

Het belang van het kind

onderzoek naar het gebruik van het argument 'het is in het belang van het kind' in
jeugdbeschermingzaken

Rian Goossens

Inhoudsopgave

Het argument 'in het belang van het kind'	3
Inleiding.....	3
1. De Nederlandse situatie.....	5
1.1 Inleiding.....	5
1.2. De Wet.....	5
1.3 De Jeugdzorg	7
2. In het belang van het kind: het argument in de praktijk	9
2.1 Inleiding.....	9
2.2 Het jonge kind	9
2.3 De jeugdige.....	10
2.4 De ouders.....	12
2.5 De Staat	17
2.6 Vooronderstellingen op grond van de praktijkvoorbeelden	17
2.7 Het argument	18
3. Belang en Schade	20
3.1 Inleiding.....	20
3.2 Schade.....	21
3.3 Belang.....	28
3.4 Publiek belang en belang als politiek argument	34
3.5 Conclusie van dit hoofdstuk	35
4. Welzijnsbelangen	38
4.1 Inleiding.....	38
4.2 Een definitie van welzijn	39
4.3 Basic needs en primary social goods	43
4.4 Minimum welzijn principe	44
4.5 Ontwikkelingscriteria	46
4.6 Overige welzijnsbelangen.....	46
4.7 Conclusie van dit hoofdstuk	47
5. Welzijnsbelangen en het schadeprincipe gecombineerd	49
5.1 Criteria.....	49
5.2 Welzijnsbelangen gerelateerd aan basisbehoeften en verwachtingen die <i>aantoonbaar</i> worden geschaad.....	50
5.3 Waardegerelateerde welzijnsbelangen.....	52
5.4 Specifieke welzijnsbelangen.....	54
5.5 Best Interests of the Child (BIC)	54
5.6 De eerste casus.....	57
5.7 Conclusie van dit hoofdstuk	59
6. Conclusie.....	60
Literatuur.....	63

Het argument 'in het belang van het kind'

Inleiding

"Het is in het belang van het kind" is een veelgebruikt argument wanneer we ons handelen tegenover kinderen of ouders willen rechtvaardigen. Soms is het volstrekt duidelijk om welk belang van het kind het gaat en duidelijk welk handelen hier gerechtvaardigd wordt. En dan kunnen we al dan niet met het argument instemmen. Maar in veel meer gevallen is het onduidelijk op welk belang van het kind gedoeld wordt, noch is helder welk handelen ter discussie staat. Dit onderzoek wil een kritische kanttekening plaatsen bij de verschillende manieren waarop het argument 'in het belang van het kind' wordt ingezet in rechtszaken die de bescherming van het kind betreffen. Dat betekent dat eerst wordt onderzocht hoe het argument wordt ingezet. Dat is geen uitputtend onderzoek, maar de uitgelichte zaken zijn exemplarisch voor onhelder gebruik van het argument. Vervolgens wordt nagegaan of er zich een belangendomein laat aftekenen, dat ondubbelzinnig beschermd dient te worden.

Het doel is dat de lezer, wanneer hij of zij stuit op de zinsnede 'het is in het belang van het kind', zich realiseert dat het argument slechts geldig is wanneer helder is om welk belang van welk kind het gaat, welk belang bescherming behoeft. Vervolgens kan men zich afvragen of het argument een interventie rechtvaardigt.

De aanleiding tot deze verkenning is het veelvuldig gebruik van het argument 'het is in het belang van het kind' in de jeugdbeschermingszaken. 'Het belang' blijft daarbij vaak een algemene term. Welk belang van het kind is aan de orde als besloten wordt dat het kind voor altijd bij de pleegouders blijft en welk belang van het kind heeft men op het oog wanneer het kind vanuit het pleeggezin terug gaat naar de biologische ouder(s)? Wat geeft in belangenafwegingen de doorslag en is dat in het belang van het kind? En waarom wordt juist dit belang beschermd? Betrokkenen ter zake hebben ten minste recht op een duidelijke uitleg van redenen waarom een maatregel wordt opgelegd. Toch werkt dit argument als haarlemmer olie.

Een achterliggende vraag is of argument 'het is in het belang van het kind' ter rechtvaardiging van een interventie niet te veel ruimte biedt aan beoordelaars, of anders gezegd, wordt de grond voor een maatregel niet te breed? Het domein van belangen is immers oneindig. Leidt een 'brede opvatting over te beschermen belangen van kinderen' naar een paternalistische overheid, die steeds meer redenen heeft om te interveniëren? Een interventie kan leiden tot een uithuisplaatsing, waarvan men zich kan afvragen of de samenleving in staat is om een goed alternatief voor de gezinssituatie te bieden.

Bovenstaande neemt niet weg dat er opvoedingssituaties zijn, waarbij grenzen worden overschreden en waarbij ingrijpen noodzakelijk is. Mijn punt is dat gezinsinterventies niet gerechtvaardigd kunnen worden door een argument als 'het is in het belang van het kind',

daarvoor is het argument te vaag. Een degelijke onderbouwing van het argument en een heldere communicatie met betrokkenen is essentieel. Ter illustratie heb ik voor deze studie een aantal uitspraken van rechters geselecteerd, waarin in het argument 'het belang van het kind' gebruikt werd. Het gaat niet zo zeer om het beoordelen van gerechtelijke uitspraken, maar om de constatering dat het argument 'het is in het belang van het kind' zonder verdere specificatie het handelen en ingrijpen in gezinnen lijkt te rechtvaardigen. Noch betekent dit dat ik het niet eens ben met het toepassen van jeugdbeschermingsmaatregelen. Dit is in sommige gevallen heel hard nodig. Toch zal in elke zaak moeten worden aangetoond welke belangen op het spel staan.

Niet elk belang van het kind kan worden beschermd. Elk kind loopt in zijn jeugd schade op waartegen het niet had *kunnen* worden beschermd. De centrale vraag van dit onderzoek is of er binnen het immense en gevarieerde domein van belangen zich een categorie van belangen laat aanwijzen die zonder enige twijfel beschermd dienen te worden. Welke belangen staan op het spel wanneer we over jeugdbescherming praten. Welke belangen kunnen wij, willen wij en moeten wij beschermen. Het is belangrijk om duidelijk te communiceren over de waarden en normen die de samenleving hanteert bij het beslissen over interventies in gezinnen.

Om meer zicht te krijgen op de belangensfeer waar het in de jeugdbescherming om gaat, volg ik de methode van de conceptuele analyse. Drie concepten staan centraal: het begrip *belang*, het begrip *schade* en het begrip *welzijn*. Ik onderzoek hoe deze begrippen worden geïnterpreteerd - steeds in het kader van het beschermen van jeugdigen - en vraag mij vervolgens af of de deze interpretaties kunnen leiden tot een meer afgebakend domein van belangen of dat er een oriëntatiepunt zichtbaar wordt. Wat willen wij beschermen en waarom? Deze studie legt tevens het verband bloot tussen de belangen die beschermd *zouden moeten worden*, de *morele plicht die wij ervaren* om deze belangen ook daadwerkelijk te beschermen en de *mogelijkheden* die de staat creëert of kan creëren om de belangen te beschermen.

In hoofdstuk 1 beschrijf ik de Nederlandse situatie en met name de (juridische) context waarbinnen jeugdbeschermingzaken zich afspelen. In hoofdstuk 2 tracht ik de lezer alert te maken op het gebruik van het argument 'het is in het belang van het kind' door vijf casussen te presenteren. In hoofdstuk 3 analyseer ik de begrippen 'belang' en 'schade' in algemene zin. Op grond van de conclusie dat in het argument "het is in het belang van het kind" de term 'belang' verwijst naar welzijnsbelangen, is de volgende stap de analyse van het begrip 'welzijn'. In hoofdstuk 4 wordt het begrip 'welzijn' nader geanalyseerd met het doel criteria te vinden waardoor een categorie welzijnsbelangen vast te stellen is die dient te worden beschermd. In hoofdstuk 5 combineer ik de criteria die ik vond door analyse van het begrip schade met de criteria die hoofdstuk 4 opleverde. Zo kom ik tot een subcategorie van welzijnsbelangen die de focus zijn in jeugdbeschermingzaken. De conclusie volgt in hoofdstuk 6.

1. De Nederlandse situatie

1.1 Inleiding

Zoals in de inleiding reeds aangegeven, ga ik bij dit schrijven uit van het belang van het kind in de Nederlandse situatie. Wij kennen van oudsher een christelijke traditie. Hoewel de geschiedenis van de Republiek der Nederlanden zijn oorsprong heeft in een vrijheid-van-godsdienstoorlog, wil dat niet zeggen dat de vigerende religies geen invloed op ons staatsbestel hebben gehad. We kenden een overwegend protestante (verdeeld in 144 kerkgenootschappen) bevolkingsgroep boven de rivieren en een Rooms-Katholieke bevolking in het Zuiden des lands. De levensovertuigingen van de politici beïnvloedden – uiteraard - de politiek, men kwam daar openlijk voor uit en rekende op de steun van dat deel van de bevolking. Vanaf het begin van de 19^e eeuw vindt ook het liberalisme zijn weg naar de Lage Landen, wat mede leidt tot de omwenteling van 1848, het jaar waarin de monarch een deel van zijn bevoegdheden afstaat ten gunste van het parlement en waarin de grondwet tot stand komt. In de grondwet vinden wij de liberale principes terug. De invloed van de socialistische partijen heeft daar niet veel aan veranderd. Wellicht dat bij de uitvoering en handhaving van de grondwettelijk geregelde afspraken meer nadruk is gelegd op het distributie- en gelijkheidsprincipe, dan dat zonder het socialisme het geval zou zijn geweest. Een van de kenmerken van het Nederland van nu is de poldercultuur, wat wil zeggen dat men door consensus conflicten tracht op te lossen.

Bij mijn onderzoek baseer ik mij grotendeels op inzichten van Mill, Feinberg en Rawls. Politiek-filosofisch gezien zijn zij vertegenwoordigers van het liberalisme. Behalve mijn voorkeur voor de filosofische positie van Rawls, meen ik dat zijn theorie –Political Liberalism- goed aansluit bij de hedendaagse Nederlandse situatie. Bovendien lijkt zijn model van *overlapping consensus* de beste mogelijkheden te bieden om de vraagstukken waar de samenleving mee te maken heeft, een stap verder te brengen.

1.2. De Wet

In het Burgerlijk Wetboek, Boek 1, artikel 247 staat te lezen wat in Nederland onder het opvoeden wordt verstaan:

Onder verzorging en opvoeding worden mede verstaan de zorg en de verantwoordelijkheid voor het geestelijk en lichamelijk welzijn en de veiligheid van het kind alsmede het bevorderen van de ontwikkeling van zijn persoonlijkheid. In de verzorging en opvoeding van het kind passen de ouders geen geestelijk of lichamelijk geweld of enige andere vernederende behandeling toe.

Het beschermen van jeugdigen is geregeld in het Burgerlijk Wetboek, boek 1, artikel 254:

Indien een minderjarige zodanig opgroeit, dat zijn zedelijke of geestelijke belangen of zijn gezondheid ernstig worden bedreigd, en andere middelen ter afwendig van deze bedreiging hebben gefaald of, naar is te voorzien, zullen falen, kan de kinderrechter hem onder toezicht stellen van een stichting als bedoeld in artikel 1, onder f, van de Wet op de jeugdzorg.

De Nederlandse Staat heeft het Internationaal Verdrag voor de Rechten van het Kind geratificeerd. Voor dit onderzoek is vooral artikel 3 interessant:

Artikel 3 1. Bij alle maatregelen betreffende kinderen, ongeacht of deze worden genomen door openbare of particuliere instellingen voor maatschappelijk welzijn of door rechterlijke instanties, bestuurlijke autoriteiten of wetgevende lichamen, vormen de belangen van het kind de eerste overweging. 2. De Staten die partij zijn, verbinden zich ertoe het kind te verzekeren van de bescherming en de zorg die nodig zijn voor zijn of haar welzijn, rekening houdend met de rechten en plichten van zijn of haar ouders, wettige voogden of anderen die wettelijk verantwoordelijk voor het kind zijn, en nemen hiertoe alle passende wettelijke en bestuurlijke maatregelen. 3. De Staten die partij zijn, waarborgen dat de instellingen, diensten en voorzieningen die verantwoordelijk zijn voor de zorg voor of de bescherming van kinderen voldoen aan de door de bevoegde autoriteiten vastgestelde normen, met name ten aanzien van de veiligheid, de gezondheid, het aantal personeelsleden en hun geschiktheid, alsmede bevoegd toezicht.

In dit artikel wordt gesteld bij alle te nemen maatregelen die genomen worden door instanties betreffende kinderen, het belang van het kind de eerste overweging vormt. De vraag is of IVRK artikel 3 het oneigenlijk gebruik van het argument 'in het belang van het kind' niet in de hand werkt. In de gerechtelijke uitspraken zien we een toename van het gebruik van het argument. In de jaren 2002 en 2003 betrof dat 76 uitspraken, in de jaren 2004 en 2005 waren dat er 128 en in de laatste twee jaar, 2006 en 2007 ging het om 243 uitspraken¹. Wanneer de wetgever onderhavig argument onbetwist op de eerste plaats stelt, dan is het logisch dat het daar waar maar mogelijk ingezet wordt. Het argument heeft wat dat betreft onbeperkte mogelijkheden. Dat de magistratuur daar niet mee uit de voeten kan, blijkt uit de volgende uitspraak van de Raad van State:

IVRK / directe werking art. 2 De Afdeling verstaat de woorden "de eerste overweging" in artikel 3, eerste lid, van het IVRK, mede in aanmerking genomen de bewoordingen in de Engelse versie -"a primary consideration"- zo dat het belang van het kind een eerste overweging is, maar ruimte geeft voor het zwaarder laten wegen van andere belangen. Zoals zij eerder heeft overwogen (uitspraak van 13 september 2005 in zaak no. 200507132/1, AB 2005, 429) bevat deze verdragsbepaling, gelet op haar formulering, geen norm die vatbaar is voor rechtstreekse toepassing door de rechter, aangezien zij niet voldoende concreet is voor

¹ Zie www.rechtspraak.nl. Zoeken op 'het belang van het kind'. Geraadpleegd op 30 januari 2008.

zodanige toepassing en derhalve nadere uitwerking behoeft in nationale wet- en regelgeving².

In de inleiding van een uitgave van de Raad voor de Kinderbescherming³ wordt gewag gemaakt van de 'leegheid' van het begrip 'het belang van het kind'. De schrijvers stellen dat het belang van het kind weliswaar als een leidraad fungeert, maar

[T]egelijkertijd echter moeten we ook constateren dat 'het belang van het kind' een niet-gevuld begrip is en dat het een niet duidelijk omliggende reikwijdte kent. Het begrip is als het ware 'leeg' en wordt in elke situatie opnieuw 'ingevuld' door degene die een beslissing moet nemen. Daardoor kent de concretisering van het begrip een grote mate van subjectiviteit en intersubjectiviteit. Het is daarom een open begrip. Dat kan ook niet anders, voor zover het de wettelijke formulering betreft, omdat het bepalen van criteria, of welke belangen van het kind onvoldoende tot hun recht komen, niet in de wet is vast te leggen, omdat zij bij voortduring onderwerp zijn van debat en paradigmawisseling. De consequentie hiervan is dat het begrip breed toepasbaar is, multi-interpretabel en vanuit verschillende belangen wordt ingevuld. Het maakt derhalve verschil wie het belang van het kind behartigt (...). De inhoud wordt door volwassenen vastgesteld.

Belangen, gezondheid, veiligheid en ontwikkeling zijn sleutelwoorden in het denken over kinderen en hun context. Een toenemend aantal maatregelen die voortvloeien uit art. 1:254 BW, worden gerechtvaardigd door het argument 'in het belang van het kind', al dan niet aangespoord door art. 3a IVRK.

1.3 De Jeugdzorg

De jeugdzorg in Nederland bestaat uit verschillende instanties die zich met het welzijn van kinderen en jongeren bezighouden. Alle instanties worden door de overheid gefinancierd op voorwaarden die de overheid stelt, maar staan voor wat betreft de uitvoering *indirect* onder regie van de overheid. De Raad voor de Kinderbescherming vormt daarop een uitzondering. Zij is belast met het onderzoek wanneer er een vermoeden is van mishandeling of verwaarlozing van kinderen. De Raad valt direct onder het ministerie van Justitie. Zij stelt rapporten op en adviseert de kinderrechtter. De (kinder)rechtter beslist over het al dan niet nemen van maatregelen ter bescherming van het kind.

De instellingen die de maatregelen uitvoeren zijn de instellingen voor (gezins)voogdij. Wanneer een jeugdbeschermingsmaatregel eenmaal van kracht is, dient elke wijziging ter goedkeuring te

² LJN: AZ9524, Raad van State , 200604499/1

³ G. Cardol en W. Theunissen (2007.). p.10.

worden voorgelegd aan de rechter. Mochten de gronden voor een maatregel zijn opgeheven, dan kan de rechtbank worden verzocht het gezag te herstellen.

Wanneer een burger vermoedt dat er sprake is van kindermishandeling of verwaarlozing dan kan hij daarvan melding maken bij verschillende instanties (de huisarts, politie, Bureau Jeugdzorg, Advies- en Meldpunt Kindermishandeling). Verschillende beroepsgroepen hebben meldrecht in deze, maar dit recht verplaatst zich steeds meer richting een plicht. Wanneer een beroepskracht verzuimt om melding te maken van mishandeling, kan hij achteraf daarvoor ter verantwoording worden geroepen.

Een melding wordt altijd geverifieerd. Wanneer deze betrouwbaar is gebleken, volgt een onderzoek door de Raad van de Kinderbescherming. Wanneer het resultaat van het onderzoek daartoe aanleiding geeft, wordt de zaak aan de rechter voorgelegd.

Op grond van het raadsrapport beslist de rechter of het nodig is om een maatregel uit te spreken.

De uitvoering van de ondertoezichtstelling ligt bij de instelling voor gezinsvoogdij (een van de 15 bureaus jeugdzorg of een van de vier landelijk werkende instellingen, te weten het Leger des Heils, het NIDOS voor minderjarige asielzoekers, Stichting Gereformeerd Jeugdwerk en de William Schrikker Groep voor mensen met een licht verstandelijke beperking). Gedurende de ondertoezichtstelling dient voor elke wijziging van gezag of verblijfplaats toestemming te worden gevraagd aan de rechter.

Beëindiging van de maatregel vindt plaats wanneer de rechter bepaalt dat de gronden voor ondertoezichtstelling zijn opgeheven of wanneer de jeugdige 18 jaar is.

In het volgende hoofdstuk leg ik vijf casussen voor, die de lezer een kijkje in de wereld van de jeugdbescherming geven.

2. In het belang van het kind: het argument in de praktijk

2.1 Inleiding

Onderstaande casussen hebben zich in werkelijkheid afgespeeld. De citaten zijn overgenomen uit de uitspraak van de rechter. De vragen die de casussen bij mij oproepen heb ik vermeld in de toelichting en dienen om de lezer de gelegenheid te bieden zich een beeld te vormen van de variaties aan inhouden van het begrip 'belang' in het argument "het is in het belang van het kind". De geanonimiseerde motivatie van de rechter is letterlijk overgenomen uit het dossier (te vinden op www.rechtspraak.nl) en cursief afgedrukt. De zinsnede 'in het belang van het kind' in standaardlettertype weergegeven.

In de eerste hiernavolgende casus is van een melding nog geen sprake.

In het tweede, vierde en vijfde voorbeeld heeft het onderzoek van de Raad geleid tot een maatregel, namelijk een ondertoezichtstelling.

2.2 Het jonge kind

Voorbeeld 1

Moeder is een borderline⁴ patient. Zij is daarvoor onder behandeling van een psychiater en krijgt daarnaast licht ambulante hulp. Zij heeft een HBO-opleiding afgerond, is actief in het vrijwilligerswerk. Drie jaar geleden, zij was begin veertig, kreeg zij een zoon, vader onbekend. De opvoeding van het kind valt haar zwaar. Zij kan echter te allen tijde een beroep doen op haar moeder, die in de buurt woont. Op een dag gaat zij met haar driejarig zoontje naar de supermarkt. Daar aangekomen zet het kind het op een krijsen. Moeder maant het kind, belooft van alles, maar het kind houdt niet op met tegenstribbelen. Moeder kan het niet meer aanhoren en gaat met zoon naar de speeltuin. Daar laat ze het achter en om alsnog haar boodschappen doen. Na twee uur komt ze terug en vindt het kind bij een andere moeder op schoot⁵. Moeder vertelt dit verhaal zelf aan haar hulpverlener.

⁴ "Het meest kenmerkende van de borderline persoonlijkheidsstoornis (kortweg: BPS of borderline) zijn de sterke wisselingen in stemmingen, gedachten en gedrag. Mensen met borderline zijn enorm impulsief, denken vaak zwart-wit, reageren extreem. Relaties zijn moeilijk te onderhouden, en wisselen ook sterk. Ook de ideeën en gedachten die ze over zichzelf hebben, wisselen sterk". Informatie van het Trimbos Instituut: www.trimbos.nl d.d. 17 08 2008.

⁵ Ter bescherming van de privacy geen bronvermelding.

Deze casus nodigt uit om verschillende belangensferen te onderzoeken. Er is het eigen belang van de hulpverlener: hij zal zich moeten verantwoorden als het voorval zich herhaalt en niet goed afloopt. Er is het eigen belang van de oppassende moeder in de speeltuin, die zelf kinderen heeft die om zeven uur in bed moeten liggen en zich niet geroepen voelt om zich verder met dit geval te bemoeien. Er is het eigen belang van de moeder, die zielsveel van het kind houdt en hem voor geen prijs kwijt wil, maar niet in staat is bovenstaande situatie adequaat op te lossen: het kind is te jong om alleen achter te laten.

Wat is nu het belang van het kind? Het kind heeft geen last gehad van het incident, sterker, het kreeg zijn zin, hoefde niet mee boodschappen te doen en kon lekker spelen. Interessant is om te kijken of dit antwoord in een andere richting wijst dan het antwoord op de vraag of zijn zedelijke en geestelijke belangen of zijn gezondheid ernstig worden bedreigd (art. 1: 254 BW)? Men denke daarbij aan frequentie en herhaling: hoe vaak zich dergelijke toestanden voordoen en of er verbetering in de stoornis van moeder te bereiken valt. Stel dat we daar zicht op hebben, welke risico's op *schade* willen wij nemen? Geen enkele? Is dat reëel ten opzichte van een 'doorsnee'-moeder, bij wie misschien ook wel eens iets mis kan gaan?

De volgende vraag is *hoe* de staat voor de belangen van dit kind kan opkomen, gesteld dat de moeder (vrijwillig) of een van de betrokkenen zich meldt bij een instantie.

2.3 De jeugdige

Voorbeeld 2

Dit voorbeeld uit de praktijk van de jeugdbescherming speelt zich af in de rechtszaal. Een jeugdige (17 jaar) verweert zich met behulp van een advocaat tegen de eis van de voogdij-instelling tegen de eis hem te plaatsen in een gesloten jeugdinrichting. De jongen heeft een straf uitgezeten in een penitentiaire inrichting wegens afpersing en diefstal en de instelling wil hem aansluitend op zijn straf in een gesloten setting plaatsen.

