiging, waar deze wel vereist is. Daarbuiten lijkt de wet voor wat betreft de externe rechtspositie van minderjarigen redelijk werkbaar voor instellingen. De interne rechtspositie geeft meer problemen. Zo zijn de criteria omtrent dwangbehandeling te strikt geformuleerd.¹²⁴ In de derde wetsevaluatie is eveneens de wens geuit om de kinder- en jeugdpsychiatrie in samenhang te brengen met de gesloten jeugdzorg, omdat daar dwangbehandeling bij gedwongen opname mogelijk is. Ook het ontbreken van pedagogische maatregelen in de Wet BOPZ vormt een gebrek.¹²⁵ Daarnaast worden minderjarigen op verschillende titels in een psychiatrische instelling geplaatst, waardoor het noodzakelijk is om de verschillen in rechtspositie te verkleinen door de regelingen op elkaar aan te sluiten.¹²⁶

¹²¹ Vermunt-van den Heuvel, Jansen & De Koning 2009; Dijkers 2007.

¹²² Leenen, Gevers & Legemaate 2007, p. 306.

¹²³ Ministerie van VWS 1996 (*Kamerstukken II 1997/98*, 25 763, nr. 1), p. 20.

¹²⁴ De Groot & Donker 2002, p. 110.

¹²⁵ Ministerie van VWS 2007, p. 91; Dijkers 2007.

¹²⁶ Ministerie van VWS 2007, p. 91; Dijkers 2007.

Naar aanleiding van de evaluaties lag eind 2008 het eerste wetsvoorstel op tafel ter vervanging van de Wet BOPZ. Op 14 juni 2010 is het wetsvoorstel WVGZ verzonden naar de Tweede Kamer.¹²⁷ Hierin is getracht een balans te vinden tussen enerzijds bescherming van de lichamelijke integriteit van de patiënt en anderzijds de bescherming van de mens door het bieden van medische zorg en de plicht van de overheid hierbij.¹²⁸ Gedwongen opname van een patiënt staat niet meer centraal.¹²⁹ Er wordt gesproken van persoonsvolgende zorg.¹³⁰ Hiermee is gevolg gegeven aan een aanbeveling uit de derde wetsevaluatie om in de nieuwe wet de rechtspositie van alle psychiatrische patiënten in verschillende settings (thuis of in een psychiatrische instelling) weer te geven.¹³¹ Met het loslaten van het locatiegebonden uitgangspunt worden in dit wetsvoorstel verschillende mogelijkheden van zorg beschreven, zo blijkt uit artikel 3:2 WVGZ. Zorg kan bestaan uit interventie (verzorging, bejegening, behandeling, begeleiding of bescherming), medische handelingen (zoals toediening van medicatie), pedagogische, vrijheidsbeperkende en therapeutische maatregelen, opname in een accommodatie, beperking van de bewegingsvrijheid, afzondering of separatie, beperking in het ontvangen van bezoek en post, toezicht op betrokkene, onderzoek aan het lichaam en controle op gedragsbeïnvloedende aanwezige middelen. Anders dan in de Wet BOPZ, waar de rechter zich slechts uitlaat over gedwongen opname, kan de rechter nu ook dwangbehandeling bij een minderjarige opleggen.

4.1.1. Doel WVGZ

Het wetsvoorstel WVGZ heeft een aantal doelen dat verwezenlijkt moet worden. In eerste instantie moet de rechtspositie van mensen met een psychische stoornis, die verplichte zorg nodig hebben, worden vergroot. Vervolgens dient dwang zoveel mogelijk te worden voorkomen en de duur van dwang in grote mate beperkt te worden. Het ultimatum remediumbeginsel komt hier naar voren, waaruit blijkt dat als uitgangspunt 'nee, tenzij...' wordt ingenomen.¹³² Het voorkomen van gedwongen opname zal bewerkstelligd worden door richtlijnen en het afgeven van machtigingen voor ambulante zorg. Bij de vierde doelstelling staan de wederkerigheid en het bieden van integrale zorg op maat centraal. De zorg wordt hierbij gericht op terugkeer in de maatschappij.¹³³

¹²⁷ *Kamerstukken II 2009/10*, 32 399, nr. 2; Dörenberg 2011a, p. 281.

¹²⁸ *Kamerstukken II 2009/10*, 32 399, nr. 3, p. 1.

¹²⁹ Dörenberg 2011a, p. 282.

¹³⁰ Bos & Knuttel 2009, p. 1068.

¹³¹ Ministerie van VWS 2007, p. 110.

¹³² *Kamerstukken II 2009/10*, 32 399, nr. 3, p. 3.

¹³³ Art. 2:1 lid 4 WVGZ.

Een ander doel richt zich op het afstemmen van de rollen van verschillende betrokken actoren. Daarnaast krijgt de familie van de minderjarige een grotere rol toebedeeld. Ten slotte wordt als doelstelling de intensivering van het toezicht door de Inspectie voor de Gezondheidszorg beschreven. Wanneer gewerkt wordt met richtlijnen moet het mogelijk voor de Inspectie zijn om na te gaan of deze richtlijnen nageleefd worden.¹³⁴

4.2. De externe rechtspositie

Hieronder volgt een uitleg van de wijzigingen met betrekking tot vrijheidsbeneming in de kinder- en jeugdpsychiatrie na de inwerkingtreding van de WVGZ.

4.2.1. *De toegang tot de zorg*

Krachtens de Wet BOPZ wordt een machtiging voor vrijheidsbeneming afgegeven op verzoek van de officier van justitie.¹³⁵ Bij de officier kan een verzoek worden ingediend door de echtgenoot, (één van de) gezaghebbende ouders, elke meerderjarige bloedverwant in rechte lijn en zijlijn tot en met de tweede graad, de voogd, curator of mentor van betrokkene.¹³⁶ De officier hoeft geen gevolg te geven aan het verzoek, indien het verzoek kennelijk ongegrond is of sprake is van een eerder verzoek dat minder dan een jaar geleden is ingediend.¹³⁷ In het laatste geval heeft het verzoek betrekking op dezelfde persoon en is diens situatie niet veranderd. Ten slotte kan de officier van justitie ambtshalve een verzoek indienen bij de rechter voor een rechterlijke machtiging.¹³⁸

Bij de totstandkoming van het wetsvoorstel werd een nieuwe commissie ingesteld, die als formele verzoeker zou optreden voor het aanvragen van een rechterlijke machtiging. Hierop werd echter zodanig kritiek geleverd dat een nota van wijziging is opgesteld. Op 22 maart 2013 is de nota door de ministerraad goedgekeurd en naar aanleiding van het advies van de Raad van State (ontvangen op 7 juni 2013) wordt thans een nader rapport voor de Tweede Kamer opgesteld.¹³⁹

¹³⁴ *Kamerstukken II 2009/10*, 32 399, nr. 3, p. 2 en 3.

¹³⁵ Art. 4 lid 1 Wet BOPZ.

¹³⁶ Art. 4 lid 1 Wet BOPZ.

¹³⁷ Art. 6 lid 1 Wet BOPZ.

¹³⁸ Keurentjes 2008, p. 52.

¹³⁹ <http://www.dwangindezorg.nl/de-toekomst/meningen-en-ideeen-over-de-nieuwe-wet/consultatieronde-2012>, geraadpleegd op 11 juni 2013.

Met de nota vervalt de commissie en worden de taken vervuld door bestaande organen. Hierbij worden verschillende groepen onderscheiden. Allereerst de groep die reeds in een psychiatrische instelling verblijft. De regie komt hier in handen van de geneesheer-directeur, die een machtiging kan aanvragen bij de rechter voor verplichte zorg. Ingeval de minderjarige nog geen zorg krijgt, wordt een verzoek ingediend bij het college van burgemeester en wethouders. Het college wijst vervolgens een geneesheer-directeur aan ter voorbereiding van een eventueel verzoek voor een machtiging.¹⁴⁰ Met de vervanging van de officier van justitie wordt het verlenen van verplichte zorg uit de sfeer van het strafrecht gehaald.¹⁴¹ Dit vermindert wellicht het stigmatiserende effect op kinderen bij gedwongen opname. Bij de geneesheer-directeur of het college van burgemeester en wethouders kan een verzoek worden ingediend om na te gaan of verplichte zorg door een rechter kan worden opgelegd.¹⁴² Er is bewust voor gekozen om de kring van verzoekers uit te breiden. Nu kunnen bijvoorbeeld ook Bureau Jeugdzorg, de huisarts, bureaus en vrienden van de minderjarige een verzoek indienen. De verzoeker moet wel voldoende relatie hebben met de minderjarige (het connexiteitsvereiste).¹⁴³ Daarnaast moet op het belang van de minderjarige gelet worden en niet op dat van verzoeker.¹⁴⁴ Het verzoek moet ten slotte redelijk en volledig zijn.¹⁴⁵ Net als bij de Wet BOPZ wordt een verzoek niet-ontvankelijk verklaard wanneer eerder een verzoek is ingediend en er geen nieuwe feiten zijn.¹⁴⁶ Tegen de niet-ontvankelijkheidsverklaring staan geen rechtsmiddelen open.¹⁴⁷ Wanneer het verzoek wel ontvankelijk is, wordt gekeken of verplichte zorg noodzakelijk is.¹⁴⁸ Hiervoor zal informatie moeten worden verzameld door middel van het inschakelen van een onafhankelijke arts en een zorgverantwoordelijke die een zorgkaart opstelt en met de minderjarige tracht overeenstemming te bereiken voor een zorgplan.¹⁴⁹ Naar aanleiding van alle verzamelde informatie wordt een advies opgesteld, waarin wordt aangegeven of verplichte zorg noodzakelijk is.¹⁵⁰

¹⁴⁰ <http://www.burgemeesters.nl/wvvggz>, geraadpleegd op 20 april 2013.

¹⁴¹ Dörenberg 2010a, p. 235.

¹⁴² Art. 5:3 en 5:4 WVGZ en art. 5:1 en 5:2 Nota van wijziging van WVGZ.

¹⁴³ Dörenberg 2010a, p. 197.

¹⁴⁴ *Kamerstukken II 2009/10*, 32 399, nr. 3, p. 63.

