



VERENIGING VOOR
GEZONDHEIDSRECHT

Preadvies uitgebracht ten behoeve van de jaarvergadering

Psychiatrie en Recht

De Wet Bopz en de psychiatrie
Kanttekeningen bij een regeling

mr.drs. T.P. Widdershoven

Rechtsbescherming bij vrijheidsbeneming
in de sectoren
verstandelijk gehandicaptenzorg
en psychogeriatric

mr.dr. K. Blankman

van de Vereniging voor Gezondheidsrecht op 11 april 2003

VERENIGING VOOR GEZONDHEIDSRECHT

PSYCHIATRIE EN RECHT

**De Wet Bopz en de psychiatrie
Kanttekeningen bij een regeling**

mr.drs. T.P. Widdershoven

**Rechtsbescherming bij vrijheidsbeneming
in de sectoren verstandelijk gehandicaptenzorg
en psychogeriatric**

mr.dr. K. Blankman

Preadvies uitgebracht ten behoeve van de
Jaarvergadering van de Vereniging voor Gezondheidsrecht
op 11 april 2003

ISBN 90-73923-11-5

VOORWOORD

De jaarvergadering 2003 van de Vereniging voor Gezondheidsrecht staat in het teken van het thema 'Psychiatrie en recht'; een thema waarbinnen dwangtoepassing en vrijheidsbeneming centraal staan. Bij dergelijke thema's zijn doorgaans fundamentele gezondheidsrechtelijke waarden en beginselen in het geding.

Analoog aan het onderscheid dat in de Wet Bopz wordt gemaakt, is gekozen voor een onderverdeling in twee subthema's: de reguliere psychiatrie enerzijds en de verstandelijk gehandicaptenzorg en psychogeriatric anderzijds. De Wet Bopz staat in beide subthema's dan ook centraal. Hoewel deze wet een lange voorgeschiedenis kent, is zij bepaald geen rustig bezit te noemen: sinds haar inwerkingtreding wordt er al gediscussieerd over de vraag of de wet niet te veel nadruk legt op autonomie en rechtsbescherming van de patiënt waardoor zij onvoldoende mogelijkheden zou bieden voor adequate hulp.

Het bestuur heeft twee auteurs – mr.dr.s. T.P. Widdershoven en mr.dr. K. Blankman – bereid gevonden om over beide subthema's een beknopt preadvies te schrijven. In het eerste deel, waarin de psychiatrie aan bod komt, worden kanttekeningen geplaatst bij de criteria en procedures voor onvrijwillige opname (de externe rechtspositieregeling) en bij de regeling van de rechtspositie van de patiënt tijdens het verblijf in het psychiatrisch ziekenhuis (de interne rechtspositieregeling). Ook de onderlinge verhouding van beide regelingen komt aan de orde. In het tweede deel is gekozen voor een zelfde opzet, toegespitst op de specifieke problemen die beide regelingen veroorzaken in de sectoren verstandelijk gehandicaptenzorg en psychogeriatric.

Het bestuur is de beide preadviseurs erkentelijk voor hun bijdragen en verwacht een interessante jaarvergadering.

prof.mr. J.K.M. Gevers,
voorzitter

februari 2003

INHOUDSOPGAVE

PSYCHIATRIE EN RECHT

DE WET BOPZ EN DE PSYCHIATRIE

Kanttekeningen bij een regeling

mr. drs. T.P. Widdershoven

1.	Inleiding	1	
2.	Wat volgt	5	
3.	Het preadvies van Leijten (1986)	7	
4.	Het preadvies van Legemaate (1994)	13	
5.	Relevante rechtsbeginselen	19	
5.1	Inleiding	19	
5.2	Zelfbeschikking en bescherming	20	
5.3	Proportionaliteit, subsidiariteit en doelmatigheid	22	
6.	Externe rechtspositie Bopz	24	
6.1	Reikwijdte en rechtsgrond (bereidheids- en gevaarscriterium)	24	
6.2	Rechterlijke bemoeienis	27	
6.3	Raad voor dwangtoepassing in de psychiatrie?	30	
7.	Interne rechtspositie Bopz	31	
7.1	Inleiding	31	
7.2	Het palet van dwanginterventies	34	
7.3	Behandelen en beveiligen	36	
7.4	Interne dwang en wils(on)bekwaamheid	38	
7.5	Interne dwang en rechtsgronden	39	
7.6	Bevoegdheden en procedures	44	
8.	Tot slot	50	
	<i>Aangehaalde literatuur</i>	52	

PSYCHIATRIE EN RECHT

Rechtsbescherming bij vrijheidsbeneming in de sectoren verstandelijk gehandicaptenzorg en psychogeriatric

mr.dr. K. Blankman

	Inleiding	56
1.	Rechtsbescherming bij opneming	59
1.1	Inleiding	59
1.2	Verzet, verschil van mening en toestemming van vertegenwoordigers	62
1.3	De noodzaak tot rechterlijke tussenkomst volgens het Europees Hof	65
2.	Rechtsbescherming na opneming	70
2.1	Inleiding	70
2.2	Zorgplan, wilsonbekwaamheid en vertegenwoordigers	71
2.3	Dwangbehandeling en toepassing van middelen of maatregelen	72
2.4	Betrokkenheid van de inspecteur en individuele rechtsbescherming	75
3.	Contouren van een andere rechtsbeschermings- regeling	77
3.1	Inleiding	77
3.2	Opneming als behandelbeslissing; geen onderscheid meer tussen externe en interne rechtspositie	80
3.3	Rechtsbescherming niet locatievolgend, maar indicatievolgend	84
3.4	Basiselementen en –voorwaarden voor een rechtsbeschermingsregeling	87
3.5	De ernst van vrijheidsbenemende maatregelen en wilsonbekwaamheid	92
3.6	De contouren van een andere rechtsbeschermingsregeling nader ingevuld	94
3.7	Omzien en vooruitkijken	101
	<i>Literatuurlijst</i>	104

VERENIGING VOOR GEZONDHEIDSRECHT

PSYCHIATRIE EN RECHT

**De Wet Bopz en de psychiatrie
Kanttekeningen bij een regeling**

mr.drs. T.P. Widdershoven*

* jurist bij de Stichting Patientenvertrouwenspersoon
Geestelijke Gezondheidszorg te Utrecht

1. INLEIDING

'Psychiatrie en recht' was eerder onderwerp voor de Vereniging voor Gezondheidsrecht. In 1975 verscheen het preadvies van Ter Heide: *Dwang en drang in de medische behandeling, een algemeen-theoretische beschouwing*.¹ Weliswaar had die verhandeling slechts zijdelings betrekking op de psychiatrie, zij had wel tot gevolg dat door het bestuur van de Vereniging een werkgroep werd ingesteld met als opdracht: "na een beschrijving van situaties waarin sprake is van dwang en drang, in het bijzonder toegespitst op de sectoren psychiatrie en sociale verzekering, richtlijnen op te stellen voor het handelen van hulpverlener en patiënt".² De werkgroep kwam in maart 1978 met het *Rapport inzake 'dwang en drang in het medisch handelen'*. De psychiatrie mocht niet klagen: 13 pagina's ten opzichte van 2 pagina's voor de sociale verzekeringswetgeving.³ In 1986 volgde het preadvies van Leijten: *Welzijn, vrijheid en dwang*, met als ondertitel *Enkele beschouwingen over gedwongen opnemings in een inrichting van personen met een geestelijke stoornis*.⁴ Ditmaal was de aandacht exclusief gericht op de psychiatrie. En op dwang, want het een kan kennelijk niet zonder het ander. Leijten reageerde op het toenmalige wetsontwerp Bopz dat ruim een jaar eerder door de Tweede Kamer was aangenomen. Daarna, in 1994, kwam het onderwerp nog enigszins in de marge aan bod in het preadvies van Legemaate: *Goed recht. De betekenis van het recht voor de praktijk van de hulpverlening*.⁵ Legemaate besprak de nieuwe situatie onder de toen net in werking getreden Wet Bopz, waarbij het regime van gedwongen opnemings niet alleen ging gelden voor patiënten die zich verzetten tegen opnemings en verblijf, maar ook voor de groep die noch van bezwaar (verzet), noch van bereidheid blijkt geeft. Thans zijn we weer enige jaren verder. Opnieuw staat het thema op de rol.

¹ J. ter Heide, *Dwang en drang in de medische behandeling, een algemeen-theoretische beschouwing*, Preadvies Vereniging voor Gezondheidsrecht, Utrecht 1975.

² Werkgroep Dwang en Drang, *Rapport inzake "dwang en drang in het medisch handelen"*, Utrecht: Vereniging voor Gezondheidsrecht 1978, p. 1.

³ Daarnaast waren er zo'n 6 pagina's: "Uitgangspunten voor de situatie zonder bijzondere vormen van wettelijke dwang of drang (de zogenaamde 'normale' situatie)".

⁴ J.C.M. Leijten, *Welzijn, vrijheid en dwang. Enkele beschouwingen over gedwongen opnemings in een inrichting van personen met een geestelijke stoornis*, Preadvies Vereniging voor Gezondheidsrecht, Utrecht 1986.

⁵ J. Legemaate, *Goed recht. De betekenis en de gevolgen van het recht voor de praktijk van de hulpverlening*, Preadvies Vereniging voor Gezondheidsrecht, Utrecht 1994.

Opnieuw is er veel over te zeggen. En in de tussentijd heeft een en ander plaatsgevonden.

De Wet Bopz is inmiddels twee keer geëvalueerd, in 1997 en in 2002, wat 18 deelonderzoeken en 2 overkoepelende rapportages opleverde.⁶ De Raad voor de Volksgezondheid & Zorg bracht in 1997 het advies *Beter (z)onder dwang?* uit.⁷ Het advies werd betrokken bij het standpunt van de regering inzake de eerste Bopz-evaluatie.⁸ De overheid verstrekte tussentijds nog andere onderzoeksopdrachten. Zo deed het Trimbos-instituut onderzoek naar de groep 'geen bereidheid geen bezwaar' in de psychiatrie (1999) en naar de problematiek inzake dwangbehandeling bij gebrek aan ziekte-inzicht (2000).⁹ Beide studies speelden vervolgens weer een rol bij de tweede Bopz-evaluatie. Voorts werd op verzoek van de overheid onderzoek gedaan naar het fenomeen 'zelfbinding',¹⁰ terwijl een wetsvoorstel over dat onderwerp momenteel bij het parlement aanhangig is.¹¹ De Wet Bopz is al diverse malen aangepast, mede naar aanleiding van de eerste evaluatie. Soms ging het daarbij om betrekkelijk ondergeschikte punten, soms om meer fundamentele kwesties.¹² Meerdere

⁶ Wet Bopz Evaluatierapport, *Tussen invoering en praktijk*, Rijswijk: Ministerie van VWS 1996.

Evaluatie Wet bijzondere opnemingen in psychiatrische ziekenhuizen, *Conclusies en aanbevelingen van de begeleidingscommissie*, Den Haag: ZonMw 2002.

⁷ *Beter (z)onder dwang? Advies uitgebracht door de Raad voor de Volksgezondheid en Zorg aan de Minister van VWS*, Zoetermeer: RVZ 1997.

⁸ Evaluatie van de Wet Bopz, *Kabinetsstandpunt*, Rijswijk: Ministerie van VWS, Ministerie van Justitie 1997.

⁹ P. van Ginneken, "*De nodige bereidheid*", een onderzoek naar de omvang van de groep "geen bereidheid geen bezwaar" in de psychiatrie, Utrecht: Trimbos-instituut 1999. M. Donker (red.), *Intramurale dwangbehandeling van patiënten zonder ziekte-inzicht*, Utrecht: Trimbos-instituut 2000.

¹⁰ T. van Willigenburg (red.), *Zelfbinding in de psychiatrie. Een empirische, wijsgerige en juridische studie naar zelfbindingsverklaringen in de geestelijke gezondheidszorg*, Den Haag/Rotterdam: NWO/EUR 2002. I. Gremmen e.a., *Zelfbinding in de psychiatrie: een kwestie van goede zorg? Verslag van een onderzoek vanuit zorgethisch perspectief*, NWO/UU 2002.

¹¹ Kamerstukken II 2001/02, 28 283, nrs. 1-2.

¹² Zie voor een aanduiding van de meer recente ontwikkelingen (voorwaardelijke machtiging, observatiemachtiging, dwangbehandelingscriterium, klacht-recht, zelfbinding): W. Dijkers, 'Wijzigingen van de Wet Bopz: de stand van zaken begin 2002', *Trema* 2002, p. 1-11 (Eerste deel) en p. 165-168 (Tweede deel).

wijzigingen zijn reeds in werking getreden, zoals het nieuwe dwangbehandelingscriterium,¹³ andere laten nog op zich wachten.

De door de overheid geïnitieerde studies waren in de regel multidisciplinair van opzet, met naast juridische vaak sociaal-wetenschappelijke en/of ethische inbreng. Maar ook vond niet-juridisch onderzoek plaats, bijvoorbeeld naar de omvang en problematiek van de groep die in beleidsstukken wordt aangeduid met de term 'verkommerden en verloederden' (2002).¹⁴ Bij de Bopz-evaluaties draaide het in het bijzonder om de vraag hoe wet en praktijk zich tot elkaar verhouden en of de regeling conform de doelstelling tot versterking van de rechtspositie van de patiënt had geleid. De onderzoeken die in ander verband zijn verricht, leken eerder ingegeven door onrust over een vermoed tekort aan interventiemogelijkheden. Waar in de ontwerpfasen van de Wet Bopz een articuleren van rechtswaarborgen op de voorgrond stond, lijkt de huidige periode meer getekend door een gevoeligheid voor zorgbehoeften en derdenbelangen, met als voorlopig gevolg een toename van dwangmodaliteiten.¹⁵ En anders dan voorheen liet het proces van wetgeving - veelal toch een kwestie van geduld en lange adem (zeker ook op dit terrein) - een soms onverhoedse voortvarendheid zien. Zo kwam de regering met een wetsvoorstel over zelfbinding voordat de resultaten van uitgezet onderzoek bekend waren, en werden vanuit het parlement principiële wijzigingen voorgestaan (verruiming van het dwangbehandelingscriterium en

¹³ Een voorbehoud is op zijn plaats. Op het moment dat deze tekst werd afgesloten (eind 2002) gold de hier gemelde nieuwe regeling inzake dwangbehandeling (waarbij het criterium 'ernstig gevaar' werd gewijzigd in 'gevaar') nog niet. Ook was de datum van inwerkingtreding onbekend. Evenwel leek het er op dat de regeling actueel zou zijn ten tijde dat de tekst in druk verschijnt. In het navolgende wordt van die waarschijnlijke situatie uitgegaan.

¹⁴ J. Lourens e.a., *Verkommerden en verloederden. Een onderzoek naar de omvang en aard van de groep in Nederland*, Leiden: Research voor Beleid 2002. J. Wolf e.a., *Op achterstand. Een onderzoek naar mensen in de marge*, Utrecht: Trimbos-instituut 2002. C. Scholten & J. Wolf, *Verkommerden en verloederden. Samenvatting van twee onderzoeken*, Leiden/Utrecht: Research voor Beleid/Trimbos-instituut 2002.

¹⁵ Vergelijk De Roode: "Was het streven de afgelopen decennia primair het versterken van de rechtspositie van psychiatrische patiënten, nu wordt in hoofdzaak gezocht naar meer mogelijkheden om patiënten onder dwang op te nemen en/of te behandelen" (R. de Roode, 'Hulp onder dwang. Kamer stelt met wijziging van de Bopz', *MC* 2002, p. 124-127).

introductie van de observatiemachtiging) via de zijdeur van het amendement.¹⁶

Naast genoemde onderzoeken was er ook anderszins juridische aandacht voor de psychiatrie en/of de Wet Bopz. Twee jaar na het genoemde preadvies van Leijten verscheen in 1988 de dissertatie van Laurs met accent op de onvrijwillige opneming.¹⁷ Legemaate promoveerde vervolgens in 1991 op de vrijwillige opneming.¹⁸ Van de Klippe volgde in 1997 met een studie over dwangbehandeling en de toepassing van middelen en maatregelen.¹⁹ En voor het huidige jaar 2003 staan tenminste drie relevante proefschriften op stapel. Dijkers promoveert op een onderzoek naar juridische posities in de machtigingsprocedure.²⁰ Arends en Frederiks komen naar verwachting met dissertaties over de rechtsposities in de psychogeriatric en verstandelijk gehandicaptenzorg.²¹ En een dergelijke lijst van academische inspanningen is eigenlijk incompleet als juist één niet-juridische studie onvermeld zou blijven: de gezondheidsethische dissertatie van Berghmans uit 1992 over zelfbinding in de psychiatrie.²²

Met deze opsommingen is enig zicht geboden op de recente, ietwat woelige wetsontwikkelingen en de niet overmatige maar toch gestage stroom van wetenschappelijke activiteit van de laatste vijftien jaren. Uiteraard is er sedert de eerdere aandacht van de Vereniging meer

¹⁶ Zie De Roode (2002), o.c., alsmede R.B.M. Keurentjes, 'De voorwaardelijke machtiging en de observatiemachtiging in de Wet Bopz: een bijzonder staaltje wetgeving', *TvGr* 2002, p. 534-535, en J. Legemaate, 'De Wet Bopz: een nieuwe vestiging van het Van der Valk-concern?', *NJB* 2002, p. 1463-64.

¹⁷ P.J.H. Laurs, *Recht voor psychiatrische patiënten* (diss. Utrecht), Arnhem: Gouda Quint 1988.

¹⁸ J. Legemaate, *De rechtspositie van vrijwillig opgenomen psychiatrische patiënten* (diss. Amsterdam UvA), Arnhem: Gouda Quint 1991.

¹⁹ Hanneke van de Klippe, *Dwangtoepassing na onvrijwillige psychiatrische opname. Een juridische beschouwing* (diss. Amsterdam UvA), Nijmegen: Ars Aequi Libri 1997.

²⁰ W.J.A.M. Dijkers, *Doen en laten in de Bopz-machtigingsprocedure. Een onderzoek naar juridische posities* (diss. Groningen), Den Haag: Vermande 2003.

²¹ Luuk Arends en Brenda Frederiks, *Alternatieve regelgeving voor de Wet Bopz in de psychogeriatric en verstandelijk gehandicaptenzorg: een Wet verantwoorde toepassing vrijheidsrechten?*, Invitational conference 20 november 2002.

²² R.L.P. Berghmans, *Om bestwil. Paternalisme in de psychiatrie. Een gezondheidsethische studie* (diss. Amsterdam VU), Amsterdam: Thesis Publishers 1992.

gebeurd als het om 'psychiatrie en recht' gaat, bijvoorbeeld op het gebied van de jurisprudentie, maar als inleiding op het thema en als aanzet voor het navolgende moet het gebodene volstaan.

2. WAT VOLGT

In samenspraak met het bestuur van de Vereniging is gedacht dat dit preadvies wat los van die huidige onrustige actualiteit zou staan. Met enige afstand zal dan ook de bestaande regeling worden bekeken, zonder grote aandacht voor nieuwe fenomenen als de voorwaardelijke machtiging (waarschijnlijk inmiddels in werking), de observatiemachtiging (mogelijk nog aangehouden) en de zelfbindingsvariant (vermoedelijk in aantocht). Ook op andere wijze is afbakening gezocht. Zoals indirect al aangegeven betreft het onderwerp opnieuw - evenals voorheen - dwangtoepassing in de psychiatrie, en staat meer in bijzonder - eveneens als voorheen - de Wet Bopz centraal als de regeling die dergelijke dwang sanctioneert en reguleert. Goeddeels buiten beeld blijft de praktijk (die in genoemde evaluaties aandacht kreeg) en de relatie met andere wetgeving. Dit laatste geldt met name voor de raakvlakken met het strafrechtelijk terrein, terwijl de positie van de diverse 'justitiële' patiënten zelfs geheel onbesproken blijft.²³ Het accent van de beschouwing betreft de wijze waarop de Wet Bopz de dwangopneming en het daarop volgende dwangverblijf in de reguliere psychiatrische klinieken gestalte tracht te geven.²⁴ De bespreking beperkt zich voorts tot de algemene regeling, waardoor bijvoorbeeld de groep minderjarigen evenmin bijzondere aandacht krijgt.²⁵ En wat

²³ Art. 51 Bopz betreft de rechtspositie van patiënten die krachtens bepaalde justitiële titels (o.a. strafrechtelijke last, tbs met dwangverpleging, overplaatsing vanuit het gevangeniswezen) in het psychiatrisch ziekenhuis verblijven. In het kader van de tweede Bopz-evaluatie is specifiek onderzoek verricht naar deze groep (Deelonderzoek 9: J.E. Beekman & F. Koenraadt, *De Wet Bopz in de forensische psychiatrie*, Den Haag: ZonMw 2002).

²⁴ Die reguliere psychiatrische klinieken betreffen de algemene psychiatrische ziekenhuizen (APZ), de categorale psychiatrisch ziekenhuizen (CPZ), de psychiatrische afdelingen van algemene ziekenhuizen (PAAZ) en de psychiatrische universiteitsklinieken (PUK). Buiten beschouwing blijven, als gezegd, de forensische klinieken en voorts de verpleeg- en zwakzinnigeninrichtingen. De zorgverlening aangaande laatstgenoemde instellingen is onderwerp van de beschouwing van Blankman.

²⁵ De minderjarigen kregen, evenals de forensische patiënten, bij de tweede Bopz-evaluatie specifiek aandacht (Deelonderzoek 6: C. de Groot & M.

tevens achterwege blijft is een internationale blik; een enkele keer zal worden verwezen naar het Evrm, maar de wet- en regelgeving in andere landen is niet aan de orde.²⁶

In het navolgende wordt eerst nader stilgestaan bij de genoemde preadviezen van Leijten en Legemaate. Reden daarvoor is dat beide beschouwingen voor de huidige situatie onverminderd relevant zijn. Legemaate bekritiseerde zo'n negen jaar geleden de reikwijdte van de Wet Bopz, terwijl Leijten acht jaar daarvoor gedachten ontvouwde over de gehanteerde rechtsgrond voor dwangopneming. Met dit terugkijken wil dan ook zicht worden geboden op het heden (daarmee enigszins parafraserend op de vorig jaar verschenen verenigingsbundel).²⁷ De noties van Leijten en Legemaate betreffen de externe rechtspositieregeling van de Wet Bopz: de bepalingen aangaande gedwongen opneming en voortzetting van het verblijf. Die externe rechtspositie krijgt daarna nog afzonderlijke aandacht, gevolgd door een commentaar op de regeling van de interne rechtspositie: de voorschriften aangaande de bejegening - onder omstandigheden met dwang - van de eenmaal gedwongen opgenomen patiënt. Voorafgaand aan (en mede ten behoeve van) die beschouwingen over de externe en interne rechtsposities, worden nog enige rechtsbeginselen geduid die bij psychiatrische dwangtoepassing van bijzondere betekenis zijn.