In de laatste periode van de detentie heeft [het kind] softdrugs gebruikt en is hij begin december 2005 na een weekendverlof niet teruggekomen. [Het kind] heeft zich toen na ruim een week weer gemeld bij de [jeugdgevangenis]. Ook heeft hij de hem opgelegde taakstraf niet naar behoren verricht. Deze incidenten, gecombineerd met de aard van de gedragsproblematiek, de beperkingen van het ambulante behandeltraject, de meerwaarde van een behandeling in de [justitiële jeugdinrichting] en de behoefte van [het kind] aan een gestructureerde omgeving maken dat [de voogdij-instelling] zich op het standpunt stelt dat in het belang van [het kind] een machtiging tot uithuisplaatsing in een justitiële jeugdinrichting moet worden verleend. Daarbij komt dat [de voogdij-instelling] geen zicht heeft op de termijn waarbinnen een behandeling in ambulante kader (...) kan worden opgestart. Daartegenover staat dat ook geen duidelijkheid kan worden gegeven over de termijn waarbinnen de plaatsing in de [justitiële jeugdinrichting] zou kunnen worden gerealiseerd.

[Het kind] heeft erkend dat hij eenmaal gedurende de detentie softdrugs heeft gebruikt. Hij heeft daarbij aangegeven dat hij het niet op een urinecontrole heeft laten aankomen maar dat hij het drugsgebruik zelf heeft gemeld. Overigens is [het kind] buiten dit incident telkens schoon bevonden bij urinecontroles, ook in de afgelopen twee maanden. Ook heeft [het kind] erkend dat hij na een weekendverlof in december jongstleden niet ter insluiting is teruggekeerd naar het Poortje. Hij heeft verteld dat de detentie hem in die periode zwaar viel en hij als het ware een 'time-out' heeft genomen als gevolg van het feit dat hoewel zijn detentie bijna was afgelopen, hem door Bzj geen enkele duidelijkheid was gegeven over de plannen voor de periode na zijn detentie. Na ruim een week heeft hij zich gemeld bij de jeugdgevangenis. Daar is onmiddellijk een urinecontrole gehouden waarbij hij schoon bevonden is. Volgens [het kind] heeft hij in die week bij een vriend gelogeed en veel met zijn vriend gepraat en heeft hij verder gewoon computerspelletjes gespeeld. (...) [Het kind] heeft aangegeven gemotiveerd te zijn voor een behandeling vanuit de thuissituatie bij grootmoeder. Hij heeft gesproken met zijn mentor over een aanmelding voor een opleidingstraject. Ook heeft hij tijdens zijn straf een aantal certificaten en een diploma gehaald. [Het kind] wil graag aan zijn toekomst werken. Hij ziet in dat hij - wanneer zijn plaatsing in de jeugdgevangenis wordt beëindigd - zich nauwgezet dient te houden aan de aanwijzingen van de reclasseringsbegeleider en zegt te zullen voorkomen dat de voorwaardelijke strafmaatregel ten uitvoer zal worden gelegd⁶.

Hoewel de voogdij-instelling in haar argumentatie aanvoert de beperkende maatregelen in het belang van het kind te willen uitvoeren, heeft de jeugdige zelf een ander belang: hij wil meer vrijheid en bij zijn grootmoeder wonen. Met behulp van zijn advocaat lukt het om zijn belang te verdedigen en de rechter met argumenten te overtuigen (art.12 IVRK geeft het kind het recht om zijn mening te uiten in alle aangelegenheden (ook gerechtelijke) waarbij hij betrokken is) Hij stelt dat de werkelijkheid zoals deze door de voogdij-instelling wordt weergegeven, niet klopt met de werkelijkheid zoals hij deze heeft beleefd.

In deze casus beweert de vertegenwoordiger van de gezinsvoogdij-instelling dat *in het belang van de minderjarige* de machtiging tot uithuisplaatsing moet worden verleend. Er wordt verwezen naar de incidenten, gedragsproblematiek, beperkingen van de ambulante zorg en de behoefte van de jongen aan een gestructureerde omgeving.

Wat is 'in het belang van de minderjarige'? Is de instelling nog in de positie om dit argument te gebruiken nu de minderjarige zijn belangen zelf heeft geformuleerd en verdedigd? Stel dat de jongen in een gezinssituatie had verkeerd, dan zouden de ouders met goede argumenten moeten komen om gehoor te vinden. In elke opvoedingssituatie zal er ruimte gemaakt moeten worden

⁶ LJN: AV5263, Rechtbank Groningen, 83684/JE RK 05-780. Uithuisplaatsing, in dit geval een detentie, kan het gevolg zijn van problemen veroorzaakt door de jongere. Ondertoezichtstelling wordt dan met name uitgesproken, omdat de ouders niet in staat zijn de jongen adequaat te begeleiden.

voor de autonomie van de minderjarige als het om zijn belangen gaat, dat geldt ook voor de situatie waarin een gezinsvoogd het gezag heeft. Zijn belangen zijn zo langzamerhand zijn zaak. De instelling had zich duidelijker kunnen positioneren door haar zorg te uiten in termen van *mogelijke schade of risico* voor de jongeman of voor zijn grootmoeder.

2.4 De ouders

Voorbeeld 3

De volgende de uitspraak van de kantonrechter in Utrecht⁷ beroept zich op het onderhavige argument. Het betreft een zaak tegen de vader van een leerling van Iederwijsschool "De Ruimte" te Soest. De instelling voldoet niet aan een aantal normen van de Inspectie voor het Onderwijs, waardoor de school niet als school kan worden aangemerkt. Formeel volgt de leerling van deze school geen onderwijs, waardoor de ouders een strafbaar feit plegen. De ouders beroepen zich op artikel 23 van de Grondwet, waarin de vrijheid van onderwijs is geregeld. Het oordeel van de rechter valt negatief uit voor de ouders. De rechter motiveert haar uitspraak als volgt:

"Niemand mag het recht op onderwijs worden ontzegd. Bij de uitoefening van alle functies die de Staat in verband met de opvoeding en het onderwijs op zich neemt, eerbiedigt de Staat het recht van ouders om zich van die opvoeding en van dat onderwijs te verzekeren, die overeenstemmen met hun eigen godsdienstige en filosofische overtuigingen." (artikel 2 van het Eerste Protocol bij het EVRM - rg)

Artikel 2 Eerste Protocol EVRM sluit blijkens haar formulering, niet uit dat de Staat kwaliteitseisen mag stellen. De ouders zullen enige bemoeienis van de Staat moeten accepteren in het belang van hun kind.

Eenzijds kan men er vanuit gaan dat de ouders bij de schoolkeuze meenden het beste te hebben gekozen voor hun kind. De uitspraak van de rechter suggereert echter dat de ouders bij de schoolkeuze *niet* in het belang van het kind hebben gehandeld. Zij hadden rekening moeten houden met de kwaliteitseisen die de Staat stelt aan onderwijsinstellingen.

Zoals de rechter het formuleert, lijkt het alsof de ouders geen rekening hebben gehouden met het belang van het kind. De Staat, volgens de rechter, doet dat wel en corrigeert de ouders in het belang van het kind.

Wat is het belang van het kind?

Wat is het belang van het kind volgens de ouders?

En tot slot, wat is het belang van het kind volgens de Staat?

De ruimte die de overheid in de persoon van de rechter neemt door het gebruik van het argument 'het is in het belang van het kind' is opvallend. Met evenveel overtuiging zou de rechter kunnen

⁷ BA5889, Rechtbank Utrecht, 16/402149-06

beweren dat het in het belang van het kind is, wanneer de Staat de autonomie van de ouders respecteert. Autonomie is immers een uitgangspunt van onze samenleving. 'Het is in het belang van het kind' wordt hier als autoriteitsargument ingezet en verzwaart het gewicht van kwaliteitseisen zonder dat duidelijk is, hoe deze het belang van het kind dienen.

Voorbeeld 4

De volgende zaak in hoger beroep speelt voor het Gerechtshof 's Hertogenbosch⁸.

Een moeder verzoekt de machtiging tot uithuisplaatsing van haar dochter met onmiddellijke ingang in te trekken. Het gaat om de vijfjarige Anna (voor een fictieve naam gekozen om de leesbaarheid te bevorderen). De weergave van de griffier is hieronder verkort weergegeven.

De moeder is sinds 1999 bekend bij de crisisdienst met haar psychiatrische problemen. Ten tijde van de geboorte van Anna verbleef de moeder op grond van een inbewaringstelling op een psychiatrische afdeling van een ziekenhuis.

Nadat bleek dat de moeder gezien haar psychische gesteldheid niet in staat was voor het kind te zorgen is Anna in een crisisopvanggezin geplaatst. De rechtbank heeft een machtiging verleend tot (spoed)uithuisplaatsing. Aanvankelijk leek een netwerkplaatsing (bij een gezin in de sociale omgeving van de moeder-rg) mogelijk te zijn doch deze bleek uiteindelijk niet te realiseren. Anna wordt in een pleeggezin geplaatst op grote afstand van moeder. Anna reageerde heftig op het vertrek uit het crisisopvanggezin waar zij anderhalf jaar verbleef. Gedurende ruim drie jaar verblijft Anna nu in het pleeggezin. Bij de bestreden beschikking is de ondertoezichtstelling verlengd en tevens de machtiging tot uithuisplaatsing tot het einde van de ondertoezichtstelling.

De moeder stelt dat de uithuisplaatsing volgens de wet een tijdelijke maatregel is waarbij het doel is terugplaatsing bij de biologische ouder. De moeder moet in staat zijn het kind op te voeden en te verzorgen en een en ander moet in het belang van het kind zijn. De moeder meent dat aan beide voorwaarden wordt voldaan. De moeder erkent dat zij ten tijde van de geboorte van Anna zodanige psychische problemen had dat zij niet in staat was om zelf voor haar kind te zorgen. Inmiddels is de situatie van de moeder sterk verbeterd. Sinds 1 mei 2004 woont zij zelfstandig en is zij volledig geïntegreerd in de samenleving. Er zijn derhalve geen contra-indicaties meer voor plaatsing van Anna bij de moeder. De moeder begrijpt dat dit geleidelijk aan zal moeten gebeuren. Door de ondertoezichtstelling te handhaven kan een goede begeleiding van dit proces verzekerd worden.

De moeder stelt niet ter discussie dat Anna het naar haar zin heeft in het pleeggezin doch stelt uitdrukkelijk dat de hechting aan het pleeggezin niet van doorslaggevende betekenis kan zijn bij het tegenhouden van de plaatsing van Anna bij de moeder. Dat er geen ouder-kind relatie bestaat tussen de moeder en Anna is volgens de moeder ook niet vreemd nu zij

⁸ LJN: AZ6531, Gerechtshof 's-Hertogenbosch , R200600976

daartoe maar weinig gelegenheid heeft gehad. Er is sinds oktober 2004 sprake van weekendbezoeken waarvan de frequentie momenteel 1 keer per maand is. Deze bezoeken verlopen goed.

Ter zitting is hier door de advocaat van de moeder aan toegevoegd dat de stichting pas in januari 2005 aan de moeder aangaf dat Anna niet meer bij de moeder zou komen wonen, terwijl in november 2004 nog aangegeven werd dat het toekomstperspectief niet duidelijk was. De moeder stelt graag zelf voor het kind te willen zorgen, samen met haar moeder en zus. Zij voelt zich daartoe in staat. Zij gaat er van uit dat Anna in het begin wel terug zal verlangen naar het pleeggezin doch dat, indien de overgang geleidelijk zal plaatsvinden, ze wel snel bij de moeder gewend zal zijn.

De voogdij-instelling heeft in haar verweerschrift aangegeven dat er geen sprake is van terugplaatsing bij de moeder nu Anna nimmer bij haar moeder gewoond heeft. Pas begin 2004 zijn er contacten tussen de moeder en Anna geweest die de stichting enig vertrouwen gaven. Tot dat moment was er gezien de psychische toestand van de moeder geen sprake van enige relatie tussen moeder en kind. De psychische toestand van de moeder maakte dat de hulpverlening niet met haar in gesprek kon gaan over Anna. Een plan van aanpak gericht op het mogelijk maken van plaatsing bij de moeder is nooit aan de orde geweest. De stichting is van mening dat de positieve verandering in de situatie van de moeder van groot belang is voor Anna, omdat het daardoor mogelijk wordt dat tussen beiden een band wordt opgebouwd. Het is echter niet in het belang van Anna om haar bij de moeder te plaatsen nu dat zou betekenen dat voor de tweede maal wordt gescheiden van haar opvoeders, aan wie zij zich inmiddels gehecht heeft en alwaar zij zich goed ontwikkelt.

De instelling wijst er in haar verweer op dat er aanvankelijk ten aanzien van Anna op geestelijk vlak grote zorgen waren; ze hilde veel, was zeer ernstig, vlak, lachte nauwelijks en maakte geen oogcontact. Gelukkig zijn de sombere prognoses ten aanzien van haar ontwikkeling niet bewaarheid geworden. Er bestaat nu een duidelijke ouder-kind relatie tussen Anna en haar pleegouders. Beide pleegouders zijn in staat het nu nog moeilijke gedrag van Anna te hanteren. Anna ervaart veiligheid bij haar pleegouders die een constante factor zijn in haar leven en haar primaire opvoeders zijn. Opnieuw verbreken van dit proces kan ernstige consequenties hebben. Overigens meent de stichting dat het in het belang van alle betrokkenen is dat er duidelijkheid komt ten aanzien van de plek waar Anna zal opgroeien. Wel is volgens de psychiater is het in het belang voor de ontwikkeling dat een kind zo mogelijk een reële band met de biologische ouder kan ontwikkelen. Maar van terugkeer naar huis is geen sprake.

Het hof is gelet op de stukken en hetgeen ter zitting naar voren is gebracht van oordeel dat de rechtbank het besluit om tot verlenging van de machtiging tot uithuisplaatsing over te gaan, zeer uitvoerig en helder heeft gemotiveerd. Ter terechtzitting in hoger beroep zijn geen feiten of omstandigheden naar voren gekomen die het hof aanleiding geven tot een andere

beslissing dan die de rechtbank heeft genomen. Het hof kan zich vinden in de beschikking van de rechtbank en acht deze op goede gronden genomen, welke gronden het hof overneemt. Gelet op de leeftijd van Anna en het feit dat zij inmiddels bijna 4 jaar in het pleeggezin verblijft en daar gehecht is, acht het hof het in het belang van haar verzorging en opvoeding dat die plaatsing wordt gecontinueerd en is plaatsing bij de moeder in dit geval geen reële mogelijkheid. Het is in het belang van Anna en alle betrokkenen dat er duidelijkheid komt over de juridische positie van de moeder. Het hof benadrukt daarbij wel dat een goed contact tussen de moeder en Anna van groot belang is voor de ontwikkeling van het kind en derhalve gewaarborgd moet worden.

Het hof stelt het belang van continuïteit in de opvoedingssituatie boven het belang dat het kind heeft in hereniging met de biologische moeder, ofwel terugplaatsing. Bij een terugplaatsing geldt evenzeer de afweging of de gronden van art.1:254 BW aan de orde zijn, dat wil zeggen: is er sprake van een bedreiging van de zedelijke en geestelijke belangen of van de gezondheid in de oorspronkelijke situatie (bij de biologische moeder) en zullen de middelen falen die de bedreiging moeten afwenden? Het gaat om het inschatten van risico's en wat er gedaan moet worden om de kans op schade te verkleinen.

De moeder lijkt een reële kijk op haar omstandigheden te hebben en heeft haar moeder en zus ingeschakeld om de opvoeding van haar kind tot een goed einde te brengen. De rechter acht het echter in het belang van kind de huidige situatie te continueren. Of de rechtsnorm hiermee voldoende aan de orde is gekomen, is de vraag. Heeft de rechter voldoende beargumenteerd dat terugkeer naar huis een bedreigende situatie inhoudt? Bovendien wordt als hoofdmotief aangevoerd het feit dat Anna een traumatische ervaring achter de rug heeft door de wisseling van pleegouders. Dat is niet op het conto van de moeder te schrijven. Daarom is een eventueel schadelijke situatie niet het feit dat het bij de biologische moeder niet veilig zou zijn, maar de ervaring van Anna, die maakt dat zij niet meer teruggeplaatst kan worden.

Deze uitspraak wil ik afzetten tegen een tweede, waarin de rechter juist beslist om het kind te terug te plaatsen, althans in een zogenaamd 'netwerkpleeggezin' in de buurt bij haar biologische moeder. Ook in deze situatie was het kind inmiddels gehecht in het pleeggezin.

Voorbeeld 5

Voor de rechtbank te Groningen⁹ speelde een zaak waarbij het *in het belang van het kind is*, dat de plaatsing bij het pleeggezin beëindigd wordt, teneinde het kind te plaatsen bij oom en tante, die in de naaste omgeving van vader en moeder wonen. Moeder heeft een verstandelijke beperking, waardoor zij niet voor het kind kan zorgen.

⁹ LJN: AV9505, Rechtbank Groningen , 82158/FA RK 05-605

De pleegouders zijn van mening dat het kind bij hen goed op haar plek is. "Ze heeft een goede ontwikkeling doorgemaakt. Ze moet niet telkens worden verplaatst. We zien wel dat de loyaliteit bij haar een probleem is. Er moet voor haar duidelijkheid komen over bij wie ze verder gaat opgroeien. We hebben er wel vertrouwen in dat oom en tante voor haar een warm nest is. Maar bij ons is ze ook gehecht en wij zijn gehecht aan haar".

Oom en tante worden gesteund door het psychologisch rapport. "Het zou voor ons nichtje mooi zijn dat ze bij haar broer en haar familie kan wonen. We hebben niet aan haar getrokken. We proberen al jaren om het kind in ons gezin te krijgen maar hebben dat naar haar toe nooit geuit. We hebben steeds naar haar aangegeven dat ze het goed heeft in het pleeggezin en dat dat haar woonplek is. Zij heeft het er zelf moeilijk mee dat ze niet bij ons kan wonen. Die keuze moet voor haar gemaakt worden. Wij vinden het voor haar identiteitsontwikkeling van belang dat ze bij haar familie woont".

De rechter neemt de aanbevelingen van de onderzoekers over:

Blijven wonen bij haar pleegouders houdt het meisje teveel gevangen in haar sterke loyaliteit met hen, wat remmend werkt op haar contact met haar familie. Voor het verkrijgen van een volwaardig contact met haar familie (haar wortels) zal ze daarom het beste bij haar oom en tante kunnen gaan wonen. Door hen worden verzorgd en opgevoed zal haar de bodem onder haar bestaan geven waar ze zoveel behoefte aan heeft. Het geeft haar de houvast waar ze nog steeds naar op zoek is. Ze groeit dan weliswaar nog steeds niet op bij haar ouders, zoals ze zelf zo graag had gewild, maar wel bij haar broer en dichtbij haar vader.

De hechting aan haar oom en tante zal een meer vanzelfsprekend karakter hebben dan de hechting aan haar pleegouders. Het is dan ook te verwachten dat de hechting aan haar ook en tante relatief gemakkelijk tot stand zal komen, voor zover die er niet al is.

In de puberteit zal het meisje zich waarschijnlijk nog sterker gaan bezighouden met haar achtergrond. Het is heel goed mogelijk dat ze haar pleegouders dan gaat verwijten dat die haar niet eerder naar haar familie hebben laten gaan, wetende dat dit best mogelijk was geweest. Met alle gedragsproblemen van dien in deze toch al turbulente fase van haar leven. Het kind is -naar eigen zeggen- graag bij oom en tante. Ze is gek op haar broer, speelt graag met haar nichtjes en kent er ook genoeg kinderen in de buurt. Ze ontmoet er graag haar vader, maar ook haar opa en oma.(...)

Deze overplaatsing is in het belang van het kind, zelfs wanneer ze daarmee het risico loopt het contact met haar moeder te verliezen. Haar moeder zal, gelet op haar eigen problematiek, nooit de behoefte van het kind aan een volwaardig contact met haar familie kunnen vervullen, zoals oom en tante dit wel kunnen.

De laatste jaren wijzen wetenschappelijke onderzoeken steeds meer in de richting van terugkeer naar huis als dat maar enigszins mogelijk is. Tot enige jaren geleden gold vooral de regel van continuïteit in de opvoedingssituatie en het in tact laten van hechtingsrelaties. Ook in

In bovenstaande casus pleiten de instanties voor 'terugkeer naar huis', althans in de buurt van thuis. Dit argument telt zwaarder dan de gehechtheid van het kind in het pleeggezin, dat in de voorgaande casus voorrang kreeg. In beide casussen is het voor betrokkenen lange tijd *onduidelijk* wat het perspectief van de uithuisplaatsing is: tijdelijk of blijvend. In het voorbeeld *Anna* putte moeder hoop uit het idee dat het om een tijdelijke plaatsing ging, in onderhavige casus leidde de onduidelijkheid tot loyaliteitsproblemen bij het kind.

Welke belangen van het kind worden door deze herplaatsing, respectievelijk handhaving van de status quo beschermd? Beide kinderen hebben het op dit moment goed, dat wil zeggen zij ontwikkelen zich in positieve zin en zijn gehecht in het pleeggezin. Er is momenteel geen sprake van een schadelijke situatie of van bedreigde belangen. De rechter wordt echter gevraagd een oordeel te vellen over een mogelijke situatie in de toekomst. De mogelijke schade wordt in het ene geval gelegd bij een verstoring van de gehechtheid, en in het tweede geval in mogelijke problemen in de pubertijd.

Mijn tweede vraag is of de argumentaties van beide zaken verwisselbaar zijn. Kan de theorie uit de tweede casus - voorkeur voor terugkeer naar huis - met evenveel recht worden toegepast op de eerste en vice versa waarin de theorie van continuïteit van de opvoedingssituatie prevaleert, waardoor het kind Anna zou worden teruggeplaatst en het meisje met het loyaliteitsconflict voor altijd bij het pleeggezin zou blijven?

2.5 De Staat

In alle bovenstaande casussen is de overheid als partij betrokken als beschermer van het kind. Het komt uiteraard voor dat overheidsinstellingen het onderling niet eens zijn over welke (be)handeling voor het kind het beste is. Ook de uitvoerende instantie kan ter verantwoording worden geroepen wegens nalatigheid, dan wel verwaarlozing van het onder toezicht gestelde kind. De meest bekende casus in deze is de zaak tegen de gezinsvoogd van Savanna¹⁰.

Ook binnen jeugdinstanties, die namens de staat de zorg voor het kind van de ouders overnemen, kan de overheid ingrijpen. Deze zaken wil ik hier buiten beschouwing laten. Ik wil echter wel opmerken dat met een kinderbeschermingsmaatregel de 'belangen' van het kind niet vanzelfsprekend gegarandeerd zijn.

2.6 Vooronderstellingen op grond van de praktijkvoorbeelden

Aan de hand van de casussen kunnen enkele vooronderstellingen geformuleerd worden:

- Het argument 'in het belang van het kind' kan ingezet worden in elk belangenconflict waarbij kinderen (indirect) betrokken zijn.
- Het belang van het kind wordt mede bepaald door het belang van de verzorgers en andere betrokkenen;

¹⁰ LJN: BB8016, Rechtbank 's-Gravenhage , 09/753134-05

- 'Het is in het belang van het kind' is een equivalent van 'ik vind het beter voor het kind';
- Het argument wordt gebruikt in conflicten waarbij het belang van de ouders en van de Staat aan de orde is;
- Het argument wordt als autoriteitsargument ingezet;
- Het argument berust op speculaties over de toekomst;
- Het argument berust op wetenschappelijke inzichten, die niet eensluidend zijn.