¹⁴⁵ Art. 5:4 lid 1 WVGZ.

¹⁴⁶ Art. 5:4 lid 1 WVGZ.

¹⁴⁷ *Kamerstukken II 2009/10*, 32 399, nr. 3, p. 63.

¹⁴⁸ *Kamerstukken II 2009/10*, 32 399, nr. 3, p. 18.

¹⁴⁹ Dörenberg 2011a, p. 287.

¹⁵⁰ Art. 5:14 WVGZ.

4.2.2. Criteria machtiging

De Wet BOPZ kent een aantal algemene voorwaarden dat per machtiging toegesneden variaties kent.¹⁵¹ Zo moet er sprake zijn van een stoornis in de geestvermogens die gevaar veroorzaakt en die niet door tussenkomst van personen of instellingen buiten een psychiatrisch ziekenhuis kan worden afgewend.¹⁵² Stoornissen bij minderjarigen kunnen betrekking hebben op eetgedrag, ontwikkeling, persoonlijkheid en gedrag.¹⁵³ De stoornis moet daarnaast gevaar veroorzaken, zoals suïcidaal gedrag, automutilatie of levensbedreigende situaties voor huisgenoten.¹⁵⁴ Het gevaarscriterium is bij minderjarigen niet altijd gemakkelijk toe te passen. In de rechtspraak is daarom bepaald dat het gevaar zich ook kan voordoen in de vorm van een bedreiging van de ontwikkeling.¹⁵⁵ Hierbij is van belang of ouders nog in staat zijn invloed uit te oefenen op hun kind.¹⁵⁶ Bij minderjarigen is het eveneens lastig om het causaal verband tussen stoornis en gevaar vast te stellen. Veelal is er sprake van gedragsproblematiek, waarvan onduidelijk is of deze voortvloeit uit een stoornis of uit pedagogische onmacht.¹⁵⁷ Nadat het causaal verband vaststaat, wordt gekeken of er alternatieven zijn waarmee ingrijpen binnen de psychiatrische instelling kan worden afgewend, zoals met thuiszorg.¹⁵⁸ Dit betekent bijvoorbeeld dat, alvorens een machtiging wordt afgegeven, het gehele jeugdhulpverleningstraject doorlopen moet zijn.¹⁵⁹ Ten slotte moet de nodige bereidheid ontbreken, wil een machtiging worden opgelegd. Bij minderjarigen zal de bereidheid in veel gevallen ontbreken, omdat zij vaak niet gesloten geplaatst willen worden.¹⁶⁰ Aan het begin is reeds naar voren gekomen dat getracht wordt de Wet BOPZ voor minderjarigen buiten beschouwing te laten door middel van een beperkte interpretatie van het criterium 'ontbreken van de nodige bereidheid', waardoor geen rechterlijke machtiging wordt aangevraagd.

De criteria wijzigen na de wetwijziging op een aantal punten, zo blijkt uit de artikelen 3:3 en 3:4 WVGZ. Er moet sprake zijn van een psychische stoornis die zodanig gedrag veroorzaakt waardoor een aanzienlijk risico bestaat op schade voor betrokkene zelf of voor een ander.¹⁶¹

¹⁵¹ Dijkers 2003, p. 44.

¹⁵² Art. 2 lid 2 Wet BOPZ.

¹⁵³ Broekman 2003, p. 18.

¹⁵⁴ Broekman 2003, p. 22.

¹⁵⁵ Dörenberg 2012, p. 85.

¹⁵⁶ De Groot & Donker 2002, p. 39.

¹⁵⁷ Ministerie van VWS 2007, p. 88; Dörenberg 2010a, p. 186.

¹⁵⁸ Dijkers 2003, p. 45.

¹⁵⁹ De Groot & Donker 2002, p. 35.

¹⁶⁰ De Groot & Donker 2002, p. 35.

¹⁶¹ Art. 3:4 WVGZ.

De stoornis uit zich bij minderjarigen bijvoorbeeld in persoonlijkheidsstoornissen, verstandelijke beperkingen en psychische stoornissen.¹⁶² Van schade wordt gesproken indien er sprake is van psychisch en lichamelijk letsel, financiële of materiele schade en levensgevaar.¹⁶³ Omdat men bij de Wet BOPZ stuit op een probleem voor wat betreft het begrip ‘gevaar’ en minderjarigen, is hiernaast in de WVGZ de ‘verstoring in de ontwikkeling naar volwassenheid’ opgenomen. Met het begrip ‘schade’ is verder beoogd om verplichte zorg op te kunnen leggen ter verbetering van de geestelijke stoornis.¹⁶⁴ Daarentegen worden de mogelijkheden tot dwangopname met het begrip ‘schade’ niet verruimd.¹⁶⁵ De verplichte zorg en schade moeten in redelijke verhouding staan tot elkaar, waarbij getoetst wordt aan de beginselen subsidiariteit, proportionaliteit en doelmatigheid.¹⁶⁶ Voor wat betreft de subsidiariteit wordt nagegaan of er geen minder zware alternatieven met hetzelfde effect zijn. Hierbij wordt rekening gehouden met de voorkeur van de minderjarige.¹⁶⁷ Vervolgens moet de verplichte zorg evenredig (proportioneel) zijn. Een belangenafweging is hier vereist, waarbij de aard en ernst van mogelijke schade afgezet worden tegen de aard en ernst van verplichte zorg.¹⁶⁸ Ook moet de kans aannemelijk zijn dat verplichte zorg daadwerkelijk effect heeft.¹⁶⁹ Hierbij kan men denken aan het wegnemen van de kans op grote schade, beperken van de duur en ernst van de schade of het wegnemen van beperkingen tot zelfstandigheid.¹⁷⁰ Het doel van gedwongen zorg richt zich bijvoorbeeld op het stabiliseren van de stoornis, opstellen van een zorgplan of afwenden van een crisissituatie.¹⁷¹ Ook kan verplichte zorg de fysieke gezondheid stabiliseren.¹⁷² Tot slot moet sprake zijn van reëel verzet, anders wordt vrijwillige zorg ingeroepen.¹⁷³ Het bereidheidscriterium uit de Wet BOPZ maakt hier dus plaats voor een verzetscriterium. Wanneer een kind niet bereid is om opgenomen te worden, maar daarnaast ook geen verzet toont, is een machtiging niet vereist. Bij het hanteren van een verzetscriterium hoeft er dus minder snel tot gedwongen opname overgegaan te worden.

¹⁶² Kamerstukken II 2009/10, 32 399, nr. 3, p. 11.

¹⁶³ Art. 1:1 WVGZ; het schadebegrip vloeit voort uit de Aanbeveling (2004)10 van 22 september 2004, *Recommendation concerning the protection of the human rights and dignity of persons with mental disorder*.

¹⁶⁴ Kamerstukken II 2009/10, 32 399, nr. 3, p. 54.

¹⁶⁵ Dörenberg 2011b.

¹⁶⁶ Kamerstukken II 2009/10, 32 399, nr. 3, p. 43.

¹⁶⁷ Kamerstukken II 2009/10, 32 399, nr. 3, p. 57.

¹⁶⁸ Kamerstukken II 2009/10, 32 399, nr. 3, p. 57.

¹⁶⁹ Art. 3:4 WVGZ.

¹⁷⁰ Kamerstukken II 2009/10, 32 399, nr. 3, p. 46.

¹⁷¹ Art. 3:4 WVGZ.

¹⁷² Art. 3:4 lid 2 WVGZ

¹⁷³ Widdershoven 2009, p. 176.

Dit zou gewenst zijn omdat het bereidheidscriterium te ruim is, waardoor in veel gevallen verzuimd wordt om een rechterlijke machtiging aan te vragen waar dit wel vereist is. Het begrip 'verzet' moet beperkt geïnterpreteerd worden,¹⁷⁴ waarbij hulpverleners een zekere beoordelingsruimte krijgen.¹⁷⁵ De vraag is echter of gehoor wordt gegeven aan de gevallen waarin een kind verzet toont. Aan de onbereidheid van het kind wordt op dit moment voorbij gegaan en in de tweede wetsevaluatie staat vermeld dat ook verzet van een minderjarige niet snel wordt erkend.¹⁷⁶

4.2.3. De leeftijdsgrenzen

Bij het beantwoorden van de vraag of er sprake is van verzet, spelen enkele leeftijdsgrenzen een rol. Deze leeftijdsgrenzen wijken niet veel af van de leeftijdsgrenzen die gelden in de Wet BOPZ. Zo is onder de twaalf jaar slechts sprake van verzet wanneer de ouders niet instemmen met de zorg. Een twaalfminner kan aldus zonder machtiging tegen zijn wil, maar op verzoek van beide ouders in een gesloten psychiatrische instelling worden geplaatst. Van twaalf tot zestien jaar moeten óf de ouders óf moet de minderjarige zich tegen zorg verzetten wil een machtiging vereist zijn. Ten slotte kan geconcludeerd worden dat wanneer de minderjarige de leeftijd van zestien jaar heeft bereikt, het verzet van de ouders niet meer van belang is.¹⁷⁷ De leeftijdsgrens van zestien jaar wordt in de huidige Wet BOPZ niet gehanteerd. Daar geldt voor zestien- en zeventienjarigen ook de bereidheid van de ouders, zo blijkt uit artikel 2 lid 3 Wet BOPZ.¹⁷⁸

4.2.4. Verklaring deskundige

De rechter dient naast het advies van de geneesheer-directeur een medische verklaring te ontvangen.¹⁷⁹ De eisen die krachtens de WVGZ aan deze verklaring gesteld worden, zijn vergelijkbaar met de eisen uit de Wet BOPZ. De psychiater die op grond van de Wet BOPZ een verklaring afgeeft, mag niet bij de behandeling van de jeugdige betrokken zijn geweest¹⁸⁰ om de onafhankelijkheid van de psychiater te waarborgen.¹⁸¹ Het begrip 'onafhankelijke arts' komt terug in de WVGZ, waardoor het aannemelijk is dat ook in de toekomst de deskundige niet bij de behandeling betrokken mag zijn geweest.¹⁸²

¹⁷⁴ Dörenberg, 2011a, p. 283.

