

Welzijn, vrijheid en dwang

Enkele beschouwingen over gedwongen
opneming in een inrichting van personen
met een geestelijke stoornis.

Praeadvies uitgebracht ten behoeve
van de jaarvergadering van de
Vereniging voor Gezondheidsrecht
op 11 april 1986

door prof. mr. J. C. M. Leyten.

Welzijn, vrijheid en dwang

Enkele beschouwingen over gedwongen opneming in een inrichting van personen met een geestelijke stoornis.

Praeadvies uitgebracht ten behoeve van de jaarvergadering van de Vereniging voor Gezondheidsrecht op 11 april 1986

door prof. mr. J. C. M. Leyten.

INHOUDSOPGAVE

Pagina

I. Omtrekkende bewegingen

1

II. Van dichterbij gezien

10

III. Een drietal opmerkingen vanaf de zijlijn

20

IV. De kern van de zaak

24

NOTEN

35

"The rigor of the law comes from us, not, God forbid from him" (-1-)

I. OMTREKKENDE BEWEGINGEN

Wie zich buigt over de vraagstukken samenhangend met de (onvrijwillige) opneming van geestelijk gestoorden in psychiatrische centra zal daar licht een kromme rug aan over houden. Want er valt heel wat te buigen. Toen de Tweede Kamer in haar vergadering van 6 december 1983 het wetsvoorstel 11.270 Vervanging van de Wet van 27 april 1984, Stb. 96 tot regeling van het Staatstoezicht op Krankzinnigen (Wet bijzondere opneming in psychiatrische ziekenhuizen) bij hand opsteken met algemene stemmen aanam betrof dat niet een hamerstuk maar het vijfde nader gewijzigd wetsvoorstel. Vergelijking met het eerste ontwerp van wet op 22 april 1971 aan de Kamer aangeboden is wel leerzaam, maar ook verwarrend. Heeft de bijzondere grote inspanning van de Tweede Kamer en speciaal van een klein aantal leden daarvan (Mevrouw Haas-Berger, woordvoerdster van de Partij van de Arbeid, diende, heb ik goed geteld 42 amendementen in, 12 gewijzigde amendementen en een nader gewijzigd amendement op het derde nader gewijzigd ontwerp van wet) uiteindelijk toch niet meer voortgebracht dan een belachelijke muis? Ik geloof dat toch niet, maar dat de mate van inspanning gelijke tred hield met de waarde van het resultaat kan evenmin volgehouden worden. In een artikel in het Nederlands Juristenblad (-2-) geeft G.E.M. Later als haar conclusie:

"...het ontwerp betekent in bijna alle opzichten een verslechtering van de positie van de psychiatrische patient. Hoewel de Krankzinnigenwet nu honderd jaar oud is, betekent dit niet dat deze niet nog langer mee kan ... Uit het bovenstaande moge volgen dat de Eerste Kamer der Staten-Generaal het wetsontwerp maar beter niet kan aannemen."

Wie bij benadering weet hoe vaak en op hoeveel gronden de wet van 1884 als volmaakt obsoleet is gebrandmerkt, staat dan wel wat vreemd te kijken.

De conclusie van Later moet worden gezien in het licht van het verschijnsel dat Van Maarsseveen (-3-) omschrijft als het tanende gezag van de wetsnomen, dat - voor een deel - wordt opgevangen door het toegenomen gezag van rechters. Met als inspiratiebron het (eerste) Winterwerp-arrest van het Europese Hof van Justitie voor de rechten van de mens (-4-) heeft de Hoge Raad te beginnen met zijn beschikking van 16 april 1982 (-5-) zowel inhoudelijk als procedureel een geheel van regels opgesteld, ten aanzien waarvan de wet van 1884 hoogstens als een dwarsligger zonder succes kan worden aangemerkt. J. de Boer heeft in twee zeer instructieve artikelen van die ontwikkeling nauwgezet verslag gedaan (-6-). Een aantal bepalingen - en niet de onbelangrijkste - van de Krankzinnigenwet moet thans volgens de Hoge Raad buiten toepassing blijven (-7-). Het is, dunkt mij, duidelijk dat een situatie waarin normale toepassing van de wet regelmatig strijd met het recht meebrengt minst genomen hoogst ongewenst is en als het ware afschaffing van die wet beveelt. Ook in handen van rechters is gezag gevaarlijk. Want gezag is aanvaarde macht en of die aanvaarding plaatsvindt op grond van negatieve sancties danwel van positief vertrouwen doet niet terzake voor het bestaan van dat gevaar.