Het gaat er in dit onderzoek niet om deze vooronderstellingen te bewijzen. De bedoeling van het voorleggen van deze casussen is de lezer een beeld te geven van de verschillende wijzen waarop het argument "het is in het belang van het kind" wordt ingezet. Wellicht kan hij zich vinden in mijn vooronderstellingen. Uit hierboven beschreven intuïties volgt de vraag: hoe kunnen wij grip krijgen op het domein van kindbelangen en wel dat bepaalde segment waar het in de jeugdbescherming over gaat of zou moeten gaan.

2.7 Het argument

Voordat ik op de inhoud van het belang inga, is het wellicht goed om bij het argument als argument stil te staan. Volgens Van Eemeren is een argumentatie een verbale, sociale en rationele activiteit. De spreker tracht met zijn argumenten de gesprekspartner te overtuigen van de aanvaardbaarheid van zijn of haar standpunt en wellicht voor de handelingen die daaruit voortvloeien¹¹. Dat vraagt van de spreker een aantal vaardigheden. Hij moet zich in taal kunnen uitdrukken, al dan niet begeleid door andere communicatiemiddelen. De spreker moet zich vrij voelen om zijn standpunt over te brengen en hij moet nagedacht hebben over zijn standpunt. Het kenmerk van een goede redenaar is dat hij de juiste feiten weet te kiezen en op een aansprekende, begrijpelijk wijze overbrengt.

Een argumentatie is er op gericht om degene tot wie de spreker zich richt te beïnvloeden. Dat betekent dat het onderwerp de toehoorder dient te interesseren, dat de verbale uitwisseling zich in de taal en op het niveau van de te overtuigen persoon afspeelt. De verhouding tussen spreker en toehoorder is eveneens een factor van betekenis. Er kan sprake van een afhankelijkheidsrelatie of een gezagsverhouding, waardoor het argument zonder dat het begrepen wordt, wordt aanvaard, of zonder deugdelijke onderbouwing dient te worden aanvaard. Het gaat dan om het zogenoemde autoriteitsargument.

In jeugdbeschermingzaken is er altijd sprake van een belangentegenstelling. Argumenten van beide partijen worden afgewogen. Feiten worden benadrukt of verzacht. Het kan niet anders dan dat persoonlijke opvattingen de argumenten kleuren. De vooronderstellingen die hierboven worden genoemd, zijn daarom niet specifiek voor jeugdbeschermingzaken. Waar het hier om gaat

¹¹ Naar de algemene definitie in: F.H. van Eemeren, R. Grootendorst, F. Snoeck Henkemans e.a. (1996). p.5.

is, dat als men spreekt van "het is in het belang van het kind", de suggestie gewekt wordt dat het om een *objectieve* invulling van het belang van het kind gaat. En dat is het niet. Men streeft naar een hoge mate van objectiviteit, maar persoonlijke waarden spelen een rol. Dat kan worden uitgelegd. Men zou kunnen zeggen "in dit geval laat *ik* dit belang zwaarder wegen dan het andere belang om die en die redenen".

Kloosterhuis constateert het volgende. Ging het tot enkele decennia terug in de rechtszaal voornamelijk om het toepassen van de rechtsnorm, tegenwoordig spelen belangenafwegingen een steeds grotere rol in de rechterlijke argumentatie. Het afwegen van belangen vraagt om meer toelichting dan de toetsing van een rechtsnorm: "daarbij zou duidelijk moeten worden hoe het begrip 'belang' zich verhoudt tot begrippen als 'beginsel', 'waarde' en 'doeleinde'"¹². Communicatie over de beginselen, waarden en doeleinden is vooral in jeugdbeschermingzaken belangrijk. Men kan de rechtvaardiging van de maatregel niet afdoen met een autoriteitsargument als "het is in het belang van het kind". Zoals de definitie van Van Eemeren laat zien heeft een goede argumentatie tot doel begrijpelijk te zijn en aan te sluiten bij de belevingswereld van de toehoorder. Het is nastrevenswaardig om verschillen in beginselen en waarden in begrijpelijke taal bloot te leggen.

Hierna wordt de inhoud van het 'belang van het kind' nader bepaald, dat wil zeggen het domein van belangen van jeugdigen dat dient te worden beschermd. Zoals ik aangaf, is de methode het analyseren van relevantie begrippen. Uitgangspunten, waarden en doelen komen daarbij vanzelfsprekend aan de orde.

¹² H.T.M. Kloosterhuis (2006). p.169-70.

3. Belang en Schade

3.1 Inleiding

Het begrip 'belang' dekt een breed spectrum aan betekenissen. Men denke hierbij aan synoniemen als lust, neiging, nut, waardebewustzijn. Meestal drukt het woord een soort gerichtheid uit, een bepaald streven ten aanzien van een object of een toestand¹³. De term belang was reeds bekend als juridische formule 'id quod interest' in het Romeins (eigendoms)recht en werd toegepast in schadeclaims en het vrijwaren van verantwoordelijkheden. In deze juridische context draaide het om drie elementen, namelijk de *norm*, belangenconflict of de *strijd om voorrang*¹⁴, en het *besluit*. In de loop der tijd is de toepassing en reikwijdte van 'het belang' enorm uitgebreid: van belangen in goederen tot een optelsom van allerlei eigenbelangen (eigenbelangen van een individu, een verzameling individuen of een staat), of een motief om tot handelen. Belang betreft niet meer slechts objecten buiten ons, maar ook ons welbevinden wordt met belang in verband gebracht.

Belangen laten zich in subjectieve en objectieve, in ware en onware, in redelijke en onredelijke belangen onderverdelen. In het dagelijks spraakgebruik gaat het meestal om de subjectieve variant, namelijk die belangen die voor ons persoonlijk geluk noodzakelijk zijn. Voor dit onderzoek ben ik met name geïnteresseerd in een meer objectieve inhoud. Wanneer we als samenleving belangen willen beschermen, dan gaat het in eerste instantie om belangen waarvan we kunnen aannemen dat deze viedereen aangaan.

Onder een *objectief* belang zou men kunnen verstaan "der Betroffene nach allgemeiner Erfahrung bei entsprechender Information, nach Überwindung eines vorübergehenden Affektzustandes oder nach Eintreten einer neuen Situation zu seinem subjectiven Interesse zu machen bereit sein wird"¹⁵. Men zou kunnen zeggen dat een objectief belang een belang is waarvan ik eigenaar wordt, wanneer ik goed geïnformeerd ben of nadat ik overtuigd ben geraakt als gevolg van een gemoedstoestand die is opgetreden door een nieuwe situatie. Kennelijk heb ik belangen waarvan ik eerst overtuigd of in kennis gesteld moet worden. Het predikaat 'objectief' duidt op een object buiten mij. Een objectief belang wordt door communicatie of door een bepaald ervaring een subjectief belang, een belang van het subject. Dit onderscheid tussen objectieve en subjectieve

¹³ M. Düwell et al. (2002) p. 309-10.

¹⁴ Door art.3 IVRK lijkt de strijd om voorrang in jeugdzaken een uitgemaakte zaak: het belang van het kind vormt de eerste overweging.

¹⁵ Geciteerd in M. Duwell et al (2002), p 310: G. Patzig 1978): Der Unterschied zwischen subjectiven und objektiven Interessen und seine Bedeutung für die Ethik. Gottingen.

belangen speelt ook een rol wanneer we het in hoofdstuk 4 over 'welzijn' spreken. Het communicatieve aspect is in beide benaderingen essentieel.

John Rawls spreekt van *absolute* belangen. Hij meent dat morele personen een normaal, effectief verlangen hebben om volgens rechtvaardigheidsprincipes te handelen en deze toe te passen¹⁶. Rawls meent dat dit verlangen of deze behoefte, het predikaat 'praktisch absoluut' verdient. Dat betekent dat praktisch iedereen belang heeft in het handelen naar en volgens rechtvaardigheidsprincipes. Rawls' *absolute* belang heeft als het ware een individuele oorsprong: men zou het in die zin een subjectief belang kunnen noemen. Alle morele personen hebben dit belang. Er komt geen overtuiging of ervaring aan te pas, het gaat niet om een belang dat buiten ons ligt, het is geen objectief belang. Het communicatieve aspect speelt in absolute belangen - in tegenstelling tot een objectieve belang zoals van Patzig het definieert - geen rol.

Als we van belangen moeten worden overtuigd, voordat wij betreffend belang als eigenbelang aannemen, dan is het plausibel te veronderstellen dat deze belangen contextueel bepaald zijn. Vroeg of laat tonen de meeste kinderen belangstelling voor letters en woorden, sommigen vinden er niets aan en moeten overtuigd worden van het belang ervan, of van het belang niet onder te doen voor hun leeftijdgenootjes. Wanneer een kind in een omgeving opgroeit waarin lezen en schrijven niet aan de orde is, dan zal het dit belang, deze behoefte nooit ervaren.

De vraag is hoe ik in de veelheid van betekenissen en verwijzingen van het begrip belang een categorie van belangen kan onderscheiden, waarbinnen zich de belangen van het kind bevinden die beschermd dienen te worden en bij (dreigende) schade overheidsinterventie in de opvoedingssituatie legitimeren. De wet geeft een eerste aanzet: het gaat om zedelijke en geestelijke belangen en om gezondheid. "Zedelijke en geestelijke belangen" zijn nog steeds heel ruim interpreteerbaar.

Omdat het beschermen van belangen tegelijkertijd het behoeden voor schade inhoudt, wil ik eerst via de invalshoek 'schade' trachten een deel van het haast onuitputtelijk domein van belangen af te bakenen. Kan ik door vast te stellen wat schadelijk is voor een kind meer inzicht krijgen in wat het belang van een kind is?

3.2 Schade

Wanneer mij, terwijl ik achter mijn computer zit, plotseling wordt gevraagd wat mijn belangen zijn, dan heb ik niet direct een antwoord paraat. Waarschijnlijk zal ik automatisch eerst de gezondheid en het welzijn van mijn dierbaren noemen. Maar als op hetzelfde moment de stroom

¹⁶ J. Rawls (1971, R 1995). p. 442. Op het optimistisch mensbeeld van Rawls - het absoluut belang van rechtvaardigheid dat elk redelijk menselijk individu in zich draagt - is veel kritiek. De aanname dat wanneer een mens van al zijn belangen is ontdaan er een kern van rechtvaardigheid overblijft, gaat veel filosofen te ver. Deze aanname vormt echter wel het uitgangspunt voor zijn politieke filosofie.

uitvalt en uren werk verdwenen is waardoor de opdracht niet op tijd af is, dan lijd ik schade. Ik realiseer mij dat ik belang heb bij betrouwbare nutsvoorzieningen. Hiermee wil ik zeggen dat ik mij over het algemeen niet bewust ben van mijn belang in verschillende zaken, maar dat schade mij daarop attent maakt. Men zou zich zelfs af kunnen vragen of schade en belang complementair zijn, gescheiden door een variabele zone waarin een grens ligt die niet altijd even zichtbaar is.

In ons strafrecht vormt het *schadebeginsel een gids bij het vaststellen van morele grenzen*. Hegel wees ons reeds op het verband tussen criminele handelingen en ethiek. Wetsovertreders tornen aan de grenzen van de heersende moraal, veroorloven zich een abstracte vrijheid die op dat moment niet toegestaan is. Juist deze handelingen maken ons bewust van onze huidige belangen en dwingen ons positie te kiezen. Wij moeten de handeling beoordelen. Door het morele oordeel worden de grenzen tussen het wel en niet toelaatbare bevestigd of verlegd¹⁷.

Wat als *onrechtmatige daad* bestempeld wordt, wordt in grote lijnen aangegeven in ons wetboek voor strafrecht. Het wetboek beschrijft onze rechten in de sfeer van het *vrij-zijn van schade*, het gaat om *negatieve* rechten.

Gezien de verschillende belangen van vele verschillende personen is het onvermijdelijk dat belangen constant botsen. Dat leidt tot kleine of grote schade. *Schade* is een inbreuk, meestal van buitenaf, op het belangendomein van de drager (uitgezonderd die gevallen waarin men zichzelf schade toebrengt). Het gaat om een kwetsuur van een belang, al dan niet met opzet, al dan niet onrechtmatig.

Niet elke deuk leidt tot een procedure waarin beslecht wordt wie de schade veroorzaakte en hoe groot de schade is. Vaak blijft het bij de constatering van schade en betrokkenen gaan weer uiteen. In andere gevallen is het overduidelijk wie de schade veroorzaakte en wiens belang gekwetst is en kan men eenvoudig terugvallen op de wet om de zaak juridisch netjes af te handelen. In weer andere gevallen kan het zijn dat de schade moeilijk te bepalen is, dan kan het zinnig zijn om zowel de invalshoek van de schade, als de invalshoek van de belangen te nemen bij het vormen van een (moreel) oordeel.

Feinberg¹⁸ hanteert in dit kader begrippen, die essentieel en bruikbaar zijn bij het bespreken van schade van het belang van kinderen in het kader van ondertoezichtstelling.

Van een *schadelijke handeling* wordt gesproken als deze ten eerste *onrechtmatig* is en een derde hiervan *schade ondervindt*: de handeling heeft een aantasting van de *persoonlijke* belangensfeer van de ander tot gevolg. Dat kan materiële of niet-materiële schade zijn.

¹⁷ A. Honneth (1990). p.20-2.

¹⁸ J. Feinberg (1984). p.31-6.

Niet elke onrechtmatige daad leidt tot schade. Wanneer ik met de fiets door een rood stoplicht rijd terwijl er in geen velden of wegen een mens te bekennen is, dan neemt dat niet weg dat dit een onrechtmatige daad is en dus strafbaar is, ongeacht het feit dat ik niemand schade berokkende. Een handeling die schade tot gevolg heeft is niet altijd onrechtmatig of strafbaar. Wanneer ik een kopje uit mijn handen laat vallen, is dat geen onrechtmatige daad.

Een schadelijke handeling leidt tot een *beschadigde toestand* van een ander of zichzelf. Een beschadigde toestand kan verdere schade genereren. Bijvoorbeeld, het kind werd om elke misstap geslagen, waardoor het zo angstig werd dat het niet meer naar school durfde. In dat geval spreekt men van een *schadelijke toestand*. Of een voorbeeld van verwaarlozing: het kind was ondervoed, waardoor het om de haverklap ziek was. De beschadigde en de schadelijke toestand zijn de focus van de wetgever als het gaat om te bepalen welke maatregelen er moeten worden getroffen om de lijn van dreigende schade om te buigen ten gunste van de belangen van het kind.

Door een *schadelijk feit* kunnen persoonlijke belangen worden tegengewerkt of zelfs te niet worden gedaan. Een schadelijk feit is niet beperkt tot materiële schade. Het feit dat er geen *zichtbare* schade is, is niet voldoende om te zeggen dat er *geen* schade is. Een schadelijk feit is een gebeurtenis die kan worden vastgesteld.

Wanneer we bovenstaande begrippen interpreteren in de wereld van de jeugdbescherming, dan duidt een *schadelijke handeling* op een onrechtmatige handeling verricht of nagelaten door een of meerdere perso(n)en(en), die het belang van de jeugdige schaadt of schaden en die derhalve strafbaar is of zijn. De strafmaatregel betreft de dader. De jeugdige dient te worden beschermd tegen herhaling.

Een *schadelijke situatie* voor de minderjarige is een situatie waarin een factor aanwezig is die (mogelijk) schade voor de minderjarige genereert, waarover het morele oordeel luidt dat deze ongewenst is. Het merendeel van de casussen gaat over een dergelijke situatie. Onderzoek moet antwoord geven op de vraag of de situatie aanleiding is tot een interventie.

En tot slot: *een schadelijk feit* is de vastgestelde belangschade die de minderjarige heeft geleden, al dan niet als gevolg van een onrechtmatige daad.

In *On Liberty* legt John Stuart Mill de relatie tussen schade en staatsinterventie en stelt dat "schade, of de kans op schade toegebracht aan de belangen van anderen, het enige is wat een ingrijpen van de samenleving rechtvaardigt; maar men moet beslist niet denken dat dit daarom ook altijd een dergelijk ingrijpen rechtvaardigt. Het is een noodzakelijke voorwaarde, maar niet voldoende voorwaarde". Er vanuit gaande dat de 'dader' uit eigenbelang handelt, meent Mill dat de overheid pas tussenbeide wil komen, wanneer er middelen om te slagen (bij het realiseren van zijn belang - rg) zijn gebruikt die ontoelaatbaar zijn, omdat zij in strijd zijn met het algemeen belang - namelijk fraude, oplichting en geweld. Steeds is het de taak van de overheid de grenzen af te tasten in hoeverre de vrijheid met recht geschonden mag worden om misdaden of ongelukken te voorkomen. Mill wijst daarbij op de preventieve taak van de overheid, die echter te

makkelijk misbruikt kan worden ten nadele van de vrijheid vergeleken met een bestraffende taak¹⁹. Ook Holtug²⁰ merkt op dat het schadeprincipe de 'zorg' uitdrukt voor belangrijke liberale waarden zoals vrijheid en tolerantie. Tegelijkertijd toont hij aan dat het moeilijk te bepalen is wat als schade kan worden aangemerkt en welke schade (schade van wat?) aanleiding geeft tot liberaal-onvriendelijke paternalistische interventies²¹.

Wat hebben we aan het schadebeginsel bij het vaststellen van het domein van belangen van jeugdigen dat dient te worden beschermd? Is het mogelijk om concreet te zijn ten aanzien van wat wij onder schade verstaan. Welke schade leidt tot een jeugdbeschermingzaak, welke schade legitimeert een ingrijpen van de staat?

Als in een (rechts)zaak het argument 'het is in het belang van het kind' de beschermende maatregel lijkt te rechtvaardigen, kunnen we de situatie herinterpreteren als een toestand waarin het belang van het kind geschaad is of dreigt te worden geschaad.

- Is er sprake van schadelijke handelingen? Om welke handelingen gaat het?
- Is er sprake van een (dreigende) schadelijke situatie, waaruit blijkt dat, of waarop is het vermoeden van een dreiging gebaseerd?
- Is er sprake van schadelijke feiten? Welke feiten zijn dat?

In de eerste casus van de moeder met borderline is het zinvol om ons eerst af te vragen waaruit de schadelijke handeling bestond (een driejarig kind achterlaten in een speeltuin is gezien zijn leeftijd niet adequaat), of er sprake is van een dreigende schade (de kans op herhaling waarbij het wel mis gaat), en de vraag naar het schadelijk feit. Een schadelijk feit is er niet, het kind heeft geen schade opgelopen.

Wat gebeurt er wanneer de casus in termen van belangen wordt beschreven? Het is in het belang van het driejarig kind dat het niet in de speeltuin wordt achtergelaten; het is in het belang van het kind dat dit niet nog eens zal gebeuren. Deze herformulering veronderstelt een belang van het kind, dat het zich als driejarige niet bewust is, maar het gaat om iets dat *wij*, en dat is formeel inclusief de moeder, in het belang van het kind vinden. Duidelijker zou zijn: wij vinden (*ons moreel oordeel* luidt dat) het niet in het belang van kinderen, wanneer zij op jonge leeftijd onbewaakt achtergelaten worden in een openbare ruimte (wij denken namelijk dat het kind een groot risico loopt). Het gaat hier om een objectief belang, waarvan de moeder overtuigd moet raken en naar moet handelen: iets wat in haar belangenafwegingen permanent voorrang dient te krijgen. Het is belangrijk dat er mensen in haar omgeving zijn die de dialoog met haar aangaan.

¹⁹ J.S. Mill (1859, Nederlandse vertaling 1978). p.150 e.v.

²⁰ N. Holtug (2002). p.357-89

²¹ Het is goed zich te realiseren dat liberalisme en interventies in de privé-sfeer niet goed samen gaan. Als er voor gekozen wordt om dieper in de belangenwereld van het kind en dus in het gezin door te dringen, dan moet men tegelijkertijd de uitgangspunten van onze samenleving misschien ter discussie stellen.

Formulering in termen van schade leidt wat deze verantwoordelijkheid betreft tot een duidelijke communicatie. Er wordt benoemd waar het om draait, waar het verschil in opvatting over wat zich heeft voorgedaan en wat de samenleving als bedreigend of schadelijk interpreteert.

Wanneer in de casus van het achtergelaten jongetje tegen de moeder wordt gezegd dat het niet in het belang van het kind is dat het twee uur alleen gelaten wordt in een openbare ruimte, dan is dat wellicht minder duidelijk dan wanneer er gezegd wordt "het alleen achterlaten is geen adequate oplossing voor een driejarige. Er had van alles kunnen gebeuren en als moeder van dit kind ben je daarvoor verantwoordelijk".

De toon van de communicatie op grond van schade verschilt met die wanneer we het over belangen hebben. Echter, wanneer het over interventie in gezinnen hebben, gaat het niet meer om overtuigen. De wettekst spreekt van schade of dreigende schade als grond van een maatregel.

In de casus van de Iederwijsschool is het eveneens relevant zich af te vragen waaruit de schade voor het kind bestaat. Het zou van meer respect getuigen, wanneer de rechter blijk zou hebben gegeven van zijn zorg over de ontwikkeling van het kind, in plaats van te volstaan met "het is in het belang van het kind dat de ouders zich aanpassen..."

Ondanks het feit dat het niet mogelijk is om concreet te zijn met betrekking tot wat *wij* - de individuele burgers van onze samenleving - schadelijk vinden, wil ik hier toch enige woorden aan wijden. Ieder voor zich heeft wellicht een moreel oordeel over welke handelingen en situaties goed of slecht zijn, maar welke vinden wij schadelijk en wel zodanig dat deze schade interventie legitimeert.

Een van de problemen waarmee wij momenteel geconfronteerd worden is het feit dat wij de lat ten aanzien van het ontoelaatbare, het schadelijke, steeds hoger leggen. Anderzijds wordt het vanwege het pluralistisch karakter van onze samenleving steeds lastiger om overeenstemming te bereiken over wat schadelijk is voor kinderen.

Kernbegrippen als 'mishandeling en verwaarlozing' markeren de ondergrens van toelaatbaar gedrag naar kinderen. Artikel 1 sub m van de Wet op je Jeugdzorg geeft de volgende definitie van kindermishandeling:

elke vorm van voor een minderjarige bedreigende of gewelddadige interactie van fysieke, psychische of seksuele aard, die ouders of andere personen tot wie de minderjarige in een relatie van afhankelijkheid of van onvrijheid staat, actief of passief opdringen, waardoor ernstige schade wordt berokkend of dreigt te worden berokkend aan de minderjarige in de vorm van fysiek of psychisch letsel.

De definitie bevat de volgende elementen:

- het slachtoffer is minderjarige (onder 18 jaar)*
- de dader is in een opvoedingsrelatie met de minderjarige*
- mishandelen slaat op het uitvoeren of ermee bedreigen*
- mishandelen is een doen of een nalaten*

- mishandelen kan ook fysiek, psychisch of seksueel zijn
- het letsel kan dreigend of feitelijk zijn - of het letsel is fysiek of psychisch.

Dit is een tamelijk ruime definitie van kindermishandeling. Dat is de kracht en de zwakte. Het biedt ruimte om te reageren op een scala van vormen van misbruik en verwaarlozing. Het risico is echter dat allerlei problemen waar kinderen en jongeren mee te maken hebben als kindermishandeling worden opgevat.

Een tweede probleem is, dat wat voor de een mishandeling is, is voor de ander (nog) niet. De oudere generatie is groot gebracht met een oorvijs of pak slaag als gangbaar recept tegen ongehoorzaamheid. In 2006 is de Tweede Kamer akkoord gegaan met een verbod op de pedagogische tik.

