

ANNOTATIE

Commentaar bij HR 18 april 2014 (zaaknummer 13/04683)

R.E. Bakker

Annotatie bij Hoge Raad, 18-04-2014, ECLI:NL:HR:2014:951 (PFR-2014-0101)

Deze beschikking is interessant vanuit het oogpunt van de bestuursrechtelijke aspecten aan het civiele jeugdrecht. Als bestuursrechter, die ook vijf jaar als kinderrechter werkzaam is geweest, heeft de geringe mate waarin dit onderwerp zich in de belangstelling van kinderrechtshouders mag verheugen me altijd verbaasd. Temeer ook omdat de wetgever in beginsel vergaande consequenties verbindt aan het miskennen door Bureau Jeugdzorg (BJZ) van bestuursrechtelijke waarborgen in het kader van de procedure tot het, al dan niet in een gesloten setting, uit huis plaatsen van jeugdigen. Zo heeft de wetgever als ‘sanctie’ voor onrechtmatigheid van het indicatiebesluit dat tot de uithuisplaatsing strekt vooropgesteld dat de kinderrechter, door de machtiging niet te verlenen, het verzoek tot effectuering van dit besluit kan afwijzen. Zulks echter met dien verstande dat de kinderrechter, als instantie die uiteindelijk vaststelt of aan de wettelijke eisen voor uithuisplaatsing is voldaan, de machtiging toch kan verlenen en op andere wijze gevolgen kan verbinden aan tekortkomingen in het indicatiebesluit, bijvoorbeeld door de machtiging voor een kortere periode te verlenen dan op grond van het indicatiebesluit mogelijk zou zijn geweest. Hoe het ook zij, over het uitgangspunt dat de kinderrechter de rechtmatigheid van het indicatiebesluit moet beoordelen heeft de wetgever geen twijfel laten bestaan (zie *Kamerstukken II* 2001/02, 28168, nr. 3, p. 82; de aanvankelijk voorgestelde aanvulling op artikel 1:261 BW met de bevoegdheid tot vernietiging van het indicatiebesluit en de Derde nota van wijziging, waarbij die vernietigingsmogelijkheid werd ondergebracht in artikel 5 lid Wjz, en de toelichting hierop in *Kamerstukken II* 2002/03, 28168, nr. 10, p. 23). In de praktijk is deze regeling vrijwel een dode letter gebleken, wat in sommige gevallen tot uitwassen heeft geleid, zoals de werkwijze van