¹⁷⁵ Dörenberg 2010b, p. 88.

¹⁷⁶ De Groot & Donker 2002, p. 36.

¹⁷⁷ Art. 2:5 WVGZ.

¹⁷⁸ *Kamerstukken II 1979/80*, 11 270, nr. 3, p. 12 en 13.

¹⁷⁹ Art. 5:17 lid 1 sub b WVGZ.

¹⁸⁰ Art. 5 lid 1 Wet BOPZ.

¹⁸¹ HR 21 februari 2003, *LJN AF3450*, r.o. 3.5; HR 16 oktober 2009, *LJN BK0342*, r.o. 3.2.

¹⁸² Art. 5:6 lid 1 WVGZ.

De verklaring geeft een weergave van de psychische gesteldheid van betrokkene, is actueel en kort tevoren opgesteld.¹⁸³ Vooral in de kinder- en jeugdpsychiatrie is het vereiste van actualiteit erg belangrijk, omdat het ziektebeeld van minderjarigen in korte tijd snel kan veranderen.¹⁸⁴ In de verklaring staan in ieder geval vermeld welke symptomen de minderjarige vertoont, de relatie tussen de psychische stoornis en het gedrag dat tot schade leidt en de specifieke zorg die nodig is om het risico tot schade weg te nemen.¹⁸⁵ Tussen de Wet BOPZ en de WVGZ bestaat een verschil in specialisatie van de deskundige. Zo moet in geval van de Wet BOPZ sprake zijn van een psychiater. Krachtens de WVGZ kan daarentegen, afhankelijk van de stoornis, ook bijvoorbeeld een verslavingsarts ingeschakeld worden.¹⁸⁶ Voor wat betreft de kinder- en jeugdpsychiatrie kan men denken aan het inschakelen van een specifieke jeugdpsychiater, welke beter in staat is tot het maken van een goede inschatting van de schade.¹⁸⁷ Vooruitlopend op de ingediende nota van wijziging van het wetsvoorstel van de WVGZ, waarin is bepaald dat de geneesheer-directeur het verzoek indient bij de rechter, is tot slot van belang dat de deskundige niet in dienst mag zijn van deze zorgaanbieder.¹⁸⁸

4.2.5. De machtigingen tot de zorg

De wet BOPZ kent verschillende soorten machtigingen zoals de voorlopige machtiging, machtiging tot voortgezet verblijf en voorwaardelijke machtiging. Ook kunnen zelfbindingsmachtigingen worden afgegeven en machtigingen op eigen verzoek. De WVGZ kent maar één soort machtiging, de *zorgmachtiging*. De zorgmachtiging wordt verleend indien de rechter krachtens artikel 6:3 lid 1 WVGZ van oordeel is dat met voldoende zekerheid kan worden gesteld dat er sprake is van een psychische stoornis, aan de criteria voor verplichte zorg is voldaan en met de in het zorgplan opgenomen zorg het aanzienlijke risico op ernstige schade kan worden weggenomen. Binnen twee weken, na ontvangst van het verzoek, doet de rechter uitspraak. In bepaalde gevallen kan dit drie dagen zijn.¹⁸⁹ Met deze zorgmachtiging is vorm gegeven aan de aanbeveling uit de derde wetsevaluatie met betrekking tot de kinder- en jeugdpsychiatrie. De nadruk werd hier gelegd op de wens om gedwongen zorg voor minderjarigen mogelijk te maken, zodat gedwongen opname wordt voorkomen.¹⁹⁰

¹⁸³ *Kamerstukken II 2009/10*, 32 399, nr. 3, p. 64.

¹⁸⁴ Dörenberg 2010a, p. 198.

¹⁸⁵ Art. 5:6 lid 1 WVGZ.

¹⁸⁶ *Kamerstukken II 2009/10*, 32 399, nr. 3, p. 64.

¹⁸⁷ Broekman 2003, p. 22.

¹⁸⁸ Art. 5:13 lid 1 sub d Nota van wijziging WVGZ.

¹⁸⁹ Art. 6:2 WVGZ.

¹⁹⁰ Ministerie van VWS 2007, p. 90.

De duur van de zorgmachtiging is afhankelijk van de tijd die noodzakelijk is om het aanzienlijke risico op ernstige schade weg te nemen. Voor bepaalde soorten zorg is echter een maximumduur gegeven. In geval van observatie of het afwenden van een crisissituatie is de termijn gesteld op zes weken.¹⁹¹ Bij het opstellen van een zorgplan en het herstellen van de geestelijke gezondheid van de minderjarige voor het herwinnen van de autonomie betreft het zes maanden. Wanneer opnieuw een zorgmachtiging wordt afgegeven voor deze twee laatste situaties dan kan dit voor de duur van twaalf maanden. Daarnaast kan een zorgmachtiging worden afgegeven voor de duur van twee jaar indien reeds vijf jarenlang zorgmachtigingen zijn afgegeven.¹⁹²

Wanneer een minderjarige in een crisis terechtkomt en de zorgmachtiging niet kan worden afgewacht, bestaat de mogelijkheid voor de burgemeester om tot een *crisismaatregel* over te gaan (hoofdstuk 7 WVGZ). Deze maatregel is vergelijkbaar met de inbewaringstelling uit de Wet BOPZ. Er moet sprake zijn van een onmiddellijk dreigend risico op ernstige schade, vermoedelijk veroorzaakt door een psychische stoornis. Daarnaast kan een gewone procedure niet worden afgewacht en verzet de minderjarige zich tegen zorg in het vrijwillige kader.¹⁹³ Een ernstig vermoeden van de psychische stoornis is dus voldoende, wel dient er nog causaal verband te bestaan tussen de vermoedelijke psychische stoornis en het ernstige gevaar.¹⁹⁴ Ook bij de crisismaatregel zal een deskundigenverklaring worden overgelegd. Deze mag afkomstig zijn van een normale arts.¹⁹⁵ De burgemeester kan de crisismaatregel voor maximaal drie dagen opleggen.¹⁹⁶ Hierna kan een verzoek worden ingediend bij de rechter voor een zorgmachtiging. In dat geval vervalt de crisismaatregel pas wanneer de rechter op het verzoek heeft beslist.¹⁹⁷ De rechter dient binnen drie dagen uitspraak te doen.¹⁹⁸

Voorafgaand aan de crisismaatregel kan kortdurende zorg verleend worden, wanneer aangenomen kan worden dat de crisismaatregel wordt verleend krachtens artikel 7:4 WVGZ. Deze *voorafgaande zorg* moet noodzakelijk zijn in verband met de voorbereiding van de crisismaatregel en mag maximaal twaalf uur duren.¹⁹⁹

¹⁹¹ *Kamerstukken II 2009/10*, 32 399, nr. 3, p. 75.

¹⁹² Art. 6:4 lid 1 WVGZ.

¹⁹³ Art. 7:3 WVGZ.

¹⁹⁴ *Kamerstukken II 2009/10*, 32 399, nr. 3, p. 77.

¹⁹⁵ Art. 7:5 WVGZ.

¹⁹⁶ Art. 7:7 WVGZ.

¹⁹⁷ Art. 7:8 lid 1 WVGZ.

¹⁹⁸ Art. 6:2 sub b jo. art. 7:9 WVGZ.

¹⁹⁹ Art. 7:4 lid 2 en 3 WVGZ.

In deze twaalf uren wordt besloten of een crisismaatregel is vereist. Hierbij kan op grond van lid 4 sub b ook de vrijheid worden ontnomen, waartoe onder andere een politieambtenaar, ambulancepersoneel en een zorgaanbieder bevoegd zijn.²⁰⁰

Tot slot bestaat er de *zelfbindingsverklaring* waarbij betrokkene zelf het initiatief neemt tot de zorg krachtens artikel 4:1 WVGZ. Wanneer de minderjarige twaalf jaar is en in staat is tot een redelijke waardering van zijn belangen kan een verklaring worden opgesteld. Een onafhankelijke psychiater gaat na of hiervan sprake is. In de zelfbindingsverklaring wordt vermeld in welke gevallen en voor welke duur zorg wordt verleend, ook voor wanneer de minderjarige zich uiteindelijk tegen de zorg verzet. Er geldt geen maximum geldigheidsduur. De vormen van zorg worden in de verklaring nauwkeurig beschreven, maar ook bij een zelfbindingsverklaring wordt verplichte zorg slechts verleend nadat een zorgmachtiging door de rechter is afgegeven. De rechter toetst of er sprake is van de omstandigheden zoals die zijn uitgelegd in de zelfbindingsverklaring en doet binnen drie dagen uitspraak.²⁰¹ Hiervoor wordt een medische verklaring overgelegd.²⁰² Een hoorzitting is echter niet verplicht.²⁰³ Doordat een kind een goed ziekte-inzicht van zichzelf moet hebben, waartoe weinigen in staat zullen zijn, zal deze vorm van zorg bij minderjarigen minder vaak voorkomen.²⁰⁴

4.2.6. Aantasten van verblijf

Wanneer de minderjarige eenmaal in een psychiatrische instelling verblijft, biedt de Wet BOPZ de mogelijkheid om met verlof te gaan wanneer de geneesheer-directeur dit in het belang van de patiënt wenselijk acht. Naast verlof wordt ontslag verleend wanneer geen sprake meer is van een stoornis van de geestvermogens, het gevaar geweken is of het gevaar buiten een psychiatrisch ziekenhuis kan worden afgewend (art. 48 lid 1 sub a Wet BOPZ). Na de wetswijziging wordt er in plaats van verlof gesproken van een tijdelijke onderbreking van de machtiging krachtens artikel 8:19 WVGZ. Onderbreking zal door de geneesheer-directeur worden verleend indien dit verantwoord is. Aan de onderbreking kunnen voorwaarden worden gesteld en de geneesheer-directeur is bevoegd de onderbreking ook weer in te trekken.

²⁰⁰ Art. 7:4 lid 5 WVGZ.

²⁰¹ Art. 6:2 sub b jo. art. 4:4 WVGZ.

²⁰² *Kamerstukken II 2009/10*, 32 399, nr. 3, p. 62.