Overigens, nu beide voorgaande preadviezen opnieuw de revue passeren, is de verleiding groot om ook de rapportage van de genoemde Werkgroep Dwang en Drang te belichten. Die exercitie zou evenwel van meer historische dan actuele betekenis zijn. Ik volsta met het volgende citaat: *“De werkgroep acht het uitgesloten dat een patiënt tegen zijn wil verplicht kan worden mee te werken aan een*

Donker, *De Wet Bopz in de kinder- en jeugdpsychiatrie*, Den Haag: ZonMw 2002).

²⁶ Zie voor een recente Europese inventarisatie van regelgeving en praktijk inzake dwangopneming en dwangbehandeling in de psychiatrie: European Commission - Health & Consumer Protection Directorate-General, *Compulsory Admission and Involuntary Treatment of Mentally Ill Patients - Legislation and Practice in EU-Member States (Final Report)*, 2002.

²⁷ J.C.J. Dute, J.K.M. Gevers & G.R.J. de Groot (red.), *Omzien naar de toekomst. 35 jaar preadviezen Vereniging voor Gezondheidsrecht*, Houten/Diegem: Bohn Stafleu Van Loghum 2002. Het preadvies van Leijten kreeg in deze uitgave overigens geen aandacht. Wel werd het preadvies van Legemaate besproken (door E.-B. van Veen), maar voor wat betreft het onderhavige onderwerp minder nadrukkelijk en uitvoerig dan hier zal geschieden.

medische behandeling".²⁸ Daarna kwam dus de Wet Bopz die in 1994 dwangbehandeling mogelijk maakte in geval van ernstig gevaar voor personen, terwijl vervolgens bij wetwijziging in 2002 het adjectief 'ernstig' werd geschrapt.

3. HET PREADVIES VAN LEIJTEN (1986)

Het preadvies van Leijten biedt fundamentele kritiek op het gevaarscriterium voor dwangopneming. Leijten hekelt het indertijd voorliggende wetsontwerp²⁹ en betoogt dat regering en Tweede Kamer de hoofdpunten van de zaak uit het oog hebben verloren. *"In plaats van zich toe te leggen op een nadere uitleg van (het gevaarscriterium), komt men plotseling met de onnozele vondst om in de betreffende wetsartikelen alleen maar te spreken van gevaar en in het uitleg-artikel 1 onder f als definitie in te lassen:*

gevaar: gevaar voor een of meer personen - degene die het gevaar veroorzaakt daaronder begrepen - of voor de algemene veiligheid van personen of goederen.

Het enige wat daarmee bereikt wordt is, dat de indruk wordt gewekt dat gevaar voor anderen en gevaar voor zichzelf behalve wat de personen betreft volmaakt te vereenzelvigen zou zijn" (p. 10). Leijten wijst op het belang van het onderscheiden van gevaarscategorieën *"wanneer van dat onderscheid afhangt welke mate van intensiteit van onheil wel en welke niet voldoende is voor de zo ingrijpende maatregel van vrijheidsbeneming, terwijl gevaar voor zichzelf een heel andere achtergrond heeft dan gevaar voor anderen"* (p. 7). Gevaar is een zekere mate van kans dat iets negatiefs zal gebeuren (p. 4) en zowel met betrekking tot de grootte van die kans als met betrekking tot de aard en de ernst van het te vrezen onheil laat de wetgever onduidelijkheden bestaan.

In het slothoofdstuk IV (*De kern van de zaak*) gaat Leijten nader in op de drie onderscheiden categorieën van gevaar als grondslag voor dwangopneming. Het meest uitvoerig is hij over het criterium *gevaar voor anderen* dat hem als uiterst hachelijk voorkomt. *"Waarom zou de omstandigheid dat gevaar a. voortspruit uit een geestelijke stoornis eerder tot gedwongen vrijheidsontneming moeten leiden dan datzelfde gevaar a. als de stoornis ontbreekt. En als het antwoord moet zijn: daar is geen reden toe aanwezig, dan zal gevaar bij een persoon met een geestelijke stoornis niet licht, ja zeer zelden tot gedwongen opname kunnen leiden. (...) Ik zie niet goed in waarom de*

²⁸ Werkgroep Dwang en Drang (1978), o.c., p. 17.

²⁹ Aan de orde was het zgn. vijfde nader gewijzigde wetsvoorstel 11 270.

samenleving om het nu maar eens ouderwets te zeggen zich meer moet beveiligen tegen gevaarlijke krankzinnigen dan tegen gevaarlijke boeven. Wanneer nu ook nog in aanmerking wordt genomen dat gedwongen opname niet meebrengt gedwongen behandeling ter genezing, (...) dan ontstaat toch eigenlijk, hoe grof het ook klinkt, het beeld van gedwongen opsluiting (zij het in een psychiatrische inrichting) wegens gevaarlijkheid” (p. 24, 25).³⁰ Zijn wat aarzelende conclusie is “dat in het algemeen het belang van de in zijn geestvermogens gestoorde bij handhaving van zijn vrijheid slechts dan moet wijken voor de beveiliging van anderen wanneer van de zijde van de patiënt een acuut, onmiddellijk gevaar dreigt voor de meest essentiële rechtsgoederen van anderen (waarbij ik denk aan leven, lichamelijke integriteit). Dat komt er eigenlijk op neer dat alleen waar nu een inbewaringstelling (spoedopneming) mogelijk is, namelijk bij ‘onmiddellijk dreigend gevaar voor anderen’ (...) naar mij voorkomt gedwongen opneming van de patiënt zou moeten kunnen plaatsvinden” (p. 27). Enkele pagina’s later schrijft hij evenwel: “Kan optreden - als gevolg van geestelijke stoornis - dat geen (direct) gevaar oplevert (...) onder omstandigheden zo hinderlijk en onverdraaglijk zijn, dat gedwongen opneming het rechtens juiste antwoord daarop mag zijn ? (...) Uiterste voorzichtigheid lijkt mij (...) geboden, maar de mogelijkheid helemaal uitsluiten, gaat mij toch te ver” (p. 32).³¹

³⁰ Verderop (p. 32) verwijst hij naar het nimmer ingevoerde, maar wel bij Wet van 25 juni 1929 Stb. 362 vastgesteld, art. 43 bis Strafrecht inzake de inbewaringstelling van gevaarlijke recidivisten. Hij maakt melding van het oordeel van Pompe die in 1931 aangaf dat het een te gevaarlijk precedent is iemand uitsluitend om zijn gevaarlijkheid op te bergen. En hij haalt Röling aan die drie jaar later zei dat er geen principieel verschil is tussen de opsluiting van krankzinnigen, van psychopaten, van gevaarlijke bacillendragers en de bewaring van gevaarlijke recidivisten. Leijten: “(Dit) roept van zelf de vraag op waarom krankzinnigen dan toch kunnen worden opgesloten, hoewel de bewaring van gevaarlijke recidivisten (hier te lande) nooit is ingevoerd. Ik acht dat laatste heel juist maar temeer klemt dan de vraag: waarop de opsluiting van (gevaarlijke) krankzinnigen gebaseerd is”.

³¹ Leijten is zich terdege bewust dat er ruimte zit tussen de ingenomen standpunten. Hij heeft het met betrekking tot het hier laatst gestelde over een opmerking die voor hem vervelend is “want ik denk dat zij niet klopt met het hiervoor betoogde, zeker daarmee op gespannen voet staat” (p. 31). Vergelijk in dit verband ook de eerste alinea van het slothoofdstuk: “Het wordt tijd de niet alleen schijnbaar wat warrig lopende lijnen te verbinden in een poging om tot conclusies te komen, die niet al te inconsistent zijn. Wellicht zal de meelevende lezer zich afvragen of dat nog een haalbare kaart is. Ik kan met hem meevoelen, want nu en dan heeft ook mij de twijfel besprongen. En als het voorafgaande niet steeds (steeds niet?) rechtlijnig en duidelijk is

Het criterium *gevaar voor betrokkene zelf* betreft naar Leijten zegt eigenlijk toepassing van het bestwilcriterium (dat hij liever welzijns criterium noemt). *“Het lijkt mij, dat verwerping van deze grond tot gedwongen opneming in haar uiterste vorm een hypertrophie oplevert van het mondigheidsmaxime en daarom niet aanvaardbaar is”* (p. 33). Leijten kan zich ermee verenigen (*“zij het met moeite”*) dat iemand niet gedwongen mag worden opgenomen alleen om hem te genezen, maar de fundering van het criterium wordt aldus niet eenvoudiger: *“Waar de bron van het kwaad (de stoornis) niet tegen de zin van de patiënt mag worden aangepakt, mogen wel de kwalijke gevolgen daarvan: zelfmoord, zelfverminking, zelfverwaarlozing, met een onvrijwillige opneming worden bestreden. (...) Vanuit de juridische ethiek heb ik (...) grote moeite om het verschil te verklaren”* (p. 33). In de laatste alinea over deze gevaarsgrond worden enerzijds de teugels aangetrokken waar het de te verlangen ernst van de omstandigheden betreft wil dwangopneming gelegitimeerd zijn, terwijl anderzijds (opnieuw) begrip wordt getoond voor de bestwil-gedachte: *“Het blijft mijn inziens zaak bij dit criterium in het oog te houden dat min of meer acuut gevaar voor verlorengaan van essentiële rechtsgoederen noodzakelijk is, wil men eigenlijk - praktisch gezien – niet toch het best-wil criterium de zaak der vrijheid van een mens laten beheersen. Dat is des te ‘gevaarlijker’ en ‘verleidelijker’ omdat het allerminst een schandelijk criterium is”* (p. 34).

Over het criterium *gevaar voor de algemene veiligheid van personen of goederen* is hij kort: door de vaagheid lijkt het hem niet aanvaardbaar. *“Wie de algemene veiligheid van personen bedreigt levert gevaar op voor anderen. Veiligheid voor goederen zou ik ook als het betreft veiligheid in algemene vorm, onvoldoende vinden, zovaak daar niet ook strafrechtelijk actie tegen kan worden ondernomen”* (p. 34).

Het preadvies van Leijten heeft mijns inziens op bovengenoemde punten nauwelijks aan relevantie ingeboet; de opgeworpen vragen, de bedenkingen, twijfels en reserves zijn zeventien jaar na dato nog steeds actueel te achten. Inmiddels is wel de bekritiseerde begripsbepaling (art. 1 lid 1 sub f Bopz) aangepast. De categorieën *gevaar voor betrokkene zelf* en *gevaar voor derden* zijn in 2000 nader onderverdeeld in vier resp. drie subcategorieën. Die aanpassing geschiedde ter verduidelijking - het aan de praktijk bieden van meer

overgekomen, zoals dat toch in een juridisch betoog betaamt, kan ik alleen maar zeggen, dat dit een vrij nauwkeurige weergave is van mijn gemoedsgesteltenis” (p. 24).

houvast, zoals uit de toelichting op het onderliggende amendement blijkt³² - maar die verduidelijking betreft niet de kwesties die in het preadvies worden aangeroerd. Leijten kan mogelijk worden tegengeworpen dat hij toch wat gemakkelijk heenstapt over de grondgedachte achter het fenomeen dwangopneming, namelijk dat preventief ingrijpen aanvaardbaar is vanwege het ontbreken van handelingsalternatieven bij betrokkene; de gevaarvolle gedragingen (en het onheil dat daaruit voort zou kunnen vloeien) kunnen betrokkene als het ware niet worden toegerekend omdat zijn stoornis hem belet een andere gedragslijn te volgen.³³ Die achterliggende gedachte kan overigens tevens dienst doen om, zoals Leijten ook doet, kanttekeningen te plaatsen bij een regeling die in reactie op 'gestoord gedrag' onverkort meer ruimte laat aan detentie dan aan behandeling.

Leijten reageerde met zijn preadvies op het wetsvoorstel dat eind 1983 door de Tweede Kamer was aangenomen. Zijn kritiek betekende niet dat hij liever, in afwachting van een betere regeling, met de oude Krankzinnigenwet doorging.³⁴ *"(Ik) acht een wijziging die de Bopz zou aanbrengen, van zo fundamenteel belang, gezien in het licht van het grondrecht van vrijheid, dat ik als ik zou moeten kiezen tussen*

³² *Kamerstukken II 1999/2000, 26 527, nr. 8: "In dit amendement wordt het begrip gevaar nader omschreven conform de jurisprudentie van de Hoge Raad. De beschrijving belemmert de ontwikkeling van de verdere jurisprudentie niet, maar geeft aan de praktijk meer houvast".*

³³ Aan de orde is de eis dat de stoornis van de geestvermogens de betrokkene gevaar doet veroorzaken (art. 2 lid 2 sub a Bopz). Veelal wordt in dit verband gesproken van causaliteit of causaal verband tussen stoornis en gevaar, een ook in het strafrecht gebruikelijke terminologie om de gezochte relatie (daar, i.v.m. de toerekeningsvatbaarheidvraag, tussen de stoornis en een delict) mee aan te duiden. Mooij wijst er op dat een dergelijke kwalificatie weinig precies is, hij spreekt van een interne of hermeneutische relatie (Antoine Mooij, *Psychiatrie, recht en de menselijke maat*, Amsterdam: Uitgeverij Boom 1998, p. 97-98).

³⁴ Anderen hadden indertijd wel die mening, mede gezien de rechtsvormende ontwikkelingen op jurisprudentieel gebied (Hoge Raad en Europees Hof). Zie bijvoorbeeld G.E.M. Later, 'Het Wetsontwerp Bijzondere Opneming in Psychiatrische Ziekenhuizen', *NJB* 1984, p. 510 e.v. In de dissertatie van Laurs (1988), o.c., wordt een overzicht gegeven van de reacties uit die tijd op het Wetsontwerp Bopz, waarbij hij onderscheidt tussen hulpverleningskringen, hulpvragerskringen en juridische kringen (p. 80-97). De meningen waren (binnen elk van deze kringen en ook onderling) ruim verdeeld. Wat betreft het preadvies van Leijten is de weergave evenwel weinig volledig. Met betrekking tot het gevaarscriterium wordt volstaan met de opmerking: *"Positief acht Leijten voorts de vastlegging van een gevaarscriterium in de BOPZ, dat naar zijn mening uiterst restrictief zou moeten worden toegepast"* (p. 96).

handhaving gedurende lange tijd van de huidige toestand en invoeren van de Bopz met al haar tekortkomingen en ingewikkeldheden, toch voor invoering van de Bopz zou stemmen: het betreft de aanwijzing van een bijzondere rechtsgang in hoger beroep, tevens cassatie bij het gerechtshof te Arnhem” (p. 29). Terugkijkend is het frappant dat juist die bijzondere rechtsgang in het vervolg van het parlementaire avontuur (dat nog ruim zes jaar zou duren) zou sneuvelen. Leijten geeft ook aan waarom hij die rechtsgang van zo grote waarde acht: de gewone rechter mist specifieke deskundigheid. “(W)aar zou hij de deskundigheid vandaan kunnen halen om te oordelen of het in de geneeskundige verklaring omschreven gevaar, een reëel gevaar is, dat zo imminent is dat iemands vrijheid daaraan mag worden opgeofferd? Dát nu - en dáár gaat het toch eigenlijk om als we naar een rechtvaardige oplossing zoeken - kan wel de bijzondere kamer van het gerechtshof die uit twee deskundigen op dit gebied en een rechter is samengesteld (en zo nodig uit twee deskundigen en drie rechters). Ik moet eigenlijk voorzichtiger zijn: als het kan, dan kan het met zo'n bijzondere kamer. De medisch-psychiatrische deskundigen, die aan zo'n Kamer verbonden zijn kunnen elk met minstens zoveel gezag spreken als de opsteller van de geneeskundige verklaring en ze staan tegenover het probleem als rechters, die hebben te beslissen over vrijheid of onvrijheid van een individu. Ik voeg daar terloops aan toe dat de rechters in deze samenstelling ook voor het eerst bij machte zijn met onpartijdigheid en minstens gelijke deskundigheid (...) te beoordelen of er sprake is van een geestelijke stoornis waaruit het manifeste gevaar voor anderen voortspuit” (p. 30).

Leijten twijfelt aan de mogelijkheden van de rechter (in het bijzonder de rechter-jurist) om tot een juist oordeel te komen. Die twijfel houdt verband met bedenkingen aangaande enkele uitgangspunten en vooronderstellingen van de regeling. Gewezen wordt op onenigheid in psychiatrische kring over het concept geestesstoornis³⁵ en vragen worden gesteld over de voorspelbaarheid van gevaar³⁶. Meerdere malen krijgt de jurist een spiegel voorgehouden. “In wezen zou het de jurist, die beslist over de onvrijwillige opnemings slapeloze nachten

³⁵ Leijten verwijst onder meer naar denkbeelden van T.S. Szasz en R.D. Laing die te plaats zijn in de indertijd schoolmakende anti-psychiatrie.

³⁶ Verwezen wordt naar publicaties waarin de accuraatheid van gevaarsvoorspellingen wordt weersproken. Zie tevens over dit onderwerp (alsmede over de anti-psychiatrische kritiek) het genoemde proefschrift van Laurs (1988), in het bijzonder par. 6.6.3 E. Indertijd heeft ook J. Pols zich met regelmaat kritisch getoond over deze kwesties, zie bijvoorbeeld zijn dissertatie uit 1984: *Mythe en macht, over de kritische psychiatrie van Thomas S. Szasz*, m.n. hoofdstuk VII par. 3.2.

moeten bezorgen dat de deskundigen niet weten, althans fundamenteel van mening verschillen over de vraag wat krankzinnigheid, stoornis der geestvermogens is en of het wel bestaat” (p. 12). “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 patiënt (als gevolg van zijn geestelijke stoornis) voor zichzelf maar vooral ook voor anderen binnen overzienbare tijd een kans schept op onheil die hoewel desnoods niet waarschijnlijk, de mate van simpele mogelijkheid duidelijk overstijgt? (...) 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” (p. 4-5).

Leijten kijkt op een opmerkelijke manier naar de psychiater aan wie de rechter *“met huid en haar is overgeleverd”* (p. 12). Die psychiater laat zich leiden door het welworden (p. 21), het gezondheidsbelang (p. 30), het genezingsproces (p. 18) van de patiënt. *“Wanneer zal de medicus-psychiater gedwongen opneming vanuit de eigen discipline voorstaan? Mag ik een vermoeden uiten, dan is het dit: zovaak ook in het kader van vrijwilligheid - opneming ter genezing is geboden. (...) Behalve dan weer indien hij, zoals bij een bepaalde richting kennelijk het geval is, in de dwang zelf juist een (absolute) belemmering ziet voor genezing”* (p. 25). Leijten toont begrip voor de psychiater die een voor de patiënt te vrezen gevaar aandikt³⁷ (zodat tot dwangopneming kan worden besloten) en acht het niet ondenkbaar dat in geval van gevaar voor derden het te verwachten onheil juist eerder wordt gebagatelliseerd indien gedwongen opneming het genezingsproces zou vertragen of belemmeren. De psychiater, zoals Leijten hem schetst, heeft een sterk paternalistische houding en blijkt mede daardoor een moeilijk te vertrouwen figuur in dwangopnemingsprocedures. Het komt mij voor dat die benadering inmiddels wat beperkt mag worden genoemd. Leijten besteedt geen aandacht aan het autonomiebeginsel dat deel uitmaakt van de medisch-ethische principes, terwijl hij verbazend coulant is voor de deskundige die de rechter onvolledig of zelfs opzettelijk onjuist zou informeren. Wat dit laatste betreft is tevens opmerkelijk dat het alleen de juridische

³⁷ Leijten verwijst naar een artikel van Gevers waarin op basis van een enquête wordt opgemerkt dat de arts in zijn verklaring soms bepaalde aspecten chargeert om een rechterlijke maatregel in het licht van de wet te rechtvaardigen (J.K.M. Gevers, ‘De rol van de civiele rechter bij de opneming van psychiatrische patiënten’, *NJB* 1975, p. 405-421).

discipline wordt nagedragen als ondeugdelijke of ondoenlijke criteria zouden worden gehanteerd. Mij dunkt dat hij ook had kunnen zeggen dat het mede aan de psychiatrisch experts is te melden (en zo nodig telkenmale in rechte te verklaren) wanneer hun deskundigheid wordt overvraagd.

4. HET PREADVIES VAN LEGEMAATE (1994)

Betreft de beschouwing van Leijten in het bijzonder een kritiek op het gevaarscriterium en een pleidooi voor een bijzondere beroepsgang in de dwangopnemingsprocedure, het preadvies van Legemaate snijdt een ander aspect van de regeling aan. Legemaate bespreekt het gegeven dat de Wet Bopz een inbewaringstelling of rechterlijke machtiging verlangt indien betrokkene geen blijk geeft van *de nodige bereidheid* tot opneming en verblijf in een psychiatrisch ziekenhuis (art. 2 lid 3 Bopz).³⁸ Deze regel bracht een breuk met de voorheen geldende praktijk: onder vigeur van de Krankzinnigenwet was een inbewaringstelling of rechterlijke machtiging aan de orde als betrokkene *bezwaar* maakte. De wisseling van het (oude) bezwaarcriterium naar het (nieuwe) bereidheids criterium heeft betekenis voor de zogenaamde gbgg-groep.³⁹ Patiënten die van bereidheid noch bezwaar blijk geven, moeten nu (anders dan voorheen) met een vrijheidsbenemende titel worden opgenomen.

Legemaate opponeert tegen het nieuwe criterium. *“Het gaat hier om een vorm van juridisering die zowel voor patiënten als voor hulpverleners overwegend nadelig is”* (p. 86). Een tweetal gevolgen wordt in het bijzonder benoemd; beide betreffen de gbgg-groep. *“Het eerste gevolg is dat de drempel voor de opneming wordt verhoogd, aangezien deze slechts kan worden gerealiseerd indien de patiënt*

³⁸ Legemaate laat (evenals Leijten) de sectoren psychogeriatric en verstandelijk gehandicaptenzorg buiten beschouwing. Voor beide sectoren biedt de Wet Bopz een bijzondere opnemingsvariant. Waar voor de reguliere psychiatrie een tweedeling geldt (vrijwillige opneming in geval van “de nodige bereidheid” en dwangopneming - machtiging of andere vrijheidsbenemende titel - als die bereidheid ontbreekt), geldt voor de beide overige sectoren een driedeling (tussengevoegd is de categorie “geen bereidheid, geen bezwaar” die op basis van het fiat van een zgn. indicatiecommissie - zie art. 60 Bopz - in de instelling verblijft).