Rechtsvorming door rechters in strijd met de wet (-8-) levert bovendien vaak heel vreemde reflexwerkingen op. Ik noem er een van. Volgens de huidige wet zal een machtiging tot gedwongen opneming, aanvraagd door kortgezegd, de familieleden of door de betrokkene

zelf, worden gebracht voor de kantonrechter (artt. 12 en 15 van de wet van 1884). Tegen de beschikking van de kantonrechter staat geen hoger beroep open, wel - naar thans wordt aanvaard - rechtstreeks beroep in cassatie. Maar dan is artikel 100 lid 2 van de Wet op de Rechterlijke Organisatie van toepassing en dat komt er op neer, dat beroep in cassatie van kantongerechtsbeschikkingen slechts bij hoge uitzondering kan slagen. Zou de kantonrechter een der criteria, die de Hoge Raad bezigt voor gedwongen opneming miskennen, zou de kantonrechter procedurele voorschriften niet vallend onder de "positieve lijst" van artikel 100 RO niet nakomen, dan kan de Hoge Raad de beslissing niet vernietigen. Zo vaak echter de beschikking tot opneming, tot voortzetting der opneming, tot weigering van verzocht ontslag afkomstig is van de rechtbank of van haar president gelden deze beperkingen niet en levert schending van een der criteria of verzuim van essentiële procedure-voorschriften nietigheid van de beschikking op. Het belang van een gedwongen opneming is - voor de betrokkene - vanzelfsprekend niet verbonden aan de instantie die de beslissing neemt. In twee uitspraken met betrekking tot machtigingsbeschikkingen van onderscheidenlijk een president van een rechtbank en een kantonrechter waarin praktisch dezelfde fouten voorkwamen, leidde dit (met kennelijke tegenzin) tot tegenovergestelde beslissingen (-9-).

Wie opmerkt dat deze discrepantie ook voor het Winterwerp-arrest en voor 16 april 1982 bestond, heeft gelijk. Maar ze had toen amper praktisch belang, omdat de criteria en voorschriften zelden tot rechterlijke uitspraken met moeilijkheden konden leiden. Als de dokter gesproken had werd de machtiging verleend. En als de dokter zich negatief uitsprak over de machtiging, in welke gevallen deze gemeenlijk niet werd verleend, kwam en komt de beslissing van de kantonrechter wel via een automatisch appel bij de rechtbank, waarna normale toetsing in cassatie mogelijk is. De annotator van HR 1985, 56, W.H. Heemskerk noemt de beperking die art. 100 lid 2 RO oplevert (en waarbij aan zaken van zeer gering belang is gedacht) in dit geval zeer bezwaarlijk en vervolgt:

"Ook de HR betreurt het kennelijk i.c. niet te kunnen casseren blijkens zijn uitdrukkelijke verwijzing naar de voorafgaande uitspraak en zijn materiele gegrondbevinding van het middel. Het partijberoep fungeert nu als een beroep in het belang der wet.

Het is merkwaardig als de HR niet kan casseren bij niet inachtneming van een grondbeginsel van ons procesrecht..."

In het door de Tweede Kamer aangenomen wetsvoorstel komt een door de kantonrechter verleende machtiging niet meer voor. Daar moet aan toegevoegd worden, dat cassatie, behalve in het belang der wet (artikel 6 lid 7) in dat voorstel in het geheel niet meer mogelijk is en met betrekking tot de zogenaamde voorlopige machtiging ook niet een ander gewoon rechtsmiddel openstaat. Ik kom daar nog over te praten, maar stel reeds nu vast, dat de geschetste situatie, verorzaakt door art. 100 lid 2 RO zich in de toekomst niet meer kan voordoen als het voorstel wet wordt. En naar ik vast meen, kan het zeker zeer onrechtvaardig zijn als niemand tegen een hem betreffende, ingrijpende beslissing enig rechtsmiddel heeft (en wellicht ook strijdig met het Verdragsrecht (-10-)) maar volstrekt onaanvaardbaar is toch wel dat bij, gelijke materiele gegrondbevinding van twee grieven of klachten, die van een der klagers buiten beschouwing blijft, omdat de fout door een kantonrechter is begaan.

Vanuit het standpunt van de patient gezien is dat te vergelijken met een situatie waarin over doodslag niet geklaagd kan worden tenzij de achternaam van de dader met een medeklinker begint.