Daarnaast hebben we te maken met verschillende culturen en sociale milieus, waarin de normen omtrent mishandelen anders kunnen liggen. Met name dit laatste is het probleem van onze huidige, pluralistische samenleving. Kunnen we als samenleving een afspraak maken over een grens met betrekking tot wat schadelijk is voor een kind, wat we onder mishandeling en verwaarlozing verstaan, of nemen we een cultuurrelativistische positie in, waar in we de zaken in hun culturele context willen beoordelen. Wanneer we dit probleem op de spits drijven door als voorbeeld meisjesbesnijdenis te nemen, dan zijn de beelden en de beschrijvingen van deze ingreep voldoende om ons ervan te overtuigen dat dit een schadelijke handeling is en schade voor het kind betekent. Vanuit een cultuurrelativistische optiek kan men stellen dat het om een *rite de passage* gaat, waardoor het meisje opgenomen wordt in de groep en een van hen wordt. Door dergelijke rites houdt de culturele groep zich in stand. Cultuurrelativisten stellen dat voor buitenstaanders kennis en begrip van culturen beperkt mogelijk is vanwege de culturele opvoeding van de toeschouwer en ten tweede dat alle culturen van gelijke waarde zijn. Een toeschouwer kan niet adequaat oordelen over de culturele praktijken van een groep die anders is dan die waarin de toeschouwer is opgegroeid. Wanneer wij deze cultuurrelativistische mening onderschrijven, dan is het consequent om meisjesbesnijdenis, hoewel de meeste leden van de dominante, culturele groep dit als schadelijk beoordelen, toe te laten als een gebeurtenis die plaats vindt in de sfeer van de persoonlijke levensovertuiging. Tegenover de cultuurrelativistische positie staat die van degenen die vinden dat de gedragsregels binnen de samenleving eenduidig moeten zijn. Wanneer men verschillen toelaat, dan begeeft men zich op een hellend vlak. Een van de pleitbezorgers van deze opvatting is Theodore Dalrymple²². In zijn boek *Leven aan de onderkant* beschrijft hij meerdere gevallen, waarin de welwillendheid ten opzichte van andere culturen of lagere sociale milieus juist een omgekeerd effect hebben. In plaats van een voordeel voor de persoon in kwestie, pakt deze benadering juist nadelig, dan wel desastreus uit. Maar ook in wetenschappelijke kringen pleit men voor eenduidigheid: is het geen kwestie van beschaving om onze kinderen te vrijwaren van schade en vast te houden aan een ondergrens, ongeacht culturele of sociale achtergrond?

²² T. Dalrymple (2001). p.212 e.v.

Opvallend is dat de meeste jeugdbeschermingsmaatregelen voornamelijk de sociaal-economisch zwakkeren in de samenleving treffen. Wanneer we schade als begrenzing van de belangen van kinderen nemen, dan komen we wellicht ook op kwesties uit die de dominante cultuurgroep en de gevestigde orde treffen. Denk bijvoorbeeld aan kinderen die zich onbeperkt kunnen uitleven achter hun pc en contacten leggen met louche figuren, in de ban en vervolgens verslaafd raken van en aan de nieuwste computerspelletjes, over zoveel geld beschikken om ruimschoots te kunnen experimenteren met drugs? Is deze vorm van nalatigheid (onvoldoende toezicht) van ouders vergelijkbaar met ouders die hun kind in de winter zonder jas naar school laten gaan? Een ander voorbeeld als tegenhanger van meisjesbesnijdenis: jonge vrouwen die aan de vigerende schoonheidsidealen willen voldoen, met instemming en op kosten van hun ouders allerlei plastisch-chirurgische ingrepen laten uitvoeren²³, soms met fatale afloop? Hoewel de samenleving hierover wel een moreel oordeel lijkt te hebben, is het nog niet voorgekomen dat dergelijke praktijken als een jeugdbeschermingskwestie werden aangemerkt.

Hoewel de invalshoek van schade bedoeld was om een instrument in handen te hebben waardoor de te beschermen belangen van jeugdigen zich zouden onderscheiden, is het resultaat tot nu toe erg mager. Het gebrek aan eenduidigheid en overeenstemming over wat schade voor een kind inhoudt, is hier debet aan. Toch blijkt het zinvol om het schadeprincipe in het achterhoofd te houden. Maar daar moet nog iets bij, de invalshoek schade is niet voldoende. Elk kind loopt schade op: het valt van de trap, het lievelingskonijn gaat dood, knuffel is zoek etc, maar daar gaat het niet om. Art. 1:254 BW gaat uit van de zedelijke of geestelijke *belangen* of de gezondheid van het kind die ernstig worden bedreigd. Als de wet de geestelijke belangen als een van de van de pijlers neemt op grond waarvan een maatregel wordt uitgesproken, dan pretendeert de overheid de bedreiging van deze belangen door een maatregel te kunnen afwenden. Maar is dat reëel? Is het pakket van geestelijke belangen van een kind niet te omvangrijk en te gevarieerd om te beschermen? Wat kan de wetgever doen in de volgende voorbeelden? De dood van een ouder schaadt het geestelijk belang van het kind; echtscheiding - ook wanneer deze zich in harmonie voltrekt - betekent voor de meeste kinderen een geestelijke knauw; de afwijzing voor de selectie voor het districtsvotbal kan het zelfvertrouwen ondermijnen; tot slot het voorbeeld van het pesten op school, dat de geestelijke belangen ernstig schaadt. Deze gebeurtenissen zijn vormen van schade van geestelijke belangen, maar het gaat in geen van deze gevallen om kindermishandeling (wellicht met uitzondering van het laatste voorbeeld) of verwaarlozing. Men

²³ Uitzending Zembra d.d. 17 06 2007. Internet, geraadpleegd op 11 mei 2008 <http://player.omroep.nl/?afID=4860074>. Titel: *Borsten voor je verjaardag*. Omschrijving: Twee maanden geleden overleed een 21-jarig meisje kort na een liposuctieoperatie. Het OM doet nog steeds onderzoek naar de fatale afloop van de ingreep. Het meisje was niet alleen superslank maar ook beeldschoon. Waarom was ze dan toch ontevreden met haar uiterlijk? Een gesprek met haar moeder. Waar komt het verlangen naar schoonheid en perfectie vandaan? Jonge meisjes die hun borsten laten vergroten, vet laten wegzuigen of hun schaamlippen laten corrigeren zijn in Nederland niet meer uitzonderlijk. Waarom betalen ouders die ingrepen en waarom werken chirurgen mee aan operaties die medisch gezien niet noodzakelijk zijn? Cosmetische chirurgen vertellen dat ze wekelijks meisjes tussen de 16 en de 21 jaar opereren.

kan aanvoeren dat alleenstaand ouderschap op zich een bedreigde situatie is, waarin toezicht gewenst is. Maar dan is vervolgens de vraag of toezicht in gedwongen kader het juiste middel is.

Het onderzoek naar de invalshoek 'schade' bij het bepalen van het domein belangen waar het in de jeugdbescherming om gaat, wil ik hiermee afsluiten. Het heeft niet geleid tot een heldere omkadering van het domein, maar de invalshoek bepaalt ons wel tot een soort ondergrens van belangen.

3.3 Belang

De analyse van het begrip 'belang' door Joel Feinberg²⁴ vindt plaats in het licht van het toebrengen van schade aan anderen, het schaden van andermans belang. Voor deze studie is dat relevant, omdat de jeugdbescherming daar opereert waar het belang van kinderen is of dreigt te worden geschaad.

De benadering van Feinberg van het begrip 'belang' is niet neutraal. Hij plaatst het begrip in de context van het individu in een liberale samenleving, een samenleving waarin de positieve en negatieve vrijheden van een persoon hoog gewaardeerd worden en daarom beschermd dienen te worden. Omdat deze principes, samen met procedurele rechtvaardigheidsprincipes en principes van gelijkheid en billijkheid de leidende principes in onze grondwet zijn, neem ik Feinberg's benadering van het begrip 'belang' als leidraad voor mijn onderzoek.

Belang en behoefte

De verhouding tussen de begrippen belang en behoefte kan tot verwarring leiden. Feinberg meent dat belangen hun oorsprong vinden in persoonlijke behoeften of een willen (het Engelse begrip *wants* omvat beide), maar sluit niet uit dat belangen meer omvatten. Reinold Schmücker omschrijft de verhouding als volgt: daar waar het streven naar een subjectief voordeel of nut op de voorgrond staat, worden beide begrippen vooral synoniem gebruikt. Het behoeftebegrip accentueert een existentiële noodzakelijkheid, belangen weerspiegelen veelal de sociale voorwaarden van de behoeftevervulling. Behoeften zijn dieper in de menselijke natuur geworteld, belangen eerder in de levensomstandigheden van het individu. Voor zover zij niet slechts een uitdrukking zijn van individuele neigingen, maar een element van de condition humaine, kunnen behoeften sterkere morele verplichtingen funderen dan belangen. Echter belangen zijn niet noodzakelijk gefundeerd op behoeften (in tegenstelling tot wat Feinberg stelt). Immanent aan het belang is dat het rekening houdt met sociale en andere realisatievoorwaarden, waardoor er een beslismoment aan voorafgaat: wat mijn belang is, kan ik zelf bepalen; wat mijn behoefte is, weet ik intuïtief, zonder dat daar een wilsact voor haar bestaan of verdwijnen aan te pas komt. Voor

²⁴ J. Feinberg. *The Moral Limits of the Criminal Law*. Vol. 1. 'Harm to Others'. New York/Oxford: Oxford UP. 1984.

Kant betekende dit dat belangen toegankelijk voor het verstand zijn, wat niet uitsluit dat belangen ook behoeftegerelateerd kunnen zijn²⁵.

Belangennetwerk

Als Jan een belang heeft in Q, dan is dat omdat Jan Q wil. Bijvoorbeeld, omdat hij later natuurkunde wil studeren, is het Jan's belang dat hij zijn VWO-diploma haalt. Als hij niet studeert voor zijn examens, dan is dat gezien zijn belang irrationeel. Het kan ook zijn dat Jan zich niet bewust is van het belang van zijn diploma, of niet weet dat je voor een studie natuurkunde een VWO-examen op zak moet hebben.

Een meer complex voorbeeld: Jan heeft belang in een diploma, maar heeft ook een ander belang, namelijk hij wil met zijn vrienden alle examenfeesten af te lopen. Bovendien is een van zijn vrienden aan een rolstoel gekluisterd en hij heeft beloofd hem steeds mee te nemen. Jan heeft de behoefte een goed mens te zijn. Hij zal nu zijn belangen moeten afwegen, omdat hij de belangen niet goed kan combineren. Als hij het belang van zijn natuurkundestudie minder belangrijk vindt, vermindert het belang van het examen. Ook het morele belang kan het belang van het examen verminderen, maar beide belangen zijn niet tegenstrijdig. Het belang van het feestje de prioriteit geven, ondermijnt het lange termijn belang natuurkundige te worden, omdat de kans van slagen voor het examen gereduceerd wordt. Het zou eventueel het moreel belang kunnen schaden, wanneer hij te uitbundig feest viert en vergeet zijn vriend naar huis te brengen. Wanneer het belang van het examen vooropgesteld wordt, dan blijft het belang natuurkundige te worden in stand. Het belang van het eindexamen kan gecombineerd worden -halen en brengen- van zijn vriend.

Bovenstaande voorbeelden laten vooral zien hoe ingewikkeld het belangenmanagement rond een persoon is: ben ik mij bewust van mijn belang, ben ik geïnformeerd over mijn belang, stem ik in met zaken die anderen in mijn belang achten, kan ik prioriteiten in mijn belangen aanbrengen, welke handelingen bevorderen mijn belang en welke verzwakken mijn belangen, wat zijn mijn behoeften en hoe verhouden deze zich tot mijn belang, wat zijn korte termijnbelangen en welke belangen strekken zich uit over een langere periode. Welke belang bevordert het geheel van belangen, en welk belang schaadt het geheel van belangen. Wij komen daar dikwijls voor onszelf niet goed uit, laat staan wanneer wij over het geheel van belangen van anderen moeten oordelen.

Met de introductie van het concept *belangennetwerk* tracht Feinberg enige ordening in belangen en behoefte aan te brengen.

²⁵ R. Schücker. *Bedürfnisse / Interesse*. In: M. Düwell et al (2002). *Handbuch Ethik*. Stuttgart: Verlag J.B. Metzler. p.310.

In onderstaand schema ziet het belangennetwerk er als volg uit²⁶ (Nederlandse vertaling – rg)

Behoeften van voorbijgaande aard	Instrumentele behoeften	Welzijnsbelangen	Verder in de toekomst gelegen doelen
IJsje eten	Toetje overslaan	Fysieke gezondheid Afwezigheid van pijn Geen misvorming	Een droomhuis bouwen
Naar de film gaan	Oefeningen doen	Intellectuele uitdaging	Een boek schrijven
	Spaarrekening openen	Emotionele stabiliteit	Beroemd worden Politieke macht verwerven
	Vroeg naar bed gaan	Kunnen voorzien in levensonderhoud	Religieuze vervulling Een gezin stichten
	Extra werk verrichten	Aanvaardbare sociale omgeving Minimale (politieke) vrijheid	Een wetenschappelijk probleem oplossen Vrije tijd creëren

De eerste categorie, de linkerkolom, betreft de *behoefte van voorbijgaande aard*, is intuïtief, momenteel en vraagt om snelle bevrediging. Behoeft en belang zijn hier synoniem. Als we jonge kinderen observeren, dan zijn dit de belangen die hen occuperen. De meeste kinderen zijn al vrij vroeg in staat om een inschatting te maken van de haalbaarheid van hun behoeftebevrediging en de middelen die zij moeten inzetten om hun korte termijnbelang te realiseren.

Instrumentele behoeften vormen een opstapje naar een groter belang. Bijvoorbeeld, wanneer een kind een goed cijfer wil halen omdat het later piloot wil worden, dan is het extra huiswerk maken daartoe een middel – een instrumentele behoefte in dienst van een ander belang.

Welzijnsbelangen. De categorie belangen die een permanente plaats in het netwerk van belangen inneemt, noemt Feinberg welzijnsbelangen (*welfare interests*). Het betreft belangen als fysiek welzijn, intellectuele activiteit, emotionele stabiliteit, vrij sociaal verkeer, een zeker inkomen, een aanvaardbare sociale en fysische omgeving, vrijheid van inmenging en dwang. Deze belangen vormen de voorwaarden voor welzijn, maar leiden niet automatisch naar een zich welbevinden. Ook al is aan alle voorwaarden voldaan, men kan zich toch niet-welbevinden.

²⁶ J. Feinberg (1984). p.60.

Het geheel van deze belangen is zo sterk als de zwakste schakel. Bijvoorbeeld, als alle belangen ruimschoots zijn vervuld, behalve die van een goede fysieke conditie, dan komt dat in mindering op het geheel van welzijnsbelangen. Of, wanneer door dwang en drang het onmogelijk wordt om bepaalde intellectuele activiteiten uit te voeren, dan schaadt dat het aggregaat van belangen van die persoon en zal het hem zwaar vallen om zijn overige belangen te waarderen. Als we al van een door iedereen (h)erkend belang kunnen spreken, dan is dat het welzijnsbelang. Wat overigens niet wil zeggen dat de inhoud van het pakketje welzijnsbelang voor iedereen hetzelfde is. Welzijnsbelangen vormen een onmisbare categorie om verder in de toekomst liggende doelen of belangen te kunnen realiseren. Dit geldt zowel voor jongeren als voor volwassenen. De *in de verdere toekomst gelegen doelen (focal aims of ultimate interests)* vormen vaak een oriëntatiepunt in iemands leven.

Als in de wettekst ten aanzien van het opvoeden van kinderen staat dat het geestelijk en lichamelijk welzijn van kinderen gewaarborgd dient te worden, dan gaat het om wat Feinberg de *categorie welzijnsbelangen* noemt. Als er in jeugdbeschermingzaken verwezen wordt naar het belang van het kind, dan lijkt het te gaan om het geheel van welzijnsbelangen, niet om incidentele belangen en niet om belangen in de verdere toekomst of ideaalgerichte belangen. Het ligt voor de hand dat de beschermingstaak zich niet richt op de vraag of het kind een ijsje wil, ook niet met de vraag of het piloot wil worden of brandweer, noch met de maatregelen die het kind neemt om later piloot te kunnen worden. Het is overigens ook een taak van de overheid om de randvoorwaarden te creëren waardoor kinderen zich kunnen ontplooien, het is daarom zinvol om het onderscheid tussen beschermingstaken en voorwaardenscheppende taken te onderstrepen.

Hoewel alle vier de belangencategorieën van Feinberg individuele belangen zijn, zien we onmiddellijk in het schema dat de welzijnsbelangen de categorie is waarin de samenleving een beschermende taak heeft en dat de overige categorieën buiten haar invloedssfeer ligt. Echter, de vraag is of alle items die in deze categorie worden genoemd, beschermd *kunnen* worden en in welke mate.

De categorie welzijnsbelangen worden in het hiernavolgend hoofdstuk nader geanalyseerd.

Setback in interests en een onrechtmatige daad

Als men spreekt van een vermindering of verslechtering van belangen, dan wordt het complex van belangen vergeleken met een voorgaande situatie. De uitgangspositie was gunstiger dan de situatie nu. Zo kan het complex van belangen ook verbeteren of vermeederen ten opzichte van een vorig moment. Zo vinden de meeste kinderen het fijn om met vakantie te gaan. Men zou kunnen zeggen het welzijn van het kind bevordert wordt, wanneer het 's winters naar de wintersport gaat en 's zomers naar zee. Wanneer kind A gewend is om twee keer per jaar met vakantie te gaan, dan wordt het belang van het kind geschaad -het is inmiddels dol op skiën- als dat niet meer mogelijk is om een of andere reden. Feinberg zou dan spreken van een *setback in interests*. Toch zal men over het algemeen niet van oordeel zijn dat het welzijnsbelang van het kind is geschaad, doordat het niet tweemaal per jaar met vakantie kan gaan. Ofwel, bij het

bepalen of het welzijnsbelang wordt geschaad, wordt niet naar *één enkel belang* gekeken, maar naar het *complex van belangen*.

Kind B gaat nooit met vakantie en ondervindt dus geen schade, in welke zin dan ook, wanneer het niet gaat skiën. Het *uitgangspunt* is kennelijk een belangrijk gegeven als men het over *setback in interests* heeft. De sfeer van belangen wordt bepaald door de individuele situatie. Wanneer men deze stelling isoleert, dan zou men kunnen zeggen dat kinderen die niets gewend zijn nauwelijks belangen hebben en geen daarom schade lijden.

Hoewel de belangensfeer van kind A. is aangetast, lijkt dit geen kwestie van schade. Terwijl de belangensfeer van kind B. niet is aangetast, is zijn positie ogenschijnlijk minder florissant dan de positie van A.

Feinberg's criterium voor schade is tweeledig: er moet sprake zijn van een vermindering van het complex van belangen en er moet sprake zijn van een vorm van een moreel onjuiste of een onrechtmatige daad. Terwijl het hierboven niet lukte om via het begrip *schade* het belang van het kind nader te bepalen, zien we dat Feinberg via de invalshoek van vermindering van belangen bij het begrip *schade* uitkomt. Zijn definitie luidt: *Schade is vermindering van belang waarbij sprake is van een vorm van een moreel onjuiste of een onrechtmatige daad.*

Om van schade te kunnen spreken, moet dus sprake zijn van een belang. We kunnen het kind zien als *a bundle of interests*, een bundeltje belangen. (Jonge) kinderen zijn zich van de meeste belangen nog niet bewust. Anderen, in eerste instantie de ouders, trachten hun belangen te formuleren. Zij vullen een breed scala aan belangen in, waarin hun eigen waarden en wellicht dromen vervlochten zijn. Naarmate het kind ouder wordt, geeft het zelf invulling aan zijn belangen, althans, in onze samenleving is dat een kernwaarde: autonomie en vrijheid om op volwassen leeftijd zijn leven naar eigen inzicht vorm te geven, ofwel zelf bepalen hoe de bundel verlangen is samengesteld.

In de jeugdbescherming gaat het om die belangen van het kind, die worden geschaad en waarbij sprake is van een vorm van een moreel onjuiste of van een onrechtmatige daad. En zoals we al eerder vaststelden, het gaat niet om alle belangen, maar om welzijnsbelangen. Van het bundeltje belangen vormen de welzijnsbelangen de focus van bescherming.

Feinbergs definitie van schade is aantrekkelijk, omdat schade en belang bij elkaar gebracht zijn. Om deze voor dit onderzoek bruikbaar te maken, zouden we moeten aannemen dat een kind bij de geboorte -voor zover het gezond ter wereld is gekomen - over alles beschikt wat het nodig heeft, de beginsituatie. Vanaf dat moment is het bundeltje belangen geactiveerd, zoals daar zijn de behoefte aan warmte (letterlijk en figuurlijk) en voeding. Als aan deze belangen geen gehoor wordt gegeven, dan is er vermindering van belang ten opzichte van de beginsituatie. Wanneer de vermindering van belangen veroorzaakt wordt door een moreel onjuiste of een onrechtmatige daad, dan is dit schade. Zo kan elk *interval* geanalyseerd worden op belangenvermindering.

Belangen individueel bepaald

Belangen beginnen bij een individu. Zonder het individu of een rechtspersoon in het centrum van de belangensfeer, bestaat er geen belang. Hoe de belangen gewogen worden is een individuele zaak. In het rijtje welzijnsbelangen zien we 'intellectueel uitdaging' staan. Er zijn mensen die dit belang niet hoog op de prioriteitenlijst zetten, anderen juist wel. Uiteraard staat het individu onder invloed van de omgeving, waardoor bijvoorbeeld de kans groter is dat een zoon van een professor een dergelijk item hoog op de lijst zet, dan de dochter van een landbouwer uit Staphorst. De verzameling van belangen rond een individu is afhankelijk van de voorkeuren²⁷ van deze persoon. Dat maakt een uitspraak als 'het is in *het* belang van *het* kind' diffuus. Welk kind, welk belang en door wiens bril bekeken? Is voldoende onderzocht wat de voorkeuren van het kind in kwestie zijn of wanneer het kind nog niet in staat is om zijn voorkeuren te uiten, is naar de context van het kind gekeken? ²⁸.

Als we stellen dat een belang begint bij het individu en daarom subjectgebonden zijn en Feinberg spreekt van schade, wanneer de belangen worden aangetast (*setback of interests*), dan luidt de conclusie: a. wanneer een bepaald individu (A) geen belang heeft in x, dan kan er geen sprake van een schade zijn omtrent x. Dat betekent in bovenstaand voorbeeld, dat wanneer de voorkeur van een kind of de context van een kind maakt dat een intellectueel uitdagende omgeving geen belang vormt, er in het geval dat er geen intellectuele uitdaging is vanwege nalatigheid, er ook geen sprake van schade kan zijn. Deze conclusie is volstrekt respectvol naar de situatie van het kind en zijn omgeving en consolideert deze. Echter, wanneer men van oordeel is dat de intelligente dochter van de landbouwer uit Staphorst het recht heeft om zich volledig te ontwikkelen en de niet-uitdagende omgeving ziet als een sta-in-de-weg, dan zou men zich kunnen beroepen op de wettelijk geregelde bescherming van het welzijnsbelang, namelijk die van de ontwikkeling van het kind²⁹.