³⁹ “Gbgg” staat voor “geen bereidheid, geen bezwaar”. Gedoeld wordt op die patiënten die geen blijk geven van de nodige bereidheid tot opneming en verblijf in de instelling, maar die zich tegen die opneming en dat verblijf evenmin verzetten.

voldoet aan het gevaarscriterium. (...) Het tweede gevolg betreft de gevolgen voor de rechtspositie van de patiënten in kwestie tijdens hun verblijf in het ziekenhuis. (...) Patiënten die van bezwaar noch bereidheid blijken te geven, komen te vallen onder een wettelijk regime dat vrijheidsbeperkingen en dwangtoepassing weliswaar normeert, maar dat tegelijkertijd een sterk legitimerend effect heeft” (p. 85).

Van Veen wijst er op, dat de situatie acht jaar nadien, nog is zoals in het preadvies beschreven.⁴⁰ Weliswaar vond de Evaluatiecommissie 1996 het raadzaam dat de wetgever zich zou bezinnen op het bereidheidscriterium,⁴¹ maar het Kabinetsstandpunt 1997 zag “vooralnog” geen grond het systeem te wijzigen (en vanuit het parlement werd evenmin actie ondernomen).⁴² Mogelijk volgt echter een herkansing. Inmiddels heeft de tweede Bopz-evaluatie plaatsgevonden, en de laatste aanbeveling van de begeleidingscommissie 2002 laat aan duidelijkheid weinig te wensen over: “De overheid behoort de toepasselijkheid van de Wet Bopz te beperken tot patiënten die bezwaar maken tegen de opnemings en het verblijf (...)”.⁴³ Die scherp aangezette aanbeveling houdt in het bijzonder verband met problemen die in de psychogeriatric en verstandelijk gehandicaptenzorg zijn gesignaleerd.⁴⁴ Maar ook voor de reguliere

⁴⁰ E.-B. van Veen, ‘Beter gezondheidsrecht – enkele beschouwingen naar aanleiding van Goed recht’, in J.C.J. Dute, J.K.M. Gevers & G.R.J. de Groot (red.), *Omzien naar de toekomst. 35 jaar preadviezen Vereniging voor Gezondheidsrecht*, Houten/Diegem: Bohn Stafleu Van Loghum, 2002, p. 21-43.

⁴¹ Evaluatiecommissie Wet Bijzondere opnemingen in psychiatrische ziekenhuizen, *Wet Bopz Evaluatierapport. Tussen invoering en praktijk*, Rijswijk, november 1996, p. 120, aanbeveling 4. Aangegeven wordt dat de in de praktijk sterk gevoelde behoefte aan een goed evenwicht tussen “zorg” en “bescherming” voor de psychiatrie mogelijk beter is gediend met een terugkeer naar het oude systeem waarin het bezwaarcriterium een centrale rol speelde.

⁴² *Kabinetsstandpunt Evaluatie van de Wet Bopz*, Rijswijk, december 1997, p. 17 en 26 t/m 29.

⁴³ Evaluatie Wet bijzonder opnemingen in psychiatrische ziekenhuizen, *Conclusies en aanbevelingen van de begeleidingscommissie*, Den Haag: ZonMw, maart 2002, p. 51. De aanbeveling vervolgt dat voor patiënten uit de gbg-groep een andere rechtspositieregeling behoort te worden ontwikkeld, met inachtneming van een achttal nader genoemde voorwaarden (erop gericht te voorkomen dat de betreffende patiënten rechtspositioneel ‘vogelvrij’ worden).

⁴⁴ “Acht jaren ervaring met de Wet Bopz wijst in de visie van de begeleidingscommissie uit, dat de rechtsbescherming die de wet de gbg-groep beoogt te bieden, niet of maar in zeer beperkte mate wordt gerealiseerd. Problematisch in dit opzicht is vooral de wijze waarop in de psychogeriatric en de verstandelijk gehandicaptensector met de procedure van art. 60

psychiatrie wordt de regeling problematisch geacht. Verwezen wordt naar de visie van de Evaluatiecommissie 1996, waarin weer deels de kritiek van het preadvies van Legemaate is te vinden. Momenteel, op het moment van schrijven, is het wachten op een nieuwe reactie van het kabinet.

Legemaate stelt dat de huidige regeling van de Wet Bopz is gebaseerd *“op een theoretisch wellicht juist, maar in de praktijk onhanteerbaar onderscheid tussen ‘vrijwillig’ en ‘onvrijwillig’”* (p. 86). Ik denk dat met evenveel recht kan worden gezegd dat de regeling ten onrechte niet nader onderscheidt binnen de categorie ‘onvrijwillig’. Die categorie omvat immers zowel situaties waarin dwangtoepassing aan de orde is, als situaties zonder dwang. In lijn met Leijtens kwalificatie aangaande het gevaarscriterium, zou ook dit aspect van de regeling een “onnozele vondst” kunnen worden genoemd. Het onder één noemer brengen van de gbgg-groep en de groep die zich tegen opnemingsverzet, doet vermoeden dat beide groepen niet wezenlijk van elkaar verschillen. Dit over één rechtspositionele kam scheren miskent de betekenis van het toepassen (en het moeten *ondergaan*) van beperkingen en dwang, en doet ook anderszins geen recht aan de belangen in kwestie. In casu keert dit zich met name tegen de patiënten uit de gbgg-groep, omdat het gevaarscriterium mede op hen van toepassing is (zie hierna), maar ten opzichte van de zich verzettende patiënt heeft de gelijkenschakeling ook iets van een ontkenning van de impact van dwangtoepassing (en gaat er in die zin van de gelijkenschakeling ook een dwangdevaluerend effect uit).

Onder de huidige Bopz-regeling geldt voor de gbgg-groep dat intramurale zorg slechts kan worden verleend indien gevaar (ten gevolge van een geestesstoornis) aan de orde is.⁴⁵ Voor geïndiceerde zorg voorafgaand aan gevaarssituaties is alleen ruimte indien betrokkene de nodige bereidheid toont. Bij die nodige bereidheid gaat het - ietwat pleonastisch aangeduid - om een wilsbekwaam informed consent. In de literatuur leefde de gedachte dat een eenmalig gegeven

Bopz en met de interne rechtspositieregeling van de gbgg-groep wordt omgegaan. De begeleidingscommissie verwacht niet dat in deze sectoren een zodanige aanpassing kan worden gerealiseerd dat wet en praktijk veel dichter bij elkaar komen te liggen” (p. 50).

⁴⁵ Ik bespreek hier alleen de situatie voor de psychiatrie. Voor de sectoren psychogeriatric en verstandelijk gehandicaptenzorg geldt als criterium dat betrokkene zich ten gevolge van de stoornis van de geestvermogens niet buiten de inrichting kan handhaven (art. 60 lid 3 Bopz). Dat criterium legt de lat lager dan de maatstaf van gevaar (en daarmee zijn voor deze sectoren ook de zorginhoudelijke gevolgen minder problematisch).

toestemming volstaat: wisselende stemmingen en een fluctuerende bekwaamheid zouden voortzetting van een in aanvang gewenst verblijf niet in de weg staan; het vrijwillig karakter zou in beginsel pas vervallen bij verzet tegen dat verblijf.⁴⁶ Maar niet voor iedereen lijkt dit vanzelfsprekend. Advocaat-generaal Langemeijer wekt in zijn conclusie voor HR 2 november 2001, BJ 2002/1 de indruk dat op het moment dat betrokkene niet langer blijf geeft van een afdoende positieve wilsuiting, een Bopz-titel moet worden verkregen om voortzetting van het verblijf te rechtvaardigen. Mocht dat standpunt geldend recht zijn - de Hoge Raad heeft zich er niet over uitgelaten - dan zouden de gevolgen voor de kwestie hier aan de orde, extra bezwaarlijk zijn. Het zou betekenen dat de gevaarsdrempel niet slechts geldt voor de gbgg-groep bij binnenkomst in het ziekenhuis (waar Legemaate zich terecht tegen keert), maar ook dat diezelfde maatstaf van gevaar zich uitstrekt tot een vrijwillig aangevangen verblijf in tijden dat betrokkene (nadien) geen actuele rechtsgeldige bereidheid laat blijken. In geval van die laatste situatie is zelfs denkbaar dat betrokkene huiswaarts zou moeten worden gezonden (vanwege het ontbreken van gevaar) terwijl hij of zij dat beslist niet wenst. Een verzet tegen vertrek zou dan van mindere betekenis zijn (minder zwaar wegen) dan het ontbreken van een volwaardige, wilsbekwame bereidheid tot voortdoring van verblijf.⁴⁷ Dat de praktijk zich naar een dergelijke regeling zou richten, mag worden betwijfeld.

Uit het voorgaande kan worden afgeleid dat ook ik overwegende bezwaren heb tegen het regime dat thans voor de gbgg-groep geldt. Het huidige systeem leidt tot een onwenselijke en ook onjuiste belemmering van de toegang tot zorg. Het tweede gevolg dat door Legemaate wordt genoemd, is van een andere orde. Dat betrokkene via de rechterlijke machtiging onder de werkingssfeer van de interne

⁴⁶ Zie mijn annotatie onder HR 2 november 2001, BJ 2002/1 (sub. 2 *Omzetting en bereidheid*).

⁴⁷ Overigens kan nog worden bedacht dat ook goed denkbaar is dat een gbgg-patiënt die krachtens machtiging in de instelling verblijft, geen vertrekvens heeft (of zelfs apert geen vertrek wenst), terwijl inmiddels het gevaar in voldoende mate is geweken om de machtiging te beëindigen. Ook dan zou de regeling ontslag voorschrijven (vanwege het ontbreken van voldoende bereidheid tot verblijf), los van de vraag of voor het verblijf nog een zorginhoudelijke indicatie bestaat. Evenzogoed verdient echter opmerking dat het criterium "de nodige bereidheid" een beoordelingsmarge laat, terwijl ook inzake de wilsbekwaamheidsvraag variabele maatstaven kunnen worden gehanteerd (waarbij afhankelijk van de beslissing die speelt, de lat hoger of lager wordt gelegd). Dit alles zou eventueel tot gevolg kunnen hebben dat met een toch lichtelijk gemankeerde wilsuiting zou kunnen worden volstaan.

rechtspositieregeling valt, zou een sterk legitimerend effect hebben op vrijheidsbeperkingen en dwangtoepassing. Op dit punt ben ik minder overtuigd. Het zou althans niet zo mogen zijn dat de externe verblijfstitel op dergelijk rechtstreekse wijze de interne bejegening beïnvloedt. Niet die titel maar de gelegitimeerde noodzaak dient de mate van dwang en restricties te bepalen. Iets anders is dat als standpunt kan gelden dat de interne rechtspositieregeling überhaupt te veel ruimte laat aan interventies die de vrijheid van betrokkene treffen.⁴⁸

De begeleidingscommissie 2002 pleit voor een regeling op grond waarvan een vertegenwoordiger instemt met de opneming. De commissie gaat er vanuit dat patiënten uit de gbgg-groep in veruit de meeste gevallen wilsonbekwaam zijn met betrekking tot de opnamebeslissing en dat daardoor een ingang ontstaat om een vertegenwoordiger een rol te geven.⁴⁹ De commissie geeft daarbij aan dat het zaak is dat het begrip verzet wordt geoperationaliseerd, met de ruime inhoud zoals eertijds door de wetgever beoogd: *“Onder het maken van bezwaar moet worden verstaan het op enigerlei wijze kenbaar maken dat de opneming en het verblijf worden afgewezen. Voor het uiten van bezwaar geldt geen vormvereiste. Uitgangspunt is het feitelijk gedrag van de betrokkene”*.⁵⁰ De commissie acht het voorts van belang dat aan een aantal andere voorwaarden wordt voldaan, zoals een zorgvuldige check op de aanwezigheid van verzet, adequaat toezicht door de Inspectie en een goede regeling van het klachtrecht.⁵¹

Het voorstel van de begeleidingscommissie zou voor de psychiatrie betekenen dat de rechter niet langer over opneming beslist wat betreft de gbgg-patiënten en dat ten aanzien van hen ook het gevaarscriterium wordt verlaten. Ik acht beide punten een goede zaak. De regeling zou meer in lijn liggen met de Wgbo, maar ten opzichte daarvan met passende (toezichthoudende) waarborgen zijn omgeven, terwijl verzet en dwang doorslaggevende factoren worden voor rechtsgrond en beslissingsniveau.

⁴⁸ Zie in verband met dit laatste ook paragraaf 7.5.

⁴⁹ In geval van wilsbekwaamheid - gbgg-patiënten zijn niet zondermeer als terzake wilsonbekwaam aan te merken - zou eventueel met een constructie in de sfeer van zaakwaarneming kunnen worden gewerkt. De begeleidingscommissie benoemt deze mogelijke variant overigens niet.

⁵⁰ Kamerstukken II 1991/92, 21 239, nr. 20, p. 9. Indertijd werd in plaats van ‘verzet’ van ‘bezwaar’ gesproken.

⁵¹ Zie *Conclusies en aanbevelingen van de begeleidingscommissie* (2002), o.c., p. 51-52.

Zie ik het goed dan is Van Ginneken een andere mening toegedaan. In een artikel waarin hij een schets geeft van het disfunctioneren van de gbgb-procedure in de psychogeriatric en verstandelijk gehandicaptenzorg, schrijft hij: *“(V)oor mij staat voorop dat een opneming in een instelling zonder instemming van de betrokkene een ingrijpende maatregel is die zijn grondrechten aantast. Uit de beginselen van ons recht zoals deze aan het begin van het derde millennium AD worden beleden, vloeit voort dat er een zorgvuldige afweging moet worden gemaakt, bij voorkeur door een rechter, alvorens zo’n maatregel wordt getroffen. Misschien is een afweging door een andere onafhankelijke functionaris of commissie ook voldoende”*.⁵² Dat zijn grote woorden - er wordt nogal wat in stelling gebracht - en toch zou ik menen dat anders mag worden geoordeeld. Aantasting van grondrechten is aan de orde als dwang wordt toegepast. In geval van de gbgb-groep ontbreekt weliswaar de instemming van betrokkene, maar is van dwang of vrijheidsbeperking geen sprake, althans behoort daarvan geen sprake te zijn als verzet wordt geïnterpreteerd op de wijze als voornoemd. Ook in geval van drang kunnen grondrechten in het geding zijn, maar dat speelt hier evenmin, althans niet in die mate dat van aantasting van de persoonlijke vrijheid kan worden gesproken. De stellingname van Van Ginneken⁵³ doet denken aan het kabinetsstandpunt 1997 waarin wordt gesuggereerd dat een terugkeer naar het bezwaarcriterium problematisch zou zijn in het licht van Grondwet en Evrm. *“De keuze voor het bereidheidscriterium in de Wet Bopz is gebaseerd op de gedachte dat er van vrijwilligheid sprake is als betrokkene blijk geeft*

⁵² P. van Ginneken, ‘Over art. 60 Wet Bopz. De opneming in psychogeriatric verpleeghuizen en in instellingen voor verstandelijk gehandicapten’, *MGv* 2002, p. 576.

⁵³ Overigens contrasteert het gemelde met hetgeen Van Ginneken eerder opmerkte in zijn studie naar de gbgb-groep in de psychiatrie: *“Ik zou het logisch vinden om ervan uit te gaan dat mensen zo ver heen kunnen zijn dat aan hun eventuele uitspraken over een opname juridisch geen waarde toekomt, of deze nu negatief of positief zijn. Dan vallen degenen die onbekwaam zijn over opname te beslissen allen in de gbgb-groep, ook degenen die tegen opname een protest laten horen”* (P. van Ginneken, ‘De nodige bereidheid’. Een onderzoek naar de omvang van de groep ‘geen bereidheid geen bezwaar’ in de psychiatrie, Utrecht: Trimbo-instituut 1999, p. 23). Wat dit aangaat zou ik juist menen dat niet goed is in te zien dat een feitelijke gedraging van dergelijke aard (het kenbaar maken van verzet tegen opneming in een psychiatrisch ziekenhuis) juridisch irrelevant zou zijn en geen vrijheidsrecht of rechtsbelang zou treffen. Grondrechten hebben ook terdege mede betekenis voor wilsonbekwamen; Grondwet en Evrm onderscheiden in dit opzicht niet fundamenteel.

van instemming met de opname. In alle andere gevallen kan sprake zijn van vrijheidsbeneming, waarbij rechtsbescherming moet worden geboden. Een en ander conform de uit het Europees Verdrag inzake de Rechten van de Mens en de Grondwet voortvloeiende vereisten”.⁵⁴ Eigenlijk staat hier niets wat niet klopt, maar evenmin wordt hardop gezegd dat een opneming nog geen vrijheidsbeneming hoeft te zijn als de instemming van betrokkene ontbreekt.⁵⁵

5. RELEVANTE RECHTSBEGINSELEN

5.1 Inleiding

De Wet Bopz voorziet (naast de bepalingen betreffende de opneming van de gbgg-groep) in regelingen ter regulering van dwang. Bij verzet van de patiënt worden uiteenlopende interventies (internering in een ziekenhuis, toediening van medicatie, beperking van bezoek, etc.) onder bepaalde, evenzeer uiteenlopende omstandigheden (gevaar voor personen, gevaar voor goederen, ordeverstoring in het ziekenhuis, etc.) toelaatbaar bevonden. Regelingen ter legitimering van dwang weerspiegelen een visie op in het geding zijnde waarden: de geboden rechtvaardigingsgronden corresponderen met belangen van een hogere orde, zij worden in de gegeven context althans hoger ingeschaald, dan de belangen gemoeid met de vrijwaring van de dwangtoepassing in kwestie.

Inbreuken op vrijheidsrechten als hier aan de orde behoeven, conform het legaliteitsbeginsel, een wettelijke grondslag. Daarbij is het zaak, met name ook ter voorkoming van willekeur, dat de betreffende interventies en gehanteerde criteria voldoende nauwkeurig zijn omschreven.

⁵⁴ *Kabinetsstandpunt Evaluatie van de Wet Bopz (1997)*, o.c., p.26-27.

⁵⁵ Vergelijk in dit verband EHRM 26 februari 2002, *H.M. tegen Zwitserland*, BJ 2002/20, waarin het Hof zich terughoudend toont bij het aanmerken van een plaatsing in een verpleeghuis als vrijheidsbeneming in de zin van art. 5 lid 1 Evrm. In casu speelde de ambivalentie van betrokkene een rol bij het (overigens niet unanieme) oordeel dat de opneming niet als vrijheidsbeneming viel aan te merken. Zie ook de annotatie van Dijkers onder dit arrest: “(A)ls betrokkene zich bevindt in de categorie ‘geen bereidheid, geen bezwaar’, zal een beroep in Straatsburg licht stranden. (...) Als afgegaan wordt op deze uitspraak *H.M. tegen Zwitserland*, dwingt het Evrm niet tot een andere keuze dan die van de begeleidingscommissie”.

5.2 Zelfbeschikking en bescherming

Bij normeringen van dwang als hier aan de orde is een tweetal rechtsbeginselen in het bijzonder betrokken: het zelfbeschikkingsbeginsel en het beschermingsbeginsel.⁵⁶

Het *zelfbeschikkingsbeginsel*, een basisnorm van het rechtsstelsel, gaat uit van het individu als vrij en autonoom handelend, en verlangt dat inbreuken op vrijheidsrechten tot een minimum worden beperkt.⁵⁷ Leenen - die de meer gebruikelijke aanduiding *zelfbeschikkingsrecht*⁵⁸ hanteert - benoemt een 'exceptiebeginsel' in geval een beperking van het zelfbeschikkingsrecht voortvloeit uit een individuele dispositie (zoals aan de orde is bij een psychiatrische dwangtoepassing): "*een dergelijke uitzondering moet worden beheerst door dezelfde norm waarop zij een uitzondering is en de werking van de norm waarop zij een uitzondering is moet zoveel mogelijk worden gehandhaafd*".⁵⁹ In de uitwerking van dit exceptiebeginsel worden voorwaarden genoemd die sporen met de rechtsbeginselen van proportionaliteit, subsidiariteit en doelmatigheid (zie hierna).

Het *beschermingsbeginsel* heeft een andere focus en betreft onder meer het nemen van verantwoordelijkheid voor diegenen die zorg of hulp behoeven.⁶⁰ Waar het zelfbeschikkingsbeginsel om een afwachtende houding van de buitenstaander vraagt, ziet het beschermingsbeginsel eerder op een actief, interveniërend optreden

⁵⁶ Zie voor de meer ethisch georiënteerde pendanten (respect voor autonomie enerzijds, de principes van weldoen en voorkomen van schade anderzijds): Berghmans (1992), o.c.

⁵⁷ Zie voor het zelfbeschikkingsbeginsel in het bijzonder: H.J.J. Leenen & J.K.M. Gevers, *Handboek gezondheidsrecht. Deel 1. Rechten van mensen in de gezondheidszorg*, Houten/Diegem: Bohn Stafleu Van Loghum 2000, hoofdstuk III. Zie voorts over zelfbeschikking in het kader van psychiatrische interventies de dissertaties van Laurs (1988), o.c., par. 5.2, en Legemaate (1991), o.c., par. 7.3.

⁵⁸ Zie bijvoorbeeld HR 23 november 2001, TvGr 2002/20. Vergelijk EHRM 29 april 2002, *Pretty tegen het Verenigd Koninkrijk*: "*Though no previous case has established as such any right to self-determination as being contained in Article 8 of the Convention, the Court considers that the notion of personal autonomy is an important principle underlying the interpretation of its guarantees*" (par. 61). In de jurisprudentie in het kader van de Wet Bopz wordt nu en dan eveneens aan een zelfbeschikkingsrecht gerefereerd: zie bijvoorbeeld Rb. Roermond 30 december 1998, *kBJ* 1999, 33 (klacht aangaande dwangmedicatie) en Rb. Middelburg 25 april 2002, *BJ* 2002/55 (afwijzing machtigingsverzoek).

⁵⁹ Leenen & Gevers (2000), o.c., p. 37.