²⁰³ *Kamerstukken II 2009/10*, 32 399, nr. 3, p. 59.

²⁰⁴ Dörenberg 2010a, p. 222.

Daarnaast kan de geneesheer-directeur de zorg beëindigen krachtens artikel 8:20 WVGZ. Hiervan is sprake indien het doel van de machtiging of maatregel is bereikt of wanneer niet meer aan de criteria wordt voldaan. Aan deze beslissing kunnen door de geneesheer-directeur eveneens voorwaarden of beperkingen worden verbonden. De minderjarige kan zelfstandig een verzoek indienen bij de geneesheer-directeur om de zorg te onderbreken of te beëindigen.²⁰⁵ Tegen de beslissing kan tot slot een klacht worden ingediend en wanneer deze ongegrond wordt verklaard, staat de weg naar de rechter open.²⁰⁶

4.2.7. Procedurele rechten

Voor wat betreft de procedurele rechten zijn er weinig relevante verschillen voor minderjarigen tussen de Wet BOPZ en de WVGZ. Een rechter geeft pas een machtiging af wanneer hij de minderjarige, diens advocaat en vertegenwoordiger de gelegenheid heeft geboden om gehoord te worden.²⁰⁷ Ook bij een crisismaatregel zal getracht worden om de jeugdige te horen.²⁰⁸ De minderjarige kan voorts zelfstandig in rechte optreden krachtens artikel 2:4 lid 3 WVGZ. Daarnaast wordt een advocaat ambtshalve toegevoegd.²⁰⁹ In geval van een crisismaatregel geschiedt deze toevoeging binnen 24 uur.²¹⁰ De rechter doet uiterlijk binnen twee weken (in sommige gevallen drie dagen) uitspraak.²¹¹ Tegen de uitspraak staan hoger beroep (artikel 358 Rv) en cassatie (artikel 426 Rv) open.²¹² Met (hoger) beroep wordt de zaak opnieuw inhoudelijk beoordeeld, wat de rechtseenheid bevordert.²¹³ Door het invoeren van het rechtsmiddel hoger beroep vindt er een wijziging plaats in vergelijking met de Wet BOPZ. De Wet BOPZ kent namelijk slechts de mogelijkheid tot cassatie.²¹⁴ In geval van een crisismaatregel kan tegen de beslissing van de burgemeester beroep worden ingesteld op grond van artikel 7:10 lid 1 WVGZ. Hoger beroep wordt hier uitgesloten.

4.3. Conclusie

De Wet BOPZ dient te worden vervangen, omdat de wet onder andere niet goed aansluit op de kinder- en jeugdpsychiatrie. In de externe rechtspositie vinden om die reden enkele wijzigingen plaats.

²⁰⁵ Art. 8:19 lid 1 jo. art. 8:20 WVGZ.

²⁰⁶ Art. 10:3 lid 1 jo. art. 10:5 WVGZ.

²⁰⁷ Art. 6:1 lid 1 WVGZ.

²⁰⁸ Art. 7:6 lid 2 sub b WVGZ.

²⁰⁹ Art. 5:5 lid 2 WVGZ.

²¹⁰ Art. 7:6 lid 6 WVGZ.

²¹¹ Art. 6:2 sub a jo. art. 5:15 lid 1 WVGZ.

²¹² *Kamerstukken II 2009/10, 32 399, nr. 3, p. 26.*

²¹³ *Kamerstukken II 2009/10, 32 399, nr. 3, p. 27.*

²¹⁴ Art. 9 lid 5 Wet BOPZ.

Zo komt de toegang van de WVGZ te liggen bij de geneesheer-directeur en het college van burgemeester en wethouders in plaats van bij de officier van justitie. Dit vermindert de stigmatisering van kinderen die gedwongen worden opgenomen. Vervolgens wordt nagegaan of aan de criteria voor verplichte zorg is voldaan, zodat een verzoek bij de rechter kan worden ingediend. Deze voorwaarden hebben betrekking op reëel verzet en een psychische stoornis die een aanzienlijk risico op schade veroorzaakt. Met de wijziging van het bereidheidscriterium in het verzetscriterium is aansluiting gezocht op de praktijk van de kinder- en jeugdpsychiatrie, omdat met het verzetscriterium minder snel een rechterlijke machtiging vereist is. Bij het verzetscriterium dient rekening te worden gehouden met de leeftijd van de minderjarige. Onder de twaalf jaar is slechts de instemming van de ouders van belang. Tussen de twaalf en zestien jaar moeten óf de ouders óf moet de minderjarige zich verzetten en boven de zestien jaar hoeft alleen de minderjarige zich nog te verzetten. Bij het verzoek wordt een medische verklaring van een onafhankelijke deskundige overgelegd. De WVGZ kent voorts (in tegenstelling tot de Wet BOPZ) slechts één machtiging, de zorgmachtiging. Met deze zorgmachtiging is eveneens aansluiting gezocht op de kinder- en jeugdpsychiatrie, omdat zorg op maat gecreëerd kan worden. Zowel gesloten plaatsing als ambulante zorg kan worden verleend. Met voldoende zekerheid moet vaststaan dat er sprake is van een psychische stoornis, aan de criteria wordt voldaan en het aanzienlijke risico op schade wordt verminderd door de behandeling. De maximumduur is afhankelijk van het doel van de zorg en kan uiteenlopen van zes weken tot twee jaar. Naast de zorgmachtiging bestaat er nog de crisismaatregel. Deze maatregel duurt ten hoogste drie dagen. Voorafgaand aan de crisismaatregel kan kortdurende zorg voor twaalf uur worden verleend. Ten slotte bestaat er de zelfbindingsverklaring, waarvoor geen maximum geldigheidsduur geldt. De rechter verleent pas een machtiging wanneer de minderjarige is gehoord. De minderjarige kan zelfstandig in rechte optreden en daarnaast wordt een advocaat toegevoegd. De rechter beslist uiterlijk binnen twee weken op een verzoek (in sommige gevallen drie dagen), waarna vervolgens hoger beroep en cassatie kunnen worden ingesteld. In geval van een crisismaatregel staan beroep en cassatie open. De geneesheer-directeur kan tot slot beslissen om over te gaan tot tijdelijke onderbreking of beëindiging van de zorg. In beide gevallen kan de jeugdige hiervoor een verzoek indienen. Tegen deze beslissing staat via een klacht de weg naar de rechter open.

Met dit hoofdstuk komt een eind aan het theoretische onderzoek. Enerzijds is duidelijk geworden aan welke vereisten de externe rechtspositie van minderjarigen moet voldoen wanneer hun vrijheid wordt ontnomen. Anderzijds is gekeken hoe de externe rechtspositie in de gesloten jeugdhulp daadwerkelijk is ingevuld. Deze informatie zal in volgend hoofdstuk geëvalueerd worden.

5. Evaluatie

In de hoofdstukken 3 en 4 is de externe rechtspositie van minderjarigen in het kader van de verplichte kinder- en jeugdpsychiatrie en de gesloten jeugdzorg beschreven. Na deze beschrijving is het in dit hoofdstuk tijd om de verschillen in externe rechtspositie te analyseren. Per onderwerp wordt gekeken welke verschillen er zijn tussen de regeling van de gesloten jeugdzorg en de toekomstige WVGZ met betrekking tot vrijheidsbeneming. Deze verschillen worden vervolgens getoetst aan de artikelen 37 sub b IVRK en 5 EVRM.

5.1. De toegang tot de zorg

Allereerst de toegang tot de zorg. In geval van de gesloten jeugdzorg biedt Bureau Jeugdzorg de toegang en bij de kinder- en jeugdpsychiatrie komt de toegang (op grond van de nota van wijziging) te liggen bij de geneesheer-directeur en het college van burgemeester en wethouders. Daarnaast bestaat er een verschil in de groep personen die een verzoek kan indienen bij het betreffende orgaan om na te gaan of gedwongen opname kan worden opgelegd. De WVGZ geeft geen limitatief opgestelde lijst, maar verzoeker moet voldoen aan het connexiteitsvereiste. Bij de gesloten jeugdzorg kunnen slechts de ouders van de minderjarige Bureau Jeugdzorg benaderen. Anderzijds moet Bureau Jeugdzorg, alvorens een machtiging kan worden aangevraagd, een verzoek indienen bij de kinderrechter ter oplegging van een kindbeschermingsmaatregel.

De vraag of de verschillen in toegang tot de zorg in strijd zijn met artikel 37 sub b IVRK of artikel 5 EVRM kan ontkennend worden beantwoord. De verschillen met betrekking tot het orgaan dat de toegang biedt en de mogelijkheid voor derden om hierbij een verzoek in te dienen, leiden immers niet tot willekeurige of onrechtmatige vrijheidsbeneming van de minderjarige. Door zowel Bureau Jeugdzorg als het college van burgemeester en wethouders of de geneesheer-directeur moet worden onderzocht of een verzoek tot gesloten plaatsing van de minderjarige moet worden ingediend bij de rechter. Er zal niet slechts op basis van een verzoek door een derde naar de rechter worden gestapt. Daarnaast heeft de rechter het laatste woord. Om die reden is er geen sprake van een essentieel verschil.

5.2. Criteria machtiging

Het tweede onderwerp waarop de wetten zijn vergeleken, heeft betrekking op de criteria waaraan voldaan moet zijn om een rechterlijke machtiging op te leggen. Geconcludeerd kan worden dat de verschillen groot zijn.

Zo is in de regeling van de gesloten jeugdzorg vastgelegd dat een machtiging kan worden opgelegd wanneer sprake is van ernstige opgroei- of opvoedingsproblemen die de ontwikkeling naar volwassenheid belemmeren. Opname is noodzakelijk om te voorkomen dat de jeugdige zich aan de zorg onttrekt of eraan wordt onttrokken door anderen. In de toekomstige kinder- en jeugdpsychiatrie moet daarentegen sprake zijn van een psychische stoornis, die zodanig gedrag veroorzaakt waardoor er een aanzienlijk risico op schade bestaat voor de minderjarige zelf of voor een ander. In geval van gesloten jeugdzorg is daarnaast altijd een machtiging vereist, terwijl bij de WVGZ hiervan slechts sprake is wanneer de minderjarige zich reëel verzet tegen zorg. Dit laatste verschil kan verklaard worden aan de hand van het doel van de gesloten jeugdzorg, dat zich richt op het voorkomen van het onttrekken aan de zorg.