De vraag is vervolgens of de samenleving belangen aan individuen kan opleggen. Zijn er belangen aan te wijzen die de samenleving zodanig hoog acht, terwijl de ouders en wellicht daardoor het kind deze niet als persoonlijk belang aanmerken, waardoor interventie gelegitimeerd is? Zijn er 'objectieve' welzijnsbelangen die voor iedereen gelden, en als men deze niet op zichzelf van toepassing acht, deze persoon als onredelijk of irrationeel wordt bestempeld? Neem de casus van de Iederwijsschool, waar de rechter het belang van de wettelijk bepaalde hoeveelheid leerstof verdedigt, terwijl de ouders dit belang ondergeschikt vinden aan het belang van de wijze waarop onderwijs aangeboden wordt. De rechter eist van de ouders de

²⁷ Men zou in plaats van 'voorkeur' ook 'waarde' kunnen lezen. Zie ook de opvatting van Griffin (1986) in par. 4.2.

²⁸ D. Vanderveer (1986), p392-412.

²⁹ Een dergelijke discussie speelde zich af in de VS in 1972, de fameuze zaak Wisconsin versus Yoder, waarin het recht van het kind op een 'open toekomst' (met zoveel mogelijk opties) afgewogen wordt tegen het recht van de ouders om het kind van school te halen en op te leiden tot een fullfledged member van de Amish Community (o.a. J. Feinberg (1980). "The child's right to an open future").

belangenordering te herzien, in het belang van het kind. De ouders moeten zich aanpassen aan de belangenordering van de samenleving. Hierdoor staan vrijheid en autonomie van de ouders op het spel en misschien daarvan afgeleid de vrijheid en autonomie van het kind, en aan de andere kant het recht van het kind op door de Staat gedefinieerd deugdelijk onderwijs. Met deze voorbeelden zijn we beland in het paternalisme-autonomie debat, dat vooralsnog niet beslist is en lijkt mee te deinen met de golven van het huidige politiek klimaat.

3.4 Publiek belang en belang als politiek argument

Publieke belangen bevatten de belangrijkste elementen van individuele belangen. Het zijn gedeelde belangen van de samenleving als geheel. Vaak worden deze belangen als de belangen van de overheid toegeschreven, maar in een goed functionerende democratie hoort dat niet het geval te zijn. Vanuit publieke belangen worden de activiteiten van overheidsinstanties vastgesteld. Deze publieke belangen kunnen worden geschaad door bijvoorbeeld fraude en oplichting. Uiteindelijk is deze schade, die ons niet lijkt te treffen, schadelijk voor het belang van het individu.

Wellicht zinvol in dit kader is het onderscheid dat Barry (1990) maakt tussen distributieve en aggregatieve principes in argumentaties. Distributieve argumentaties zijn aan de orde bij de verdeling van *goods* ten dienste van een bepaalde behoefte, bijvoorbeeld om de emancipatie van bepaalde groepen te bevorderen. Het beschikbaar stellen van bepaalde hulpmiddelen, gratis taalcursus etc.

Aggregatieve principes daarentegen gaan uit van de grootste gemeenschappelijke deler en betreffen een optimum of maximum. Wanneer de overheid besluit om het openbaar vervoer gratis aan te bieden, dan ligt daaraan het argument ten grondslag dat het een maatregel waaraan iedereen behoefte kan hebben en waarvan iedereen naar behoefte gebruik kan maken.

Wanneer men in de publieke sector over belangen spreekt, dan gaat het over gegeneraliseerde middelen voor een bepaald doel, of gegeneraliseerde tussendoelen voor een bepaalde handeling³⁰. In het algemeen, stelt Barry, is een beleid in iemands belang, wanneer het de individuen in een betere positie brengt om zijn doelen te bereiken. In deze definitie is een belang behoeftegerelateerd en voor algemeen 'gebruik'.

Een politiek argument 'x in het belang van A(lgemeen)' kan op twee manieren ingezet worden. De negatieve toepassing heeft tot doel mensen te weerhouden iets te doen, bepaald gedrag te ontmoedigen dat een ongunstig effect zou kunnen hebben (anti-rookcampagnes). De positieve toepassing betreft het creëren van mogelijkheden waar iedereen naar behoefte gebruik van kan maken (gratis openbaar vervoer).

³⁰ B. Barry (1990), p.183.

Wanneer we het eens zijn dat belangen voornamelijk zijn gerelateerd aan behoeften en verlangens, dan heeft dat gevolgen voor de interpretatie van een politiek argument³¹ waarin men spreekt van algemene belangen. Dat betekent voor de uitspraak 'dit is in het belang van het kind' dat het over de behoeften en wensen van het kind gaat en niet over wat idealiter het belang zou kunnen of moeten zijn. Dat wil niet zeggen dat bij de besluitvorming over de geschade -of dreigende schade aan- belangen van het kind, geen normen of waarden te pas komen: elk geschil inzake schade en belang is moreel van karakter. Wat het wel wil zeggen is dat de politieke uitspraken omtrent een belang (dus ook gerechtelijke uitspraken) tot op zekere hoogte een hier en nu karakter dienen te hebben en niet naar een verdere toekomst dienen te verwijzen. De publieke sector beperke zich tot belangen in de voorwaardenscheppende sfeer.

Een tweede consequentie is dat er geen ideale situatie als referentiepunt genomen wordt. Barry stelt een niet-perfectionistische publieke sector voor, wellicht vergelijkbaar met de 'free standing view' van Rawls³². Ten aanzien van jeugdbeleid lijkt dit contradictoir, omdat men het kind nu *en* in toekomstperspectief plaatst en een standpunt dient in te nemen over handhaving van de status quo. Hoe ziet de toekomst van de jeugd er uit? Hoe kunnen wij de jeugd toerusten? Dit zijn vragen waarop men nauwelijks antwoord kan geven. Dat het anders zal zijn, lijkt voor de hand te liggen. Een beleid gericht op handhaving van de status quo lijkt daarom niet zinnig. Rawls stelt voor om volgens het principe van een 'overlapping consensus'³³ te werk gaat en voortdurende aanpassing van uitgangspunten toe te laten, een *open future*³⁴: wat heeft een kind nodig om zo goed mogelijk toegerust te zijn in een toekomst, waarvan wij niet weten hoe deze er uit zal zien? Is er in dit kader een minimum pakket belangen te definiëren, dat wij ten minste moeten beschermen? Als we deze discussie willen voeren op de manier die Rawls voorstelt, zullen daar zoveel mogelijk partijen met verschillende levensovertuigingen bij betrokken dienen te zijn. Het gaat echter het kader van dit betoog te buiten om hier nader op in te gaan.

3.5 Conclusie van dit hoofdstuk

Onderzocht werd of de invalshoek 'schade' een beter instrument in handen gaf bij het beoordelen van jeugdbeschermingzaken, dan de invalshoek 'belang'. Deze vraag kan enigszins positief beantwoord worden:

³¹ Onder *politiek argument* versta ik elk argument buiten de privésfeer.

³² J. Rawls (1993). p.10 e.v. *Overlapping consensus* wordt gepresenteerd als een alternatief voor een *modus vivendi*. Een besluit genomen op basis van een *modus vivendi* leidt tot een statische regel, waar iedereen mee kan leven, ook al is hij het er niet mee eens. *Overlapping consensus* bouwt voort op onderwerpen en regels waarover geen onenigheid bestaat. Regels worden dientengevolge telkenmale aangepast aan vigerende opvattingen.

³³ J. Rawls (1999). p.421-48.

³⁴ J. Feinberg (1980).

- a. Schade betreft een feit, een schadelijke handeling of een schadelijke situatie. Wat schade voor een kind inhoudt is deels vast te stellen met behulp van de definitie van kindermishandeling en verwaarlozing. Op de vraag welke handelingen schadelijk zijn, welke feiten schade voor een kind inhouden, is niet in alle gevallen eenduidig, zie de discussie over meisjesbesnijdenis, maar de twijfelgevallen zijn bespreekbaar omdat het veelal om feitelijke situaties gaat. Met name dit communicatieve aspect, brengt de invalshoek van 'schade' in het voordeel.
- b. Wanneer we in jeugdbeschermingzaken spreken van 'belang', dan hebben we het in eerste instantie eigenlijk over welzijnsbelangen. Deze restrictie wordt ter zake niet gemaakt. Het recht van de jeugdige op lichamelijk en geestelijk welzijn en veiligheid is vastgelegd in de wet. Maar wat geestelijk en lichamelijk welzijn precies inhoudt is niet nader uitgewerkt. We weten wel dat de lijst van welzijnsbelangen aan verandering onderhevig is en steeds uitgebreid wordt.
- c. Geconstateerd werd dat de inhoud van een 'belang' bepaald wordt door de drager. Dat maakt het hanteren van het begrip 'belang' in jeugdbeschermingzaken ingewikkeld, omdat volwassenen het belang van het kind inhoud geven. Theoretische en contextuele interpretaties, waarden en persoonlijke voorkeuren spelen in het debat een rol.
- d. Een bezwaar van uitspraken als 'het is in het belang van x' in de publieke sfeer is, is het gewicht dat een uitspraak *ex officio* meekrijgt. Tevens wordt de suggestie gewekt dat er overeenstemming bestaat over wat in het algemeen in het belang van kinderen is, terwijl dat vaak het geval is.
- e. Korte termijn belangen en belangen op langere termijn zouden geen onderwerp moeten zijn in jeugdbeschermingzaken: het zijn niet de belangen die de samenleving kan of wil beschermen. Om heldere communicatie te bevorderen verdient het aanbeveling om te spreken van 'het welzijnsbelang van het kind'.

Het moreel oordeel op grond waarvan overheidsinterventie in gezinnen plaatsvindt, zou meer concreet geduid kunnen worden, wanneer men zich richt op de schadelijke aspecten in de casus, in plaats van in termen van belangen te spreken. Het gaat er om het domein te beperken tot het gebied waarin aantoonbaar lichamelijke of geestelijke schade wordt of dreigt te worden aangericht. Bovendien lijkt een moreel debat over schadelijke factoren eenvoudiger te voeren dan een discussie over belangen. Consensus over wat schadelijk is, lijkt eerder haalbaar.

Feinberg maakt aannemelijk dat belangen vooral uit behoeften voortkomen. In jeugdbeschermingzaken zou de aanduiding 'het belang van het kind' vervangen kunnen worden door 'de behoefte van dit kind aan een niet-schadelijke opvoedingssituatie', waarbij datgene wat schadelijk is of dreigt te zijn, benoemd wordt.

Via de invalshoek 'vermindering van een belang' komt Feinberg tot een begrip van 'schade': schade is vermindering van een belang door een vorm van een moreel onjuiste of van een onrechtmatige daad. Het gevaar daarvan is echter dat in het geval er sprake is van een minimaal of nul-belang, er nooit schade zou kunnen optreden.

De invalshoek schade, het verband tussen belang en behoefte, de invalshoek welzijnsbelangen, met name vermindering van welzijnsbelang brengen ons wellicht verder in het afbakenen van het belangendomein waar het in jeugdbeschermingzaken over gaat of over dient te gaan.

Heldere communicatie over de te beschermen belangen, zowel op uitvoeringsniveau, als op politiek niveau, lijkt onontbeerlijk.

De volgende stap is het analyseren van het begrip welzijn, zodat we de categorie welzijnsbelangen nader kunnen differentiëren.

4. Welzijnsbelangen

4.1 Inleiding

Nu de focus op welzijnsbelangen is gericht, is de volgende stap te onderzoeken of er in deze niet onaanzienlijke lijst een selectie te maken is van belangen die in alle gevallen beschermd dienen te worden.

Feinberg noemde als voorbeelden van welzijnsbelangen: fysieke gezondheid; afwezigheid van pijn; geen misvorming; intellectuele uitdaging; emotionele stabiliteit; kunnen voorzien in levensonderhoud; aanvaardbare sociale omgeving; minimale (politieke) vrijheid.

Op het eerste gezicht zou men kunnen denken dat afwezigheid van pijn een kwestie is die niet te beschermen is: niemand kan er wat aan doen wanneer een kind een chronische ziekte heeft.

Echter, wanneer pijn veroorzaakt wordt door geweld (onrechtmatig schaden van het welzijnsbelang), dan is bescherming wel degelijk geboden. In het geval van kinderen zijn het de ouders of voogd die de beschermende taak hebben. Zij zijn verantwoordelijk en dienen tot actie over te gaan, wanneer het kind door fysiek geweld pijn lijdt. Wanneer adequaat handelen uitblijft, worden ouders hierop aangesproken, meestal door familieleden, burens, onderwijskracht etcetera en in laatste instantie door de overheid. Wanneer alle middelen (de hulp van burens, van hulpverlenende instanties,...) falen om het kind te beschermen aangaande dit welzijnsbelang, dan grijpt de overheid in op grond van art. 1:254 BW. Schade van belangen van deze soort is veelal aantoonbaar en er is meestal ook een dader aan te wijzen.

Bezien we het belang van emotionele stabiliteit, dan wordt het lastiger. Ten eerste rijst de vraag wanneer men van een emotioneel instabiel kind spreekt. Stel dat deze diagnose wordt gesteld, dan is de oorzaak vaak moeilijk te achterhalen. Het temperament of fysieke problemen kunnen hieraan debet zijn, maar ook al zijn er aanwijsbare redenen waarom het kind emotioneel instabiel is, men kan niet zondermeer art. 1:254 BW toepassen. Men zal moeten kunnen aantonen dat het *de ouders of voogd* zijn die of de oorzaak zijn of hebben nagelaten om het kind afdoende te beschermen, teneinde in te kunnen grijpen in de opvoedingssituatie. Uiteindelijk zou de aanklacht neerkomen op een vorm van kindermishandeling.

Het welzijnsbelang van een aanvaardbare sociale omgeving heeft een sterk normatieve lading.

Wat vinden *wij* aanvaardbaar: is datgene wat een rechter voor zijn kind een aanvaardbare sociale omgeving vindt, hetzelfde als wat een 'kamper' een aanvaardbare omgeving vindt. Hoeveel vrijheid wordt gegund en hoeveel tolerantie kan men opbrengen, op welke morele gronden fundeert men een grens?

Mijn punt moge duidelijk zijn: elk welzijnsbelang vraagt een aparte benadering. Het is mijn bedoeling om een ordening aan te brengen in de categorie welzijnsbelangen. Daartoe wil ik eerst het begrip 'welzijn' nader analyseren.

4.2 Een definitie van welzijn

Wanneer voelen wij ons goed? Gaat het om een geestesgesteldheid of om een toestand van de wereld om ons heen? Met deze vraag begint Griffin³⁵³⁶ zijn poging om tot een bruikbare definitie van welzijn te komen.

Welzijn als geestesgesteldheid is geeft de balans weer tussen pijn en plezier.

Welzijn als toestand van de wereld, waarin ik mijn verlangens kan vervullen of mijn voorkeuren kan waarmaken, is een andere benadering. Een combinatie van die twee benaderingen leidt tot een begrip van welzijn, dat door Sidgwick een 'wenselijk bewustzijn' wordt genoemd. Maar hoe komt dit wenselijk bewustzijn tot stand? Ik heb acute wensen die mij tot handelen aanzetten, waarbij ik de keuze heb om de handeling uit te voeren of niet. De uitkomst van de handeling dient mij voordeel op te leveren. De vraag is of de snelgenomen beslissing adequaat is en op de langere duur tot het wenselijk bewustzijn leidt. Daarnaast heb ik verlangens of behoeften³⁷ waarover ik heb nagedacht, dat wil zeggen, ik heb mij verdiept in het object van verlangen en op grond daarvan besloten dat dit verlangen te koesteren. Bij de bepaling of ik voor het verlangen kies, houd ik rekening met de kans dat het verlangen vervuld zal worden. Desnoods pas ik mijn wensen daaraan aan. Alleen rationele verlangens die ik persoonlijk nastreef en die welke ik opzoek en mij moreel niet onverschillig laten, dragen bij aan mijn welzijn.

Waarden³⁸ en wensen of voorkeuren zijn in deze context nauw met elkaar verbonden: veelal gaat men er vanuit dat waarde aan de wens voorafgaat, maar Griffin waagt te stellen dat het wellicht tenminste in sommige gevallen andersom is. Bijvoorbeeld: ik kan mij een auto wensen. Dat doe ik niet, want ik kan mij geen auto permitteren. Daarnaast maak ik mij zorgen om het milieu. Ik kan nu zeggen: "ik heb geen auto, want dat is schadelijk voor het milieu".

De elementen die welzijn constitueren zijn a. rationele wensen afgeleid van of bepalend voor deugdzaam waarden en b. rationele wensen die gebaseerd zijn op nut en voordeel. Gezien het persoonlijk karakter van mijn pakket waarden-wensen en voordeel-wensen ligt het voor de hand te concluderen dat 'welzijn' *subjectief* is, dat wil zeggen afhankelijk van mijn individuele wensen. Een *objectieve* lijst van wensen impliceert dat personen worden beïnvloed door algemeen geldende waarden, zelfs als zij persoonlijk daarvoor niet zouden kiezen (zie ook 3.1: objectief belang). Als voorbeeld van dergelijke waarden noemt Griffin 'autonomie'. Stel, ik voel mij goed

³⁵ J. Griffin (1986).

³⁶ De filosofische positie van Griffin is weliswaar utilitaristisch, maar zijn definitie lijkt mij ook buiten dat kader bijzonder bruikbaar. Bovendien vraagt hij zichzelf meerdere malen kritisch af of zijn weergave niet te zeer op het maximum nut gefocust is.

³⁷ De lezer zou de begrippen 'wensen' en 'verlangens' voorzichtig kunnen associëren met het begrip 'belang'.

³⁸ Griffin gebruikt hier de term 'prudential value', wat ik moeilijk kan vertalen. 'Prudential' betekent letterlijk 'voorzichtig', maar kan ook 'verstandig' betekenen. 'Prudentia' ten tijde van Cicero verwijst naar 'deugd'. Wellicht is 'deugdzaam waarden' de meest gelukkige vertaling.

wanneer ik mij ten aanzien van mijn wensen laat leiden door mijn echtgenoot: ik hoef zelf niet na te denken en zijn geluk is mijn geluk. Dat wil dan niet zeggen dat ik de kernwaarde autonomie van onze samenleving niet onderschrijf. Ik maak er in mijn persoonlijk situatie geen punt van. Kernwaarden als autonomie kunnen conflicteren met andere algemeen geldende waarden als bescherming. De rangorde tussen de twee algemene waarden is dan een kwestie van persoonlijke voorkeur. In de casus van de bijna-meerderjarige jeugdige zien we deze twee waarden conflicteren: de jeugdbeschermer (letterlijk) en de jeugdige die zijn recht op autonomie opeist.

Rawls -vanuit een politiek standpunt - meent dat, wanneer wij afzien van een utilistische optelling van voordelen en ons richten op een 'bodempositie', er een objectieve maatstaf voor welzijn mogelijk is³⁹. Het onderscheid tussen een objectieve en subjectieve weergave van welzijn is voor Rawls' *difference principle* cruciaal. We zien dat verwachtingen en belangen een grote rol spelen in de onderbouwing van het beginsel: "Social and economic inequalities are to be arranged so that they are both (a) to the greatest expected benefit of the least advantaged and (b) attached to offices and positions open to all under conditions of fair equality of opportunity"⁴⁰. Toelaatbare verschillen zijn in de visie van Rawls gekoppeld aan mogelijkheden en verwachtingen, maar ook het toelaatbare sociaal minimum houdt hiermee verband. Dat is echter niet voldoende, want verwachtingen en verlangens kunnen onredelijk zijn. Een reële opvatting over een minimum is af te leiden uit de inspanningen die de samenleving *wil* leveren om de distributie van goederen voor de komende generaties eerlijk te verdelen⁴¹. Men zou kunnen spreken van een 'morele intentie'. Hierna kom ik op Rawls' notie van basisbehoeften en primair goed terug.

Griffin herkent de noodzaak van een meer objectieve interpretatie van welzijn en betreft het begrip basisbehoeften bij zijn formulering, iets wat Rawls ook doet. Behoeften zijn meer neutraal, wanneer zij geen relatie hebben met de perceptie van het subject. Abstract geformuleerd: " x needs α in order to ϕ ", waarbij ϕ staat voor 'wel-zijn als mens' en x voor 'elk willekeurig mens' en α voor de basisbehoefte.

Zo volgt Griffins objectieve weergave van welzijn: *well-being, at least that conception of it to be used as the interpersonal measure for moral judgment, is the level to which basic needs are met*. Basisbehoeften bevatten conventionele elementen als gezondheid, vrij van schade, goed functioneren en congrueren aan maatschappelijke ontwikkelingen. Wanneer *wij* basisbehoeften (α) erkennen, dan volgt daaruit een *morele verplichting*, stelt Griffin.

De invalshoek van welzijn en het bijbehorende moreel verplichtend karakter vraagt om een nadere uitwerking. Wanneer er niet aan de basisbehoeften is voldaan, betekent dat dan dat de

³⁹ J. Rawls (1971, R.1999). p.79. Zie ook hieronder 'Basic needs and primary goods'.

⁴⁰ Ibid, p.72.

⁴¹ Ibid, p.251-3.

persoon in kwestie zich niet wel bevindt? Dat is niet zondermeer het geval. Ook kan men een verlangen prefereren ten koste van een basisbehoefte, bijvoorbeeld vrij zijn van pijn. Griffin noemt het voorbeeld van Freud, die in zijn laatste jaren hevige pijnen leed, maar weigerde om pijnstillende middelen in te nemen, omdat Freud helder kunnen nadenken hoger waardeerde, dan het vrij zijn van pijn. Met andere woorden, de vervulling van basisbehoeften kan niet worden opgedrongen, omdat de persoon in kwestie een andere invulling aan welzijn geeft: *onze* morele verplichting kan niet dwingend zijn naar de ander. Als het kinderen betreft, ligt dit zeker anders, maar ook in de jeugdbescherming is dit een punt van aandacht.

Een ander element dat ons welzijn beïnvloed, zijn 'verwachtingen'. Verwachtingen worden gewekt door onze omstandigheden. Gerechtaardigde verwachtingen beïnvloeden onze wensen. In Nederland mag ik verwachten dat wanneer ik een doof kind heb, hij speciaal onderwijs kan volgen. Maar kan mijn hoogbegaafd kind eveneens een beroep doen op speciaal onderwijs? Waar houdt het op om een niet-vitaal⁴² belang te zijn.

Er moet een punt zijn, stelt Griffin, waarover we het allemaal eens zijn, tot waar wij ons *moreel verplicht voelen om tegemoet te komen aan behoeften en verwachtingen*. Deze gedachte wil ik benadrukken. Hoewel de wet en het IVRK een norm, respectievelijk een oriëntatiepunt bieden, is het van belang om de relatie te blijven leggen tussen wat er op papier vastligt en waartoe *wij* ons moreel verplicht achten. Juist omdat de wet niet eenduidig is en terecht mogelijkheden open laat voor interpretatie, moet de vraag van de morele plicht steeds opnieuw gesteld worden. Ook in jeugdbeschermingzaken kan aan de betrokkenen de vraag gesteld worden: wat heeft *elk kind* volgens *u* en volgens *ons* nodig, krijgt *dit* kind dat of ontbreekt het hem daaraan, *wie* zou hem dat moeten geven?