Eenzijds is de huidige situatie en niet alleen daarom, zoals ik nog hoop te verduidelijken in hoofdstuk IV, m.i. een sterke stimulans om met een nieuwe wet te komen. Anderzijds is er alle reden, de voorgestelde en door de Tweede Kamer aangenomen wet niet reeds daarom met al haar bezwaren binnen te halen. De moeilijkheid is natuurlijk dat de Eerste Kamer der Staten-Generaal in beginsel niet meer kan doen dan aannemen of verwerpen: Maar daar zijn middelen tegen aan te wenden, waar ik in dit kader niet op in zal gaan.

Waar ik het bij het maken van deze omtrekkende bewegingen ook over wil hebben is of de regering en de Tweede Kamer in een zo belangrijke zaak als het hier over gaat in zo'n jarenlang debat wel in staat zijn gebleken de grote lijnen in de gaten te houden. In wezen toch gaat het vaak om de afweging van een uiterst fundamenteel recht van ieder mens: het recht op fysieke vrijheid en het daarmee contrasterende recht van alle anderen als gevolg van de vrijheid van die ene geen schade te lijden in persoon (of goederen?). Waarbij als bijzonderheid geldt dat vrijheidsontneming wegens voornoemde gevaarzetting plaatsvindt (a) zonder dat het gevaar zich verwezenlijkt heeft (behoeft te hebben) en (b) zonder dat een strafrechtelijk verwijt opgeld doet. Daarmee heb ik echter al zoveel (ook voor mij zelf) controversiele zaken aan de orde gesteld (en nog wel bij wijze van stellingen (-11-) dat ik goed doe mij eerst te expliciteren over de aan dat alles ten grondslag gelegde, praktische vraag naar het functioneren van de Tweede Kamer in dit soort zaken (-12-).

Dat zal ik doen aan de hand van een uitgewerkt voorbeeld. Reeds in het eerste ontwerp van wet (11.270) - ruim voor "Winterwerp" ingediend - werd als een der eisen voor gedwongen opnemings genoemd het lijden aan gebrekkige ontwikkeling of ziekelijke stoornis van iemands geestvermogens, waardoor hij:

"gevaarlijk is voor zichzelf, voor anderen of voor de algemene veiligheid van personen of goederen"

(art. 4, lid 1, 5 lid 2, 14 lid 1, 35 lid 1 onder c en lid 2).

Dat criterium kende (kent) de Wet tot regeling van het Staatstoezicht op krankzinnigen niet. Zij gewaagt van de noodzakelijkheid of wenselijkheid van (de) verpleging in een Krankzinnigengesticht (art. 16 lid 1, art. 17 lid 1, art. 22 lid 2, art. 28 lid 1) zonder aan te geven waarom dat noodzakelijk of wenselijk is (-14-), danwel van het belang van de lijder of van de openbare orde, art. 12 Krankzinnigen Wet (-15-).

- Als iets mogelijk is wanneer de eisen A, B en C vervuld zijn, maar ook als aan de eisen A en B (en niet C) is voldaan, betekent dat, dat juridisch alleen de eisen A en B van belang zijn. Mutatis mutandis: als de wenselijkheid van verpleging reeds voldoende is voor gedwongen opnemings, hoeven we ons er niet druk om te maken, wanneer verpleging noodzakelijk is - als het belang van de lijder volstaat, hoeft de openbare orde meestal niet ten tonele gebracht te worden.

Een beslissing als die van de rechtbank te Arnhem van 26 april 1928 (-16-) is dan ook geheel overeenkomstig de (oorspronkelijke bedoe-

ling van de) wet: als plaatsing in het belang van de lijder wordt vereist - en dat is hier het geval - is dat voldoende voor onvrijwillige opnemng. Wij zien hier het in onze mondige wereld zo gesmaade best-wil criterium nog onverholten en zonder schaamte tot uitdrukking gebracht.

Dan komt de BOPZ in eerste lezing met het nieuwe criterium. In de Memorie van Toelichting wordt er het navolgende over geschreven: uitgangspunt is dat de geestelijk gestoorde evenmin als de somatisch zieke gedwongen mag worden zich te doen opnemen in een ziekenhuis wanneer hijzelf daartoe niet de nodige bereidheid toont. Alleen als er gevaar is voor de patient zelf, en/of voor anderen enz. is dwang toegestaan. Daarbij vallen in de M.v.T. nog twee dingen op:

- I. De rechter - aldus die memorie - zal hebben te beoordelen of dat gevaar - gezien de omstandigheden, waarin de patient in de maatschappij verkeert - zo groot is dat vrijheidsbeneming verantwoord is.
- II. Gevaar is er - volgens de memorie - niet pas wanneer het onheil waarschijnlijk is, anderzijds is het er ook niet reeds wanneer het slechts mogelijk is. Vereist is een enigszins belangrijke mogelijkheid, een ernstige mogelijkheid.