De verschillen in criteria als 'stoornis en gevaar' en 'opgroei- en opvoedingsproblematiek' zijn gerechtvaardigd omdat, zo blijkt uit artikel 5 EVRM, met vrijheidsbeneming verschillende doelen gehanteerd kunnen worden. Het plaatsen van een minderjarige in een gesloten jeugdzorginstelling is mogelijk op grond van opgroei- en opvoedingsdoeleinden. Daarnaast is het plaatsen van een minderjarige in een psychiatrische instelling mogelijk indien er sprake is van een ernstige stoornis. De WVGZ hanteert zelfs een strenger beleid dan artikel 5 EVRM. Volgens artikel 5 EVRM hoeft er slechts sprake te zijn van een ernstige stoornis, schade is niet vereist.

Het verschil in criteria omtrent 'verzet' en 'ter voorkoming van het onttrekken aan zorg' kan in de praktijk wel een probleem zijn. In geval van gesloten jeugdzorg is in alle gevallen een rechterlijke machtiging vereist. Daarentegen hoeft in de toekomstige kinder- en jeugdpsychiatrie slechts een machtiging te worden aangevraagd wanneer de minderjarige zich tegen opname verzet. In beginsel vormt dit verschil geen strijd met het internationale recht nu het Europees Hof spreekt van vrijheidsbeneming in geval van 'tegen zijn wil' en 'verzet'. Dus wanneer in de praktijk een machtiging wordt aangevraagd wanneer de minderjarige zich verzet tegen vrijheidsbeneming, is er geen probleem. De kans is echter aannemelijk dat het verzet van een minderjarige niet wordt erkend, zo blijkt uit de tweede wetsevaluatie. Op dit moment wordt het ontbreken van de bereidheid van de minderjarige op basis van de Wet BOPZ ook niet erkend. Op die manier wordt er in strijd gehandeld met de wet, hetgeen zorgt voor onrechtmatige vrijheidsbeneming. Daarnaast wordt in dat geval inbreuk gemaakt op het recht van actieve participatie krachtens artikel 12 IVRK, omdat er geen passend belang wordt gehecht aan de mening van de minderjarige. Ten slotte kan men zich afvragen of het verzetscriterium überhaupt in het belang van het kind kan worden geacht. Na de wetswijziging hoeft er slechts nog sprake te zijn van verzet, waardoor opname sneller kan plaatsvinden zonder dat betrokkene hiermee heeft ingestemd.

De vraag is of dit in het belang van het kind wenselijk is, gezien de negatieve impact die vrijheidsbeneming met zich meebrengt en het missen van de rechtsbescherming die met een rechterlijke machtiging is beoogd. Bij 'vrijwillige' vrijheidsbeneming vindt er immers geen rechterlijke toetsing plaats aan de beginselen subsidiariteit en proportionaliteit.

5.3. De leeftijdsgrenzen

Gebleken is dat de regelingen verschillende leeftijdsgrenzen toepassen. Zo hanteert de gesloten jeugdzorg slechts een maximumleeftijdsgrens, welke is bepaald op eenentwintig jaar. Hiervan is sprake indien voor betrokkene reeds een machtiging geldt op het moment dat hij de leeftijd van achttien jaar bereikt. In andere gevallen wordt de meerderjarigheidsgrens als uitgangspunt genomen. In geval van de toekomstige kinder- en jeugdpsychiatrie is de leeftijd slechts relevant voor het verzetscriterium. Een rechterlijke machtiging is vereist indien het kind tussen de twaalf en zestien jaar zich verzet dan wel wanneer de ouders zich verzetten. Onder de twaalf jaar is alleen de instemming van de ouders relevant en boven de zestien jaar slechts het verzet van de minderjarige.

Allereerst het verschil in minimum- en maximumleeftijdsgrenzen. Op basis van artikel 5 lid 1 sub e EVRM hoeven in het psychiatrisch patiëntenrecht geen minimum- of maximumleeftijdsgrenzen gehanteerd te worden. Daarentegen blijkt uit sub d dat in geval van vrijheidsbeneming met opgroei- of opvoedingsdoeleinden wel een maximumgrens geldt. Vrijheidsbeneming op grond van opgroei- of opvoedingsproblematiek kan slechts plaatsvinden bij minderjarigen. Dit betekent dat krachtens artikel 1:233 BW in dit geval slechts sprake kan zijn van vrijheidsbeneming van jeugdigen tot achttien jaar. Om die reden is de maximumgrens van eenentwintig, zoals die in de regeling van de gesloten jeugdzorg is gesteld, in strijd met het internationale recht. Deze conclusie is ook reeds getrokken in de Nederlandse rechtspraak.

Zoals hiervoor al is gebleken, kan het verzetscriterium in de praktijk zorgen voor strijd met het internationale recht. Maar dat is niet het enige, want ook de leeftijdsgrenzen die hierbij gehanteerd worden, duiden op willekeur. Onder de twaalf jaar mag immers slechts op basis van het verzoek van de ouders een kind zijn vrijheid worden ontnomen, ondanks het verzet van deze minderjarige. Aan kinderen vanaf twaalf jaar met psychiatrische problemen wordt daarentegen extra bescherming geboden, doordat enkel hun toestemming tot zestien jaar niet voldoende is. De vraag is waarom minderjarigen onder de twaalf jaar die bescherming niet genieten wanneer ouders instemmen met gesloten plaatsing terwijl de jeugdige zich verzet. Ook in die gevallen behoren minderjarigen extra bescherming te krijgen ter voorkoming van willekeur.

Het recht op vrijheid is een belangrijk recht, dat slechts op grond van een zorgvuldige belangenafweging mag worden ontnomen. Hierbij moet voorkomen worden dat de minderjarige enkel op basis van de wil van de ouders gedwongen kan worden opgenomen. Vrijheidsbeneming moet getoetst worden op rechtmatigheid en noodzakelijkheid, zodat na kan worden gegaan of de negatieve impact die vrijheidsbeneming met zich meebrengt kan worden voorkomen. Het hanteren van leeftijdsgrenzen brengt tot slot altijd een zekere willekeur met zich mee, omdat sommige kinderen onder de twaalf jaar in staat kunnen worden geacht om verzet te tonen. Denk aan kinderen die al jaren in het psychiatrische circuit rondlopen. Er moet krachtens artikel 12 IVRK passend belang aan de mening van een kind worden gehecht aan de hand van de leeftijd en rijpheid van betrokkene. Hierbij hoeft een twaalfminner niet zelf te bewijzen dat hij in staat is actief te participeren, hiervan moet worden uitgegaan. Het bekwaamheidsniveau verschilt immers per kind.

5.4. Verklaring deskundige

Vervolgens is gekeken naar de eisen omtrent de deskundigenverklaring. Hieruit blijkt dat bij beide regelingen een verklaring van een deskundige dient te worden overgelegd. De eisen die gesteld worden aan de deskundigenverklaring stemmen grotendeels overeen. Het kind moet onder andere kort tevoren zijn onderzocht en de verklaring moet weergeven of op basis van de criteria tot gedwongen opname over kan worden gegaan. Voorts mag de gedragswetenschapper, in geval van de gesloten jeugdzorg, niet bij het opstellen van de verklaring of het indicatiebesluit betrokken zijn geweest. In geval van de kinder- en jeugdpsychiatrie mag de deskundige de minderjarige niet hebben behandeld. Een verschil ligt echter in het feit dat de gedragswetenschapper intern werkzaam kan zijn bij Bureau Jeugdzorg. Dit in tegenstelling tot de deskundige uit de WVGZ die (op grond van de nota van wijziging) niet in dienst mag zijn van de zorgaanbieder.

In geval van vrijheidsbeneming van een minderjarige door een psychische stoornis is door het Europees Hof bepaald dat een onafhankelijke medische expertise moet plaatsvinden. De WVGZ voldoet hieraan nu onderzoek gedaan moet worden door een externe deskundige die de minderjarige niet eerder heeft behandeld. De eis omtrent een onafhankelijke expertise is voor vrijheidsbeneming in het kader van opgroei- en opvoedingsdoeleinden niet expliciet in het internationale recht opgenomen. Echter; ervan uit mag worden gegaan dat een onafhankelijk deskundig onderzoek bijdraagt aan een zorgvuldige belangenafweging ter voorkoming van willekeurige vrijheidsbeneming.

De gedragswetenschapper beoordeelt immers of vrijheidsbeneming noodzakelijk is en op basis van deze verklaring zal de beslissing van de rechter worden afgestemd. De rechter dient op grond van de verklaring een goed inzicht te krijgen in de ontwikkeling van de minderjarige om te kunnen beoordelen welke reactie op bepaald gedrag passend is. Gesteld kan worden dat de onafhankelijkheid van de gedragswetenschapper in uiterste mate gewaarborgd moet worden. De onafhankelijkheid van de gedragswetenschapper laat echter in geval van de gesloten jeugdzorg enigszins te wensen over omdat een deskundige aangesteld kan worden die in dienst is van Bureau Jeugdzorg, verzoeker in kwestie. In die zin wordt er inbreuk gemaakt op het internationale recht.

5.5. De machtigingen tot de zorg

Voor wat betreft de machtigingen tot de zorg in de kinder- en jeugdpsychiatrie kan geconcludeerd worden dat na de wetwijziging de nadruk komt te liggen op behandeling en zorg, waardoor het uitgangspunt van vrijheidsbeneming uit de Wet BOPZ wordt verlaten. Dit terwijl de gesloten jeugdzorg opname als uitgangspunt inneemt. De gesloten jeugdzorg kent immers slechts de gewone machtiging (voor de duur van maximaal één jaar) en de voorlopige machtiging (voor maximaal vier weken) wanneer de normale procedure niet kan worden afgewacht. In de kinder- en jeugdpsychiatrie bestaat er na de wetwijziging slechts nog één machtiging, de zorgmachtiging. Deze zorgmachtiging kan verschillende soorten zorg omvatten zoals medische behandelingen, bewegingsbeperking, pedagogische maatregelen en vrijheidsbeneming van minderjarigen. De termijn van de machtiging varieert van zes weken tot twee jaar. Na de wetwijziging blijft de zelfbindingsmachtiging in stand. Hiervoor geldt geen maximumtermijn. Daarnaast kan de burgemeester een crisismaatregel opleggen voor maximaal drie dagen. Voorafgaand aan de crisismaatregel kan ten slotte zorg worden verleend indien dit noodzakelijk is. Deze voorafgaande zorg geldt voor ten hoogste twaalf uur wanneer kan worden aangenomen dat de crisismaatregel wordt opgelegd.