We moeten daarbij steeds schakelen tussen het persoonlijke en het algemene. Dat is in feite aan de hand in jeugdbeschermingzaken: de samenleving vindt dat het welzijn van dit kind onvoldoende behartigd wordt. Op de verzameling behoeften en verwachtingen waarvan de samenleving vindt dat deze voor elk kind vervulbaar dienen te zijn, kan dit kind om aantoonbare redenen geen aanspraak maken en daarom treffen wij maatregelen, desnoods gedwongen. De staat garandeert dat het kind krijgt wat het nodig heeft, beschermt het minimum. Wat het minimum is, bepaalt de samenleving.

Griffin's notie van het moreel verplichtend karakter van deze welzijnsbelangen, hebben consequenties voor de jeugdbescherming: als wij oordelen op grond van deze belangen, zijn wij als samenleving verplicht om respectievelijk in deze basisbehoeften te voorzien en aan deze verwachtingen tegemoet te komen. In de casus Anna zien we dat een ongelukkige match met het pleeggezin traumatisch is geweest. De moeder van Anna heeft hier geen schuld aan, maar een mogelijkheid van een nieuw trauma is het argument waarom Anna niet teruggeplaatst kan worden. Het welzijn van Anna wordt beschermd. In de andere casus is een van de redenen

⁴² 'Vitale' behoeften zijn noodzakelijk om als mens te (over)leven.

waarom de bijna volwassen jongeman volgens de gezinsvoogd niet bij zijn grootmoeder kan wonen, het ontbreken van adequate ambulante hulp in de buurt. In beide gevallen zou men kunnen zeggen dat het aanbod (het alternatief voor de opvoedingssituatie), dat er op grond van ons moreel oordeel zou moeten zijn, niet voldeed en in het geval van Anna zelfs schadelijke gevolgen had.

Wat door Griffin's weergave duidelijk wordt, is dat een oordeel in jeugdbeschermingzaken direct verband houdt met de voorzieningen die wij hebben gecreëerd of het gebrek aan adequate alternatieven. Als die voorzieningen er niet zijn of niet deugdelijk zijn, dan heeft dat gevolgen voor onze besluitvorming.

Wij kunnen een *oordeel* hebben over wat het minimumbundeltje belangen van een kind dient te bevatten. Dat betekent dat wij de *morele plicht* hebben dat dit minimum wordt beschermd. Basisinstituties als de rechterlijke macht, de Raad voor de kindbescherming en de instellingen voor gezinsvoogdij zorgen voor de uitvoering van beschermingstaken die de samenleving wettelijk heeft vastgesteld.

De zaak Savanna heeft tot algemene en diepe verontwaardiging geleid. Daarop volgde een soort 'incidentenpolitiek' waarbij de nadruk werd gelegd op preventieve maatregelen die alle ouders treffen (in dit kader is het woord *prepressie* reeds gevallen), het uitbreiden van de gronden van ondertoezichtstelling en het verbeteren van de kwaliteit van de gezinsvoogdij. Het aantal ots-en is dientengevolge sterk toegenomen. Maar er zijn niet genoeg gezinsvoogden om deze toename op te vangen, ondermeer doordat de animo om gezinsvoogd te worden gedaald is vanwege voortdurende kritiek. Daarnaast zijn er onvoldoende middelen om de gezinsvoogd meer tijd te geven om zijn pupillen te beschermen. Dus, hoewel wij van oordeel zijn dat een tweede Savanne niet meer mag voorkomen, wij een morele plicht voelen om ons daartoe in te spannen, levert onze samenleving te weinig mensen voor de betreffende beroepsgroepen en zijn de beroepsgroepen niet in staat adequate zorg te leveren, ondermeer door wachtlijsten en onvoldoende samenwerking.

Bovendien bestaan er twijfels over de effectiviteit van de preventieve maatregelen: kunnen de risico's werkelijk worden voorkomen en ten tweede niet nieuwe risico's genereren⁴³.

Rawls' aanpak om na te denken over welke belangen voor de volgende generatie beschermd dienen te worden, had misschien een betere basis opgeleverd van waaruit stappen zouden kunnen worden ondernomen. Wellicht had dat ook tijd opgeleverd om tot consensus te komen over welke risico's wij willen en kunnen vermijden.

Ons morele oordeel over belangen van het kind houdt een morele verplichting in; deze verplichting leidt tot zakelijke verplichtingen en menselijke inspanning. Wanneer wij niet bereid zijn dit op te brengen, dan is er een discrepantie tussen het kunnen, een willen en een moeten (morele verplichting). Deze drie aspecten van het beschermen van welzijnsbelangen zijn idealiter

⁴³ Zie hiervoor de artikelen van H. van Gunsteren (2008).

met elkaar in evenwicht. Hier wil ik nogmaals wijzen op het gebruik van het persoonlijk voornaamwoord 'wij'. Ik wil hiermee steeds wijzen op het belang van een gedeelde opvatting in deze kwestie. Als er een onderwerp is waarover ongeacht sociale klasse overeenstemming bereikt kan worden, dan is het wellicht over het beschermen van onze kinderen.

Samengevat zijn de elementen die het welzijn van een individu beïnvloeden: zijn persoonlijke verlangens, zijn persoonlijke waarden, vervulling van basisbehoeften van vitaal belang, en de wijze waarop aan door onze omgeving gewekte verwachtingen tegemoet gekomen wordt. Wanneer we persoonlijke waarden en verlangens buiten beschouwing laten, wordt de lijst *meer objectief en moreel verplichtend* van karakter.

Hierna wil ik de categorie welzijnsbelangen inperken door deze naast de 'objectieve lijst' van Griffin te plaatsen, dat wil zeggen a. gaat het om basisbehoeften van *elk* kind en b. wat zijn de verwachtingen van vitaal belang die de omgeving van het kind creëert. Het doel van onderhavig onderzoek is immers de inhoud van het argument van "het is in het belang van het kind" ter zake nader te definiëren.

Een cruciale vraag, waarmee Griffin ons achterlaat, is hoe wij vitale van niet-vitale welzijnsbelangen kunnen onderscheiden. Rawls' uitwerking van 'basic needs and primary social goods' kan misschien behulpzaam zijn.

4.3 Basic needs en primary social goods

Rawls verstaat onder *basic needs* ruwweg die behoeften waaraan tegemoet gekomen dient te worden, wil de burger in een positie komen om rechten, vrijheden en kansen die de samenleving biedt, te kunnen benutten⁴⁴. In feite is dit hetzelfde als wat Feinberg bedoelt met de stelling dat welzijnsbelangen de lange termijn doelen en *focal aims* constitueren. In beider uitleg bestaat er een afhankelijkheidsrelatie tussen welzijnsbelangen en doelen op langere termijn⁴⁵. Hierdoor is het lastig om een minimum van welzijnsbelangen of basisbehoeften te definiëren die voor iedereen geldt. En, zoals Griffin laat zien, tot op welke hoogte voelen wij ons moreel verplicht om aan basisbehoeften tegemoet te komen, mocht het gebrek van het individu daarom vragen. Ambitieuze plannen stellen hogere eisen aan basisbehoeften en welzijnsbelangen (bijvoorbeeld voldoende inkomen om studiekosten te financieren). Rawls' *difference principle* probeert dergelijke verschillen een rechtvaardig fundament te geven: Ten eerste moeten wij er voor zorgen dat het welzijn van de minst bevoordeelde persoon voor ons moreel aanvaardbaar is. Ten tweede dienen de *social goods* die het welzijn van de minst bevoordeelde persoon in stand houden, voor

⁴⁴ J. Rawls (1999), p. 541.

⁴⁵ J. Rawls (1971), p.358-9.

iedereen beschikbaar te zijn. Vanaf dat punt zal een ieder zijn behoeftes afstemmen op zijn levensplan⁴⁶.

Toch leidt het 'gedachte-experiment' met betrekking tot wat voor ons een minimum aanvaardbare opvoedingssituatie is, wellicht tot meer persoonlijke opvattingen dan hier mijn bedoeling is. Het is toe te juichen wanneer iedereen over deze situatie nadenkt en een persoonlijk statement maakt, maar in volgende instantie zal men tot een meer intersubjectief oordeel moeten komen.

Gezien de diversiteit in opvoedingssituaties is het zinvol om ons bewust te zijn van het feit dat welzijnsbelangen weliswaar de voorwaarden vormen voor het autonoom opstellen van een levensplan, maar dat in het gedachte-experiment opvattingen over het goede leven geen rol dienen te spelen. Het *kan* getuigen van weinig respect wanneer men het individu ethische opvattingen oplegt, die niet sporen met zijn eigen overtuigingen.

In feite wijst de conclusie van Rawls in dezelfde richting als die van Griffin: als er een aanvaardbaar minimum welzijn of *basic needs en primary social good* te definiëren is, verbindt daaraan dan de morele plicht om ervoor te zorgen dat dit niveau voor iedereen haalbaar is.

4.4 Minimum welzijn principe

Is er een minimum welzijn principe te construeren als het om kinderen gaat? Er zijn verschillende pogingen ondernomen om een minimum welzijn voor kinderen te definiëren, onder andere in verband met het formuleren van voorwaarden voor adoptie en pleegouderschap. Aan de hand van de definitie werd gekeken of kandidaat adoptieouders het minimum welzijn van het kind zouden kunnen waar maken.

Echter, bij het vaststellen van een minimum doen zich de volgende problemen voor.

1. Het cultuur-historisch element: ten aanzien van het minimum welzijn van kinderen wordt de lat steeds hoger gelegd. Neem bijvoorbeeld het minimum ten aanzien van de cognitieve ontwikkeling van het kind: sinds er een algemene leerplicht geldt, wordt het aantal jaren waarin de leerplicht geldt steeds uitgebreid. Steeds meer voorzieningen zorgen ervoor dat eventuele achterstanden op kennisniveau worden weggewerkt. Anderzijds moeten we constateren dat steeds meer kinderen vroegtijdig afhaken.

Een ander voorbeeld is de minimum leeftijd waarop jongeren mogen deelnemen aan het arbeidsproces wordt steeds hoger en dat geldt eveneens voor de eisen aan arbeidsvoorwaarden en -omstandigheden.

Ook ten aanzien van voeding worden meer eisen gesteld. Op sommige scholen wordt ontbijt geserveerd, omdat is gebleken dat een aantal kinderen zonder eten naar school gaat.

⁴⁶ Ibid. p.78-9. Voor Rawls - maar zie ook Feinberg - vormt een minimum niveau van welzijn de voorwaarde om autonoom en volgens eigen opvattingen over het goede leven zijn levenspad te bewandelen. Rawls gebruikt de term *life plan*, Feinberg spreekt van *focal aims*.

Er worden steeds hogere eisen aan veiligheid van kinderen gesteld. Ouders worden aangesproken wanneer hun kinderen zich na acht uur 's avonds zonder begeleiding op straat begeven (overigens niet alleen vanwege *hun* veiligheid).

En, niet onbelangrijk, de gronden voor ondertoezichtstelling worden steeds verbreed. Deze maatregelen proberen een minimumgrens te bewaken, die het resultaat zijn van *onze* ideeën over het welzijn van kinderen en jongeren.

Met andere woorden, het minimum welzijnsniveau is sterk tijdgebonden. Hoe meer het gelijkheidsprincipe voorrang wordt verleend, des te hoger de druk op de minima -soms onder dwang (ten koste van het vrijheidsprincipe)- om aan te sluiten bij een soort gemiddelde⁴⁷.

2. Het nauwelijks vast te stellen welke elementen in de opvoeding *het welzijn* van een kind constitueren. Hoe zou men dat kunnen onderzoeken: gaat men uit van het resultaat - bijvoorbeeld een advocaat strafzaken of een succesvol luitspeler - en kijkt men vervolgens wat de voornaamste kenmerken van de opvoeding waren? Maar niet iedereen vindt strafadvocaat een eervol beroep en niet iedereen waardeert de luitspeler, al was het maar vanwege het schrale inkomen van het artistieke beroep. Zouden opvoedingskenmerken van deze mensen dan maatgevend moeten zijn? Een andere methode is het volgen van een kind in zijn ontwikkeling en tijdens verschillende fasen het niveau van geluk en behoeftebevrediging meten om deze vervolgens te koppelen aan opvoedingsinterventies. Maar ook over deze aanpak bestaan de nodige twijfels.

3. *Hoe beleeft het kind* zijn situatie? Stel dat de opvoedingssituatie van kind A en van B overeenkomen, dan kan men nog niet uitgaan van een zelfde welzijnsbeleving⁴⁸. Vaak vinden kinderen 'niets', zij ervaren hun omstandigheden als een gegeven. Pas in de pubertijd vormt zich een oordeel. Kinderen uit eenzelfde gezin kunnen hun opvoedingssituatie heel verschillend ervaren: voor het ene kind kan het een ideale voedingsbodem zijn, het andere komt niet tot bloei. En voor het andere kind wil dat niet zeggen dat de toekomst hopeloos is. Er zijn voldoende voorbeelden te noemen van mensen die na een jeugd in barre omstandigheden, een leven hebben opgebouwd dat voldoet aan de hoogste welzijnsstandaarden. Voorbeelden van een omgekeerde richting zijn eveneens talrijk.

Bovenstaande leidt niet tot een nadere specificatie van welzijnsbelangen. Slechts enkele van de cultuur- en tijdgeestgebonden elementen zouden met enige aarzeling een plaats kunnen krijgen in de 'objectieve lijst' van Griffin, namelijk in de categorie welzijnsbelangen die door verwachtingen die door de omgeving worden gecreëerd.

⁴⁷ Over de compatibiliteit van het vrijheidsprincipe en gelijkheidsprincipe is veel literatuur, onder ander in Nederland H. Tjeenk Willink et al (2002). Haagse tegenstrijdigheden. Amsterdam: Salomé University Press.

⁴⁸ D. Langdrige. "The welfare of the child: Problems of indeterminacy and deontology". In: *Oxford Journals. Human Reproduction*. Vol. 15, No. 3, 502-504. Maart 2000.

Hoewel persoonlijke en contextuele welzijnsbelangen meewegen in de overwegingen in een jeugdbeschermingszaak, kunnen wij niet de morele verplichting op ons nemen om deze belangen te beschermen.

4.5 Ontwikkelingscriteria

De pedagogische en jeugd-psychiatrische wetenschappen⁴⁹ hebben eveneens interessante criteria opgeleverd aan de hand waarvan het welzijn van het kind afgeleid zou kunnen worden: Wanneer Rawls en Feinberg stellen dat levensplannen en focal aims pas tot uitdrukking kunnen komen wanneer aan welzijnsbelangen tegemoet gekomen is, dan kan men andersom stellen dat wanneer een kind zich kan ontwikkelen, er kennelijk aan welzijnsbelangen tegemoet gekomen wordt. Het gevaar van deze benadering is dat aan de ene kant een ontwikkelingsstoornis niet hoeft te wijzen op een gemankeerd welzijnsbelang en aan de andere kant dat een goede ontwikkeling niet betekent dat er thuis niets aan de hand zou zijn.

De maatstaf 'de ontwikkeling van het kind' is op zich onvoldoende om het welzijn van het kind te meten. Het is echter geschikt als instrument om de toename of vermindering van 'belangen' in een bepaald interval te lezen. Wanneer de beginsituatie van de ondertoezichtstelling is vastgesteld en er is een adequate interventie gestart, dan kan door de manier waarop het kind zich ontwikkelt mede bepaald worden of het welzijn van het kind is toegenomen.

Men kan zich afvragen waar de ontwikkeling van het kind toe moet leiden: wat dient het eindresultaat te zijn, is ook hierbij sprake van een minimum? Contextuele aspecten zijn medebepalend voor het doel, dat wil zeggen een adolescent die met zijn omgeving weet te 'dealen', ofwel communiceren en zich een plaats weet te verwerven. De ontwikkeling is een doel en geen grond voor ondertoezichtstelling.

4.6 Overige welzijnsbelangen

Griffin en Rawls streefden *objectiviteit* na bij het vaststellen van de lijst van welzijnskenmerken, nu komen toch oplopend meer subjectieve aspecten naar voren. De vraag is *of* jeugdbeschermingszaken objectief beoordeeld moeten worden. De sfeer van de rechtszaal vereist dit in eerste instantie wel: de rechtsnorm dient leidend te zijn. Dat subsidiair belangenafwegingen van contextuele, interpretatieve en persoonlijke aard een rol spelen, is in toenemende mate gebruikelijk⁵⁰.

⁴⁹ Zie onder andere publicaties van F.C. Verhulst, hoogleraar Kinder- en Jeugdpsychiatrie, Erasmus Universiteit Rotterdam en van dr. R.A.C. Bilo, kinderarts, gespecialiseerd in signalen van kindermishandeling en verwaarlozing.

⁵⁰ Zie: H.T.M. Kloosterhuis (2006).

Terugkomend op de welzijnsbelangen van Feinberg, lijkt een aantal items het in de 'objectieve lijst' van Griffin, minder bruikbaar vanwege het feit dat de persoonlijke beleving een grote rol speelt, of vanwege het feit dat wij geen bescherming *kunnen* bieden: emotionele stabiliteit, aanvaardbare sociale omgeving; minimale (politieke) vrijheid.

Een aanvaardbare sociale omgeving en in zekere zin emotionele stabiliteit zijn behoeftegerelateerde welzijnsbelangen⁵¹, maar niet per se van vitaal belang. De beleving van de drager speelt een grote rol bij de beoordeling van de situatie. Anders dan bij vitale welzijnsbelangen, is de morele verplichting om hier iets tegenover te stellen minder knellend, juist omdat het moeilijk is om een eventuele morele plicht ten aanzien van deze categorie te effectueren. Dat laatste geldt ook voor de 'minimale (politieke) vrijheid', dat eerder een waardegerelateerd welzijnsbelang is: in onze westerse cultuur is 'vrijheid' niet alleen een groot goed, maar uitgangspunt van ons politieke denken. Wij dienen ons te realiseren dat wellicht de meerderheid van de wereldbevolking daar anders over denkt.

Men kan zich ten aanzien van bovengenoemde punten echter wel afvragen of ons hierdoor moeten laten bepalen: moet men niet overtuigen, hulp bieden, of bevinden we ons dan op glad ijs en belanden we in het paternalisme - autonomie-debat?

Daarentegen kunnen de items fysieke gezondheid, afwezigheid van pijn, geen misvorming, kunnen voorzien in levensonderhoud en intellectuele uitdaging in ruime zin, wel ondubbelzinnig in de objectieve lijst van Griffin worden opgenomen. Wij kunnen er iets tegenoverstellen, niet alleen in de vorm van het wegnemen de schadelijke factor, maar ook door het compenseren van het gebrek. Het blijft steeds de vraag in hoeverre, tot op welk niveau wij ons daartoe willen verplichten.

4.7 Conclusie van dit hoofdstuk

Door conceptuele analyse van het begrip 'welzijn', die een objectieve lijst van welzijnsbelangen opleverde, kan het deeldomein van welzijnsbelangen dat een hoofdrol speelt in jeugdbeschermingzaken nader worden bepaald: het gaat om welzijnsbelangen die te maken hebben met basisbehoeften en welzijnsbelangen die berusten op door omstandigheden gecreëerde verwachtingen van vitaal belang. Beide belangen zijn gekoppeld aan een morele verplichting, in feite gaat het om een moreel recht.

Als ter zake wordt gesproken over "het belang van het kind", dan gaat het over bovenstaande welzijnsbelangen. In een vraag geformuleerd: "krijgt dit kind wat het nodig heeft om te kunnen bestaan (letterlijk en figuurlijk) in deze omstandigheden en zo niet, wat zouden wij daaraan moeten doen?". Het belang van dit kind bestaat in *onze* morele verplichting om het kind in zijn gebrek tegemoet te komen.

⁵¹ Feinberg schaaft alle welzijnsbelangen onder behoeftegerelateerde belangen.

Voor welke welzijnsbelangen moeten wij opkomen, met alle middelen die ons ten dienste staan en waar mogen we aarzelen? In de praktijk zien we dat er te lang gearzeld wordt, niet alleen twijfel zorgt er voor dat het nemen van maatregelen wordt uitgesteld, ook lange wachtlijsten zijn hier debet aan: onze morele verplichtingen lopen niet in de pas met onze morele oordelen.

Hoewel beide elkaar niet veel ontlopen, is de objectieve lijst van belangen van Griffin mijn inziens voor dit doel qua formulering concreter dan de indicatie van Rawls ten aanzien van *basic needs and primary goods*.

Hierna bedoel ik met welzijnsbelangen die belangen welke gerelateerd zijn aan basisbehoeften en verwachtingen van vitaal belang.

5. Welzijnsbelangen en het schadeprincipe gecombineerd

5.1 Criteria

De conclusie die werd getrokken naar aanleiding van de invalshoek 'schade' leverde een te magere basis op voor oordeelsvorming in de jeugdbescherming. Debet hieraan was het feit dat we niet tot een plausibele versie van het schadeprincipe -wat is schade- konden komen. Het bleef arbitrair tegen welke vormen van schade de samenleving in staat is of zou moeten zijn om bescherming bieden. Het was dus nodig om vast te stellen op welk domein van belangen de schade betrekking moest hebben, om een zaak te zijn voor de jeugdbescherming.

Allereerst werd het domein van belangen beperkt tot 'welzijnsbelangen'.

Het domein 'welzijnsbelangen' bleek nog steeds te breed. De objectieve lijst van welzijnsbelangen van Griffin, leverde een vruchtbare differentiatie van welzijnsbelangen op.

Niet alle gevallen waarin sprake is van een vitaal gebrek om te kunnen bestaan, is een zaak voor de jeugdbescherming. Ingrijpen door de overheid is slechts gelegitimeerd wanneer 'andere middelen falen', dat wil zeggen wanneer het niet mogelijk is om zonder dwang het tekort in de levensbehoeften en -omstandigheden van het kind aan te vullen, wanneer degene(n) die het gezag uitoefenen over het kind in gebreke blijven. Als we dit *tekort* en *in gebreke blijven* als schade aangemerkt kan worden, dan is een combinatie van het schadeprincipe met de gevonden welzijnsbelangen een volgende en laatste stap in de afbakening van het deeldomein van belangen van het kind, die in onze samenleving als ondergrens wordt gekenschetst.

De combinatie levert de volgende criteria op:

- betreft het welzijnsbelangen die gerelateerd zijn aan basisbehoeften?
en/of
- betreft het welzijnsbelangen die gevoed worden door verwachtingen die de omstandigheden hebben gecreëerd?
en
- betreft het schade van welzijnsbelangen als gevolg van een onrechtmatige daad?
 - is er sprake van schadelijke handelingen? Om welke handelingen gaat het?
 - is er sprake van een (dreigende) schadelijke situatie, waaruit blijkt dat, of waarop is het vermoeden van een dreiging gebaseerd?
 - is er sprake van schadelijke feiten? Welke feiten zijn dat?
 - heeft de schade heeft betrekking op de hierboven beschreven welzijnsbelangen?

5.2 Welzijnsbelangen gerelateerd aan basisbehoeften en verwachtingen die aantoonbaar worden geschaad

Bovenstaande criteria zijn alle drie belangrijk, echter wanneer het laatste criterium prominent aan de orde is, wordt de zaak urgent. Het bestrijden van onrecht is een krachtiger legitimering voor interventie, dan het niet nakomen van morele verplichtingen.