⁶⁰ Het beschermingsbeginsel krijgt aandacht in de dissertatie van Van de Klippe (1997), o.c., par. 6.2.

van die ander. Regelingen waarbij dwangmodaliteiten aan rechtvaardigingsgronden worden gebonden betreffen keuzes tussen zelfbeschikking enerzijds en bescherming van individuele en/of meer algemeen maatschappelijke belangen anderzijds.⁶¹

Rechtsgronden voor dwangtoepassing bieden zicht op afwegingen tussen noties verbonden aan voornoemde beginselen. Rechtsgronden behelzen tevens, met name ook in hun onderlinge verhouding, een visie op de (relatieve) mate van ingrijpendheid van interventies. Ter nadere aanduiding: als onder bepaalde omstandigheden interventie a goorloofd is, terwijl er voor interventie b méér aan de hand moet zijn, dan geldt interventie b als zwaarder of meer ingrijpend dan interventie a. Wat dit aangaat springt bijvoorbeeld in het oog het tot voor kort bestaande onderscheid tussen de voorwaarden “gevaar” (geldend voor dwangopneming) en “ernstig gevaar” (voorheen geldend voor dwangbehandeling).⁶²

⁶¹ Mede vanuit ethische hoek is geopponeerd tegen een rigide accentuering van de idee van zelfbeschikking. Als correctie daarop wordt onder meer de notie van goed hulpverlenerschap benadrukt. Een in dat verband benoemd *beginsel van goede zorg* kan worden geacht deel uit te maken van - onderhoudt tenminste relatie met - het hier gehanteerde beschermingsbeginsel. De reikwijdte van het beschermingsbeginsel is evenwel deels ruimer: aan de orde zijn niet alleen belangen van betrokkene zelf, maar juist ook (daarmee mogelijk conflicterende) belangen van derden. Vanuit de ethiek is ook stelling genomen tegen het prononceren van autonomie als *negatieve* vrijheid, d.w.z. het gevrijwaard zijn van beïnvloeding door anderen. Daartegenover wordt een *positieve* vrijheid geplaatst, waarbij belang wordt gehecht aan de kwaliteit en de gevolgen van de door betrokkene te maken keuzes. Een waardering van autonomie als positieve vrijheid ziet eerder op zelfontplooiing en veronderstelt tevens een betrokken en kritische houding van de hulpverlener. Ook deze noties zijn te plaatsen in het spanningsveld tussen enerzijds het beschermingsbeginsel en anderzijds het beginsel van zelfbeschikking. Zie voor deze thema's (met nadere literatuurverwijzingen): G. Widdershoven, R. Berghmans & S. Welie, 'Zelfbeschikking of goede zorg? Ethische kanttekeningen bij juridisering in de hulpverlening', in: A.H. Schene e.a. (red.), *Jaarboek voor psychiatrie en psychotherapie 2002-2003*, Houten: Bohn Stafleu Van Loghum 2003.

⁶² Op 9 juli 2002 is wetsontwerp 27 289 door de Eerste Kamer aanvaard (Wet van 13 juli 2002, Stb. 431). Onderdeel van die regeling is het schrappen van het woord “ernstig” in art. 38 lid 5 Bopz. De rechtvaardigingsgronden voor dwangopneming en dwangbehandeling zijn daarmee meer in lijn gebracht. Zie nader onder 7.5 *Interne dwang en rechtsgronden*.

5.3 Proportionaliteit, subsidiariteit en doelmatigheid

De wegingen en waarderings die ten grondslag liggen aan regelingen waarbij dwang wordt gelegitimeerd, zijn maatgevend voor de praktijk in zoverre dat buiten de wettelijke grenzen dwangtoepassing in beginsel niet toelaatbaar is. Binnen de wettelijke grenzen en met name op het niveau van de concrete praktijk heeft een drietal rechtsbeginselen prominente betekenis: het proportionaliteitsbeginsel, het subsidiariteitsbeginsel en het doelmatigheidsbeginsel.⁶³

Het *proportionaliteitsbeginsel* ziet op de verhouding tussen doel en middel, welke tenminste van evenredigheid moet getuigen; de interventie mag niet buitenproportioneel zijn.⁶⁴

Het *subsidiariteitsbeginsel* houdt in dat voor de minst ingrijpende oplossing moet worden gekozen.⁶⁵ Deze eis heeft met name betekenis

⁶³ In verband met psychiatrische overheidsdwang worden de beginselen (voor het eerst?) in samenhang genoemd en besproken door Schalken. Hij schaaft het drietal onder de eis van legitimiteit (daarnaast stelt hij de eis van legaliteit en de eis van toetsbaarheid). Zie: T.M. Schalken, 'Het recht tussen vrijheid en onvrijheid', in: *Tussen vrijheid en onvrijheid. Op het grensvlak van strafrechtspleging en psychiatrie*, Arnhem: Gouda Quint 1988, p. 42-46. Aspecten van deze beginselen zijn eerder geformuleerd; zie bijvoorbeeld J. Gevers, *De rechtspositie van psychiatrische patiënten*, Alphen aan den Rijn: Tjeenk Willink 1979, p. 61.

⁶⁴ Vergelijk de Memorie van antwoord bij het oorspronkelijke wetsvoorstel Bopz: "De ernst van het gevaar zal moeten opwegen tegen de ernst van de op te leggen dwangmaatregel" (Kamerstukken II 1976/77, 11 270, nr. 7, p. 7). Zie ook het standpunt van de minister van Justitie bij de parlementaire behandeling van de Beginselenwet verpleging ter beschikking gestelden (Bvt): "ik (ben) van mening dat bij iedere inbreuk op een grondrecht, op welke beperkingsgrond dan ook, de beginselen van proportionaliteit en subsidiariteit in acht genomen moeten worden" (Kamerstukken I 1996/97, 23 445, nr. 33a, p. 7-8). Vergelijk tevens het voorschrift van art. 3:4 Awb inzake de afweging - met evenredigheidstoets - van de bij een bestuursbesluit betrokken belangen.

⁶⁵ Vergelijk voornoemde opmerking bij de behandeling van de Beginselenwet verpleging ter beschikking gestelden. Zie tevens Kamerstukken II 1995/96, 23 445 en 24 256, nr. 25, p.1, waar de minister van Justitie refereert aan "het beginsel van minimale beperkingen". Betrekkelijk recent heeft ook het Europees Hof de maatstaf van subsidiariteit benadrukt. Van een enigszins casuïstische toepassing is sprake in de zaak *Litwa tegen Polen* (EHRM 4 april 2000, BJ 2000/1 m.nt. J.C.J. Dute): insluiting voor enige uren ter ontzuivering impliceerde willekeur omdat minder zware maatregelen - m.n. het naar huis begeleiden door de politie - niet waren overwogen. In *Hatton e.a. tegen het Verenigd Koninkrijk* (EHRM 2 oktober 2001, nr. 36022/97) wordt de maatstaf in geval van inbreuken op mensenrechten in meer algemene termen gesteld: "States are required to minimise, as far as possible, the interference

als er dwangalternatieven zijn, maar betreft - evenals de eis van proportionaliteit - ook de vraag of dwang sowieso toegestaan is: indien het redelijkerwijs tot de mogelijkheden behoort het betreffende doel anderszins te bereiken, is dwang niet op zijn plaats. Voor de vraag wat als minst ingrijpend heeft te gelden, is de (relatieve) voorkeur van de patiënt relevant; de impact van een interventie heeft een subjectieve component.

Het *doelmatigheidsbeginsel* verlangt dat de interventie überhaupt geschikt is om het doel in kwestie te bereiken; de maatregel moet voorzienbaar effectief kunnen zijn.⁶⁶

Bedacht moet worden dat het doel (het legitieme oogmerk) van de dwanginterventie primair wordt bepaald door de rechtsgrond. In geval van de Wet Bopz gaat het steevast om het afwenden van - qua aard en omvang (afhankelijk van de betreffende bepaling) variërend - specifiek onheil. Nadere of aanvullende intenties kunnen aan de orde zijn, met name indien deze in het belang van betrokkene mogen worden geacht, maar legitimeren niet tot het toepassen van extra dwang of ingrijpender interventies.

Psychiatrische dwanginterventies zijn in beginsel slechts rechtmatig te achten wanneer zij zowel beantwoorden aan een wettelijke rechtsgrond als aan de eisen van doelmatigheid, proportionaliteit en subsidiariteit. In zekere zin zijn die eisen van een hogere orde: onder omstandigheden kan op buitenwettelijke gronden worden geïntervenieerd,⁶⁷ terwijl de genoemde beginselen steeds in acht

with these rights, by trying to find alternative solutions and by generally seeking to achieve their aims in the least onerous way as regards human rights" (par. 97). Zie ook de reactie van R. Lawson ("Een Straatsburgse subsidiariteitstoets", *NJB* 2001, p. 2189): "*De nieuwe toets opent de mogelijkheid dat maatregelen die op zich wel voldoen aan het proportionaliteitsvereiste (de gehanteerde middelen staan in een redelijke verhouding tot het nagestreefde doel), alsnog in Straatsburg stranden omdat minder ingrijpend optreden ook had volstaan*".

⁶⁶ Vergelijk HR 14 december 1976, NJ 1977, 174, waar wordt geoordeeld dat van rechtvaardiging in noodtoestand niet kan worden gesproken als de handeling ter bescherming van een rechtsbelang geen effect kan sorteren. In de zijlijn kan worden opgemerkt dat het begrip 'doelmatig' hier een andere betekenis heeft dan in de Kwaliteitswet zorginstellingen (Kwz). In art. 2 Kwz wordt doelmatige zorg onderscheiden van doeltreffende zorg; het begrip heeft in die context meer van doen met het betrachten van passende zuinigheid.

⁶⁷ Noodsituaties kunnen tot ingrijpen nopen, en stilzitten kan verwijtbaar nalaten zijn. Zie de betreffende aantekeningen bij artikel 20 (Dijkers) in: Dijkers/Widdershoven, *De Wet Bopz, artikelsgewijs commentaar* (losbladig). In de regel is het zaak spoedig een passende verblijfstitel te verkrijgen. Ver-

moeten worden genomen. Maar ook geldt dat deze beginselen een wettelijk criterium niet opzij kunnen zetten. De beginselen van doelmatigheid, proportionaliteit en subsidiariteit betreffen de vraag in hoeverre (en op welke wijze) de ruimte die de wetsnormering laat, kan worden benut. Terwijl die normering het resultaat is van een zekere afstandelijke en ook enigszins abstracte weging van (conflicterende) normen en belangen, ziet de toepassing van rechtsbeginselen (gegeven die wettelijke normering) op de nabije en concrete situatie. Soms bevat de normering zelf verwijzingen naar de beginselen (zie de Bopz-criteria voor dwangopneming in art. 2 en dwangbehandeling in art. 38 lid 5), soms is dat niet of nauwelijks het geval (zie art. 39 en 40).

6. EXTERNE RECHTSPOSITIE BOPZ

6.1 Reikwijdte en rechtsgrond (bereidheids- en gevaarscriterium)

In het voorgaande is aan de hand van twee eerder verschenen preadviezen het nodige gezegd over de regeling van de externe rechtspositie in de Wet Bopz. De verhandeling van Legemaate uit 1994 had betrekking op (onder meer) het *bereidheidscriterium*. Met hem kan worden gesteld dat de reikwijdte van de huidige regeling ten onrechte de gbgg-groep omvat. Uit oogpunt van rechtsbescherming zie ik nauwelijks meerwaarde, terwijl de zorginhoudelijke gevolgen bezwaarlijk zijn. Een regeling analoog aan de Wgbo zou meer passend zijn en in beginsel ook volstaan, zij het dat extra waarborgen in de sfeer van toezicht en controle aangewezen mogen worden geacht.⁶⁸ Het preadvies van Leijten uit 1986 betrof in het bijzonder een kritiek op het *gevaarscriterium*. Ook zijn kanttekeningen zijn thans niet minder relevant dan toen. Om het voorzichtig te formuleren: het gevaarscriterium is allerminst vanzelfsprekend. Er doen zich meerdere vragen en problemen voor, zowel van principiële als van meer praktische aard, terwijl fundamentele belangen in het geding zijn. Onder dergelijke omstandigheden zou men de wetgever nog eens

gelijk het recent uitgebrachte Inspectie-bulletin *Melden in het kader van de Wet Bopz aan de Inspectie voor de Gezondheidszorg* (Den Haag 2002): *“Wanneer een patiënt vrijwillig is opgenomen en er wordt besloten tot het toepassen van middelen of maatregelen onder dwang, moet tegelijkertijd een IBS-procedure in gang worden gezet”* (p. 19).

⁶⁸ Vergelijk in dit verband ook de (dwang)behandelingsregeling van de Wet Bopz (art. 38 lid 5), waarbij in geval van wilsonbekwaamheid wordt volstaan met de toestemming van de vertegenwoordiger zolang betrokkene zich niet verzet. De interne rechtspositie is trouwens op meerdere punten anders vormgegeven dan de externe rechtspositie, zie met name par. 7.6.

uitvoerig willen horen over waarom het zo moet (of beter: waarom de regeling in zijn vele facetten rechtvaardig is te achten).⁶⁹ Maar ook de psychiatrische discipline zou meer nadrukkelijk (en met enige regelmaat) mogen aangeven wat (inmiddels) van haar mag worden verlangd als het om causale gevaarsvoorspellingen gaat.⁷⁰ Overigens

⁶⁹ Hierboven is aangegeven dat de beginselen van subsidiariteit, proportionaliteit en doelmatigheid betekenis hebben op het niveau van de concrete praktijk, maar uiteraard mogen zij ook sturend worden geacht op het niveau van wet- en regelgeving. Normeringen behoren niet uit de lucht te vallen. De afwegingen die aan de orde zijn, de keuzes die worden gemaakt en de veronderstellingen die daarmee gepaard gaan, dienen zoveel mogelijk expliciet te worden gemaakt. De twijfel- en kritiekpunten die door Leijten zijn benoemd, kunnen mede in dit licht worden geplaatst. Zie in dit verband tevens J. Legemaate, 'Vrijheidsbeneming in het geval van (ernstige) overlast ten gevolge van gezondheidsproblemen', *NJCM-Bulletin* 2002, p. 849 e.v. (par. 3 *Uitgangspunten inzake vrijheidsbeneming*).

⁷⁰ Op casuïstisch niveau gebeurt zo iets een enkele keer. Een recent voorbeeld betreft een aanvullende psychiatrische rapportage op verzoek van de rechtbank in het kader van een machtigingsprocedure (Rb. Assen 7 november 2002, nr. 300-2002). De psychiater/rapporteur meldt onder meer: "*Het klinisch oordeel blijkt niet altijd goed voorspellend te zijn voor agressief gedrag. Actuariële methoden worden aanbevolen. Deze methoden zijn gebaseerd op onderzoeken bij grote groepen personen. Risicofactoren zijn: eerder agressief gedrag, mannelijk geslacht, jonge leeftijd. In de literatuur is men het er nu over eens dat een combinatie van een klinisch oordeel met een risico-schaal de beste voorspelling geeft. (...) Terug naar de voorliggende casus: Het afnemen van een risicofactor-schaal is onmogelijk vanwege het gebrek aan medewerking van de betrokkene. Zelfs het afnemen van heteroanamnese is niet mogelijk. Langerdurend onderzoek is niet mogelijk vanwege het gebrek aan medewerking van betrokkene. De risico's voor agressief gedrag bij betrokkene zijn: (...). Zoals U merkt kan ik het gevaar niet hard maken, slechts aannemelijk. Dit is inherent aan het voorspellen van menselijk gedrag. Bij de Pro Justitia rapportage ligt de zaak eenvoudiger. Het delict is dan al gepleegd en er kan in alle rust bekeken worden wat het verband is tussen delict/gedrag en psychiatrische stoornis*". De rechtbank oordeelde overigens dat gevaar in voldoende mate aanwezig was om de verlangde voorlopige machtiging te verlenen. In forensisch-psychiatrische (en psychologische) kring lijkt het meer gebruikelijk expliciet aandacht te geven aan de (wetenschappelijke) onderbouwing van recidive- en gevaarsvoorspellingen. Zie voor recente literatuur bijvoorbeeld: J. M. Harte, 'Risicotaxatie in de rapportage Pro Justitia', *MGv* 2000, p. 1099-1110, alsmede de reactie van C. de Ruiters in *MGv* 2001, p. 3-8 (en van laatstgenoemde ook de oratie: *Voor verbetering vatbaar*, UvA 2000). Zie tevens E. Raskin, 'De forensisch gedragskundige en zijn wetenschap', *NJB* 2001, p. 938-942, en de reactie van B.C.M. Raes in *NJB* 2001, p. 1763, die met betrekking tot de kwaliteit van de gedragskundige rapportage aangeeft dat er binnen de beroepsgroep werk

mag tevens worden opgemerkt dat een gevaarscriterium is te funderen en dat andere criteria niet snel minder bedenkelijk zijn.⁷¹ Psychiatrische dwangtoepassing heeft iets inherent problematisch.⁷² En bij alle twijfels en bezwaren mag als winst van het criterium gelden dat redelijk specifieke normen zijn gesteld die aan feitelijke gedragingen zijn gerelateerd. Voorheen ontbrak een dergelijke doelbinding en droeg de rechtvaardigingsgrond een groter gevaar van willekeur in zich.⁷³

wordt gemaakt van verbeteringen. Voorts zij verwezen naar A. Mooij, 'Gevaar, gevaarlijk, gevaarlijkheid', *DD* 2000, p. 21-30.

⁷¹ Het Evrm stelt wat dit aangaat weinig bijzondere eisen; het Europees Hof laat ruimte aan de nationale rechtsgrond (en koerst meer op zorgvuldigheid van de procedure). Verlangd wordt dat sprake is van een zodanige geestesstoornis dat dwangopneming gerechtvaardigd kan heten: *"the mental disorder must be of a kind or degree warranting compulsory confinement"* (EHRM 24 oktober 1979, *Winterwerp tegen Nederland*, NJ 1980, 114, m.nt. EAA, par. 39); *"the existence of genuine mental disturbance whose nature or extent is such as to justify such deprivation of liberty"* (EHRM 24 september 1992, *Herczegfalvy tegen Oostenrijk*, NJ 1994, 523, m.nt. HER, par. 63). Andersoortige Europese normering is meer specifiek en biedt verwijzingen naar zowel gevaarssituaties als naar het gezondheidsbelang van betrokkene. Zie bijvoorbeeld *Recommendation R/83/2* van het Comité van Ministers van de Raad van Europa (1983) en *Recommendation R1235* van de Parlementaire vergadering van de Raad van Europa (1994). Zie voorts het zgn. *White Paper* van de Steering Committee on Bioethics (CDBI) van de Raad van Europa (2000), een discussiestuk met het oog op te ontwikkelen richtlijnen voor psychiatrische dwangopneming. En tevens kan worden gewezen op art. 7 van de *Convention on Human Rights and Biomedicine* (Raad van Europa, 1996), welke bepaling de behandeling van een geestesstoornis zonder toestemming van betrokkene (maar met inachtneming van wettelijke waarborgen) toelaatbaar acht ter voorkoming van ernstige schade voor zijn gezondheid.

⁷² Vergelijk het eindrapport *Kwaliteit van dwang en drang in de psychiatrie* (R. Berghmans e.a. 2001), waarin onder verwijzing naar de filosoof Nussbaum wordt gesproken van 'tragische situaties' in geval van strijdige verplichtingen waaraan niet gelijktijdig kan worden voldaan. En ook: *"Wanneer men niet erkent dat het maken van een keuze ook kan inhouden dat men onrecht doet aan alternatieven, worden ethische kwesties als technische aanlegenheden beschouwd. Dan wordt aan de kern van het probleem voorbij gegaan. Wie zijn keuze presenteert als onomstotelijk goed, ontkent het ethische probleem"* (p. 17).

⁷³ De Krankzinnigenwet hanteerde open criteria als de noodzakelijkheid of wenselijkheid van de verpleging (o.a. art. 16 lid 1) en het belang van de lijder of van de openbare orde (art. 12). In 1982 stelde de Hoge Raad de wenselijkheid van dwangopneming afhankelijk van de aanwezigheid van gevaar (HR 16 april 1982, NJ 1983, 33); met die restrictieve uitleg deed het huidige criterium zijn intrede in de Nederlandse rechtspleging. Het eerste Bopz-ontwerp

6.2 Rechterlijke bemoeienis

Van oudsher is de rechter op nadrukkelijke wijze betrokken bij de onvrijwillige opneming. De rechter verleent (op verzoek van de officier van justitie) machtiging tot het doen opnemen en doen verblijven in het psychiatrisch ziekenhuis; slechts in noodsituaties kan (voor korte tijd) worden volstaan met een last van de burgemeester. Een rechterlijk fiat op voorhand, zoals hier aan de orde, is in het bestuursrecht ongebruikelijk.⁷⁴ En Grondwet noch Evrm verplichten tot deze gang van zaken. Het Europees Hof verlangt (slechts) dat een “*appropriate authority*” - niet noodzakelijkerwijs een rechterlijke instantie - beslist tot een dergelijke vrijheidsbeneming.⁷⁵ Voorts geldt (vervolgens) het *habeas corpus*-beginsel: er moet een gerechtelijke voorziening zijn waarbij spoedig uitspraak is te verkrijgen over de rechtmatigheid van de detentie (en bij onrechtmatigheid zal, uiteraard, invrijheidstelling moeten volgen).⁷⁶

De rechterlijke machtiging op voorhand blijkt niettemin een vanzelfsprekendheid. Terwijl de introductie van het bereidheids-criterium mogelijk anders had kunnen doen vermoeden (evenals de uitbreiding van de reikwijdte met de psychogeriatric en verstandelijk gehandicaptenzorg), was het machtigingssysteem als zodanig geen punt van aandacht bij de totstandkoming van de Wet Bopz.⁷⁷ Voor de

uit 1971 noemde overigens ook al de thans geldende gevaarscategorieën als grond voor dwangopneming. Zie voor de ontwikkeling van het gevaarscriterium (en een beknopt overzicht van enige critici) P. van Ginneken, “*Een zodanig gevaar*”. *Het gevaarscriterium bij gedwongen opneming in een psychiatrisch ziekenhuis*, Utrecht: NcGv 1993. Van Ginneken biedt op basis van een analyse van de toenmalige jurisprudentie van de Hoge Raad een nadere onderverdeling in subcategorieën van relevant gevaar. Die onderverdeling inspireerde nadien tot wijziging van de Wet Bopz: in 2000 werd de betreffende definitiebepaling (art. 1 lid 1 sub f Bopz) overeenkomstig die subcategorieën aangevuld (Wet van 22 juni 2000, *Stb.* 292).

⁷⁴ De Wet Bopz betreft bestuursrecht. Aan de orde zijn interventies waarbij door een overheidsrepresentant jegens een particulier (i.c. de patiënt) wordt opgetreden. In die sfeer is het gebruikelijk dat de rechter pas aan zet is als de betrokkene daartoe initiatief neemt. Zie nader de recente dissertatie van Dijkers (2003), o.c., met name hoofdstuk 4 (*Een civiele rechter in het bestuursrecht*).

⁷⁵ EHRM 24 oktober 1979, *Winterwerp tegen Nederland*, NJ 1980, 114, m.nt. EAA, par. 45.

⁷⁶ Zie art. 5 lid 4 Evrm en art. 15 lid 2 Gw.