BJZ Gelderland, dat de betekenis van het tot uithuisplaatsing strekkende indicatiebesluit geheel uitholde door deze besluiten, in flagrante strijd met artikel 6 lid 1 onder c Wjz, voor onbepaalde tijd te verstrekken. Terecht heeft het Hof Arnhem met deze praktijk, die kennelijk de zegen van de Gelderse kinderrechtters had, korte metten gemaakt (ECLI:NL:GHARN:2012:BZ0258). In de nu te bespreken beschikking staat een ander bestuursrechtelijk aspect centraal, te weten de verklaring van de gedragswetenschapper die de instemmingsverklaring als bedoeld in artikel 29b lid 5 Wjz afgeeft (hierna: de gedragswetenschapper). In zijn beschikking komt de Hoge Raad tot het oordeel dat artikel 5 EVRM zich er niet tegen verzet dat de instemmingsverklaring wordt afgegeven door een gedragswetenschapper die bij BJZ in dienst is. Ter motivering van dit oordeel heeft de Hoge Raad verwezen naar de rechtspraak van het EHRM over de advisering met betrekking tot het al dan niet verlengen van de maatregel van terbeschikkingstelling door deskundigen die werkzaam zijn in de kliniek waarin de betrokkene wordt verpleegd (EHRM 6 januari 2005, appl. no. 5379/02 (*Nakach/Nederland*)). Mij overtuigt deze argumentatie niet. In onderdeel 2.7 van zijn conclusie (ECLI:NL:PHR:2014:199) merkt de A-G terecht op dat de wijze waarop het onderzoek van de gedragswetenschapper wordt uitgevoerd en gerapporteerd omlijnd is door de normen en gebruiken van de desbetreffende beroepsgroep of tak van wetenschap. Mijn ervaring is dat die normen en gebruiken soms ernstig botsen met de normen die gelden voor een zorgvuldige rechterlijke procedure. Zo heb ik door gedragswetenschappers herhaaldelijk de stelling horen verdedigen dat het de zorgvuldigheid ten goede komt als de instemmingsverklaring wordt opgesteld door een gedragswetenschapper die bij de behandeling van de minderjarige betrokken was. In concrete zaken wordt duidelijk tot welke wrange consequenties deze praktijk kan leiden. Ik verwijs naar ECLI:NL:RBROT:2008:BG5795 en ECLI:NL:RBMAA:2011:BU3427, waarin de 'voorkennis' van de gedragswetenschapper tot uiterst gekleurde en voor de jeugdige kwetsende verklaringen leidde. Mijns inziens zou een regeling overeenkomstig de Wet Bopz, volgens welke het verzoek om gedwongen opname in een psychiatrisch ziekenhuis dient te berusten op een geneeskundige verklaring afkomstig van een psychiater die niet bij de behandeling van de desbetreffende patiënt betrokken is, verre de voorkeur verdienen. Ook in ander opzicht komen de aan de instemmingsverklaring te stellen zorgvuldigheidseisen er in deze beschikking nogal bekaaid vanaf. Op zichzelf deel ik de in de rechtsoverwegingen 3.4.6 en 3.4.7 vermelde conclusies dat de gedragswetenschapper, louter op grond van de aldaar vermelde wettelijke bepalingen en overwegingen, - niet verplicht is om bij zijn onderzoek partijen in de gelegenheid te stellen opmerkingen te maken en verzoeken te doen; - niet op de voet van artikel 3:2 Awb gehouden is om bij de voorbereiding van de instemmingsverklaring de nodige kennis omtrent de relevante feiten en de af te wegen belangen te vergaren; - niet verplicht is om voorafgaand aan het afgeven van zijn instemmingsverklaring de jeugdige op de voet van artikel 4:8 lid 1 Awb in verbinding met

artikel 4:9 Awb in de gelegenheid te stellen zijn zienswijze schriftelijk of mondeling naar voren te brengen; - en niet kan worden aangemerkt als een adviseur in de zin van artikel 3:5 Awb, die belast is met het adviseren inzake het door BJZ te nemen besluit. In cassatie is er evenwel ook over geklaagd dat het hof verzuimd heeft de wijze waarop de verklaring van de gedragswetenschapper tot stand is komen te toetsen aan de eisen van artikel 5 EVRM. In dat verband is relevant dat in de geschiedenis van de totstandkoming van de 'Wet tot wijziging van de Wet op de jeugdzorg met betrekking tot jeugdzorg waarop aanspraak bestaat ingevolge de Wet in gesloten setting (gesloten jeugdzorg)' in het licht van de uit artikel 5 EVRM voortvloeiende eisen is benadrukt dat in de combinatie van het indicatiebesluit en de instemmingsverklaring van de gedragswetenschapper een belangrijke waarborg is gelegen, in die zin dat deze documenten tezamen de kinderrechter in staat moeten stellen een beslissing over het verzoek tot gesloten plaatsing te nemen (*Kamerstukken II 2006/07*, 30644, nr. 7, p. 3 en *Kamerstukken I 2007/08*, 30644 D, p. 5; zie ook ECLI:NL:GHSGR:2008:BE9979). Het indicatiebesluit en de instemmingsverklaring tezamen fungeren aldus als een advies aan de kinderrechter. Dit brengt de kinderrechter feitelijk in een positie die met die van de bestuursrechter is te vergelijken. Gelet op het, volgens de wetgever, mede op grond van artikel 5 EVRM, aan dit advies toe te schrijven waarborgkarakter, ligt het op de weg van de kinderrechters dit waarborgkarakter nader concrete vorm te geven. In de gepubliceerde rechtspraak zijn hier vooralsnog mondjesmaat voorbeelden van te vinden (zie bijv. ECLI:NL:RBZLY:2008:BG8871 en ECLI:NL:RBMAA:2010:BM7024). Het zou niet goed zijn als de hier besproken beschikking als een beletsel zou worden gezien voor een verdere invulling van de aan het indicatiebesluit (en in de toekomst het besluit van het college van B&W) en de instemmingsverklaring te stellen eisen.