Wanneer een kind ondervoed blijkt, dan is er sprake van aantoonbare schade van het welzijnsbelang. Wanneer een kind van 12 jaar met een normale intelligentie en motoriek niet kan schrijven, dan is de geestelijke ontwikkeling van het kind bedreigd of wellicht geschaad. Als tijdens de gymles blijkt dat de rug van een kind onder de striemen zit, dan is het fysieke welzijn geschaad. Bovenstaande voorbeelden kunnen vormen van kindermishandeling zijn (zie hierboven: definitie kindermishandeling wet op de jeugdzorg). Er is sprake van feitelijke en aantoonbare schade. Over deze subcategorie van welzijnsbelangen bestaat nauwelijks twijfel in jeugdbeschermingzaken, al was het maar omdat het niet-schade beginsel op elke burger van toepassing is. Feitelijke en aantoonbare schade zijn op zijn minst een reden voor onderzoek door de Raad voor de Kinderbescherming. De invalshoek 'schade' maakt het domein van welzijnsbelangen van het kind klein, maar eenduidig. De wet biedt voldoende grond om in te grijpen als deze subcategorie van belangen in het geding is. De rechtsbeslissing vindt plaats op grond van een *modus ponens* redenering -als p (rechtsnorm, art. 1:254 BW) dan q (maatregel). Het gaat hier om een eerste-orde-argumentatie⁵² (redenering op basis van rechtsregels).

Als *x* staat voor een opvoedingssituatie die vrij is van 'schade' (veiligheid), kan men in plaats van 'x is in het belang van het kind' zeggen 'het kind heeft *recht* op bescherming van *x*'?

Welijnsbelangen kunnen ook bedreigd worden, dat wil zeggen dat de belangen *kunnen worden geschaad*. Wettelijk gezien is *bedreiging* een grond voor ondertoezichtstelling. De term 'bedreiging' verwijst naar een toekomst, waarvan niet zeker is of deze werkelijkheid wordt. Goldstein, Freud en Solnit plaatsen kanttekeningen bij de mogelijkheid van de rechter om in te grijpen op grond van speculaties. Een citaat van rechter Wachenfeld:

The uncertainties of life ... will always remain to be encountered as long as one lives... Their devious forms and variations are too complicated and numerous to be susceptible of tabulation. Our inability [die van de rechterlijke macht - rg] to predict or solve them anchors us closely to nature's intentment... A juridical approach does not make the future more readily foreseeable and the assurance of our decisions, whatever it be, is unfortunately circumscribed by the frailties of human judgment⁵³.

⁵² H.T.M. Kloosterhuis (2006). p.169-75.

⁵³ J. Goldstein, A. Freud, A. Solnit (1973). Geciteerd op p.50.

Een maatregel nemen op grond van een dreigende schadelijke situatie is om deze reden van een andere orde. Er zal aangetoond moeten worden dat de kans op een schadelijke situatie groot is en er zal moeten worden aangetoond welke welzijnsbelangen dreigen te worden geschaad. Het gaat dan wel degelijk om de welzijnsbelangen van de hier bedoelde subcategorie: "krijgt dit kind wat het nodig heeft om te kunnen bestaan (letterlijk en figuurlijk) in deze omstandigheden en zo niet, wat zijn wij verplicht hieraan te doen?".

Raadsonderzoeken leveren daarvoor meestal het benodigde materiaal.

De volgende vraag is in hoeverre men vertrouwt men op een goede afloop. Is er zonder dwang, maar met hulp en steun verbetering aan te brengen, of is men toch vooral geneigd om het zekere voor het onzekere te nemen ten einde incidenten als 'Savanna' te voorkomen? Wat zegt het over onze samenleving en ons rechtssysteem als we tot het laatste neigen?

Wanneer de hier bedoelde subcategorie welzijnsbelangen in het geding is, kan nog steeds een eerste-orde-argumentatie gevolgd worden: de beslissing wordt genomen op grond van een rechtsregel. Daaronder ligt echter een tweede argumentatielijn, namelijk die welke dient aan te tonen dat er een schadelijke situatie in de lucht hangt, waarvan de kans dat deze bewaarheid wordt zodanig is dat een maatregel geboden is. Het komt echter vaak voor dat Raadsonderzoeker een andere interpretatie van de nabije toekomst heeft, dan de ouders van het kind. Intenties, beoordeling van de huidige situatie, andere levensovertuigingen zijn spelen hierbij een rol. De rechter zal eerst deze interpretatieproblemen moeten oplossen voordat hij een uitspraak zal kunnen doen. De argumenten op dit niveau vormen een tweede-orde-argumentatie⁵⁴, dat wil zeggen dat de uitkomst van deze discussie de toepassing van de rechtsregel wel of niet ondersteunt, maar op zichzelf kan deze argumentatie niet tot een maatregel leiden.

De lezer kan zich nu afvragen of de overige criteria -de welzijnsbelangen gerelateerd aan basisbehoeften en verwachtingen- er in deze subcategorie wel toe doen? Dat is wel degelijk het geval. Een voorwaarde voor de schade die hier aan de orde is, is dat het om (dreigende) schade gaat van de hier omschreven subcategorie welzijnsbelangen. Het gerechtelijk oordeel baseert zich in eerste instantie op de schade. Onderliggend spelen de belangen een dienende rol.

Men zou deze gedachtegang in een logische regel kunnen formuleren: $S (P \vee Q) \wedge M (P \vee Q) \rightarrow R$ waarbij P en Q de belangen uit Griffin's objectieve lijst zijn, S de schade, M het minimum en R de maatregel. Wanneer de schade geen betrekking heeft op een van beide belangen, dan is een maatregel niet aan de orde. De tweede voorwaarde $M (P \vee Q)$, lijkt wellicht overbodig, maar betreft 'wat had moeten zijn (*ought to be*)' in de oordeelsvorming.

Voorbeeld: wanneer een moeder totaal niet geïnteresseerd is in de voorliefde van haar kind voor *gothic*, haar niet wijst op bijeenkomsten van de cultclub en deze uitjes zeker niet financiert, dan is dit wellicht een vorm van verwaarlozing, maar niet van vitaal welzijnsbelang. Anderzijds kan

⁵⁴ H.T.M. Kloosterman (2006). p.171-5.

men stellen dat de moeder de ontwikkeling van het kind schaadt of haar dochter belemmert zich te uiten, waardoor wel degelijk een vitaal welzijnsbelang geschaad wordt. Het dilemma kan wellicht opgelost worden met behulp van de toevoeging van Griffin: Is het minimum welzijn van het meisje in het geding; schept de omgeving van het meisje de verwachting dat gothic aan een vitale behoefte tegemoet komt; in hoeverre voelt u zich moreel verplicht om in deze casus in te grijpen en voor de gevolgen op te draaien en is dit een tamelijk algemeen gevoelen?

Voor zover de argumenten 'het is in het belang van het kind' op grond van onderhavige criteria beoordeeld kunnen worden, verwijst slechts het argument uit de vierde casus, de zaak Anna, naar een dreigende schade van het basisbehoeftegerelateerde welzijnsbelang. De emotionele schade die Anna opliep door *herplaatsing*, zou bij eventuele *terugplaatsing* zich kunnen herhalen. In deze casus zien we eveneens een mijns inziens juiste toepassing van art. 3 IVRK. Het belang van de moeder betreft eveneens een fundamenteel belang⁵⁵, namelijk het terugwinnen van haar kind. Maar omdat volgens het IVRK 'het belang van het kind' een eerste overweging vormt, kan men billijken dat het op reële verwachtingen (gezien het beleid dat er op gericht is, om het kind zo mogelijk terug te plaatsen) berustende belang van de moeder het onderspit delft.

Samengevat zien we dat wanneer schade een feit is of een schadelijke situatie aantoonbaar is of dreigt en men beperkt zich tot de subcategorie welzijnsbelangen zoals hier bedoeld, het argument 'het is in het belang van het kind' vervangen kan worden door 'dit kind heeft het wettelijke of morele recht op bescherming ten aanzien van deze belangen'. Het vervangende argument verduidelijkt niet alleen naar de ouder(s) of gezaghebbende(n) en eventueel het kind, maar benadrukt tegelijkertijd de verplichting van de samenleving: het laat zien waar de samenleving voor staat.

5.3 Waardegerelateerde welzijnsbelangen

Nu vastgesteld is welke subcategorie van welzijnsbelangen ter zake aan de orde zijn, wil ik terugkomen op de items van welzijnsbelangen van Feinberg die niet als vitale behoeftegerelateerde welzijnsbelangen en verwachtingengerelateerde welzijnsbelangen gekenschetst worden. De reden om dit te doen is het feit dat een aantal van deze items is opgenomen in het IVRK en dus een status hebben van *kinderrecht*. Hoewel schade betreffende deze belangen uit deze categorie op zich nooit een grond voor een jeugdbeschermingsmaatregel kan zijn, worden deze wel te berde gebracht in enkele argumentaties van de casussen. De casus van de Iederwijsschool laat een afweging van waardebelangen zien: de waarde van een door de overheidsinstantie goedgekeurde school versus de waarde van de autonomie en de vrijheid van

⁵⁵ Zie H. Brighthouse en A. Swift (2006). De auteurs onderzoeken het fundamenteel recht van ouders en bepleiten een zekere bescherming van het ouderschap. Belangen van ouders lopen meer parallel met belangen van kinderen dan in jeugdbeschermingzaken verondersteld wordt, is een van hun conclusies.

onderwijskeuze van de ouders. Maar ook in de casus van Anna en het meisje met het loyaliteitsprobleem zien we in feite een waardebelangenconflict, als gevolg van de waardering voor - in dit geval tegenstrijdige - theoretische inzichten.

Een aantal rechten van het kind betreft het welzijnsbelang 'minimale (politieke) vrijheid' uit de lijst van Feinberg: vrijheid van meningsuiting, vrijheid van gedachte, geweten en godsdienst, vrijheid van vereniging en vergadering en bescherming van privacy (art. 12-16 IVRK). Wanneer dergelijk belangen in het IVRK als recht omschreven staan, is het niet gepast om te spreken van 'x is in het belang van het kind', het gaat om 'x is het recht van het kind'.

In de casus van de bijna-meerderjarige jongen is het recht om zijn mening te geven gehonoreerd en is aan zijn mening een passend belang gehecht (art. 12 IVRK).

Een tweede voorbehoud om te spreken van 'het is in het belang van het kind' als het om waardegerelateerde welzijnsbelangen gaat is de volgende: een aantal van deze belangen is in feite uitgangspunt van onze westerse constitutionele democratie. Deze belangen zijn niet specifiek voor het kind, maar gelden voor elke burger en daarom meer dan alleen 'het belang van het kind'⁵⁶. Als we als voorbeeld nemen een theocratische samenleving, waarin gehoorzaamheid (en niet autonomie) een waardevolle eigenschap is en derhalve van belang om deze eigenschap te ontwikkelen, dan is het inderdaad in het belang van het kind om gehoorzaamheid aan gezag te oefenen, maar het is tevens in het belang van deze samenleving om gehoorzame mensen te creëren. Gehoorzaamheid aan het (opperste) gezag is immers het uitgangspunt van deze samenleving.

Afhankelijk van de cultuur zal het kind bepaalde waarden belangrijk gaan vinden en zal de omgeving van het kind er alles aan doen om voorwaarden te scheppen waardoor het kind zich dergelijke waarden kan eigen maken. Men kan zich afvragen of deze subcategorie waarden fundamenteel is, dan wel instrumenteel. Door de uitgangspunten te leren waarderen, zal het kind zich beter thuis voelen in de samenleving waarvan hij deel uit maakt. Wat waardevol is, is afhankelijk van de directe omgeving van het kind.

In jeugdbeschermingzaken is deze subcategorie van een lagere orde. Men zal eerst moeten aantonen dat het hier werkelijk om het belang van het kind gaat, voordat dit belang kan worden opgevoerd in de belangenafweging (tweede orde) die bijdraagt aan een eerste-orde-argument. Het belang wordt niet geschaad, nog bedreigd, maar het tweede aspect van de objectieve lijst van Griffin is wel in het geding: vitale verwachtingen gecreëerd door de omgeving. De vraag is hoe vitaal een verwachting is die niet spoort met de verwachtingen die de omgeving creëert. Het kan een punt van levensbelang worden, wanneer je niet voor jezelf kan opkomen in de groep, omdat je dat thuis niet geleerd hebt, of sterker omdat je ouders die eigenschap de kop indrukken.

⁵⁶ Rawls ziet deze overdracht als een van de factoren die stabiliteit brengt in de samenleving: de transgenerationale overdracht van een raamwerk dat tot stand kwam volgens liberale principes van rechtvaardigheid. Rawls noemt dit een kwestie van zelfbelang en groepsbelang ('The Idea of an Overlapping Consensus'. In: J. Rawls (1999). p.444 e.v.).

5.4 Specifieke welzijnsbelangen

Deze subcategorie welzijnsbelangen vormen het uitgangspunt van het IVRK⁵⁷: "Erkennende dat het kind, voor de volledige en harmonische ontplooiing van zijn of haar persoonlijkheid, dient op te groeien in een gezinsomgeving, in een sfeer van geluk, liefde en begrip". Als equivalent in de lijst van Feinberg, zou ik de welzijnsbelangen 'emotionele stabiliteit' en 'een aanvaardbare sociale omgeving' willen opvoeren.

Op het eerste gezicht zou ik het uitgangspunt van het IVRK een fundamenteel recht willen noemen, of in ieder geval een basisbehoeftegerelateerd welzijnsbelang. Maar dat is het niet. Daar twee redenen voor aan te voeren. Het is onduidelijk wie de morele plichten heeft, wanneer dit belang geschaad of niet vervuld wordt: het normsobject is moeilijk te benoemen. Het kind heeft belang bij een goede en liefdevolle opvoeding, maar soms zit dat er domweg niet in, lukt het de ouder niet, blijkt daartoe niet in staat, meestal tot zijn eigen verdriet. Een alternatief kan de overheid niet garanderen. Het kind kan het treffen met een fijn pleeggezin, maar dat is niet zondermeer gegarandeerd. We zouden *willen* dat elk kind in een liefdevolle gezinsomgeving opgroeit, we mogen het als een morele plicht voelen, maar we *kunnen* het als samenleving niet garanderen, we *moeten* er echter tenminste wel naar streven. De vraag is of een streven in een recht vertaald kan worden.

Een tweede punt is dat datgene wat als liefdevol wordt ervaren per persoon nogal verschilt. Kinderen uit een zelfde gezin kunnen het opvoedingsklimaat bij hen thuis heel verschillend ervaren. De beleving van het kind heeft niet te maken met sociale status: een kind in een achterstandswijk kan zich even goed voelen of juist niet, als het kind in een villabuurt in 't Gooi. Vaak hebben kinderen achteraf pas een mening over de situatie bij hen thuis. Het kind is veel meer geneigd zijn situatie als gegeven te accepteren.

In een afweging van belangen kan door een verklaring van de minderjarige het speciale belang een rol spelen. In alle andere gevallen is het een kwestie van interpretatie van volwassenen⁵⁸.

5.5 Best Interests of the Child (BIC)

Vooraf in de Verenigde Staten van Amerika werken jeugdbeschermers vanaf de jaren zeventig met lijsten waarop naar prioriteit de belangen van het kind gerangschikt zijn, op grond waarvan

⁵⁷ IVRK, p.1

⁵⁸ Om op dergelijke interpretaties af te gaan kan riskant zijn, dat maakt de casus Savanna duidelijk. In gezinnen waar kindermishandeling en verwaarlozing aan de orde is, presenteren de ouders (al dan niet oprecht) de professionals vaak een beeld dat niet de associatie met een onveilige situatie oproept.

de noodzaak van (her)plaatsing zou kunnen worden vastgesteld. Factoren die van belang werden geacht zijn⁵⁹:

1. de emotionele band tussen opvoeders en kind;
2. het vermogen van de ouders om het kind liefde en affectie te geven en tevens een gids te zijn betreffende levensovertuiging en onderwijs;
3. het vermogen om het kind van voedsel, kleding en medische en andere materiële zorg te bieden;
4. de tijd die het kind in een stabiele, geschikte omgeving heeft doorgebracht en de wenselijkheid van continuering van de bestaande situatie;
5. de morele gezondheid van de verschillende partijen;
6. de mentale en fysieke gezondheid van partijen;
7. de redelijke voorkeur van de oudere minderjarige;
8. en andere factoren die de rechtbank van belang acht.

We kunnen het eens zijn over het feit dat wanneer alle punten positief gewaardeerd worden, het welzijn van het kind niets te wensen over laat. Van een aantal punten vraag ik mij af hoe deze gewaardeerd kunnen worden in de vrij korte tijd dat een raadsonderzoeker heeft om zich een gefundeerd oordeel te vormen (punten 1, 2; punt 4 is afhankelijk van 1 en 2), gezien het risico dat de indrukken op het eerste gezicht een volstrekt ander beeld kunnen geven dan in tweede instantie het geval blijkt te zijn. Bovendien is de verslaglegging juist rondom deze zaken sterk afhankelijk van de persoonlijke interpretatie van de beroepskracht. Ten derde zijn de zelfde punten niet die zaken die wij kunnen beschermen. Dat wil niet zeggen dat deze items voor een kind niet belangrijk zijn, maar de samenleving zich ten aanzien van deze punten niet verplichten. Het is niet mogelijk om als samenleving de ouders liefde te laten geven, of een goede band tussen ouder en kind te bewerkstelligen. Soms zal een kind het zonder dat moeten doen. Dat wil lang niet altijd zeggen dat het kind zich niet wel-bevindt. Vaak vindt het kind zelf een alternatief in de vorm van een lieve grootouder of een buurvrouw, schooljuf etc. Juist als het om welzijnsbelangen gaat, waarvan de waardering sterk van de drager afhangt, dient men het zelfoplossend vermogen van kinderen niet te onderschatten.

Kortom, de items van de lijst zijn belangrijk en tellen mee in het onderzoek. De punten 1, 2 en 4 zijn uiteraard wenselijk, maar wanneer een tekort geconstateerd wordt, kan de samenleving hier niets tegenoverstellen. De morele verplichting om garant te staan voor het tekort of de schade is niet haalbaar.

Als reactie op deze lijsten schreven Goldstein, Freud en Solnit in de jaren '70 het boek 'Beyond the best interests of the child', waarin zij een leidraad geven voor het beslissen over interventies in gezinnen en eventuele 'herplaatsing' van het kind (uithuisplaatsing, terugplaatsing) en die

⁵⁹ Onderhavige lijst is vertaald en komt uit de Michigan Child Custody Act, 1970. Dergelijke lijsten zijn nog steeds in omloop. In Nieuw Zeeland hanteert meer dan 20 jaar later nog steeds dezelfde lijst (Zie: M. Henaghan (1994). *Above and Beyond the best Interest of the Child*. In: NZFLR 657. p.110-21).

gefundeerd is op psychoanalytische kennis. Een eerste uitgangspunt is dat de behoeftes van een kind primair zijn. Het tweede is het recht van ouders om hun kinderen op te voeden naar goeddunken, zonder staatsinterventie, behalve in gevallen van verwaarlozing, mishandeling en verlating. Omdat bij een beslissing over ingrijpen in het gezin veelal van tegengestelde belangen sprake is, stellen de auteurs drie richtlijnen voor:

1. Het waarborgen van continuïteit: herplaatsing is permanent, uitgezonderd gevallen van tijdelijk zorg;
2. De interventie houdt rekening met het gevoel van tijd van het kind, dat wil zeggen wanneer tot herplaatsing is besloten, dan kunnen er geen maanden overheen gaan voordat de maatregel in werking treedt. Ook langdurige onderzoeken en belangenafwegingen zijn aanleiding tot onrust en onzekerheid voor ouders en kind en kunnen daarom schadelijk zijn voor het kind.
3. Tijdens de afweging van belangen houdt men rekening met de beperkingen van het recht als het gaat om het overzien van interpersoonlijke relaties en het hebben van onvoldoende kennis om lange termijn voorspellingen te doen. Goldstein c.s. stellen voor om in jeugdbeschermingzaken te spreken van 'de minst schadelijke oplossing die voor handen is voor het waarborgen van de groei en ontwikkeling van het kind' in plaats van te spreken van 'in het belang van het kind'.

In Nederland sluit men enigszins aan bij deze richtlijnen, zij het dat ten aanzien van het eerste punt het kind maximaal één jaar onder toezicht stelt, eventueel uit huis plaatst. In deze periode wordt met het gezin aan doelen wordt gewerkt om de grond voor ondertoezichtstelling weg te nemen. Wanneer blijkt dat de situatie niet kan verbeteren, dan wordt alsnog tot herplaatsing besloten of wordt de ondertoezichtstelling omgezet in een definitieve uithuisplaatsing en een ontheffing⁶⁰. Wellicht is de periode van onzekerheid in de ogen van Goldstein, Freud en Solnit veel te lang.

Men dient rekening te houden met het besef van tijd van het kind. Voor een tweejarige betekent een uithuisplaatsing een radicale breuk, maar een terugplaatsing na een half jaar eveneens. Voor een twaalfjarig kind ligt dit anders, een half jaar is te overzien, een periode van een half jaar is aan het kind uit te leggen. Dat laatste neemt niet weg, dat in deze periode het kind zich een kind 'onder voorbehoud' zal voelen.

De derde richtlijn is actueel en interessant gezien het voornemen van de minister in de wet vastleggen dat de doelen van de ondertoezichtstelling onderdeel uitmaken van de beschikking van de kinderrechter. Dat betekent voor de rechter dat hij naast het toepassen van het recht, het afwegen van belangen, zich voortaan ook in de specifieke situatie van het gezin en de mogelijkheden tot verbetering dient te verdiepen, waar Goldstein c.s. juist meent dat de rechterlijke macht zijn beperking op dit terrein dient te onderkennen. Bovendien kan men zich

⁶⁰ A.J. van Montfoort en N.W. Slot (2008). *Handboek Deltamethode Gezinsvoogdij*, versie 2.0, geschreven in het kader van het Implementatietraject Kwaliteitsverbetering Gezinsvoogdij, dat deel uit maakt van het traject 'Beter Beschermd' van het ministerie van Justitie (zie www.justitie.nl), geraadpleegd op 17 08 2008.

afvragen wat het zegt over de positie van de instelling die de doelen formuleert en het gezin ondersteunt bij het bereiken ervan.

Hoewel invloedrijk, is er veel kritiek ontstaan op het werk van Goldstein e.a. Het zware accent op continuïteit van de ouder-kindrelatie had het gevolg dat in jeugdbeschermingzaken de prioriteit lag bij de instandhouding van de bestaande situatie. Ten tweede dat bij echtscheiding de richtlijn naar een ouder wees, en de andere bijna rechteloos achterbleef. Overigens werd er wel gekeken naar de leeftijd van het kind. Het interventiestandpunt betekende dat de situatie van het gezin gehandhaafd bleef, tenzij duidelijk is dat ingrijpen noodzakelijk en onvermijdelijk is. Er werd een maatregel gekozen die een zo min mogelijke verstoring van de status quo tot gevolg had. In de casus Anna is dit van doorslaggevend belang gebleken, terwijl in de casus van het negenjarig meisje voor herplaatsing werd gekozen. Beide keuzes berusten op theorieën die een verschillende visie hebben op voor welke oplossing bij een dreigende schadelijke situatie gekozen dient te worden.

De richtlijnen van Goldstein kunnen de toets van de morele verplichting doorstaan, wij kunnen ons daaraan committeren, de doelen zijn haalbaar. Een belangrijk onderscheid tussen de BIC-lijsten en de richtlijnen van Goldstein is de focus. Zijn de BIC-lijsten voornamelijk gericht op de ouder-kindrelatie, de Goldsteinrichtlijnen focussen op de voorzieningen: waaraan moeten zij voldoen om een goed alternatief te bieden wanneer eenmaal tot een maatregel is besloten.