⁷⁷ Slechts in de marge kwam het onderwerp aan bod, soms in de vorm van een gelegenheidsargument. Dat laatste bijvoorbeeld bij het debat over de indicatieprocedure voor de gbg-groep in de sectoren psychogeriatric en

Krankzinnigenwet geldt goeddeels hetzelfde, terwijl ook de juridische literatuur weinig onderbouwing biedt voor dit preventief rechterlijk toezicht.⁷⁸ Maar vanzelfsprekendheden hebben vaak een logisch fundament. En zo ook hier. Door de wetgever is als uitgangspunt genomen dat de rechter de natuurlijke hoeder van de persoonlijke vrijheid is en hij daarom bij uitsluiting bevoegd is over die vrijheid te beslissen. In aanvulling daarop geeft Dijkers als ratio van de procedeverplichting dat de verlangde interventie – vrijheidsbeneming - dermate ingrijpend is dat (uit oogpunt van bescherming van burgerlijke vrijheden) het ongewenst is dat het bestuur optreedt zonder preventieve externe toetsing. Juist in geval van psychiatrische patiënten is aanleiding voor zulke toetsing, omdat zij door hun stoornis veelal in een kwetsbare positie verkeren en niet of in mindere mate in staat zijn de eigen belangen adequaat te behartigen. Zijns inziens, en die mening mag worden gedeeld, is er voor de gevallen dat de patiënt bezwaar heeft tegen opnemingsvarianten, alle reden voor

verstandelijk gehandicaptenzorg (de bijzondere opnemingsvariant die uit bezuinigingsoverwegingen bij novelle werd geïntroduceerd). De Staatssecretaris liet weten: *“In de aan de orde zijnde gevallen (...) wordt niet een beslissing gevraagd in een geschil, maar het oordeel over de vraag of de stoornis van de geestvermogens de betrokkene een zodanig gevaar doet veroorzaken dat diens opnemings noodzakelijk is. Ik geloof dat niet goed valt in te zien waarom de rechter meer is gekwalificeerd om deze vraag te beantwoorden dan een onafhankelijke commissie van deskundigen”* (Handelingen II 1991/92, 13-649 e.v.). Hier werd plotseling, opvallend genoeg, de meerwaarde van het rechterlijk oordeel in algemene zin betwijfeld.

⁷⁸ Zie voor dit alles in het bijzonder Dijkers (2003), o.c., met name hoofdstuk 5 (*Rechterlijke machtiging: verlof voor het bestuur*). Als curiosum kan worden vermeld het daar genoemde standpunt van de arts en hoogleraar Schroeder van der Kolk, gevoegd bij de Memorie van toelichting bij het ontwerp van de Krankzinnigenwet van 1841 (Kamerstukken II 1840/41, nr. IX). Hij geeft aan dat tussenkomst van de rechter juist beter achterwege kan blijven: *“Houdt dus de wetgever het getuigenis van eenen geneesheer niet voor genoegzaam zeker en voldoende, dan blijft er geen zekere waarborg tegen willekeurige opsluiting over”*. Opmerkelijk is ook hetgeen een kleine eeuw later van ministeriële zijde werd verklaard: *“Ik zou niet graag (...) de rechterlijke macht uitschakelen, of althans terugdringen op dit terrein, en aan de medici een nog grooteren invloed toekennen dan hier wordt gegeven. (...) Maar de mens is feilbaar en zelfs een medicus kan zich vergissen, en daarom is het toch wel goed, dat de rechterlijke macht, die in theorie alwetend is, in een dergelijk geval wordt gekend, terwijl haar de bevoegdheid wordt verleend om zich zoo ruim mogelijk en op ieder gebied te laten voorlichten”* (Handelingen II 1928/29, p. 2130).

deze ‘automatische’ rechtsbescherming.⁷⁹ En voorts mag in dit verband worden bedacht dat aan de bijzondere vrijheidsontneming in kwestie, in de regel geen onrechtmatig of verwijtbaar handelen ten grondslag ligt.

Tegen de machtigingsbeschikking staat beroep in cassatie open. De door Leijten in zijn preadvies met nadruk ondersteunde bijzondere beroepsgang is er niet gekomen. Hoger beroep is nu zelfs geheel uitgesloten.⁸⁰ Of een multidisciplinair samengesteld rechtscollege de meerwaarde heeft die Leijten daarvan verwacht, betwijfel ik toch enigszins (een kritischer houding van rechter en deskundige laat zich uiteraard bepleiten), maar dat het oordeel van de feitenrechter niet integraal voor (her)toetsing in aanmerking komt, kan ten minste worden betreurd.⁸¹

⁷⁹ Dijkers (2003), o.c., Hoofdstuk 5, par. 5: *“Met de regeling die in de Wet Bopz is neergelegd wat betreft de totstandkoming van maatregelen toont de rechtsstaat zich van zijn beste kant: burgers worden automatisch beschermd tegen een wellicht al te voortvarend optredende overheid. Het bestuur moet (behoudens noodsituaties) een voornemen tot vrijheidsinperking ten toets aan de rechter voorleggen, rechtsbescherming wordt verleend doordat slechts na rechterlijk fiat de beoogde interventie mag plaatsvinden”*.

⁸⁰ Als een soort wisselgeld voor het (wederom uit bezuinigingsoverwegingen) schrappen van die eerder voorgestelde rechtsgang werd door de regering voorgesteld dat een ontslagverzoek, als ware het een intern appèl, door de *meervoudige* kamer van de rechtbank wordt behandeld. Het parlement ging akkoord (art. 49 lid 9 Bopz), maar inmiddels blijkt een echt intern appèl niet aan de orde. Zie de annotatie van Bröring en Rutgers onder Rb. Zwolle 5 oktober 1999, *kBJ* 2000, 18.

⁸¹ Laurs (1988), o.c., blijkt in reactie op het standpunt van Leijten over de bijzondere rechtsgang in hoger beroep, geen voorstander vanwege onder meer een mogelijk te grote invloed van de psychiatrische discipline in de rechtspraak en met name ook vanwege het risico dat de onpartijdigheid van de rechter en de geloofwaardigheid van de rechtspraak door de betrokkenen (de patiënten) in twijfel zal worden getrokken. Laurs ziet meer in aanvullende scholing van de rechters, het opbouwen van ervaringsdeskundigheid door toedeling aan één bepaalde rechtbankkamer, en in het bijzonder ook aan de inzet van de zgn. contra-expertise. Voorts acht hij enige relativering op zijn plaats van de stelling, dat rechters persoonlijk over een aanmerkelijke psychiatrische kennis zouden moeten beschikken. *“In het bijzonder ten aanzien van de gronden op basis waarvan onvrijwillige opneming toegelaten is, zal een zo ernstig gevaar en een zodanig ernstige stoornis vereist zijn, dat een leek reeds veelal zonder moeite de aanwezigheid hiervan zal kunnen constateren”* (p. 206). Ik denk dat voor deze geruststellende woorden toch minder grond bestaat dan voor de zorgen die Leijten uit. Een korte blik op de gepubliceerde jurisprudentie leert dat in het bijzonder over het gevaarsaspect

6.3 Raad voor dwangtoepassing in de psychiatrie?

Dwangopneming kent meerdere ‘betrokkenen’. Dijkers ziet reden om een aantal van hen - te weten: de officier van justitie, de burgemeester en de geneesheer-directeur - zo nodig van hun Bopz-taken te ontheffen.⁸² Hij stelt voor die taken (en de bijbehorende bevoegdheden) op te dragen aan één bestuursorgaan. Als dat niet het Openbaar Ministerie kan zijn (omdat dit blijvend onderpresteert wat betreft de Wet Bopz)⁸³ moet er een ander orgaan komen, door Dijkers aangeduid als ‘Raad voor dwangtoepassing in de psychiatrie’.⁸⁴ *“Dat orgaan initieert de totstandkoming van maatregelen, legt deze ten uitvoer (door het doen opnemen in een psychiatrisch ziekenhuis of anderszins effectueren) en - waar aangewezen - beëindigt die maatregelen tussentijds. Daarnaast initieert, coördineert en stuurt dit orgaan op het raakvlak van vrijwillige geestelijke gezondheidszorg en dwangpsychiatrie”*. Zijn bevinding dat de huidige ondoelmatige toedeling en ondermaatse uitvoering van Bopz-taken en -bevoegdheden beëindigd zou moeten worden, verdient steun. Het voorstel van een centraal bestuursorgaan voor beslissingen die momenteel zijn toebedeeld aan het genoemde drietal (officier van justitie, burgemeester en geneesheer directeur) heeft enige relatie met de extra expertise en de landelijke concentratie die Leijten zocht voor het niveau van de rechterlijke beslissing, maar lijkt vergeleken daarmee eerder en eenduidiger effect te kunnen sorteren. Dijkers ziet

(maar ook over de relatie tussen stoornis en gevaar) bepaald discussie kan ontstaan.

⁸² Dijkers (2003), o.c., hoofdstuk 14 (*Naar één bestuursorgaan voor Bopz-maatregelen?*). De studie van Dijkers betreft de juridische posities van participanten in de machtigingsprocedure. Aan de orde komen de burgemeester, de officier van justitie, de verklarend arts, de behandelend arts, de geneesheer-directeur, betrokkene, de raadsman en de rechter.

⁸³ Dijkers wijst er onder meer op dat de praktijk van machtigingsprocedures leert dat de officier zich vrijwel geheel beperkt tot het als ‘postbode’ doorsluizen van wensen vanuit de maatschappij naar de rechter. De oorzaak van dit ontoereikend functioneren zou zijn dat het openbaar ministerie zich volledig richt op zijn kerntaak: de strafrechtelijke handhaving van de rechtsorde.

⁸⁴ *“Indien het openbaar ministerie tekort blijft schieten ligt het voor de hand de uitvoering van de Wet Bopz onder te brengen bij een ander bestuursorgaan, op vergelijkbare wijze waarop ruim 100 jaar geleden de kindbescherming (vrijwel geheel) uit het takenpakket gelicht werd ten gunste van de Voogdijraad, later Raad voor de Kinderbescherming”* (hoofdstuk 14).

tevens mogelijkheden die eventueel nieuw op te richten instantie een rol te geven met betrekking tot de interne rechtspositie; ik kom daar hieronder op terug.

7. INTERNE RECHTSPOSITIE BOPZ

7.1 Inleiding

De regeling van de interne rechtspositie behoort tot de echte vernieuwingen van de Wet Bopz. De Krankzinnigenwet bevatte hoegenaamd geen bepalingen op dit punt,⁸⁵ terwijl de inwerkingtreding van de Wet Bopz onder meer betekende dat dwangbehandeling (weer) tot de mogelijkheden ging behoren.⁸⁶

⁸⁵ Een uitzondering vormde het voorschrift dat van de toepassing van een dwangmiddel aantekening diende te worden gehouden (art. 4 lid 6). Met die bepaling werd impliciet te kennen gegeven dat dwangmiddelen aangewend konden worden, maar daarmee corresponderende rechtsgronden werden niet gegeven. Zie voor de achtergrond van die bepaling Van de Klippe (1997), p. 30-33. In de jaren tachtig van de twintigste eeuw kreeg de interne rechtspositie aandacht in het toenmalige *Besluit eisen voor erkenning ziekenhuizen* (Stcr. 1984, 234), een administratiefrechtelijke regeling geënt op de Awbz en Ziekenfondswet. Ook de Inspectie liet zich in die jaren niet onbetuigd: verschillende zgn. referentiekaders werden als normstellende documenten aan het veld voorgehouden. Zie voor een overzicht van regelgeving uit die periode: J.K.M. Gevers & T.P.J.C. Widdershoven, *De rechtspositie van de patiënt. Inventarisatie van regelgeving, aanbevelingen voor onderzoek*, Amsterdam: UvA 1987.

⁸⁶ Tot in de jaren zeventig van de vorige eeuw impliceerde een gedwongen opneming dat tot passende behandeling kon worden overgegaan; goedschiks of kwaadschiks was in dit verband geen wezenlijke factor. Voor overige ingrepen was de situatie eender: vragen over rechtsgronden en waarborgen waren nauwelijks aan de orde. Een verschuiving in zienswijze blijkt uit een tweetal arresten van de Hoge Raad uit het midden van die jaren zeventig (HR 14 juni 1974, NJ 1974, 436 en HR 15 april 1975, NJ 1975, 288). De Hoge Raad oordeelde dat het enkele feit dat iemand ter beschikking van de regering is gesteld (aan de orde was de voorloper van de huidige maatregel 'terbeschikkingstelling met dwangverpleging') niet kan meebrengen "dat een arts hem een door hem niet gewenste behandeling doet ondergaan". In beide arresten bleef in het midden onder welke voorwaarden wél mocht worden overgegaan tot een (immers niet ten principale ontoelaatbaar bevonden) gedwongen behandeling. In 1981 werd door de Hoge Raad als rechtvaardigingsgrond geaccepteerd het afwenden van een uit de stoornis voortvloeiend gevaar, met name ook voor medepatiënten van de betrokken onvrijwillig opgenomen patiënt (HR 25 september 1981, NJ 1982, 541). Een fundamenteel nieuwe situatie ontstond in 1988 door inwerkingtreding van de

De interne rechtspositieregeling is in belangrijke mate neergelegd in hoofdstuk III van de wet. Het opschrift van dat hoofdstuk: *Rechten van onvrijwillig in een psychiatrisch ziekenhuis verblijvende patiënten*, is enigszins misleidend. Regeling vinden in hoofdzaak (nadere) beperkingen in (resterende) vrijheidsrechten gedurende het onvrijwillig verblijf.⁸⁷ Achtereenvolgens gaat het om het fouilleren van de patiënt en het in beslag nemen van voorwerpen (art. 36 lid 3), het toepassen van een behandelingsplan zonder toestemming of bij verzet van de patiënt (art. 38 lid 5), het toepassen van zgn. middelen of maatregelen anders dan ter uitvoering van dat behandelingsplan (art. 39 lid 1), het controleren van poststukken (art. 40 lid 1), het beperken van bezoek (art. 40 lid 2), het beperken van de bewegingsvrijheid (art. 40 lid 3) en het beperken van telefoonverkeer (art. 40 lid 4).⁸⁸ Het hoofdstuk biedt voorts een klachtenregeling (art.

huidige artikelen 10 en 11 van de Grondwet, waarbij de persoonlijke levenssfeer en in het bijzonder ook de lichamelijke integriteit grondwettelijke bescherming kregen. De consequenties lieten niet lang op zich wachten. In datzelfde jaar kreeg het Hof Arnhem te beslissen over een langdurige separatie van een onvrijwillig opgenomen patiënt (Hof Arnhem 12 juli 1988, NJ 1989, 761). Het Hof oordeelde, onder verwijzing naar art. 11 Grondwet, dat dwangbehandeling - en als zodanig werd de interventie aangemerkt - bij ontbreken van een wettelijke grondslag niet was toegestaan; toelaatbaar te achten was slechts de toepassing van een middel of maatregel in geval van een noodsituatie waarbij onaanvaardbare risico's aanwezig zijn voor de lichamelijke integriteit van de patiënt of van anderen. De Arnhemse uitspraak behield gelding tot inwerkingtreding van de Wet Bopz in 1994; gedurende een kleine zes jaren behoorde dwangbehandeling formeel niet tot de mogelijkheden. In de jurisprudentie werd het begrip noodsituatie nog nader ingekleurd, waarbij met name het concept van de dreigende noodsituatie, waarbij dwangtoepassing ook zonder directe bedreiging legitiem werd bevonden, navolging kreeg. Zie voor dit laatste onder meer J. Legemaate, 'Dwangbehandeling en noodsituaties', in: J.W. Fokkens e.a. (red.), *Overheid en patiënt. Ontwikkelingen in de forensische psychiatrie* (De Smit-bundel), Arnhem: Gouda Quint 1993, p. 293-304.

⁸⁷ Of, positiever geformuleerd: de rechten en vrijheden van de patiënt worden niet zozeer vastgelegd maar als uitgangspunt genomen, in hoofdzaak vinden slechts de beperkingsmogelijkheden regeling. Relevant hierbij is art. 15 lid 4 Grondwet: de beperkingen die inherent zijn aan een rechtmatige vrijheidsontneming worden zonder nadere voorwaarde toegestaan. De dwanginterventies van hoofdstuk III zijn niet tot die detentie-inherente beperkingen te rekenen.

⁸⁸ Bij de laatste drie interventies (art. 40) gaat het om beperkingen anders dan krachtens de huisregels van de instelling. De beperkingen die met de huisregels zijn gegeven, hebben algemene gelding (en betreffen bijv. ook de vrijwillig opgenomen patiënt). Voor die huisregels geldt de norm dat de vrijheid

41) waarmee kan worden opgekomen tegen genoemde interventies (met uitzondering van het fouilleren en in beslag nemen van voorwerpen). Ook kan met dat klachtrecht een wilsonbekwaamheidsbeslissing (art. 38 lid 2) ten toets worden voorgelegd, alsmede de niet-toepassing van een eerder overeengekomen behandelingsplan. Overigens correspondeert die laatste klachtgrond met een bijzonder recht op aangewezen behandeling (gericht op het wegnemen van de oorzaak van vrijheidsbeneming).⁸⁹ Op klachten wordt in eerste instantie beslist door een commissie. Vervolgens kan de klacht, wanneer deze binnen de geldende beslistermijn⁹⁰ niet gegrond is verklaard, aan de rechtbank worden voorgelegd.⁹¹

van handelen alleen mag worden beperkt met het oog op een ordelijke gang van zaken in het ziekenhuis (art. 3 *Besluit rechtspositieregelen Bopz*).

⁸⁹ Art. 38 biedt, zij het wat omfloerst en indirect, recht op een dergelijke behandeling. Neergelegd zijn regels omtrent een op te stellen behandelingsplan ("*erop gericht de stoornis zo te verbeteren dat het gevaar op grond waarvan de patiënt (...) in het ziekenhuis moet verblijven, wordt weggenomen*", lid 3), waarbij, deels enigszins impliciet, informatieverstrekking en toestemmingsverlening (inclusief vervangende toestemming bij wilsonbekwaamheid) aan de orde komen. Vergelijk wat het hier bedoelde recht betreft de parlementaire toelichting: "*Het hulpaanbod aan een met dwang opgenomene (is) essentieel als rechtvaardiging van de dwangmaatregel*" (Kamerstukken II 1979/80, 11 270, nr. 13, p. 39). Leenen en Roscam Abbing spreken in dit verband van een *quid pro quo*-karakter van de gedwongen opname: "*de samenleving grijpt in in zelfbeschikking, doch behoort daartegenover dan het recht op behandeling te stellen*" (H.J.J. Leenen & H.D.C. Roscam Abbing, *Bestuurlijk gezondheidsrecht*, Alphen aan den Rijn/Brussel: Samson H.D. Tjeenk Willink 1986, p. 191). Zie tevens Enschede ten aanzien van de toenmalige strafmaatregel TBR (thans tbs met verpleging): "*De geneeskundige behandeling moge dan geen rechtsgrond of doel van de maatregel zijn, zij behoort wel tot de ethos van de maatregel*" (Ch. J. Enschede, *Preadvies. Handelingen NJV*, 1964, I, p. 101). Overigens kan een recht op behandeling in geval van dwangopneming, niet als zodanig worden afgeleid uit art. 5 Evrm (zie bijv. EHRM 28 mei 1985, *Ashingdane tegen het Verenigd Koninkrijk*, NJ 1991, 623, par. 44). Eventueel kan bij ontbreken van een adequaat behandelaanbod sprake zijn van schending van art. 3 Evrm (verbod op folteringen en onmenselijke of vernederende behandelingen of bestraffingen).

⁹⁰ De beslistermijn is thans twee weken als de gewraakte beslissing nog gevolg heeft (het een actuele situatie betreft), en vier weken als het gevolg inmiddels is komen te vervallen (art. 41 lid 6 Bopz).

⁹¹ Het Bopz-klachtrecht is reeds enige malen gewijzigd. Bij inwerkingtreding van de wet besliste het bestuur van het ziekenhuis, dan wel een door dat bestuur ingestelde klachtencommissie. Vervolgens verviel die keuzemogelijkheid en werd de klachtenbehandeling opgedragen aan een commissie, terwijl de beslissing in handen bleef van het bestuur. Momenteel is die beslissings-

Ten aanzien van genoemde dwanginterventies doen zich enige opmerkelijkheden voor. Deels betreffen die de rechtsgronden, bevoegdheden en procedures (waarover verderop meer). Deels gaat het om het arsenaal aan ingrepen als zodanig en de onderlinge verhoudingen en overige verbindingen die daarbij aan de orde zijn (waarover hieronder). Wat dit laatste betreft speelt ook een rol de relatie met de Wgbo die aanvullend normering geeft.⁹²

7.2 Het palet van dwanginterventies

De interne rechtspositieregeling ziet op ingrepen van uiteenlopende aard. Onderscheiden kan worden tussen enerzijds de beperkingen genoemd in de artikelen 36 en 40, en anderzijds de interventies van de artikelen 38 en 39. Die eerste ingrepen (fouilleren plus ontnemen van voorwerpen, beperken in de bewegingsvrijheid en in de contacten met de buitenwereld) zijn als uitgangspunt van de wetgever in beginsel minder ingrijpend dan de laatste (dwangbehandeling en toepassing van middelen of maatregelen). Die wisselende mate van ingrijpendheid wordt weerspiegeld in de toepasselijke rechtsgronden: de eerst aangeduide vrijheidsbeperkingen zijn eerder toelaatbaar dan de laatst genoemde dwangingrepen.⁹³ Evenzogoed is het onderscheid deels relatief, en soms doet de cesuur willekeurig aan. Zo vindt in de praktijk insluiting van de patiënt op de eigen kamer plaats. Een dergelijke interventie kan onder de reikwijdte van art. 40 lid 3 worden

bevoegdheid weer aan de klachtencommissie (evenals de mogelijkheid tussentijds tot schorsing te besluiten). Ook de beslistermijn bleek variabel: eerst twee weken, toen zestien dagen, nu twee of vier weken. En nieuwe wijzigingen zijn op komst. Mede op verzoek de Hoge Raad - inmiddels voorziet de regeling in de mogelijkheid van cassatie (zij het dat inwerkingtreding nog moet volgen) - gaat duidelijkheid worden verschaft over enige procedurele vragen, de beslissingsmogelijkheden van commissie en rechter, en de rechtsgevolgen van een gegrondverklaring. Een conceptwetsvoorstel ligt thans bij de Raad van State. Zie over een en ander tevens: J. Legemaate, 'De klachtencommissie Bopz: eindelijk rust aan het front?', *TvGr* 2002, p. 448-456.

⁹² De Wgbo biedt een veelheid aan relevante regels, die op de onderhavige (niet-contractuele) rechtsbetrekking overeenkomstig toepasselijk zijn (art. 7:464 lid 1 BW), althans voor zover de Wet Bopz zelf (als *lex specialis*) geen eigen norm stelt.