Hier ligt m.i. een van de grootste problemen van de zaak. Wat is gevaar?

De list van de taal laat ons er makkelijk inlopen. Gevaar is een zekere mate van kans dat iets negatiefs zal gebeuren. Volgens II zit juridisch relevant gevaar wat de mate betreft in tussen mogelijkheid en waarschijnlijkheid. Juristen zouden als ze zulke wetten opstellen eigenlijk tevoren het antwoord van de (het merendeel van de) zenuwartsen al moeten hebben op de vraag:

Kunt u op basis van de huidige wetenschappelijke stand van zaken in uw discipline in het merendeel der concrete gevallen met redelijke mate van zekerheid aangeven of een patient (als gevolg van zijn geestelijke stoomis) voor zichzelf maar vooral voor anderen binnen overzienbare tijd een kans scheidt op onheil die hoewel desnoods niet waarschijnlijk, de mate van simpele mogelijkheid duidelijk overstijgt?

Zeer veel is mogelijk, kan men zeggen en als het er op aankomt bestaat enige kans dat iemand zichzelf of anderen onheil zal toebrengen ook buiten het geval van stoomis der geestvermogens bijna onbeperkt. Als wij dus de pure mogelijkheid stellen op alles wat enigszins boven nul komt en de waarschijnlijkheid op in elk geval 80 %, blijft levensgroot de vraag open waar tussen 0,1 en 80 het juridisch relevant gevaar begint. Wie daarop antwoord heeft gegeven (en het antwoord zou bij voorkeur - terwille van de rechtvaardigheid - eensluidend moeten zijn), die moet dan nog de vraag beantwoorden of - aangenomen dat bij 20 % het gevaar begint - wetenschappelijk - met redelijke mate van zekerheid - dat percentage is vast te stellen. Ik weet het niet, ik zou het graag willen weten. Ik denk, dat juristen dit soort vragen aan medici niet plegen te stellen, omdat zij bang zijn voor het antwoord: hoe zou ik dat kunnen beoordelen?, en dat gooit de zaak (het systeem) door de war.

Ennis en Siegel (-17-) bespreken de vraag omtrent gevaar - als kans op onheil - in hun boek: "The rights of mental patients (1973) en vertellen over een geval (operation Baxstrom) waarin bijna duizend

geestelijk gestoorden, die tot gevangenisstraffen waren veroordeeld, na onderzoek door psychiaters werden aangemerkt als

"being so dangerous that they could not be accommodated in regular civil mental hospitals".

Zij moesten van de psychiaters terwille van de veiligheid naar

"high security mental hospitals run by the Department of Correction".

Als gevolg van een beslissing van het Supreme Court kwamen zij toch in gewone inrichtingen terecht. Dat leidde tot dreiging met ontslag van enige personeel en - typisch Amerikaans? - tot eisen om loonsverhoging bij anderen. Slechts zeven van de bijna duizend personen bleken achteraf "to dangerous for a civil hospital" te zijn.

Dat is 0,7 %.

Ik geef dit voorbeeld met enig voorbehoud. Het vooroordeel van de auteurs in de zin die Esser aan dat woord heeft gegeven (-18-) is - zij zeggen het eerlijk in hun Introduction -, dat zij geloven

"that involuntary hospitalization should be abolished. Completely. And if it cannot be abolished, we believe that prospective patients should be given so many rights and safeguards that it will be extra ordinarily difficult to hospitalize against his will.... Our quarrel is not with psychiatry, but with coercive, institutional psychiatry".

Maar mede hun antwoord op de vraag: Are predictions of dangerous behaviour accurate, dat kortweg luidt: no, is voor mij aanleiding mijn vraag aan de zenuwartsen, als hierboven geformuleerd, staande te houden. Hoe dat antwoord ook luidt (en ik heb daar wel een vermoeden van) het zal nooit hen, wel - bij zekere uitkomst ons, de juristen - tot schande kunnen strekken.

Daarmee zijn we er nog niet. Gevaar is een zekere mate van kans op onheil. Maar welk onheil?: Is achteruitgang (terugval) in mijn geestelijke toestand geen onheil? Kan ik niet zeggen, dat ik gevaar loop de trein te missen als ik te laat uit bed opsta? Dat laatste is ook een onheil, maar over dit soort onheilen gaat het hier toch niet. Er moet sprake zijn van een gevaar voor zodanig onheil dat vrijheidsbeneming zolang dat gevaar voortduurt verantwoord is. Er moet dus een dubbele afweging zijn: is deze kans groot genoeg om gevaar te heten en is die mate van kans op dit onheil voldoende om de betrokkene zijn vrijheid te ontnemen.