5.6 De eerste casus

De eerste casus betrof de moeder met borderline. Kan met behulp van de gevonden criteria worden bepaald of in deze zaak een beschermingsmaatregel moet worden getroffen?

De eerste vraag is: betreft het welzijnsbelangen die gerelateerd zijn aan basisbehoeften en wordt de grens van het minimale overschreden? Vooral nog lijkt het kind niet te lijden onder de onvoorspelbaarheid van moeder. Oma is in de buurt en houdt voortdurend een oogje in het zeil. Bovendien is moeder zich bewust van haar situatie, wat niet betekent dat zij zich hierdoor beter in de hand heeft en situaties als het beschreven voorval weet te vermijden. Aan de andere kant: het kind had weg kunnen lopen of door een volwassene met minder goede bedoelingen zijn meegenomen. In hoeverre durft men te vertrouwen in een goede afloop? Hoe zwaar weegt men de mogelijke gevaren van dit incident, wetende dat dit niet het laatste incident zal zijn. Een ondergrens van de basisbehoefte veiligheid is hier wel degelijk aan de orde.

De tweede vraag is: betreft het welzijnsbelangen die gevoed worden door verwachtingen die de omstandigheden hebben gecreëerd en die niet kunnen worden waargemaakt? Het kind is nog te jong om enige verwachtingen ten aanzien van zijn welzijn te koesteren. Het kind maakt geen ongelukkige indruk en kan zich uitstekend alleen vermaken, misschien noodgedwongen. Op dit moment - het kind is drie jaar - is er geen sprake van een ontwikkelingsachterstand. Moeder en grootmoeder nemen de opvoedingstaken serieus.

Tot slot de vragen met betrekking tot schade van welzijnsbelangen als gevolg van een onrechtmatige daad: a. is er sprake van schadelijke handelingen en om welke handelingen gaat

het? Het kind onbewaakt achterlaten in een speeltuin is een schadelijke handeling en een vorm van verwaarlozing. b. Is er sprake van een (dreigende) schadelijke situatie, waaruit blijkt dat, of waarop is het vermoeden van een dreiging gebaseerd? Er is sprake van een dreigende schadelijke situatie, omdat moeder haar gedrag niet onder controle heeft. Het voorval kan zich elk moment herhalen. Naarmate de actieradius van het kind groter wordt, is het onwaarschijnlijk dat het kind in de speeltuin blijft en een willekeurige moeder over zich laat ontfermen. c. Is er sprake van schadelijke feiten? Het voorval van de speeltuin is op zich geen schadelijk feit, omdat het kind niet onder dit incident geleden heeft.

Op grond van artikel 1:254 BW kan de rechter besluiten om een ondertoezichtstelling uit te spreken. Hoewel verschillende hulpverleners zich om moeder bekommeren, is er geen instantie die de welzijnsbelangen van het kind in de gaten houdt en dit is bij uitstek de taak van de gezinsvoogd. Gezien de houding van de moeder echter, is het misschien niet nodig om in gedwongen kader een gezinsvoogd aan te stellen, maar op dit moment bestaat er in Nederland geen andere vorm van toezicht. Zeker wanneer het om coöperatieve ouders gaat, zou een persoon uit de kennissenkring met voldoende distantie, als mentor of als wettelijk geregistreerde toezienend voogd medeverantwoordelijk gemaakt kunnen worden voor het welzijn van het kind. Deze vorm van toezicht kan uit de professionele en justitiële sfeer blijven.

Volgens de lijn die Kloosterhuis voorstelt, wordt het eerste-ordeargument, de verwijzing naar de rechtsnorm, ondersteund door de tweede-ordeargumentatielijnen, waarin belangenafwegingen plaatshebben. Wanneer men het onderhavig voorstel toepast op andere casussen, blijkt dat een van de twee items van Griffin's 'objectieve lijst' de rechtsnorm *altijd* ondersteunt: of de minimum basisbehoeften zijn in het geding, of het gaat om vitale verwachtingen die de omgeving wekt. Maar is het dan zinvol om de twee welzijnscriteria bij het oordeel te betrekken, als deze van tweede orde belang zijn.

Dit is het best te illustreren aan de hand van het volgend voorbeeld. Een meisje van tien jaar heeft haar vader verloren en is daarvan vreselijk van de kaart. Haar geestelijk welzijn is ernstig geschaad. Wanneer men dit geval langs de meetlat van de drie criteria legt en het schadeprincipe alleen zou voldoende kracht hebben, dan zou in dit geval een ondertoezichtstelling kunnen worden uitgesproken: de situatie is schadelijk (kwetsbaar is in dit geval een beter adjectief), kan verdere schade genereren.

Maar, kan worden tegengeworpen, een van de welzijnscriteria is wel degelijk positief, want het normale verwachtingspatroon is geschaad: normaliter hoeft men niet te verwachten om op jonge leeftijd een ouder te verliezen. In dat geval geldt de voorwaarde van de morele verplichting van de samenleving naar de gedupeerde die het criterium met zich meebrengt. Omstanders zullen wellicht enige plicht voelen en op zich nemen, maar voor de samenleving als geheel ontstaat deze verplichting niet. Omdat aan deze voorwaarde niet kan worden voldaan, is het welzijns criterium in deze zaak negatief.

Anders ligt de zaak bij het kind met de borderline moeder. Ten aanzien van mensen met een ernstige geestelijke of lichamelijke handicap heeft de samenleving wel een morele verplichting.

Het gelijkheidsprincipe vraagt om tekorten en gebreken te compenseren. Ook wat dat betreft blijft het markeren van grenzen tot waar compensatie wenselijk en mogelijk is een onderwerp van discussie. Feit is dat een groot aantal kinderen van ouders met een psychiatrische stoornis of een lichtverstandelijke beperking wordt onder toezicht gesteld.

5.7 Conclusie van dit hoofdstuk

De combinatie van mijn onderzoek naar de bruikbaarheid van het schadeprincipe in jeugdbeschermingszaken en de conceptuele analyse van het begrip 'welzijn' door Griffin, leverde de volgende criteria op: betreft het welzijnsbelangen die gerelateerd zijn aan basisbehoeften; en/of betreft het welzijnsbelangen die gevoed worden door verwachtingen die de omstandigheden hebben gecreëerd; en betreft het schade van welzijnsbelangen als gevolg van een onrechtmatige daad?

Door deze criteria is het domein van waarbinnen zich de oordeelsvorming afspeelt over het al dan niet ingrijpen in opvoedingssituaties afgebakend. Ik moet toegeven dat het een strikte afbakening betreft. Contextuele factoren en persoonlijke elementen lijken uitgesloten te zijn, hoewel het tweede criterium daar wel ruimte voor biedt.

De consequentie van deze afbakening voor het gebruik van het argument "x is in het belang van het kind", is dat in de eerste orde-argumentatie men dit argument kan vervangen door "dit kind heeft recht op x".

Belangen van het kind spelen een rol in de tweede-ordeargumentatie, waarbij de behoeftegerelateerde welzijnsbelangen een grotere rol spelen dan waardengeoriënteerde en specifieke belangen. Het is aan de rechter om tot een beargumenteerde belangenafweging te komen.

Geconstateerd is dat "het is in het belang van het kind" op zich geen argument kan zijn voor een jeugdbeschermingsmaatregel en alleen, mits nader gespecificeerd, een ondersteunende rol in de argumentatie kan spelen.

Mijn strikte opvattingen wil ik verdedigen door te stellen dat ik hierdoor tegenwicht bied aan de willekeurige inzet van het gebruik van het argument, en de willekeurige invulling van de inhoud van het belang van het kind.

6. Conclusie

De centrale vraag van dit onderzoek was of er binnen het immense en gevarieerde domein van belangen zich een categorie van belangen laat aftekenen die de kern vormen van jeugdbeschermingstaken. Deze vraag is ontstaan door de toename van het gebruik van het argument "het is in het belang van het kind", terwijl vaak niet duidelijk is welk belang van het kind bedoeld wordt.

Het onderzoek begint met een analyse van het begrip schade. Door schade kan een belang duidelijk worden. Het beschermen van belangen wordt in gang gezet om schade te voorkomen of omdat er schade plaats heeft gehad of dreigt. Volgens art. 1:254 BW is de grond van een jeugdbeschermingsmaatregel het afwenden van dreigende schade van de zedelijke en geestelijke belangen en de gezondheid van het kind. Wat dergelijke schade precies inhoudt bleek moeilijk te omschrijven. Wel ontstond er een notie dat het zinvol is om de invalshoek van schade bij de beslissing over een jeugdbeschermingsmaatregel te betrekken, omdat zo het normsobject beter in beeld komt. Voor alle betrokkenen wordt de casus duidelijker wanneer ook het (dreigende) schade-element benoemd en uitgelegd wordt.

Daarnaast stel ik dat een moreel debat over schadelijke factoren eenvoudiger te voeren lijkt dan een discussie over belangen. Consensus over wat schadelijk is, lijkt eerder haalbaar. Deze conclusie wil ik hier relativeren. Beide discussies zijn moeilijk te voeren, maar wanneer men zich beperkt tot de vraag van wat een minimum welzijnsniveau voor kinderen is, dan is er wel degelijk een concreet debat mogelijk.

Voorts concludeer ik uit de analyse van het begrip 'belang' dat in jeugdbeschermingzaken de aanduiding '*het belang van het kind*' vervangen zou kunnen worden door 'de behoefte van dit kind aan een niet-schadelijke opvoedingssituatie', waarbij de behoefte van het kind (wat heeft het kind nodig) en datgene wat schadelijk is of dreigt te zijn (waarbij ook het nalaten van handelingen bedoeld wordt), benoemd worden. Naar aanleiding van het belangenennetwerk van Feinberg stel ik voor om zich in jeugdbeschermingzaken te beperken tot welzijnsbelangen van het kind. Per slot van rekening spreekt de wet van 'welzijnsbelangen' die bedreigd worden.

De definitie van schade die Feinberg vindt door de invalshoek 'belang' is essentieel voor dit onderzoek: *Schade is vermindering van belang waarbij sprake is van een vorm van een moreel onjuiste of een onrechtmatige daad.*

Conceptuele analyse van het begrip 'welzijn', leverde een 'objectieve lijst' op van verlangens die welzijn constitueren: a. verlangens die te maken hebben met basisbehoeften en b. verlangens die berusten op door omstandigheden gecreëerde verwachtingen. Deze verlangens zijn objectief, omdat zij aan iedereen worden toegeschreven. Dat wil niet zeggen dat men verplicht is deze

verlangens tot zijn persoonlijk verlangen te maken. Zo luidt de 'objectieve' weergave van welzijn: *well-being, at least that conception of it to be used as the interpersonal measure for moral judgment, is the level to which basic needs are met.*

Basisbehoeften variëren per persoon, maar voor ons doel is het goed om uit te gaan van een minimum. Echter, een minimum valt niet goed te bepalen. Rawls stelt een Kantiaans gedachte-experiment voor: wat voor jou zelf een minimum is, dient als uitgangspunt voor het minimum voor iedereen. Dat dit tot verschillende opvattingen van een minimum leidt, is evident. Dit vormt echter wel het begin van een zinvol debat, dat niet alleen door rechters of jeugdbeschermers gevoerd zou moeten worden, maar waarbij ook de betrokkenen ter zake gehoord dienen te worden.

Wanneer wij een notie hebben van wat het welzijn van een kind inhoudt, dan zijn wij moreel verplicht er voor te zorgen dat gebreken of tekorten worden voorkomen, teruggedraaid of gecompenseerd. In een vraag geformuleerd: "krijgt dit kind wat het nodig heeft om te kunnen bestaan (letterlijk en figuurlijk) in deze omstandigheden en zo niet, wat zouden wij daaraan moeten doen?". Tegenover het welzijnsbelang van dit kind staat *onze* morele verplichting om het kind in zijn gebrek tegemoet te komen. Het blijft niet bij een oordeel, het is ook onze zorg. Dit besef is een goede gids bij het bepalen voor welke belangen wij enige garantie kunnen bieden en welke belangen wij kunnen beschermen.

De welzijnsbelangen die ter zake een rol spelen zijn dus die belangen, die wij daadwerkelijk willen en kunnen beschermen. We zouden een kind een hemel op aarde *willen* bezorgen, maar dat *kunnen* we niet. We zouden hem voor schade willen behoeden (afgezien van de vraag of hij daar beter van wordt), maar we kunnen geen veiligheid garanderen. Daar waar we het wel kunnen, en daar waar de grenzen van het minimum welzijn zijn overschreden, daar *moeten* wij ingrijpen en *zorgen* voor een adequaat alternatief. Het is de taak van de overheid om deze aspecten van beschermen met elkaar in evenwicht te houden.

Door deze criteria is het domein van waarbinnen zich de oordeelsvorming afspeelt over het al dan niet ingrijpen in opvoedingssituaties afgebakend. Contextuele factoren en persoonlijke elementen spelen in eerste instantie geen rol, hoewel het criterium - verwachtingen die door de omgeving van het kind gewekt worden - daar wel ruimte voor biedt. Een en ander wil niet zeggen dat persoonlijke en contextuele factoren er niet toe doen, ter zake zijn deze essentieel, maar met de te beschermen belangen bedoel ik in eerste instantie voor elk kind geldende belangen.

Wanneer schade aantoonbaar is in zaak, dan voegt de uiting "het is in het belang van het kind" niets toe. Het gaat hierbij in de meeste gevallen om kindermishandeling en verwaarlozing. Hier is sprake van belangenvermindering en een onrechtmatige daad of moreel onjuiste handeling. Het kind heeft *recht* op een opvoedingssituatie die vrij is van schade, ofwel een veilige opvoedingssituatie.

Wanneer schade dreigt, ofwel welzijnsbelangen ernstig dreigen te verminderen, dan hebben wij te maken met een notie van minimum welzijn. Het belang van het kind ter zake bevindt zich in het grensgebied van schade en welzijn. Een goede onderbouwing van wat de dreigende schade van een minimum welzijnsbelang inhoudt, is terzake noodzakelijk. Tegelijkertijd moeten wij ons steeds afvragen of wij dit belang willen en kunnen beschermen: het minimum welzijn wordt daardoor bepaald. Wanneer het minimum is vastgesteld, dan ontstaat een plicht. Het argument "het is in het belang van het kind" zou naar deze plicht moeten verwijzen.

De rechtsnorm, in casu art. 1:254 BW, vormt het eerste-orde argument. Elke belangenafweging zal uiteindelijk getoetst moeten worden aan de rechtsregel. Belangenafwegingen die te maken hebben met onze morele verplichtingen, zouden niet in tegenspraak moeten zijn met de rechtsnorm.

De stelling die ik wil verdedigen is dat de focus van het belangendiscours ter zake gericht dient te zijn op de welzijnsbelangen van het kind, en wel die welzijnsbelangen welke verwijzen naar een minimum van basisbehoeften en verwachtingen van vitaal belang die de omgeving heeft gecreëerd. Het zijn deze belangen die ik wil, moet en kan beschermen.

Door deze strikte opvatting over het gebruik van het argument 'het is in het belang van het kind' wil ik tegenwicht bieden aan de willekeurige inzet van het argument en de willekeurige invulling van de inhoud van het belang van het kind. Omdat de argumenten vaak *ex officio* worden uitgesproken en daardoor de kleur van een autoriteitsargument krijgen, worden interventies gelegitimeerd die dat wellicht niet verdienen.

Het is de bedoeling dat deze positie uitnodigt tot verdere discussie.

Literatuur

- Archard, D. en C.M. Macleod, eds. (2002). *The Moral and Political Status of children*. New York: Oxford UP.
- Arneil, B. (2002). "Becoming versus Being: A Critical Analysis of the Child in Liberal Theory". In: D. Archard en C.M. Macleod. *The Moral and Political Status of Children*. New York: Oxford UP. p.70-94.
- Banach, M. (1998). "The Best Interests of the Child: Decision-Making Factors". In: *Families in Society*. 1998, April. p.331-38.
- Barry, B. (1965). *Political Argument*. Berkeley and Los Angeles: UCLA UP.
- Berg, M.F.M. van den en J.A.E. van Raak-Kuiper (2007). *Personen- en familierecht*. Tweede druk. Den Haag: Boom Juridische uitgevers.
- Berlin, I. (1958). *Two concepts of Liberty / Twee opvattingen van vrijheid*. Engels / Nederlands. Vert. T. Ausma. Amsterdam/Meppel: Boom.
- Breen, C. (2002). *The Standard of the Best Interests of the Child. A Western Tradition in International and Comparative Law*. Den Haag/London/New York: Martinus Nijhoff Publishers.
- Brighthouse, H. en A. Swift (2006). "Parents' Rights and the Value of the Family". In: *Ethics*, 117. p.80-108.
- Brink, B. van den en W. van Reijen (1994). *Het recht van de moraal. Liberalisme en communitarisme in de politieke filosofie*. Bussum: Coutinho.
- Brock, D.W. (2005). "Shaping Future Children: Parental Rights and Societal Interests". In: *The Journal of Political Philosophy*. Vol. 13, nr. 4. p. 377-398.
- Buchanan, A. (1978). "Medical Paternalism". In: *Philosophy and Public Affairs*, Vol. 7, no. 4. p.370-90.
- Burg, W. van der (1993). "Rechten van kinderen: enkele filosofische kanttekeningen". In: C. van Nijnatten. *Kinderrechten ter discussie*. Amsterdam: Boom. p.64-80.
- Cardol, G. en W. Theunissen (2007). *Het kind: bijzonder belangrijk. Over het belang van het kind in het werk van de Raad voor de Kinderbescherming*. Amsterdam: Uitgeverij SWP.
- Cohen, H. (1980). *Equal Right for Children*. Totowa: Littlefield, Adams&Co.
- Dalrymple, Th.(2001). *Life at the Bottom: The Worldview that Makes the Underclass / Leven aan de onderkant. Het systeem dat de onderklasse instandhoudt*. Engels / Nederlands. Vert. Chr. Rutenfrans. Utrecht: Spectrum.
- Düwell, M. et al (2002). *Handbuch Ethik*. Stuttgart: Verlag J.B. Metzler.
- Dworkin, G. (2005). "Moral Paternalism". In: *Law and Philosophy*. Vol. 24. p.305-19.
- Eemeren, F. van, R. Grootendorst, F. Snoeck Henkemans et al (1996). *Handboek Argumentatietheorie*. Groningen: Martinus Nijhoff Uitgevers.
- Farson, R. (1974). *Birthrights*. New York: Macmillan Publishing Co.
- Feinberg, J. (1980). *Rights, Justice, and the Bounds of Liberty*. Essays in Social Philosophy. Princeton: Princeton UP.
- Feinberg, J. (1984). *The Moral Limits of Criminal Law*. Vol. 1 Harm to Others. New York / Oxford: Oxford UP.

- Feinberg, J. (1980). "The Child's Right to an Open Future". In: W. Aiken en H. LaFolette (eds.). *Whose Child. Children's Rights, Parental Authority, and Sick Power*. Totowa: Littlefield, Adams&Co. p.124-153.
- Freeman, M. (1997). *The Moral Status of Children. Essays on the Right of the Child*. Leiden/Boston: Brill/Martinus Nijhoff Publishers.
- Freeman, M. (2007). *Article 3. The Best Interests of the Child. A Commentary on the UNCRC*. Leiden/Boston: Brill/Martinus Nijhoff Publishers
- Goldstein, J., A. Freud en A. J. Solnit (1973). *Beyond the Best Interests of the Child*. London: Burnett Books Limited.
- Greenawalt, K. (1995). "Legal enforcement of morality". In: *The Journal of Criminal Law and Criminology*. Vol. 85, No. 3. p.710-725.
- Griffin, J. (1986). *Well-Being. Its Meaning, Measurement and Moral Importance*. Oxford: Clarendon Press.
- Gunsteren, H. van (2008). "Wij. De valkuilen en misverstanden als Vadertje Stad zijn inwoners wil opvoeden tot burgerschap". In: *NRC Handelsblad* d.d. 15 03 2008.
- Gunsteren, H. van (2008). "Burgerschap en Veiligheid". In: *Burger in uitvoering*. Jaarboek KennisSamenleving, deel 4. Amsterdam: Aksant.
- Gutman, A. (1980). "Children, Paternalism, and Education: A Liberal Argument". In: *Philosophy and Public Affairs*, Vol. 9, no. 4. p. 338-58.
- Henaghan, M. (2003). "Above and Beyond the Best Interests of the Child". <http://econ.massey.ac.nz/cppe/papers/cppeip04/cppeip4j.pdf>, geraadpleegd 13 03 2008.
- Holtug, N. (2002). "The Harm Principle". In: *Ethical Theory and Moral Practice*. Vol. 5. p. 357-389.
- Honneth, A. (1990). *Kampf um Anerkennung / Struggle for Recognition*. Duits / Engels. Vert. J. Anderson. Cambridge Mass.: MIT Press.
- Houlgate, L.D. (1998). "What is Legal Intervention in the Family?". In: *Law and Philosophy*. Vol. 17. p.141-58.
- Hutschemaker, G. en M. de Winter (1996). *De veranderlijke moraal. Over moraliteit en psychologie*. Nijmegen: Sun.
- Internationaal Verdrag inzake de Rechten van het Kind* (1989). Nederlandse Vertaling. Den Haag, Unicef Nederland.
- Kloosterhuis, mr.dr. H.T.M. (2006). "Wat het zwaarst is..." In: *Rechtsgeleerd Magazijn Themis*. 2006-4. p.169-175.
- Kuijter, G. (1980). *Het geminachte kind*. Amsterdam: Arbeiderspers.
- Kymlicka, W. (2002). *Contemporary Political Philosophy. An Introduction*. Oxford: Oxford UP.
- Mathiowetz, D. (2007). "The Juridical Subject of 'Interest'". In: *Political Theory*. Vol. 35. p.468-93.
- Mill, J.S. (1859). *On Liberty / Over Vrijheid*. Engels/Nederlands. Vert. W.E. Krul, 1986. Amsterdam: Boom.
- Montfoort, A.J. en N.W. Slot (2008). *Handboek Deltamethode voor de Gezinsvoogdij - versie 2.0*. Utrecht: MO groep.
- Nijnatten, C. van (1993). "Het kind tussen recht en bescherming". In: C. van Nijnatten. *Kinderrechten ter discussie*. Amsterdam: Boom. p.124-142.

- O'Neill, O. (1988). "Children's Rights and Children's Lives". In: *Ethics*. Vol. 98. Chicago UP. p.445-464,
- Paulsen, M.G. (1966). "Juvenile courts, Family Courts, and the Poor Man". [http://www. HeinOnline](http://www.HeinOnline).54 Cal L. Rev. p.694-716. geraadpleegd op 12 03 2008.
- Rawls, J. (1971). *A Theory of Justice*. Revised Edition. Cambridge Mass.: Harvard UP.
- Rawls, J. (1993). *Political Liberalism*. Expanded Edition. New York: Colombia UP.
- Rawls, J. (1999). "Collected Papers". In: S. Freeman (ed.). *Rawls*. Cambridge Mass.: Harvard UP.
- Robbins, N. (1974). "There Ought to Be a Law! Legal Standards for Determining "Best Interests of Child"". In: *The Family Coordinator*. January 1974, p. 87-90.
- Stuart, B. (1974). "State Intrusion into Family Affairs: Justifications and Limitations". In: *Stanford Law Review*. Vol 26. p.1383-1409.
- VanDeVeer, D. (1986). *Paternalistic Intervention. Moral Bounds of Benevolence*. Princeton: Princeton UP.
- Vragenlijst. *Stevig Ouderschap*. GGD Amstelveen.