⁹³ Die uiteenlopende rechtsgronden worden hieronder nog nader aangeduid. Ook anderszins zijn de eisen verbonden aan die overige ingrepen strenger, zoals bijvoorbeeld blijkt uit de meldingsplicht richting Inspectie (die alleen geldt voor de toepassing van dwangbehandeling en middelen of maatregelen).

gebracht, terwijl de verschillen met afzondering en separatie (die beide slechts op art. 38 en art. 39 kunnen worden gegrond) gradueel zijn.⁹⁴ Ook anderszins bevat de regeling discutabele keuzen. Zo geldt de toediening van voedsel en vocht als een Bopz-dwangmiddel,⁹⁵ terwijl voor verwante ingrepen als het hechten van wonden en het leegpompen van de maag telkens het (m.i. meer voor de hand liggende) Wgbo-regiem van toepassing is.⁹⁶ Ook is soms enige inventiviteit nodig om een handeling op basis van de huidige regeling te rechtvaardigen, bijvoorbeeld het doorzoeken van de kamer van de patiënt. En op andere punten, zoals handelingen met betrekking tot de persoonlijke hygiëne van betrokkene, wordt evenmin passende normering geboden.⁹⁷

De huidige catalogus van interne dwanginterventies vraagt om nadere overdenking. Daarbij mag worden bedacht dat de praktijk af en toe maar moeizaam met de regeling uit de voeten kan, zoals mede uit het evaluatieonderzoek blijkt. Voorts is de verhouding tussen de Wgbo en de Wet Bopz onvoldoende helder, juist ook als het om het sanctioneren van dwang gaat.⁹⁸ De vraag is overigens ook hoe nauwgezet men de zaken hier wil regelen. Met het oog op het

⁹⁴ De jurisprudentie laat zien dat een kamerarrest soms als een beperking van de bewegingsvrijheid ex art. 40 lid 3 wordt aangemerkt (bijv. Rb. Assen 26 april 1994, BJ 8), maar ook wel als een vorm van dwangbehandeling wordt gewaardeerd (bijv. Rb. 's-Hertogenbosch 26 juli 2002, BJ 2002/40).

⁹⁵ Bij het *Besluit middelen en maatregelen Bopz* zijn als middel of maatregel aangewezen: a) afzondering, b) separatie, c) fixatie, d) medicatie en e) toediening van vocht of voeding.

⁹⁶ Zie nader *De Wet Bopz, artikelsgewijs commentaar* (losbladig), aant. 6.6. bij art. 39 (*Toediening van vocht of voeding*).

⁹⁷ Vergelijk de annotatie van Zuijderhoudt onder Klachtencommissie De Meren 15 september 2000, BJ 2001/17 (klacht aangaande douchen onder dwang): *“er (doen) zich in de kliniek een scala van moeizame, ongewenste situaties (voor), waaraan de Wet Bopz voorbijgaat (...). Men denke aan (...) aanhoudend negeren van huisregels waardoor het therapeutisch klimaat teloorgaat, of situaties van gebrekkige (persoonlijke en voedsel-) hygiëne, van geur- of geluidsoverlast die niet evident overwegend gevaarlijk zijn maar een ontluisterend effect hebben, het toch al gedwongen samenleven van patiënten op een afdeling onwaardig en inhumain dreigen te maken. (...) ook de Wgbo biedt een wankel en gekunstelde juridische onderbouwing van dit soort ingrijpen dat nu eenmaal soms moet plaatsvinden. De wetgever heeft gewoon niet in een regeling op dit punt voorzien”*.

⁹⁸ Verwezen mag worden naar de discussie die in *Bopz Jurisprudentie* (BJ) is gevoerd door K. Blankman, W. Dijkers, J.K.M. Gevers, P. van Ginneken, R. de Roode en mijzelf. Zie daarvoor (met doorverwijzingen naar die overige annotaties) mijn noot onder HR 2 november 2001, BJ 2002/1.

legaliteitsbeginsel (en daarmee ook uit oogpunt van het voorkomen van willekeur) is een nauwkeurige begrenzing van interventies (en concretisering van rechtsgronden) geraden, maar eveneens geldt dat nadelige effecten van meer open en globale (materiële) normen zich enigszins laten neutraliseren of compenseren door waarborgen in de procedurele sfeer. *“Over het belang van procedureregels moet men (...) niet licht denken”*, aldus De Boer.⁹⁹ Maar dat aspect van de regeling krijgt in het navolgende (par. 7.6) nog aandacht.

7.3 Behandelen en beveiligen

Een opmerkelijke bijzonderheid van de interne rechtspositie betreft de regeling van het behandelingsplan (en de mogelijkheid dat plan onder dwang uit te voeren) in combinatie met de regeling van de eerder genoemde middelen en maatregelen. Krachtens art. 39 lid 1 kunnen anders dan ter uitvoering van een behandelingsplan geen middelen of maatregelen worden toegepast dan ter overbrugging van tijdelijke noodsituaties. Bij amvb zijn bedoelde interventies nader bepaald: voor maximaal zeven opeenvolgende dagen kan, buiten het behandelingsplan om, worden besloten tot afzondering, separatie, fixatie, medicatie en toediening van vocht of voeding.¹⁰⁰ Na ommekomst van die termijn (en zo mogelijk al eerder) moet voortzetting van dwang op art. 38 lid 5 zijn gebaseerd.¹⁰¹ Art. 39 lid 1 en art. 38 lid 5 onderhouden aldus nauwe betrekking. De systematiek van de regeling impliceert dat de vijf aangewezen middelen en

⁹⁹ J. de Boer in zijn voorwoord bij *Bopz-Jurisprudentie. Alle in de NJ gepubliceerde uitspraken van de Hoge Raad 1994-1997*, Deventer: Kluwer 1998. De Boer verwijst naar rechter Felix Frankfurter (McNabb v. United States, vol. 318 United States Reports, p. 332): *“The history of liberty has largely been the history of observance of procedural safeguards”*. Vergelijk ook Margaret A. Somerville: *“When there is uncertainty about what substantive principle should be used, as there is in many areas where medicine and law interact, the primary safeguards used to govern decision-making may be procedural”*, aangehaald in C. Kelk & J. Legemaate, *Rechtsbescherming in de psychiatrie. Een rechtsvergelijkend perspectief. Preadvies Nederlandse Vereniging voor Rechtsvergelijking*, Deventer: Kluwer 1990, p. 3.

¹⁰⁰ Art. 2 en 3 *Besluit middelen en maatregelen Bopz*.

¹⁰¹ Ik ga er vanuit dat toepassing van middelen of maatregelen ex art. 39 Bopz dwang impliceert. Daar wordt soms anders over gedacht (zie Deelonderzoek 4 van de Bopz-evaluatie 2002: A. Blok e.a., *Interne rechtspositie in de psychiatrie*, p. 9 voetnoot 1). Zie nader over deze materie *De Wet Bopz, artikelsgewijs commentaar* (losbladig), aant. 2.3 bij art. 39 (*M&M met toestemming van de patiënt?*).

maatregelen onderdeel van het behandelingsplan kunnen zijn.¹⁰² Gevolg daarvan is dat de regeling in wezen geen onderscheid maakt tussen enerzijds interventies die primair op externe beheersing zijn gericht (afzondering, separatie en fixatie) en anderzijds interventies die ingrijpen op de psyche via het lichamenlijk substraat (neuroleptica, ect, psychochirurgie). Daarmee zijn (wederom) essentieel verschillende zaken - ditmaal behandelen en beveiligen - onder één noemer gebracht. En zo zou dus opnieuw van een “onnozele vondst” van de wetgever kunnen worden gesproken, temeer daar de eensluidende rechtsgrond voor die uiteenlopende interventies de twee gevaarscategorieën omvat die Leijten reeds tot zijn kwalificatie brachten.¹⁰³

Ondertussen acht ik de uitwerking van de dwangbehandelingsregeling met zijn combinatie van behandel- en beheersinstrumenten minder problematisch dan een alternatief waarbij slechts therapeutische middelen mogen worden aangewend. De huidige systematiek laat ruimte voor een relatief minst ingrijpende dwangvariant, wat in een gegeven situatie - bijvoorbeeld vanwege de voorkeur van betrokkene - afzondering of separatie kan zijn in plaats van toediening van medicatie.¹⁰⁴ Maar mooi geregeld is het allerminst. Het zou voorkeur verdienen indien op het niveau van de regeling meer expliciet wordt onderscheiden tussen behandelinterventies enerzijds en beveiligingsmaatregelen anderzijds. Een dergelijk onderscheid naar aard van de interventie kan gepaard gaan met een stramen waarbij afzonderlijk eisen worden gesteld aan dwangoptreden onder voorziene omstandigheden en dwangoptreden onder onvoorziene omstan-

¹⁰² Daaraan doet niet af dat het behandelingsplan an sich een therapeutisch oogmerk heeft (art. 38 lid 3 Bopz). Zie nader over deze kwestie *De Wet Bopz, artikelsgewijs commentaar* (losbladig), aant. 8.2.1 bij art. 38 (*M&M als onderdeel van het behandelingsplan*).

¹⁰³ Aantekening verdient dat de wetgever in de toelichtende stukken juist laat blijken een redelijk strikt onderscheid voor te staan tussen therapeutisch ingrijpen (waarop art. 38 lid 5 zou zien) en interventies ter beveiliging (waartoe art. 39 beperkt zou zijn). Dit onderscheid is echter - zowel theoretisch als in de praktijk - moeilijk vol te houden. Zie ook *De Wet Bopz, artikelsgewijs commentaar* (losbladig), aant. 3 bij art. 39 (*Afbakening met artikel 38 lid 5, M&M versus dwangbehandeling*).

¹⁰⁴ In het kader van het ingrijpen dat de Wet Bopz mogelijk maakt, lijkt die relatieve voorkeur in het bijzonder aan de orde als het om separatie dan wel medicatie gaat. Zie nader mijn annotatie onder Rb. Utrecht 18 september 2000, BJ 2001/32 (sub 5. *Separatie versus medicatie*).

digheden.¹⁰⁵ Een en ander zou kunnen leiden tot een praktijk waarin er naast een behandelingsplan in de ware zin van het woord, ook een op de individuele patiënt toegesneden beheers- of beveiligingsplan is.¹⁰⁶ Dat laatste plan zou dan mede betrekking kunnen hebben op structurele vrijheidsbeperkingen in de sfeer van art. 40.

7.4 Interne dwang en wils(on)bekwaamheid

Een meer nadrukkelijk onderscheid tussen beveiligen en behandelen mag tevens van belang worden geacht met het oog op de rechtsgrond (zie ook hieronder) en (mede in verband daarmee) de mate van wilsbekwaamheid van de betrokken patiënt. Wat dit laatste betreft meen ik dat therapeutisch ingrijpen onder dwang niet aan de orde behoort te zijn indien de weigering of het verzet van betrokkene voor wilsbekwaam moet worden gehouden.¹⁰⁷ En voor zover het te vrezen onheil betrokkene zelf betreft zou dit tevens mogen gelden voor mogelijke maatregelen ter beveiliging. Kort gezegd: de patiënt die zich willens en wetens (terzake voldoende bekwaam) aan een door

¹⁰⁵ Wat dit betreft is de huidige regeling zo gek nog niet: art. 39 biedt een kortstondige voorziening voor onverwachte crisissituaties, art. 38 is aan de orde zodra beleid kan worden gemaakt.

¹⁰⁶ Van de Klippe (1997), o.c., opteert voor een deels andere aanpak. Haar dissertatie bevat het voorstel om de huidige dwangbehandelingsregeling te zuiveren van niet-therapeutische ingrepen, terwijl daarnaast (en enigszins in lijn met de huidige regeling van art. 39) een regiem zou gelden van in beginsel kortdurend ingrijpen in noodsituaties. Zie voor mijn reactie daarop: *TvGr* 1998, p. 400-404.

¹⁰⁷ De Wet Bopz staat dit wèl toe, biedt op dit punt althans geen belemmering. Dwangbehandeling bij wilsbekwaamheid is mede vanuit europeesrechtelijk perspectief bedenkelijk te achten. Zie nader over dit onderwerp mijn notitie *Dwangbehandeling en het EVRM* n.a.v. Rb. Roermond 21-3-1997, BJ 255 alsmede mijn annotatie onder Rb. 's-Hertogenbosch 11 december 1998, *kBJ* 1999, 32. Zie voorts uitvoerig de dissertatie van Van de Klippe (1997). Haar eerste stelling bij dit proefschrift luidt: "*Dwangbehandeling van onvrijwillig opgenomen wilsbekwame psychiatrische patiënten, zoals de Wet Bopz die mogelijk maakt, valt niet te rechtvaardigen*". Hoe kabinet en regering tegen deze problematiek aankijken, is ondertussen onduidelijk. Hoewel daartoe eerder nadrukkelijk uitgenodigd, o.a. door de Raad voor de Volksgezondheid en Zorg (1997), bleef een reactie uit. Maar ook wat dit betreft is er een herkansing: de begeleidingscommissie van de Bopz-evaluatie 2002 doet oproep helderheid te verschaffen (p. 46). De jurisprudentie laat inmiddels een wisselend beeld zien. In verschillende beschikkingen (Rb. Breda 4 juli 1997, BJ 280, Rb. Alkmaar 30 september 1997, BJ 293, Rb. Roermond 30 december 1998, *kBJ* 1999, 33) is wilsonbekwaamheid als (soms geclausuleerde) voorwaarde voor dwangbehandeling aangemerkt.

anderen in zijn belang geachte interventie wenst te onttrekken, moet die vrijheid worden gelaten. De zaak ligt anders indien derden worden bedreigd. De mate van wilsbekwaamheid kan moeilijk de bepalende factor zijn voor de beschermwaardigheid van belangen van anderen. In geval van gevaar voor derden zijn beveiligingsmaatregelen dan ook goed denkbaar te achten.

Ik realiseer mij dat met deze stellingnamen veel on gezegd is gebleven. Wilsbekwaamheid betreft een juridisch concept met haken en ogen.¹⁰⁸ Ik volsta met er op te wijzen dat de eis van causaliteit tussen stroomis en gevaar niet impliceert dat betrokkene inzake een eventuele afwijzing van een interventie ter afwending van dat gevaar, voor onbekwaam kan worden gehouden. Beide fenomenen moeten van elkaar worden onderscheiden.¹⁰⁹

7.5 Interne dwang en rechtsgronden

Evenals geldt voor de interventiemogelijkheden van de externe rechtspositie (inbewaringstelling en rechterlijke machtiging) zijn de interventies van de interne rechtspositie gekoppeld aan rechtsgronden gericht op het afweren van actueel of toekomstig onheil.¹¹⁰ Dwangbehandeling is toegestaan *“voor zover dit volstrekt noodzakelijk is om gevaar voor de patiënt of anderen, voortvloeiende uit de stoornis van de geestvermogens, af te wenden”* (art. 38 lid 5). Middelen en maatregelen kunnen - buiten het behandelingsplan om voor maximaal zeven dagen - worden toegepast *“ter overbrugging van tijdelijke noodsituaties welke door de patiënt in het ziekenhuis als*

¹⁰⁸ Vergelijk aanbeveling 31 van de begeleidingscommissie Bopz-evaluatie 2002: *“De overheid behoort onderzoek te stimuleren naar begripsverheldering terzake van de wilsonbekwaamheid en naar het ontwikkelen van richtlijnen voor de operationalisering en de praktische toepassing van de criteria voor wilsonbekwaamheid in de context van de Wet Bopz en andere gezondheidswetten”*.

¹⁰⁹ Zie met betrekking tot het wils(on)bekwaamheidsvraagstuk onder meer: R.L.P. Berghmans, *Bekwaam genoeg? Wils(on)bekwaamheid in geneeskunde, gezondheidsrecht en gezondheidsethiek*, Preadvies Nederlandse Vereniging voor Bio-ethiek: 2000, alsmede M.C.I.H. Biesart & J.H. Hubben, *Methodiek voor de vaststelling van wilsonbekwaamheid bij mensen met een verstandelijke handicap*, Stichting Philadelphia Zorg en Vereniging Gehandicaptenzorg Nederland 2000.

¹¹⁰ Uitgezonderd het fouilleren van de patiënt (art. 36 lid 3) en de mogelijkheid van postcontrole (art. 40 lid 1) die opmerkelijk genoeg niet, althans niet expliciet, aan rechtvaardigingsgronden zijn gebonden. Alleen al uit legaliteitsoogpunt is een dergelijk niet-regelen onder de maat te achten.

gevolg van de stoornis van de geestvermogens worden veroorzaakt” (art. 39 lid 1). Beperkingen in bezoek, bewegingsvrijheid en telefoonverkeer mogen zijn ingegeven door vrees voor ernstige nadelige gevolgen voor de gezondheidstoestand van betrokkene en/of ter voorkoming van strafbare feiten of verstoring van de orde in het ziekenhuis (art. 40 lid 2, 3 en 4). Wat te denken van al deze gronden (zonder in een al te uitvoerige bespreking verzeild te raken)?

Met name wat betreft de genoemde vrijheidsbeperkingen van art. 40 lijkt nadere clausulering aangewezen. Een belangrijke overweging is dat dwangtoepassing tijdens een onvrijwillige opname in beginsel in relatie moet staan met die onvrijwillige opname. Zou de verbinding met de reden voor opname vervallen en een opgelegde vrijheidsbeperking ook overigens niet noodzakelijk zijn om het verblijf in goede banen te leiden, dan zou de dwangopname worden aangewend voor oneigenlijke doeleinden. Anders gezegd: het moet niet zo zijn dat de dwangopname als een toevallige omstandigheid gaat gelden om beperkingen te legitimeren die in het normale maatschappelijke verkeer ondenkbaar zijn. Vergelijk in dit verband de dissertatie van Van de Klippe, waar wordt opgemerkt dat een onvrijwillige opname niet aangegrepen mag worden om doelen te verwezenlijken die niet direct met het doel van de opname samenhangen.¹¹¹ Van de Klippe verwijst onder meer naar het bestuursrechtelijke verbod van *détournement de pouvoir* (art. 3.3 Awb) en naar het (detentierecht)beginsel van minimale restricties. Een verwijzing naar het specialiteitsbeginsel kan hier tevens dienst doen.¹¹² Het uitgangspunt dat door de Wet Bopz gereuleerde interventies relatie (moeten) houden met de reden voor

¹¹¹ Van de Klippe (1997), o.c., p. 226. Meer algemeen stelt zij dat bij het formuleren van doel en rechtsgrond voor dwangtoepassing (na opname) in elk geval niet getreden mag worden buiten doel en rechtsgrond van de onvrijwillige opname, te weten afwenden van gevaar (p. 225). Met betrekking tot het onderwerp van haar dissertatie (dwangbehandeling en het toepassen van middelen en maatregelen) kan die stellingname worden onderschreven, maar het komt mij voor dat daarnaast ook in de eigenheid van de detentiesituatie zelf, dus los van de reden voor opname in enge zin, grond voor dwangtoepassing kan worden gevonden. In het bijzonder de noodzaak van een enigermate gedisciplineerd verloop van het verblijf, kan om nadere vrijheidsbeperkingen vragen (zie ook het navolgende).

¹¹² Dit eveneens in het algemene bestuursrecht geformuleerde beginsel houdt in dat een door het bestuursorgaan te maken belangenafweging beperkt dient te blijven tot de belangen die de betreffende wet beoogt te beschermen (vgl. art. 3.4 lid 1 Awb, zie P.J.J. van Buuren & T.C. Borman, *Algemene wet bestuursrecht. Tekst & commentaar*, Deventer: Kluwer 2001).

dwangopneming, brengt mee dat voor preventief ingrijpen gericht op mogelijke strafbare feiten of op nadelige gevolgen voor de gezondheidstoestand van de patiënt (de eerste twee criteria van art. 40), slechts grond is indien er een rechtstreeks - causaal - verband kan worden gelegd tussen die gevaren en de geestesstoornis van betrokkene.¹¹³ In geval van een mogelijke ordeverstoring (de derde rechtvaardigingsgrond die art. 40 noemt) kan die causaliteitseis moeilijk worden gesteld. Het handhaven van de orde in het ziekenhuis is een eigenstandig belang dat het treffen van preventieve maatregelen kan rechtvaardigen.¹¹⁴

Wat betreft de rechtvaardigingsgronden van art. 38 lid 5 (dwangbehandeling) en art. 39 lid 1 (middelen of maatregelen) kan als eerste worden opgemerkt dat zij nauwe relatie met elkaar onderhouden. De systematiek van de regeling impliceert dat die laatste grond een spoedeisende variant van de eerste is: de noodsituatie van art. 39 lid 1 betreft *acuut* gevaar voor personen (ten gevolge van de geestesstoornis van betrokkene).¹¹⁵

Aandacht verdient de hierboven reeds aangestipte ontwikkeling waarbij het bepalende criterium is gewijzigd van *ernstig gevaar* in *gevaar*.¹¹⁶ Terecht is de manier bekritiseerd waarop die wijziging tot stand kwam: niet alleen via een amendement in de marge van een

¹¹³ Ontbreekt die causaliteit dan zal met betrekking tot de gezondheidstoestand van betrokkene naar de algemene normering van de Wgbo dienen te worden gehandeld. Wat betreft mogelijk te vrezende strafbare feiten kan worden opgemerkt dat juist die causaliteit als rechtvaardiging kan gelden voor een preventief beveiligend optreden. Die grondgedachte dient ook de bejegening gedurende de dwangopneming te beheersen. Indien de patiënt verantwoordelijk kan worden gehouden, is een preventieve reactie in beginsel niet op zijn plaats. Zou het anders zijn dan zou de patiënt in een positie worden geplaatst die strijdig is met een essentie van het strafrechtelijk systeem. Daarmee zou ook het in art. 1 Grondwet vervatte gelijkheidsbeginsel worden geschonden. Op de enkele omstandigheid van een dwangopneming kan bezwaarlijk een dergelijk verstrekkend onderscheid in rechtspositie worden gegrond.

¹¹⁴ Bedacht kan worden dat bij een vrijwillige patiënt orde-ontregelend gedrag als het erop aan komt tot een gedwongen ontslag uit het ziekenhuis kan leiden, terwijl bij een onvrijwillige patiënt een dergelijke reactie juist (in beginsel) niet mogelijk is. Een vrijheidsbeperkend optreden zal overigens geen leedtoevoeging als bijkomend motief mogen hebben; het is niet aan het ziekenhuis om door strafoplegging discipline af te dwingen.

¹¹⁵ Zie nader *De Wet Bopz, artikelsgewijs commentaar* (losbladig), aant. 4 bij art. 39 (*Criterium: het overbruggen van tijdelijke noodsituaties*).