Na de wetwijziging is gedwongen opname in de kinder- en jeugdpsychiatrie slechts nog een onderdeel van de zorgmachtiging. Uitgangspunt is ambulante zorg, zodat gedwongen opname slechts als uiterste middel wordt gehanteerd, als ultimum remedium. Daar staat tegenover dat de gesloten jeugdzorg slechts machtigingen met betrekking tot gesloten plaatsing kent. Hiermee wordt afbreuk gedaan aan het idee van vrijheidsbeneming als uiterste maatregel, wat zorgt voor strijd met zowel artikel 5 EVRM als artikel 37 sub b IVRK.

Door toetsing van de rechter aan het ultimium remediumbeginsel en het beginsel van subsidiariteit moet voorkomen worden dat een jeugdige geplaatst wordt in een gesloten instelling terwijl minder zware alternatieven met hetzelfde effect mogelijk zijn. Deze minder zware alternatieven ontbreken op dit moment in de regeling van de gesloten jeugdzorg. Hierdoor kan vrijheidsbeneming niet als ultimium remedium worden toegepast, zodat inbreuk wordt gemaakt op het internationale recht. In het Conceptwetsvoorstel Jeugdwet is om die reden reeds de voorwaardelijke machtiging voor de gesloten jeugdzorg geïntroduceerd.

5.6. Aantasten van verblijf

In de wetten is eveneens gekeken naar de mogelijkheid om de vrijheidsbeneming aan te tasten. De gesloten jeugdzorg kent slechts de mogelijkheid tot verlof wanneer dit verantwoord is en schorsing wanneer tenuitvoerlegging van de machtiging niet langer nodig is om te voorkomen dat de jeugdige aan de zorg wordt onttrokken of zich eraan onttrekt. Beide vormen worden opgelegd door de zorgaanbieder. Wanneer men zich niet aan de gestelde voorwaarden houdt, kan verlof worden ingetrokken. De zorgaanbieder is verplicht om het verlof in te trekken indien het niet langer verantwoord is. Daarnaast kan de schorsing worden ingetrokken indien de jeugdige wordt onttrokken of zichzelf onttrekt aan de zorg. Wanneer geen zorg meer nodig is, zal het indicatiebesluit door Bureau Jeugdzorg worden ingetrokken. De minderjarige heeft niet de mogelijkheid om bij de zorgaanbieder een verzoek tot schorsing of verlof in te dienen. Hierop geldt een uitzondering voor minderjarigen die onder toezicht zijn gesteld of onder voogdij van Bureau Jeugdzorg staan. In dat geval kan een verzoek tot beëindiging van de machtiging worden ingediend. De WVGGZ kent de mogelijkheid voor de geneesheer-directeur om over te gaan tot tijdelijke onderbreking van de verplichte zorg indien dit verantwoord is. Aan deze tijdelijke onderbreking kunnen voorwaarden worden verbonden en de onderbreking kan ook weer worden ingetrokken. Daarnaast kan de geneesheer-directeur de verplichte zorg beëindigen indien het doel is bereikt of niet meer wordt voldaan aan de criteria. Ook hieraan kunnen voorwaarden en beperkingen worden verbonden. In tegenstelling tot de gesloten jeugdzorg kan de minderjarige zelf een verzoek indienen bij de geneesheer-directeur om over te gaan tot onderbreking of beëindiging van de zorg.

Het verschil in mogelijkheden ter aantasting van het verblijf is relevant omdat artikel 5 lid 4 EVRM vermeldt dat periodieke toetsingen met betrekking tot de rechtmatigheid van de vrijheidsbeneming aanwezig moeten zijn in de regelingen. Met het opnemen van maximumtermijnen aan de machtigingen wordt aan deze eis in beginsel voldaan.

Er zit weinig verschil tussen de toetsingsmomenten die rechtstreeks uit de WVGZ en de gesloten jeugdzorg voortvloeien. Veelal zal een machtiging in geval van minderjarigen voor maximaal een jaar worden afgegeven, waarna door de rechter opnieuw getoetst wordt of de machtiging wordt verlengd. Bij vrijheidsbeneming met de duur van een jaar kunnen de mogelijkheden van verlof en beëindiging van de machtiging van belang zijn. Tussen de gesloten jeugdzorg en de WVGZ bestaat een belangrijk verschil in de mogelijkheden om het verblijf aan te tasten. Niet zozeer in de vormen ter aantasting van het verblijf, maar meer in de zin van de mogelijkheid om zelf een verzoek hiertoe in te dienen. In de kinder- en jeugdpsychiatrie bestaan hieromtrent meer waarborgen dan voor jeugdigen in een gesloten jeugdzorginstelling. Zo hebben psychiatrische patiënten de mogelijkheid om een verzoek in te dienen ter onderbreking en beëindiging van de zorg. In geval van de gesloten jeugdzorg kan slechts door minderjarigen bij wie een kindbeschermingsmaatregel is opgelegd een verzoek in worden gediend ter beëindiging van de gesloten jeugdzorg. Wanneer bij een machtiging met een geldigheidsduur van een jaar niet de mogelijkheid openstaat om tussentijds een verzoek in te dienen ter toetsing van de rechtmatigheid van de vrijheidsbeneming, kan dit in strijd worden geacht met artikel 5 lid 4 EVRM. Een jaar op het jonge leven van een minderjarige is immers erg lang, waardoor de lengte tussen de toetsingsmomenten onredelijk kan worden geacht. Daarnaast geldt krachtens artikel 37 sub b IVRK eveneens dat de vrijheidsbeneming moet worden toegepast voor de kortst mogelijke duur. Dit kan slechts bewerkstelligd worden indien regelmatige tussentijdse toetsingen mogelijk zijn. Indien deze regelmatige toetsingen onvoldoende uit de wet voortvloeien, dan moet het voor minderjarigen mogelijk zijn om zelfstandig een verzoek in te dienen ter beoordeling van de rechtmatigheid van de vrijheidsbeneming. Mede gezien het feit dat de opgroei- en opvoedingsproblematiek van minderjarigen in korte tijd snel kan veranderen.

5.7. Procedurele rechten

Ten slotte de procedurele rechten. Zowel in de regeling van de gesloten jeugdzorg als de WVGZ wordt de minderjarige gehoord (tenzij hij hiertoe niet bereid is). Ook kan hij zelfstandig in rechte optreden en wordt een advocaat toegevoegd. De rechter doet in geval van beide regelingen binnen twee weken uitspraak en bij zowel de gesloten jeugdzorg als de WVGZ (met uitzondering van de crisismaatregel) staan hoger beroep en cassatie open tegen de uitspraak.

Geconcludeerd kan worden dat voldaan wordt aan de eisen die gesteld worden in artikel 37 sub b IVRK en artikel 5 EVRM voor wat betreft het recht om gehoord te worden en de bijstand die verleend moet worden tijdens de procedure.

5.8. Conclusie

In dit hoofdstuk zijn de verschillen in externe rechtspositie beschreven tussen de gesloten jeugdzorg en de toekomstige kinder- en jeugdpsychiatrie en getoetst aan de artikelen 5 EVRM en 37 sub b IVRK. Concreet kan geconcludeerd worden dat een aantal verschillen leidt tot een inbreuk op het internationale recht. Dit geldt niet voor de verschillen in 'toegang tot de zorg' en de 'procedurele rechten'. Met betrekking tot de andere onderwerpen kan geconcludeerd worden dat deze (kunnen) leiden tot strijdigheid. Allereerst voor wat betreft de criteria die gelden om een rechterlijke machtiging te kunnen afgeven. De criteria, zoals die in de wetten zijn gesteld, verschillen van elkaar. Dit levert in beginsel geen strijd op met het internationale recht. De kans is echter aannemelijk dat de interpretatie van de WVGZ in de praktijk leidt tot een inbreuk op rechtmatige vrijheidsbeneming wanneer het verzet van een kind niet erkend wordt. Ook de leeftijdsgrenzen die gesteld worden in de WVGZ zorgen voor strijd met het internationale recht, met name het verbod van willekeur. Voorts leidt de praktijk met betrekking tot de regeling van de gesloten jeugdzorg, waarbij de gedragswetenschapper in dienst kan zijn bij Bureau Jeugdzorg, tot onzorgvuldige belangenafweging en willekeur. Het is daarnaast van belang dat vrijheidsbeneming als uiterste maatregel wordt toegepast. Aan dit uitgangspunt wordt in de regeling van de gesloten jeugdzorg in vergelijking met de kinder- en jeugdpsychiatrie enigszins voorbijgegaan, omdat daar slechts machtigingen ter gedwongen opname mogelijk zijn. Alternatieven worden in deze regeling niet geboden, wat zorgt voor een inbreuk op het internationale recht. In het Conceptwetsvoorstel Jeugdwet wordt hier rekening mee gehouden door het invoeren van de voorwaardelijke machtiging. Ten slotte wordt geconcludeerd dat, door het ontbreken van de mogelijkheid voor jeugdigen in een gesloten jeugdzorginstelling om een verzoek in te dienen voor schorsing of verlof (met uitzondering van kinderen op wie een kinderbeschermingsmaatregel is gelegd), onvoldoende mogelijkheden bestaan om de rechtmatigheid van het verblijf te toetsen.