De eerste afweging zal een jurist-rechter alleen kunnen vervullen als hem alle gegevens op consistente wijze zijn aangegeven. Hij heeft dan vervolgens niet veel eigen inbreng meer. Waaraan zou de rechter-jurist de bevoegdheid kunnen ontleenen naast zich neer te leggen het advies van de zenuwarts inhoudend dat de kans, dat op grond van de geestelijke stoomis enig onheil zich zal voordoen, zeer groot is, veel meer dan mogelijkheid alleen? Ten hoogste aan een tegen-advies. Maar dat zal vaak zijn uitgelokt door of namens de belanghebbende en hoe weinig wij dan van psychiatrie afweten, wel dit dat onder die omstandigheden het ene advies het andere vaak diametraal tegenspreekt. Dat voert in de richting van psychiaters die als rechters geheel onafhankelijk en met deskundigheid - die als zij aanwezig is, toch daar present moet zijn - het advies van hun collega, die in dienst staat van de uitvoering, moeten kunnen beoordelen. De tweede afweging is veel meer typisch die van de wet-

gever en/of van de rechter. Wel te verstaan: niet omtrent de aard van het te verwachten en te vrezen onheil, maar, zo dat eenmaal is vastgesteld, of het de vrijheidsbenaming rechtvaardigt. Als we spreken over kans op onheil voor de patient zelf kunnen we denken aan: zelfmoord, zelfverminking, zelfverwaarlozing, achteruitgang in psychische welstand, verlies van baan, vrienden, echtgenoot, vereenzaming en weet ik wat al niet meer.

Gaat het over kans op onheil voor anderen, dan speelt naast doodslag, psychisch letsel enz., misschien ook een rol het psychisch welbevinden, de psychische gezondheid van de huisgenoten, waaronder jonge kinderen, die mogelijk door de confrontatie trauma's voor het leven oplopen. Over de algemene veiligheid van personen - als een aparte categorie - en over de algemene veiligheid van goederen spreek ik nu maar niet. Is er ook een bijzondere veiligheid van goederen?

De rechter zal moeten beslissen welk (gevaar voor) onheil voldoende grondslag oplevert voor vrijheidsontneming (-19-) en het zou niet ondienstig zijn wanneer hem vanuit de rechtsgemeenschap - liefst via de wet - daartoe, voorzichtig gezegd, enige richtlijnen werden verschaft.

Wat is nu gebeurd?

De oude BOPZ gaf een beschrijving van wat onder gevaar moest worden verstaan. Een onvolmaakte, m.i. onvolledige, maar zij maakte in ieder geval duidelijk, dat daartoe naast "harm to others" (-11-) ook gerekend moest worden gevaar voor zichzelf. Daarmee was het zo vurig afgezworen best-wil criterium toch weer in zekere mate in ere hersteld. Waarom zouden wij de geestelijk gestoorde tegen zijn zin tegen welk gevaar dan ook voor zichzelf willen behoeden als we niet de pretentie hadden beter dan hijzelf te weten wat goed voor hem is?

Waarom mogen we niet optreden tegen de voorgenomen - balans - suicide? (-20-)? Omdat die de uitkomst inhoudt van een afweging door iemand, - die tot die afweging in staat wordt geacht, van levensdrift en doodsverlangen: liever dood dan zo'n leven -.

Met betrekking tot geestelijk gestoorde menen wij, dat ingegrepen kan en moet worden voor zij hun afweging hebben voltrokken. Omdat wij menen, dat ze dat niet zouden willen als ze niet geestelijk gestoord waren, waarbij we vergeten dat iemand die geestelijk gestoord is bij die afweging minstens in een aantal gevallen zal kunnen meewegen, dat hij geestelijk gestoord is en daarom...

Wat daarvan zij: het best- of beter-wil criterium begint niet pas te spelen als het er om gaat of iemand, die geestelijk gestoord is, bij niet-verpleging of niet-voorzetting der verpleging niet beter zal worden of terug zal vallen. Men kan - zeker vanuit medische ethiek en optiek - ook bezwaarlijk zeggen, dat het geen ernstige zaak is voor de patient, dat hij, als de verpleging wordt beëindigd juist voor het genezingsproces is voltrokken, met grote mate van zekerheid terug zal vallen in de oude toestand (ook al leidt die niet tot zelfverwaarlozing, zelfverminking of zelfdo-