¹¹⁶ Wet van 13 juli 2002 (voorwaardelijke machtiging en observatiemachtiging), *Stb.* 2002, 431.

wetsvoorstel met een duidelijk andere strekking, maar ook met vervolgens een teleurstellend parlementair debat dat geen recht deed aan het principiële belang van het onderwerp.¹¹⁷ Van de Klippe pleitte in haar dissertatie nog nadrukkelijk voor handhaving van het toentertijd geldende aangescherpte criterium: gezien het ingrijpende karakter zou dwangbehandeling slechts geoorloofd zijn ter afwending van ernstig gevaar voor derden of de patiënt zelf.¹¹⁸ Toepassing van het proportionaliteitsbeginsel leidt Van de Klippe tot de conclusie dat het moet gaan om een dreiging van levensgevaar of van gevaar voor ernstige, onherstelbare schade aan de gezondheid. Ik ben geneigd deze kwestie anders te benaderen. Een aangescherpt gevaarscriterium brengt mede tot uitdrukking dat dwangbehandeling als een zwaardere rechtsinbreuk geldt dan (een voortduring van) dwangopneming. Het is de vraag of met zo'n waardering op voorhand, voldoende recht wordt gedaan aan de bijzonderheid van het individuele geval. Ik acht het niet ondenkbaar dat in een concrete casus de proportionaliteits- en subsidiariteitsbeginselen in de andere richting wijzen.¹¹⁹ Zou bijvoorbeeld medicatietoediening tot herwinning van wilsbekwaamheid kunnen leiden (en daarmee tot gevaarsafwending), dan lijkt die interventie al snel te prefereren boven het volstaan met detentie.¹²⁰ Daarnaast heeft

¹¹⁷ Zie met name De Roode (2002), o.c., en voorts de annotatie van J. Legemaate onder Rb. Middelburg 30 augustus 2001, BJ 2001/61 alsmede Keurentjes (2002), o.c..

¹¹⁸ Van de Klippe (1997), o.c., p. 227. Opmerkelijk is ook dat de wetswijziging betrekkelijk kort volgde op onderzoek, door de overheid geëntameerd, dat aangaf dat de wettelijke criteria beter ongewijzigd konden blijven (M. Donker (red.), *Intramurale dwangbehandeling van patiënten zonder ziekte-inzicht*, Utrecht: Trimbos-instituut 2000).

¹¹⁹ Vergelijk de annotatie van Pols onder Rb. 's-Hertogenbosch 1 november 2000, BJ 2001/10 over de verhouding tussen separatie en dwangmedicatie: *"Het feit dat - aanvankelijk - een injectie nodig is maakt dwangmedicatie alleen op het eerste gezicht intrusiever dan separatie. De bewegingsbeperking en de inperking van de autonomie zijn bij separatie veel ingrijpender. (...) De overweging dat medicatie veranderingen in gevoels- en denkprocessen ten gevolge kan hebben die zich onafhankelijk van de wens van de persoon voltrekken houdt geen stand (...): het is een naïeve voorstelling van zaken te menen dat separatie geen invloed op dergelijke processen zou hebben"*. Vergelijk tevens De Roode 2002, o.c., p. 126: *"Naarmate een dwangopneming langer duurt, valt op [de] vooronderstelling [dat een dwangbehandeling dieper ingrijpt op de lichamelijke integriteit dan een dwangopname] wel wat af te dingen en zou eerder maatgevend moeten zijn wat de patiënt zélf als minder ingrijpend ervaart, maar over het algemeen is zij vanuit juridisch oogpunt nog steeds verdedigbaar"*.

¹²⁰ Ik roep in herinnering dat ik (evenals Van de Klippe) wilsonbekwaamheid als noodzakelijke voorwaarde voor een dergelijke dwangtoepassing be-

een aangescherpt gevaarscriterium er enigszins de schijn van dat medepatiënten zich meer zouden moeten laten welgevalen dan personen in de vrije maatschappij.¹²¹

Bedacht mag trouwens ook worden dat gevaar en ernstig gevaar niet steeds eenvoudig te onderscheiden grootheden zijn. Dat laatste niet alleen vanwege de verschillende vormen van onheil die aan de orde zijn (gericht op derden dan wel op betrokkene zelf), maar ook omdat het 'gewone' gevaar al aanmerkelijke risico's betreft.¹²² Aan de andere kant doet zich nu, anders dan voorheen, indringender de vraag voor hoe het dwangbehandelingscriterium zich verhoudt tot de beperkingsgronden van art. 40. De diverse criteria zijn, zo schijnt het, dichter bij elkaar komen te liggen. En ook in verhouding met het dwangbehandelingscriterium van de Wgbo (art. 7:465 lid 6 BW) lijkt een verschuiving aan de orde.¹²³

De praktische consequenties van de wetwijziging zijn vooralsnog moeilijk te voorzien. Een en ander zal mogelijk meer afhangen van de toetsende instanties (inspectie, klachtencommissie, rechtbank en - op termijn - de Hoge Raad) dan van de wijziging als zodanig. Duidelijk is wel dat onder de nieuwe regeling dwangopneming en dwangbehandeling twee bepaald te onderscheiden interventies blijven: evenals voorheen impliceert dwangopneming geenszins dat tot dwangbehandeling kan worden besloten.¹²⁴

schouw. Vergelijk overigens de bedenkingen van Leijten bij de idee dat wel de gevaarlijke gevolgen mogen worden bestreden, maar dat de bron van het kwaad (de stoornis) juist niet zou mogen worden aangepakt.

¹²¹ De praktijk lijkt daar overigens niet naar te handelen; de jurisprudentie laat zien dat juist de kwetsbaarheid van medepatiënten als een ondersteunend argument voor dwangbehandeling kan gelden (evenals het gegeven dat er binnen het ziekenhuis minder mogelijkheden zijn de ander te ontlopen).

¹²² Ten tijde van het ernstig-gevaar-criterium leek de lat voor dwangbehandeling soms zelfs lager te worden gelegd dan voor dwangopneming. Zie bijvoorbeeld de annotatie van De Roode over de fenomenen sociale, psychische en psychiatrische invaliditeit, onder Rb. Zutphen 4 februari 1998, *kBJ* 1998, 38.

¹²³ Genoemde bepaling laat ruimte voor het uitvoeren van ingrijpende verrichtingen bij een zich verzettende wilsonbekwame patiënt indien die verrichting *"kennelijk nodig is teneinde ernstig nadeel voor de patiënt te voorkomen"*. De bepaling is op een laat tijdstip van de parlementaire behandeling bij amendement (Kamerstukken II 1993/94, 21 561, nr. 28) ingevoegd, met de overweging dat zodoende een ongerechtvaardigd onderscheid tussen Bopz-patiënten en Wgbo-patiënten zou worden weggenomen.

¹²⁴ *"De mogelijkheid tot toepassing van dwangbehandeling staat niet in direct verband met het gevaar dat reden was voor de machtiging tot opneming, maar ziet op de omstandigheid dat de patiënt na de opneming binnen*

Af en toe zijn er naar aanleiding van de wijziging van het criterium zorgen geuit die eerder de besluitvormingsprocedure mogen betreffen. Zo is bijvoorbeeld aangegeven dat het verlagen van de drempel negatieve gevolgen kan hebben als het er om gaat de hulpverlener er toe te brengen patiënten tot het uiterste te motiveren om behandeling te accepteren.¹²⁵

7.6 Bevoegdheden en procedures

Zoals aangegeven biedt de interne rechtspositieregeling diverse mogelijkheden tot dwangtoepassing. Onder omstandigheden kan de patiënt worden geconfronteerd met dwangbehandeling (bijvoorbeeld toediening van medicatie), met middelen en maatregelen (zoals separatie en fixatie) en met beperkingen in andere vrijheidsrechten (waaronder de vrijheid van bewegen binnen de instelling en het onderhouden van contacten met de buitenwereld). De vraag wie gerechtigd is tot deze toepassingen te besluiten, wordt in de betreffende bepalingen niet eenduidig beantwoord. Dat hier, in tegenstelling tot de externe rechtspositie, niet klip en klaar is vermeld welke functionaris beslissingsbevoegdheid toekomt, is op zijn zachtst gezegd weinig fraai; het legaliteitsbeginsel verlangt dat mede duidelijkheid wordt verschaft over de normadressaat.¹²⁶ Evenwel mag

het ziekenhuis gevaar veroorzaakt voor zichzelf of voor anderen. Het buiten een ziekenhuis veroorzaken van gevaar brengt niet noodzakelijkerwijs met zich mee dat er ook na de opneming in het ziekenhuis sprake is van een dusdanig gevaar dat slechts kan worden afgewend met dwangbehandeling”, aldus de minister (Kamerstukken I 2001/02, 27 289, nr. 239b, p. 8). Overigens wijs ik er nog op dat een mogelijk gevaar voor de algemene veiligheid van personen of goederen, slechts relevant is bij de beslissing tot dwangopneming (art. 1 lid 1 sub f onder 3 Bopz).

¹²⁵ Zie Legemaate in zijn noot onder Rb. Middelburg 30 augustus 2001, BJ 2001/61. Legemaate schrijft voorts dat door de Kamer en de minister “*implicit wordt aangenomen dat de voordelen van de wijziging een aanzienlijke beperking van de rechtspositie van de patiënt rechtvaardigen*”. Mij dunkt dat de relatie tussen rechtspositie en criterium (rechtsgrond) minder eenduidig is dan hier wordt gesuggereerd. Ook wat moeilijk grijpbaar, althans als fundamentele kritiek, is de reactie van Keurentjes (2002), o.c., p. 535: “*Het gevolg van het verlagen van de drempel om dwangbehandeling mogelijk te maken zal ongetwijfeld zijn dat er sneller gebruik van gemaakt zal worden. Dat, gecombineerd met het gegeven van te weinig (geschoold) personeel in de psychiatrische ziekenhuizen en het geringe aantal bedden, doet voor de toekomst van de gedwongen opgenomen patiënt het ergste vrezen*”.

¹²⁶ Vergelijk in dit verband de regelgeving inzake strafvorderlijke dwangmiddelen (Wetboek van Strafvordering c.a.) alsmede de regelingen aangaande dwangtoepassing in justitiële detentiesituaties (zoals de

worden aangenomen, op grond van het wél bepaalde alsmede vanwege de toelichtingen bij de regelingen en/of de aard van de betreffende ingrepen en rechtsgronden, dat primair bevoegd is de voor de behandeling verantwoordelijke persoon. Daarbij kan de geneesheer-directeur zo nodig corrigerend optreden (zij het dat deze daartoe geen bestuursrechtelijke bevoegdheid is toegekend), terwijl ook de inspectie een mogelijk interveniërende rol heeft. Voorts zijn, als vermeld, de beslissingen in kwestie onderhevig aan het klachtrecht, in welk verband klachtencommissie en rechter zich over de interventies kunnen uitspreken.

Het systeem van toetsen, beslissen en controleren is in geval van de interne dwangtoepassing anders vormgegeven dan bij de overige (externe) interventies van de wet. Fiattering van onvrijwillige opneming is in beginsel voorbehouden aan de rechter, terwijl in noodsituaties de burgemeester tot (kortstondige) psychiatrische detentie kan besluiten. Voor de sectoren psychogeriatric en verstandelijk gehandicaptenzorg geldt dat zogeheten indicatiecommissies de noodzaak van opneming en verblijf bepalen, althans wanneer betrokkene van bereidheid noch verzet blijk geeft. Waar bij de externe rechtspositie de behandelaar op afstand is gezet en zijn rol hoofdzakelijk van initiërende aard is, heeft deze waar het de interne rechtspositie betreft juist een prominente en primair beslissende bevoegdheid. En voor de rechter geldt hier het omgekeerde: inzake dwang met betrekking tot de externe rechtspositie (opneming en voortzetting van verblijf) een toetsende taak op voorhand, inzake dwang verbonden met de interne rechtspositie (nadere ingrepen gedurende het verblijf) een mogelijk toetsend optreden nadien of achteraf.

In paragraaf 6.2 is aangegeven dat nauwelijks onderbouwing is geboden voor de pertinente rechterlijke bemoeienis bij de onvrijwillige opneming. Hetzelfde blijkt te gelden voor de bepalende rol van de behandelaar met betrekking tot de interne dwangtoepassing. En dit zelfs in versterkte mate.¹²⁷ Er lijkt sprake van een impliciete vanzelfsprekendheid die nadere redengeving overbodig maakt, zo niet in de weg staat. Alleen op indirecte wijze (en zonder dat inhoudelijke motieven zijn gegeven) kwam het onderwerp aan bod in het

Penitentiaire beginselenwet en de Beginselenwet verpleging ter beschikking gestelden) waarin consequent wordt aangegeven wie tot interventiebeslissingen gerechtigd is.

¹²⁷ Tekenend in dit verband is mede dat een expliciete wettelijke bevoegdheidstoedeling juist achterwege is gelaten.

parlementaire debat.¹²⁸ In paragraaf 6.2 is tevens gemeld dat vanzelfsprekendheden vaak een logisch fundament hebben. Ditmaal laat zo'n fundament zich echter minder eenvoudig duiden, althans waar het de rechtsbasis betreft, ook al omdat juist zulke wisselende systemen voor de onderhavige kwesties worden gehanteerd (wat op zichzelf genomen al reden tot explicitering had mogen zijn).¹²⁹ Dat hier, anders dan bij de externe rechtspositie, wordt volstaan met een primair bestuurlijk (niet-rechterlijk) beslissingsniveau kan moeilijk worden gegrond op de mate van ingrijpendheid van de betreffende interventies. Sommige van die interventies, zoals dwangbehandeling, golden immers tot voor kort (vanwege het aangescherpte criterium) juist als principieel ingrijpender dan dwangopneming.¹³⁰ Wel verdient

¹²⁸ Gewezen kan worden op de reactie van de regering op een (niet de eindstreep halend) amendement dat inhield dat dwangbehandeling en vrijheidsbeperkingen bij patiënten die krachtens indicatiestelling (thans art. 60 Bopz) in verpleeg- en zwakzinnigeninrichtingen verblijven, slechts mogelijk is als door de rechter daartoe machtiging is verleend. De bewindslieden gaven aan dat enige praktische vragen rezen zoals de geldigheidsduur van de rechterlijke toestemming en hoe gehandeld moest worden bij gewijzigde omstandigheden. *"Van meer principiële aard is echter de vraag waarom voor patiënten die ingevolge een beslissing van een indicatiecommissie zijn opgenomen (...) een geheel andere regeling betreffende dwangbehandeling zou moeten gelden dan voor patiënten die met een rechterlijke machtiging (...) zijn opgenomen. In het bijzonder is niet duidelijk waarom (...) een rechterlijke toetsing van de noodzaak van toepassing van dwangbehandeling vooraf zou moeten plaatsvinden, terwijl ten aanzien van de met een rechterlijke machtiging (...) opgenomen patiënten die noodzaak in een klachtenprocedure achteraf wordt getoetst"* (Kamerstukken II 1991/92, 21 239, nr. 24, p. 3). Commentaar op (onderbouwing van) dat reguliere achteraf toetsende systeem bleef achterwege.

¹²⁹ Voorafgaand aan de ontwikkelingen van de Wet Bopz speelde het thema evenmin; dwang in de kliniek was lange tijd überhaupt geen kwestie (zie ook voetnoot 86). In het verre verleden bleek interne dwang een enkele keer argument om de rechter juist zeggenschap over opneming te geven: rond 1840 maakte de regering kenbaar dat plaatsing door een *"Administratieve Autoriteit"* het moest afleggen tegen een rechterlijke machtiging *"hoofdzaaklijk op grond dat de plaatsing van krankzinnigen onvermijdelijk moet gepaard gaan met de bevoegdheid om hen, des noods met geweld, naar de plaats hunner bestemming over te brengen en aldaar te onderwerpen aan maatregelen met de gewone persoonlijke vrijheid onbestaanbaar"* (Kamerstukken II 1840/41, nummer IX, onder 6, p. 305). In het meer recente verleden (de jaren zeventig van de vorige eeuw) werd er vanuit gegaan dat de rechterlijke machtiging de toestemming van de patiënt voor behandeling verving.

¹³⁰ Eventueel is denkbaar te achten dat het voorheen aangescherpte criterium juist een soort compenserende reactie was op het lager gestelde beslis-

opmerking dat zich hier een overeenkomst met het Evrm voordoet. De waarborgen van het verdrag zijn eveneens in bijzondere mate gericht op de dwangopneming en minder op dwangtoepassing gedurende die detentie of andere inbreuken op de lichamelijke integriteit. Dwangopneming is onderhevig aan art. 5 Evrm (recht op persoonlijke vrijheid), terwijl interne dwang het hoofdzakelijk moet doen met het minder eisende art. 8 Evrm (recht op privacy).¹³¹

Vergeleken met de machtigingsvariant bij de externe rechtspositie komt met name ook de procedure inzake interne dwang er magertjes vanaf. Relevant is dan in het bijzonder de normering van de Algemene wet bestuursrecht; de Wet Bopz zelf stelt in dit opzicht nauwelijks regels.¹³² Anders dan bij de machtiging is bijvoorbeeld niet voorzien in tussenschakeling van een verzoekende partij (daar de officier van justitie), in automatische rechtsbijstand (toevoeging advocaat) en in een onafhankelijk deskundigenbericht (geneeskundige verklaring). Afgezet tegen de machtigingsprocedure verenigt de behandelaar vier

singsniveau. Iets dergelijks lijkt Legemaate mogelijk te suggereren in zijn voornoemde noot onder Rb. Middelburg 30 augustus 2001, BJ 2001/61. Maar nog los van de vraag of een dergelijke manoeuvre passend zou zijn (ik zou stellig menen van niet), biedt de wetsgeschiedenis weinig houvast voor zo'n gedachte.

¹³¹ Aan de waarborgen van art. 5 Evrm is in het voorgaande al enige aandacht besteed. Art. 8 lid 2 Evrm acht inbreuken op de privacy toelaatbaar voor zover bij wet voorzien en in een democratische samenleving nodig in het belang van (onder andere) de bescherming van de gezondheid en de rechten en vrijheden van anderen. Relevant is tevens art. 3 Evrm waarin neergelegd een (absoluut) verbod op foltering en vernederende of onmenselijke behandelingen. Zie voorts de desbetreffende bijdragen in: J.K.M. Gevers (red), *Het EVRM en de gezondheidszorg*, Nijmegen: Ars Aequi Libri 1994.

¹³² De behandelverantwoordelijke geldt als bestuursorgaan en diens beslissingen tot dwangtoepassing zijn beschikkingen in de zin van de Algemene wet bestuursrecht (Awb). De toepasselijke voorschriften betreffen onder meer de zorgvuldigheid bij de besluitvorming (art. 3:2), het horen van betrokkene voorafgaand aan een beschikking (art. 4:8), de deugdelijke en kenbare motivering van de beschikking (art. 3:46 e.v.) en de schriftelijkheidseis (art. 1:3). Vastgesteld kan worden dat de toepasselijkheid van deze regeling geen aandacht kreeg in de voorlichtingsactiviteiten van de overheid. Het onderwerp kwam evenmin aan bod bij de evaluaties van 1997 en 2002. Het lijkt verantwoord te veronderstellen dat de praktijk niet of nauwelijks weet van deze materie heeft, en dat (dientengevolge) de behandelverantwoordelijken vanuit bestuursrechtelijk perspectief bezien, met regelmaat in gebreke blijven. Vergelijk in dit verband de annotatie van Bröring onder Rb. Amsterdam 4 januari 2001, BJ 2001/54, over het optreden als bestuursorgaan van de geneesheer-directeur bij verlof- en ontslagkwesties.

partijen in één persoon: verzoeker, deskundige, beslisser en uitvoerder. Mij dunkt langzamerhand mogelijk toch wat veel van het goede, mede gezien de vrijheidsrechten die in het geding zijn. Maar tegelijkertijd geldt dat de dwangregeling van de Wgbo niet wezenlijk anders is opgetuigd,¹³³ terwijl het vervolgetraject van de Wet Bopz (toezicht en klachtrecht) vergeleken met die Wgbo-situatie zelfs extra waarborgen biedt.¹³⁴

De aangeduide aspecten van beslissingsniveau en procedure vragen om reflectie. Of de geboden rechtsbescherming steeds in verhouding staat tot de ernst van de betreffende interventies mag ondertussen worden betwijfeld. Het lijkt zinvol ook in dit verband te onderscheiden tussen beveiligen en behandelen, zoals in paragraaf 7.3 is gedaan, en voorts de meer specifieke aard van ingreep of maatregel daarbij te betrekken, alsmede de toepassingsduur. In het bijzonder ten aanzien van dwangbehandeling is meer overeenstemming met de waarborgen van de externe rechtspositie te overwegen, terwijl in geval van interne beveiliging mogelijk deels eerder armslag voor het ziekenhuis geraden lijkt (mede gezien de bijzondere verantwoordelijkheid voor medepatiënten en personeel).¹³⁵ Dat bij dwangopneming de waarborgen tegen willekeur en onterecht overheidsingrijpen beduidend stringenter zijn gesteld, wil niet zeggen dat voor interne dwang telkens een vergelijkbaar beschermingsniveau moet gelden. Wel mag worden verlangd dat beargumenteerde keuzen worden gemaakt, waarbij ook consistentheid van wetgeving punt van

¹³³ Enig (formeel) verschil is er wel met betrekking tot de rol en zeggenschap van de vertegenwoordiger van de patiënt. Bij de Wgbo kan de vertegenwoordiger worden gepasseerd op basis van goed hulpverlenerschap (art. 7:465 lid 4 BW) bij de Wet Bopz op grond van het gevaarscriterium (art. 38 lid 5).

¹³⁴ De toegevoegde waarde van het expliciete inspectietoezicht en de bijzondere klachtenprocedure met laagdrempelige toegang tot de rechter, vormt mede reden voor de gepropageerde omzetting van een verblijf op vrijwillige basis in een verblijf krachtens Bopz-titel indien interne dwangtoepassing aan de orde is. Zie in dit verband mijn annotatie onder Rb. Amsterdam 10 oktober 2000, BJ 2001/7 (machtiging t.b.v. dwangbehandeling).