6. Conclusie en aanbevelingen

Aan het begin van het onderzoek is de volgende hoofdvraag geformuleerd: 'in hoeverre bestaat er na vervanging van de Wet BOPZ door de WVGZ op basis van het IVRK en het EVRM nog aanleiding tot (verdere) harmonisatie of unificatie in de nieuwe Jeugdwet van de externe rechtspositie van minderjarigen in de gesloten jeugdhulp in het kader van de kinder- en jeugdpsychiatrie en de gesloten jeugdzorg?' Ter beantwoording van deze vraag is getracht een zo goed mogelijk beeld weer te geven van de verschillen in externe rechtspositie tussen de gesloten jeugdzorg en de toekomstige kinder- en jeugdpsychiatrie. Deze verschillen zijn getoetst aan de artikelen 5 EVRM en 37 sub b IVRK aan de hand waarvan nu geconcludeerd kan worden tot welke veranderingen de verschillen moeten leiden en hoe deze veranderingen vorm moeten krijgen (door middel van unificatie of harmonisatie).

Gebleken is dat na de wetwijziging nog grote verschillen bestaan in de externe rechtspositie. Niet alle verschillen hoeven echter te leiden tot harmonisatie of unificatie. Zo wordt er met het verschil in toegang tot de zorg geen inbreuk gemaakt op het internationale recht. Dit geldt eveneens voor de procedurele rechten, nu beide regelingen rechten aan de minderjarige toekennen omtrent het horen, de bijstand en het zelfstandig optreden. Daarentegen bestaan er belangrijke verschillen in externe rechtspositie tussen de gesloten jeugdzorg en de kinder- en jeugdpsychiatrie die in strijd kunnen worden geacht met het internationale recht en moeten leiden tot veranderingen. Ter voorkoming van onrechtmatige en willekeurige vrijheidsbeneming zou in de WVGZ het verzetscriterium allereerst afgestemd moeten worden op het criterium van de gesloten jeugdzorg omtrent 'het voorkomen van het onttrekken aan de zorg'. Op die manier is ook bij opname van een minderjarige in een psychiatrische instelling in alle gevallen een rechterlijke machtiging vereist. Met deze rechterlijke toets worden extra waarborgen gecreëerd aan de rechtspositie van de minderjarige. Dit is nodig omdat vrijheidsbeneming vooral op minderjarigen een grote impact heeft en daadwerkelijk als uiterste maatregel moet worden toegepast. Wanneer echter een verzetscriterium gehanteerd wordt, zouden krachtens het internationale recht de leeftijdsgrenzen die hierbij toegepast worden in de WVGZ gewijzigd moeten worden. Om te voorkomen dat de vrijheid van een minderjarige onder de twaalf jaar slechts op basis van de instemming van de ouders wordt ontnomen en zonder dat passend belang aan het verzet van een kind is gehecht, is het van belang dat ook hier extra bescherming wordt geboden door een rechterlijke toetsing. Vrijheidsbeneming onder de twaalf jaar dient immers eveneens als ultimum remedium te worden toegepast en niet op willekeurige basis.

Naast deze gebreken in de toekomstige kinder- en jeugdpsychiatrie kent ook de externe rechtspositie in de gesloten jeugdzorg gebreken. Zo blijkt dat de onafhankelijkheid van de gedragswetenschapper onvoldoende gewaarborgd is nu de gedragswetenschapper intern werkzaam kan zijn bij Bureau Jeugdzorg. Voor een zorgvuldige belangenafweging is het daarom vereist om in de regeling van de gesloten jeugdzorg vast te leggen dat een externe onafhankelijke deskundige ingeschakeld wordt. Voorts moet de regeling van de gesloten jeugdzorg aangesloten worden op de WVGZ met betrekking tot het hanteren van vrijheidsbeneming als ultimum remedium. De gesloten jeugdzorg kent slechts machtigingen ter opname van de minderjarige, terwijl vrijheidsbeneming vooral bij kinderen als uiterste maatregel moet worden toegepast ter voorkoming van negatieve effecten. In het Conceptwetsvoorstel is in het kader van de gesloten jeugdzorg de voorwaardelijke machtiging geïntroduceerd, waarmee reeds aansluiting is gezocht op de kinder- en jeugdpsychiatrie. Ten slotte kan gesteld worden dat het verschil in mogelijkheden ter aantasting van het verblijf moet leiden tot verandering. Wanneer een machtiging voor een jaar is opgelegd, heeft een minderjarige er belang bij om tussentijds de rechtmatigheid van de vrijheidsbeneming te laten toetsen door een onafhankelijke instantie. De rechtmatigheid moet immers krachtens het internationale recht binnen redelijke termijn kunnen worden getoetst. Minderjarigen in een gesloten jeugdzorginstelling kunnen echter geen verzoek hiertoe indienen (met uitzondering van minderjarigen bij wie een kindbeschermingsmaatregel is opgelegd). Om die reden moet het voor minderjarigen mogelijk worden gemaakt om zelfstandig tussentijds verzoeken in te dienen tot verloop of schorsing, zoals dit ook het geval is bij de WVGZ voor wat betreft onderbreking en beëindiging van de machtiging.

Geconcludeerd kan aldus worden dat zowel de gesloten jeugdzorg als de toekomstige kinder- en jeugdpsychiatrie veranderingen moet ondergaan om de inbreuken op het internationale recht weg te nemen. Met harmonisatie zouden de regelingen omtrent de specialistische gesloten jeugdhulp met enkele aanpassingen afzonderlijk kunnen blijven bestaan. In die zin blijft de kinder- en jeugdpsychiatrie onderdeel van de toekomstige WVGZ en de zorg in het kader van opgroei- en opvoedproblematiek onderdeel van de gesloten jeugdzorg. De vraag is echter of harmonisatie nog wel de snelste en meest doeltreffende optie is om tot afstemming van beide regelingen over te gaan. Nu de regelingen essentiële verschillen kennen die aan beide kanten moeten leiden tot afstemming, wordt aanbevolen om tot unificatie over te gaan. Met unificatie worden de gesloten jeugdzorg en de kinder- en jeugdpsychiatrie in één wet verankerd. Dit is wenselijk mede gezien het feit dat reeds een nieuwe Jeugdwet wordt gecreëerd, waarin de gesloten jeugdzorg in elk geval wordt opgenomen.

Voor wat betreft de gedwongen opname in het kader van de kinder- en jeugdpsychiatrie verdient het eveneens de voorkeur om deze vorm van zorg hierin op te nemen, zodat beide vormen van gesloten jeugdhulp in één wet verankerd liggen. Des te meer nu de nieuwe WVGZ gericht is op ambulante zorg, waardoor de bijzondere positie van minderjarigen bij gedwongen opname en de bescherming van hun rechten hierbij vergeten lijken te raken. Met het verankeren van de gesloten jeugdzorg en de verplichte opname in het kader van de kinder- en jeugdpsychiatrie in één wet, kan rekening gehouden worden met de speciale behoeften van minderjarigen en het waarborgen van hun rechten bij vrijheidsbeneming.

Nu blijkt dat de verschillen in externe rechtspositie van minderjarigen tussen de gesloten jeugdzorg en de kinder- en jeugdpsychiatrie op verschillende fronten moeten leiden tot unificatie, wordt aanbevolen om verder onderzoek te doen naar de wijze waarop dit in de Jeugdwet vorm moet krijgen. Voorts dient onderzoek gedaan te worden naar de verschillen in interne rechtspositie van beide regelingen en de veranderingen die hierbij gewenst zijn. Ook zal gekeken moeten worden naar de verplichte ambulante zorg van minderjarigen zoals die in de WVGZ is neergelegd. Moet deze vorm van zorg eveneens overgebracht worden naar de nieuwe Jeugdwet? Tot slot wordt aanbevolen om verder onderzoek te doen naar de interne en externe rechtspositie van minderjarigen wier vrijheid is ontnomen in het kader van het jeugdstrafrecht en de rechtspositie van licht verstandelijk beperkten wier vrijheid is ontnomen krachtens de toekomstige Wet Zorg en Dwang. Naar aanleiding hiervan wordt duidelijk of de verschillen tussen deze vormen van vrijheidsbeneming eveneens moeten leiden tot afstemming.

Literatuurlijst

Boeken

Blaak e.a. 2012

M. Blaak e.a., *Handboek Internationaal Jeugdrecht*, Leiden: Defence for Children 2012.

Broekman 2003

M. Broekman, *Praktijkreeks Bopz-5. Kinder- en jeugdpsychiatrie*, Den Haag: Sdu-uitgevers 2003.

Cappelaere 2005

G. Cappelaere, *Children deprived of liberty: rights and realities*, Amsterdam: DCI Holland 2005.

Cardol & Van Rheenen 2012

G. Cardol & A. van Rheenen, 'De instemmingsverklaring: waarborg of formaliteit?', in: C. Forder, W. Duijst & A. Wolthuis, *Kindvriendelijke opsluiting. Gesloten plaatsing van jeugdigen in het licht van mensenrechten*, Leiden: Stichting NJCM-Boekerij 53 2012.

Curry-Sumner e.a. 2010

I. Curry-Sumner e.a., *Onderzoeksvaardigheden. Instructie voor juristen*, Nijmegen: Ars Aequi Libri 2010.

Dijkers 2003

W.J.A.M. Dijkers, *Doen en laten in de BOPZ-machtigingsprocedure. Een onderzoek naar juridische posities*, Den Haag: Sdu-uitgevers 2003.

Doek & Vlaardingerbroek 2009

E. Doek & P. Vlaardingerbroek, *Jeugdrecht en Jeugdzorg*, Amsterdam: Elsevier Juridisch 2009.

Dörenberg 2010a

V.E.T. Dörenberg, *Kind en stoornis. Een systematisch onderzoek naar de rechtspositie van minderjarigen in de kinder- en jeugdpsychiatrie*, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2010.

Dörenberg 2012

V.E.T. Dörenberg, 'Gedwongen opneming van kinderen in mensenrechtelijk perspectief', in: C. Forder, W. Duijst & A. Wolthuis, *Kindvriendelijke opsluiting. Gesloten plaatsing van jeugdigen in het licht van mensenrechten*, Leiden: Stichting NJCM-Boekerij 53 2012.

De Graaf e.a. 2012

J.H. de Graaf e.a., *De toepassing van het Internationaal Verdrag inzake de Rechten van het Kind in de Nederlandse rechtspraak*, Nijmegen: Ars Aequi Libri 2012.

Hermans & Buijsen 2010

H.E.G.M. Hermans & M.A.J.M. Buijsen, *Recht en gezondheidszorg*, Amsterdam: Elsevier gezondheidszorg 2010.

Keurentjes 2008

R.B.M. Keurentjes, *Wet bopz. Tekst en toelichting*, Den Haag: Sdu-uitgevers 2008.

Leenen, Gevers & Legemaate 2007

H.J.J. Leenen, J.K.M. Gevers & J. Legemaate, *Handboek gezondheidsrecht. Deel 1 Rechten van de mensen in de gezondheidszorg*, Houten: Bohn Stafleu van Loghum 2007.

Liefaard 2008a

T. Liefaard, *Deprivation of liberty of children in light of international human rights law and standards*, Antwerpen: Intersentia 2008.

Van der Pot 2006

C.W. van der Pot, *Handboek van het Nederlandse staatsrecht*, Deventer: Kluwer 2006.

Schabas & Sax 2006

W. Schabas & H. Sax, *A commentary on the United Nations Convention on the Rights of the Child. Article 37 Prohibition of Torture, Death Penalty, Life Imprisonment and deprivation of Liberty*, Leiden: Martinus Nijhoff Publishers 2006.

Vande Lanotte & Haeck 2004

J. Vande Lanotte & Y. Haeck, *Handboek EVRM. Deel 2 Artikelsgewijze commentaar, volume 1*, Antwerpen: Intersentia 2004.

Vande Lanotte & Haeck 2005

J. Vande Lanotte & Y. Haeck, *Handboek EVRM. Deel 1 Algemene beginselen*, Antwerpen: Intersentia 2005.

Van der Velde 2004

J. van der Velde, 'Artikel 5, vrijheidsontneming', in: A.W. Heringa, J.G.C. Schokkenbroek & J. van der Velde, *EVRM Rechtspraak en Commentaar* (pp. 1-85), Den Haag: Sdu-uitgevers 2004.

Vaktijdschriftartikelen

Boendermaker 2008

L. Boendermaker, 'JeugdzorgPlus- drang en dwang in de jeugdzorg', *Jeugd en Co Kennis* 2008, 1.

Bos & Knuttel 2009

F.T.M. Bos & M.W. Knuttel, 'Dwang tot achter de eigen voordeur. Commentaar op het conceptwetsvoorstel Verplichte ggz', *Maandblad Geestelijke Volksgezondheid* 2009, 12.

Bruning 2011

M.R. Bruning, 'De cliënt in de jeugdzorg en de jeugdbescherming vanuit juridisch perspectief', *FJR* 2011, 37.

Bruning & Liefwaard 2009

M.R. Bruning & T. Liefwaard, 'Ontwikkelingen en knelpunten in de gesloten jeugdzorg', *FJR* 2009, 42.

Dijkers 2007

W.J.A.M. Dijkers, 'Van Dolhuis naar Utopia. Het rapport van de derde Evaluatie-commissie Wet Bopz', *NJB* 2007, 20732.

Dörenberg 2010b

V.E.T. Dörenberg, 'Zorg en recht in de kinder- en jeugdpsychiatrie', *Recht der Werkelijkheid* 2010, 3.

Dörenberg 2011a

V.E.T. Dörenberg, 'Het Wetsvoorstel verplichte geestelijke gezondheidszorg', *Tijdschrift voor Gezondheidsrecht* 2011, 4.

Dörenberg 2011b

V.E.T. Dörenberg, 'Harmonisatie in de jeugdzorg', *FJR* 2011, 26.

De Groot 2013

B.J. de Groot, 'Overeenstemming over de instemming', *FJR* 2013, 27.

Legemaate 2005

J. Legemaate, 'De zaak H.L. tegen het Verenigd Koninkrijk: het Europese Hof over vrijheidsbeneming', *Tijdschrift voor Gezondheidsrecht* 2005, 3.

Liefwaard 2006

T. Liefwaard, 'Rechtspositieregeling gesloten jeugdzorg: een flinke stap terug!', *FJR* 2006, 96.

Liefwaard 2008b

T. Liefwaard, 'Haastige spoed, zelden goed', *FJR* 2008, 23.

Sol & Ros 2006

D. Sol & P. Ros, 'Is de (rechts)positie van de minderjarige in de nieuwe Wet op de jeugdzorg daadwerkelijk verbeterd?', *AA* 2006, 4.

Vermunt-van den Heuvel, Jansen & De Koning 2009

L. Vermunt-van den Heuvel, L. Jansen & P. de Koning, 'Wijziging van de Wet BOPZ: Bezint eer gij begint', *NJB* 2009, 232.

Widdershoven 2009

T.P. Widdershoven, 'Opvolger Wet Bopz: goed op weg, maar we zijn er nog niet', *Tijdschrift voor Gezondheidsrecht* 2009, 3.

Wissink & Asscher 2012

I. Wissink & J. Asscher, 'Jeugdrecht en jeugdbescherming', *DD* 2012, 71.

Rapportages

De Groot & Donker 2002

C. de Groot & M. Donker, *Evaluatie Wet bijzondere opnemingen in psychiatrische ziekenhuizen. Deelonderzoek 6: De Wet Bopz in de kinder- en jeugdpsychiatrie*, Den Haag: ZonMw 2002.

Liefaard 2010

T. Liefaard, 'De juridische grondslag van de beschermde opvang', in: M.H.C. Kromhout e.a., *Tussen beheersing en begeleiding. Een evaluatie van de pilot 'beschermde opvang risico-AMV's'*, Den Haag: Cahier 2010 (WODC-onderzoek).

Ministerie van VWS 1996

Evaluatiecommissie Wet bijzondere opnemingen in psychiatrische ziekenhuizen, Wet Bopz Evaluatierapport : Tussen invoering en praktijk, Rijswijk: Ministerie van VWS 1996.

Ministerie van VWS 2007

Rapport van de derde Evaluatiecommissie van de Wet Bijzondere opnemingen in psychiatrische ziekenhuizen. 1. Evaluatierapport: voortschrijdende inzichten..., Den Haag: Ministerie van VWS 2007.

Uitspraken

EHRM 18 juni 1971, nr. 2832/66; 2835/66; 2899/66 (*De Wilde, Ooms and Versyp v. Belgium*).

EHRM 8 juni 1976, nr. 5100/71; 5101/71; 5102/71; 5354/72; 5370/72 (*Engel and others v. The Netherlands*).

EHRM 24 oktober 1979, nr. 6301/73 (*Winterwerp v. The Netherlands*).

EHRM 14 december 1979, nr. 8500/79 (*X v. Switzerland*).

EHRM 6 november 1980, nr. 7367/76 (*Guzzardi v. Italy*).

EHRM 5 november 1981, nr. 7215/75 (*X v. The United Kingdom*).

EHRM 28 mei 1985, nr. 8225/78 (*Ashingdane v. The United Kingdom*).

EHRM 21 oktober 1986, nr. 9862/82 (*Sanchez-Reisse v. Switzerland*).

EHRM 2 maart 1987, nr. 9787/82 (*Weeks v. The United Kingdom*).

EHRM, 29 februari 1988, nr. 9106/80 (*Bouamar v. België*).

EHRM 28 november 1988, nr. 10929/84 (*Nielsen v. Denmark*).

EHRM 26 september 1997, nr. 19800/92 (*R.M.D. v. Switzerland*).

EHRM 24 oktober 1997, nr. 22520/93 (*Johnson v. The United Kingdom*).

EHRM 4 april 2000, nr. 26629/95 (*Witold Litwa v. Poland*).
EHRM 12 oktober 2000, nr. 33670/96 (*Koniarska v. The United Kingdom*).
EHRM 20 februari 2003, nr. 50272/99 (*Hutchinson Reid v. The United Kingdom*).
EHRM 8 juni 2004, nr. 40905/98 (*Hilda Hafsteindottir v. Iceland*).
EHRM 5 oktober 2004, nr. 45508/99 (*H.L. v. The United Kingdom*).
EHRM 18 september 2012, nr. 25119/09; 57877/09 (*James, Wells and Lee v. The United Kingdom*).

HR 21 februari 2003, *LJN AF3450*.

HR 16 oktober 2009, *LJN BK0342*.

HR 22 oktober 2010, *LJN BO1245*.

Hof 's-Gravenhage 26 maart 2009, *LJN BH9207*.

Hof Amsterdam 24 juli 2012, *LJN BX6053*.

Rb. Amsterdam 23 januari 2009, *LJN BH0778*.

Rb. 's-Hertogenbosch 27 februari 2009, *LJN BH4397*.

Kamerstukken

Handelingen II 2006/07, p. 4855-4891.

Kamerstukken II 1979/80, 11 270, nr. 3.

Kamerstukken II 1992/93, 22 855, nr. 3.

Kamerstukken II 1997/98, 25 763, nr. 1.

Kamerstukken II 2005/06, 30 644, nr. 3.

Kamerstukken II 2007/08, 30 644, nr. 27.

Kamerstukken II 2007/08, 31 245, nr. 2.

Kamerstukken II 2009/10, 32 399, nr. 2.

Kamerstukken II 2009/10, 32 399, nr. 3.

Regelgeving

General Comment No. 8, *Right to liberty and security of persons (art. 9)*, UN Doc. HRI/GEN/I/Rev.9 (Vol I), 30 juni 1982.

General Comment No. 5, *General measures of implementation of the Convention on the Rights of the Child*, UN Doc. CRC/GC/2003/5, 27 november 2003.

General Comment No. 12, *The right of the child to be heard*, UN Doc. CRC/C/GC/12, 20 juli 2009.

Websites

<http://www.burgemeesters.nl/wvggz>.

<http://www.dwangindezorg.nl/de-toekomst/meningen-en-ideeen-over-de-nieuwe-wet/consultatieronde-2012>.

<http://www.rijksoverheid.nl/onderwerpen/jeugdzorg/jeugdzorgplus>.

<http://www.zonmw.nl/nl/projecten/project-detail/thematische-wetsevaluatie-gedwongen-zorg-bij-jeugdigen-en-volwassen/samenvatting/>.