¹³⁵ Uiteraard speelt in beide gevallen tevens de acuitheid van de situatie een rol (zoals bij de externe rechtspositie met de mogelijkheid van inbewaringstelling).

aandacht is.¹³⁶ En wat dit laatste betreft zou een eventuele aanpassing tevens betekenis voor de Wgbo kunnen hebben.¹³⁷

In de literatuur zijn overigens eerder kanttekeningen geplaatst bij de procedure inzake dwangbehandeling na opnemings. Ik noem hier Pols die wijst op de bedenkelijke dubbelrol waarin de psychiater is geplaatst als zowel hulpverlener als beslisser over dwangtoepassing,¹³⁸ en voorts de Raad voor de Volksgezondheid & Zorg (RVZ) die een 'tentatieve uitwerking' presenteert met regionale commissies van diverse deskundigen ("*een behandeldeskundige, een ervaringsdeskundige en een toezichthoudend deskundige*") die vooraf "*als ware het een 'second opinion'*" over dwangbehandeling oordelen.¹³⁹

Dijkers doet in zijn dissertatie aanbeveling tot oprichting van een 'Raad voor dwangtoepassing in de psychiatrie' (zie paragraaf 6.3). Wat betreft de interne dwang acht hij de toezichthoudende taken van de Inspectie en de rol van de klachtencommissies aan dit bestuursorgaan overdraagbaar. Vergeleken met de huidige stand van zaken zou die wijziging meerwaarde kunnen hebben, terwijl mogelijk tevens een combinatie met het voorstel van de RVZ zou kunnen worden beproefd, maar uit het voorgaande mag blijken dat zich meer fundamentele correcties laten denken.

¹³⁶ Vergelijk het eerder genoemde, aan het bestuursrecht ontleende specialiteitsbeginsel. Een wettelijk regeling zal logisch opgebouwd en intern consistent moeten zijn. De specifieke onderdelen en uitvoeringsvoorschriften moeten ieder voor zich gedragen worden door de centrale uitgangspunten en doelstellingen; zij dienen daar althans voldoende binding mee te houden. Het kan niet zo zijn dat een normering op deelterreinen (inclusief procedurele voorschriften) blijk geeft van een belangenafweging die niet correspondeert met de rangschikking van waarden die aan de basisregeling ten grondslag ligt.

¹³⁷ Vergelijk overigens wat dit aangaat De Roode in haar annotatie onder Rb. 's-Hertogenbosch 11 september 2000, BJ 2001/29: "*Wellicht is de Wgbo als civielrechtelijke regeling überhaupt wel niet erg geschikt als wettelijke basis voor dwangbehandeling*".

¹³⁸ J. Pols, 'Dwang en rechtvaardiging in de Bopz: dilemma's in de praktijk', *MGV* 1994, p. 635-649.

¹³⁹ Beter (z)onder dwang? *Advies uitgebracht door de Raad voor de Volksgezondheid en Zorg aan de Minister van VWS*, Zoetermeer: RVZ 1997, p. 41-42.

8. TOT SLOT

In vorige paragrafen zijn bedenkingen geuit bij de regelingen van de externe en interne rechtspositie van de Wet Bopz (voorzover het de opneming en het verblijf in het reguliere psychiatrische ziekenhuis betreft). Het commentaar op de externe rechtspositie lag in het verlengde van een bespreking van twee eerdere preadviezen over het onderwerp. Bij het commentaar op de regeling van de interne rechtspositie werd met regelmaat terugverwezen naar die externe positie. Beide regelingen zijn dan ook mede in hun onderlinge verhouding opmerkelijk: op punten worden fundamenteel andere keuzen gemaakt, zonder dat daar dragende overwegingen aan ten grondslag liggen. En mag ten aanzien van de externe rechtspositie worden geoordeeld dat soms overmatige rechtsbescherming wordt geboden - zie het bereidheidscriterium (dat in combinatie met het gevaarscriterium zelfs ondeugdelijk mag worden genoemd) -, bij de interne rechtspositie is eerder het tegenovergestelde aan de orde. In het bijzonder is bedenkelijk de regeling inzake dwangbehandeling. De kritiek betreft dan niet de recente wijziging van het voorheen aangescherpte gevaarscriterium, maar de wijze waarop los van dat criterium bescherming wordt geboden tegen mogelijk onterecht bestuursingrijpen. Een klachtrecht 'achteraf' (hoe verder ook opgetuigd) is van een andere orde dan een rechterlijk fiat op voorhand. Afgezet tegen de regeling van de externe rechtspositie zou een 'rechterlijke machtiging tot behandeling' (of, mooier nog, een 'rechterlijke machtiging tot behandeling en/of nadere beveiliging', want de huidige wet onderscheidt deze zaken weinig precies), niet hebben misstaan en zelfs logisch zijn.

Dwangopneming en dwangbehandeling onderhouden een bijzondere relatie. In het voorgaande bleef onbesproken dat de Wet Bopz een stramen hanteert waarbij dwangopneming aan dwangbehandeling vooraf gaat. Dit stramen kan - vergelijkbaar met de voorheen onderscheiden gronden 'gevaar' en 'ernstig gevaar' (zie par. 7.5) - op gespannen voet staan met de idee dat met de minst ingrijpende maatregel moet worden volstaan. Een toets aan de beginselen van proportionaliteit, subsidiariteit en doelmatigheid zou kunnen uitwijzen dat een ambulante dwangbehandeling de voorkeur geniet boven een dwangopneming in het ziekenhuis. Vooral nog is voor zo'n behandeling alleen de Wgbo als basis aan te merken (zie het genoemde art. 7:465 lid 6 BW), maar die regeling biedt waarborgen van relatief pover gehalte (terwijl bij de rechtsbescherming van de

Wet Bopz al kanttekeningen waren te plaatsen).¹⁴⁰ Mogelijk is op dit punt actie van de regering te verwachten: de minister van VWS maakte betrekkelijk recent kenbaar dat de Wet Bopz *“wellicht meer persoonsgericht dan instellingsgericht moet worden geformuleerd”*.¹⁴¹ Overigens zou ik menen dat een ambulante psychiatrische dwangbehandeling in beginsel niet gepaard zou moeten gaan met lijfelijke dwang. Indien het verzet van betrokkene vormen aanneemt die tot fysiek ingrijpen nopen, lijkt (alleen al uit oogpunt van zorgvuldigheid en controle) de klinische setting aangewezen.¹⁴²

En de rest (en dat is nogal wat) laat ik onbesproken, zij het dat ik denk dat het al snel winst is als de rechter in meer volle omvang bij mogelijke dwangopties kan worden betrokken, terwijl het ook geen kwaad kan als juist op dit punt de psychiatrische discipline van bevoegdheden wordt verlost.

¹⁴⁰ Gevers lijkt onder omstandigheden royaal ruimte te zien voor ambulante dwangbehandeling op basis van de Wgbo (J.K.M. Gevers, ‘Zelfbindingsverklaringen. Juridische overdenkingen inzake wenselijkheid en inhoud van een wettelijke regeling’, *MGv* 2002, p. 1147-1158). De Roode plaatst, zoals eerder aangegeven, juist kanttekeningen bij een dergelijke variant (annotatie onder Rb. ’s-Hertogenbosch 11 september 2000, *BJ* 2001/29).

¹⁴¹ Handelingen II, 22 januari 2002, p. 40-2952. Onder verwijzing naar deze uitlating constateert de begeleidingscommissie van de Bopz-evaluatie 2002 met genoegen dat de minister zich bewust is van het probleem dat de Wet Bopz slechts op specifieke zorginstellingen is gericht. De commissie wijst niet expliciet op eventuele ambulante dwangmodaliteiten, maar merkt op dat er in de praktijk met name vragen zijn *“in die situaties waarin een persoon verblijft in een zorgvoorziening die geen Bopz-aangemerkte instelling is, maar waarin behoefte bestaat aan de mogelijkheid om een ‘Bopz-aanpak’ te kunnen kiezen (hetzij uit oogpunt van beveiliging/behandeling, hetzij uit oogpunt van rechtsbescherming)”* (p. 47-48).

¹⁴² Denkbaar is dat betrokkene zich bij het onvermijdelijke neerlegt, het althans niet op gevechten laat aankomen, zoals ook bij intramurale dwangtoepassing wel het geval is.

Aangehaalde literatuur

Beter (z)onder dwang? *Advies uitgebracht door de Raad voor de Volksgezondheid en Zorg aan de Minister van VWS, Zoetermeer: RVZ 1997*

R.L.P. Berghmans, *Om bestwil. Paternalisme in de psychiatrie. Een gezondheidsethische studie* (diss. Amsterdam VU), Amsterdam: Thesis Publishers 1992

R.L.P. Berghmans, *Bekwaam genoeg? Wils(on)bekwaamheid in geneeskunde, gezondheidsrecht en gezondheidsethiek*, Preadvies Nederlandse Vereniging voor Bio-ethiek: 2000

R. Berghmans e.a., *Kwaliteit van dwang en drang in de psychiatrie* (eindrapport), Utrecht/Maastricht: GGZ Nederland 2001

M.C.I.H. Biesart & J.H. Hubben, *Methodiek voor de vaststelling van wilsonbekwaamheid bij mensen met een verstandelijke handicap*, Stichting Philadelphia Zorg en Vereniging Gehandicaptenzorg Nederland 2000

A. Blok e.a., *Interne rechtspositie in de psychiatrie. Deelonderzoek 4 (Trimbos-instituut) Evaluatie Wet Bopz 2002*, Den Haag: ZonMw 2002

P.J.J. van Buuren & T.C. Borman, *Algemene wet bestuursrecht. Tekst & commentaar*, Deventer: Kluwer 2001

W. Dijkers, 'Wijzigingen van de Wet Bopz: de stand van zaken begin 2002', *Trema* 2002, p. 1-11 (Eerste deel) en p. 165-168 (Tweede deel)

W. Dijkers & T.P. Widdershoven, *De Wet Bopz, artikelsgewijs commentaar* (losbladig), Den Haag: Koninklijke Vermande 2002

W.J.A.M. Dijkers, *Doen en laten in de Bopz-machtigingsprocedure. Een onderzoek naar juridische posities* (diss. Groningen), Den Haag: Koninklijke Vermande 2003

M. Donker (red.), *Intramurale dwangbehandeling van patiënten zonder ziekte-inzicht*, Utrecht: Trimbos-instituut 2000

J.C.J. Dute, J.K.M. Gevers & G.R.J. de Groot (red.), *Omzien naar de toekomst. 35 jaar preadviezen Vereniging voor Gezondheidsrecht*, Houten/Diegem: Bohn Stafleu Van Loghum 2002

European Commission - Health & Consumer Protection Directorate-General, *Compulsory Admission and Involuntary Treatment of Mentally Ill Patients - Legislation and Practice in EU-Member States (Final Report)*, 2002

Evaluatie Wet bijzondere opnemingen in psychiatrische ziekenhuizen, *Conclusies en aanbevelingen van de begeleidingscommissie*, Den Haag: ZonMw 2002

Evaluatie van de Wet Bopz, *Kabinetsstandpunt*, Rijswijk: Ministerie van VWS, Ministerie van Justitie 1997

- J. Gevers, *De rechtspositie van psychiatrische patiënten*, Alphen aan den Rijn: Tjeenk Willink 1979
- J.K.M. Gevers (red), *Het EVRM en de gezondheidszorg*, Nijmegen: Ars Aequi Libri 1994
- J.K.M. Gevers, 'Zelfbindingsverklaringen. Juridische overdenkingen inzake wenselijkheid en inhoud van een wettelijke regeling', *MGv* 2002, p. 1147-1158
- P. van Ginneken, "*Een zodanig gevaar*". *Het gevaarscriterium bij gedwongen opneming in een psychiatrisch ziekenhuis*, Utrecht: NcGv 1993
- P. van Ginneken, "*De nodige bereidheid*", *een onderzoek naar de omvang van de groep "geen bereidheid geen bezwaar" in de psychiatrie*, Utrecht: Trimbos-instituut 1999
- P. van Ginneken, 'Over art. 60 Wet Bopz. De opneming in psychogeriatrische verpleeghuizen en in instellingen voor verstandelijk gehandicapten', *MGv* 2002, p. 576
- I. Gremmen e.a., *Zelfbinding in de psychiatrie: een kwestie van goede zorg? Verslag van een onderzoek vanuit zorgethisch perspectief*, NWO/UU 2002
- J. M. Harte, 'Risicotaxatie in de rapportage Pro Justitia', *MGv* 2000, p. 1099-1110
- J. ter Heide, *Dwang en drang in de medische behandeling, een algemeen-theoretische beschouwing*, Preadvies Vereniging voor Gezondheidsrecht, Utrecht 1975
- C. Kelk & J. Legemaate, *Rechtsbescherming in de psychiatrie. Een rechtsvergelijkend perspectief. Preadvies Nederlandse Vereniging voor Rechtsvergelijking*, Deventer: Kluwer 1990
- R.B.M. Keurentjes, *De Wet Bopz. De betekenis van de wet voor de beroepsbeoefenaren in de geestelijke gezondheidszorg*, Den Haag: Koninklijke Vermande 2002
- R.B.M. Keurentjes, 'De voorwaardelijke machtiging en de observatiemachtiging in de Wet Bopz: een bijzonder staaltje wetgeving', *TvGr* 2002, p. 534-535
- Hanneke van de Klippe, *Dwangtoepassing na onvrijwillige psychiatrische opname. Een juridische beschouwing* (diss. Amsterdam UvA), Nijmegen: Ars Aequi Libri 1997
- G.E.M. Later, 'Het Wetsontwerp Bijzondere Opneming in Psychiatrische Ziekenhuizen', *NJB* 1984, p. 510 e.v.
- P.J.H. Laurs, *Recht voor psychiatrische patiënten. Een onderzoek naar de rechtsbescherming voor in psychiatrische ziekenhuizen opgenomen patiënten* (diss. Utrecht), Arnhem: Gouda Quint 1988
- R. Lawson, 'Een Straatsburgse subsidiariteitstoets', *NJB* 2001, p. 2189

- H.J.J. Leenen & H.D.C. Roscam Abbing, *Bestuurlijk gezondheidsrecht*, Alphen aan den Rijn/Brussel: Samson H.D. Tjeenk Willink 1986
- H.J.J. Leenen & J.K.M. Gevers, *Handboek gezondheidsrecht. Deel 1. Rechten van mensen in de gezondheidszorg*, Houten/Diegem: Bohn Stafleu Van Loghum 2000
- J. Legemaate, *De rechtspositie van vrijwillig opgenomen psychiatrische patiënten* (diss. Amsterdam UvA), Arnhem: Gouda Quint 1991
- J. Legemaate, 'Dwangbehandeling en noodsituaties', in: J.W. Fokkens e.a. (red.), *Overheid en patiënt. Ontwikkelingen in de forensische psychiatrie* (De Smit-bundel), Arnhem: Gouda Quint 1993, p. 293-304
- J. Legemaate, *Goed recht. De betekenis en de gevolgen van het recht voor de praktijk van de hulpverlening*, Preadvies Vereniging voor Gezondheidsrecht, Utrecht 1994
- J. Legemaate, 'De Wet Bopz: een nieuwe vestiging van het Van der Valk-concern?', *NJB* 2002, p. 1463-64
- J. Legemaate, 'De klachtencommissie Bopz: eindelijk rust aan het front?', *TvGr* 2002, p. 448-456
- J. Legemaate, 'Vrijheidsbeneming in het geval van (ernstige) overlast ten gevolge van gezondheidsproblemen', *NJCM-Bulletin* 2002, p. 849 e.v.
- J.C.M. Leijten, *Welzijn, vrijheid en dwang. Enkele beschouwingen over gedwongen opneming in een inrichting van personen met een geestelijke stoornis*, Preadvies Vereniging voor Gezondheidsrecht, Utrecht 1986
- J. Lourens e.a., *Verkommerden en verloederden. Een onderzoek naar de omvang en aard van de groep in Nederland*, Leiden: Research voor Beleid 2002
- A. Mooij, 'Gevaar, gevaarlijk, gevaarlijkheid', *DD* 2000, p. 21-30
- Antoine Mooij, *Psychiatrie, recht en de menselijke maat*, Amsterdam: Uitgeverij Boom 1998
- J. Pols, *Mythe en macht. Over de kritische psychiatrie van Thomas S. Szasz* (diss. Groningen), Nijmegen: SUN 1984
- J. Pols, 'Dwang en rechtvaardiging in de Bopz: dilemma's in de praktijk', *MGv* 1994, p. 635-649
- B.C.M. Raes, Reactie op E. Raskin, *NJB* 2001, p. 1763
- E. Raskin, 'De forensisch gedragskundige en zijn wetenschap', *NJB* 2001, p. 938-942
- C. de Ruiter, *Voor verbetering vatbaar* (oratie), UvA 2000
- C. de Ruiter, Reactie op J.H. Harte, *MGv* 2001, p. 3-8
- T.M. Schalken, 'Het recht tussen vrijheid en onvrijheid', in: *Tussen vrijheid en onvrijheid. Op het grensvlak van strafrechtspleging en psychiatrie*, Arnhem: Gouda Quint 1988, p. 42-46

- Steering Committee on Bioethics (CDBI), *White Paper*, Raad van Europa 2000
- R. de Roode, 'Hulp onder dwang. Kamer worstelt met wijziging van de Bopz', *MC* 2002, p. 124-127
- C. Scholten & J. Wolf, *Verkommerden en verloederden. Samenvatting van twee onderzoeken*, Leiden/Utrecht: Research voor Beleid/Trimbos-instituut 2002
- Werkgroep Dwang en Drang, *Rapport inzake "dwang en drang in het medisch handelen"*, Utrecht: Vereniging voor Gezondheidsrecht 1978
- Wet Bopz Evaluatierapport, *Tussen invoering en praktijk*, Rijswijk: Ministerie van VWS 1996
- G. Widdershoven, R. Berghmans & S. Welie, 'Zelfbeschikking of goede zorg? Ethische kanttekeningen bij juridisering in de hulpverlening', in: A.H. Schene e.a. (red.), *Jaarboek voor psychiatrie en psychotherapie 2002-2003*, Houten: Bohn Stafleu Van Loghum 2003
- T. van Willigenburg (red.), *Zelfbinding in de psychiatrie. Een empirische, wijsgerige en juridische studie naar zelfbindingsverklaringen in de geestelijke gezondheidszorg*, Den Haag/Rotterdam: NWO/EUR 2002
- J.Wolf e.a., *Op achterstand. Een onderzoek naar mensen in de marge*, Utrecht: Trimbos-instituut 2002

VERENIGING VOOR GEZONDHEIDSRECHT

PSYCHIATRIE EN RECHT

**Rechtsbescherming bij vrijheidsbeneming
in de sectoren verstandelijk gehandicaptenzorg
en psychogeriatric**

mr.dr. K. Blankman*

* universitair docent familierecht, VU Amsterdam,
rechter-plaatsvervanger Rechtbank Utrecht (Bopz-zaken)

INLEIDING

In overleg met het bestuur van de Vereniging voor Gezondheidsrecht en mijn coauteur, T.P. Widdershoven, is gekozen voor een verdeling van de taken. Mijn preadvies richt zich op twee zorgsectoren die in de ruime terminologie van de Wet Bopz wel onder de psychiatrie vallen, maar duidelijk te onderscheiden zijn van de psychiatrie in enge zin: art. 1 onder h. Wet Bopz definieert psychiatrisch ziekenhuis als “een door Onze minister als psychiatrisch ziekenhuis, verpleeginrichting dan wel zwakzinnigeninrichting aangemerkte zorginstelling of afdeling daarvan, gericht op behandeling, verpleging en verblijf van personen die gestoord zijn in hun geestvermogens” Ik beperk mij tot preadvisering inzake de rechtspositie van (aspirant)bewoners van verpleeg- of zwakzinnigeninrichtingen.

In het wetsvoorstel Bopz dat in 1971 bij het parlement werd ingediend en in 1983 door de Tweede Kamer werd aangenomen, was opgenomen dat de nieuwe wet ook van toepassing zou zijn op bewoners van psychogeriatrische verpleeghuizen en zwakzinnigeninrichtingen omdat ook in deze instellingen tal van vrijheidsbeperkende maatregelen werden toegepast. De ontwikkeling van mensen- en patiëntenrechten was inmiddels zover gevorderd dat men wettelijke waarborgen noodzakelijk achtte ten aanzien van de opnemings van personen in deze instellingen en ten aanzien van de behandeling van deze personen na opnemings. In een novelle enkele jaren later werd ter ontlasting van de rechterlijke macht het wetsvoorstel aangevuld met een voorziening waardoor zogenaamde Bopz-commissies de bevoegdheid kregen te beslissen over opnemings in een verpleeghuis of een zwakzinnigeninrichting bij personen die geen bereidheid tot opnemings toonden, maar zich daar ook niet tegen verzetten, ook wel aangeduid als de gbg-groep (geen bereidheid, geen bezwaar). De novelle was er de oorzaak van dat de Wet Bopz pas op 17 januari 1994 werd ingevoerd. De term zwakzinnigeninrichting wordt buiten de tekst van de Wet Bopz nauwelijks nog gebruikt. De omschrijving instelling voor verstandelijk gehandicaptenzorg is meer van deze tijd.¹⁴³

Recente jurisprudentie van het Europees Hof voor de Rechten van de Mens biedt overigens ruimte aan de opvatting dat voor opnemings van personen uit de gbg- groep in het licht van de vereisten van het Evrm niet alleen geen rechterlijke beslissing is vereist, maar zelfs de semi-

¹⁴³ Zie over dit onderwerp en de terminologie Keurentjes R.B.M.(2002), *De Wet Bopz*, Sdu Uitgevers: Den Haag, p. 127.

rechterlijke tussenkomst van een Bopz-commissie niet altijd noodzakelijk is.¹⁴⁴

Naast ontwikkelingen en vragen ten aanzien van de opnemings van verstandelijk gehandicapten en psychogeriatrische patiënten, behandel ik ook de rechtspositie van deze personen na opnemings, met name waar het betreft vrijheidsbenemingen. Sinds december 1999 kunnen ook afdelingen van verzorgingshuizen als Bopz-locatie worden aangemerkt en onder het begrip 'psychiatrisch ziekenhuis' van art. 2 lid 1 onder h. van de Wet Bopz vallen: de problematiek rond rechtsbescherming van psychogeriatrische patiënten ziet dan ook niet alleen op - psychogeriatrische - verpleeghuizen, maar ook op andere locaties waar deze patiënten wonen of verblijven.

Binnen de zorg aan verstandelijk gehandicapten die in een instelling verblijven, en bewoners van psychogeriatrische verpleeghuizen zijn met name de Wgbo en Wet Bopz van groot belang. Beide wetten komen hierna aan de orde. In het rapport dat in maart 2002 werd opgesteld door de begeleidingscommissie bij de tweede evaluatie van de Wet Bopz wordt geconcludeerd dat in de praktijk van de beide zorgsectoren die in dit preadvies centraal staan, veel vragen bestaan over de verhouding tussen beide wetten.¹⁴⁵ Daarnaast blijkt uit de jurisprudentie dat er verschil van mening bestaat over de vraag of in het geval een bewoner dwangbehandeling ondergaat, toepassing van de Wgbo volstaat of dat het kader van de Wet Bopz noodzakelijk is.¹⁴⁶

De Wet Bopz biedt een betere rechtsbescherming, maar toepassing van de Wet Bopz betekent dat opnemings en verblijf onvrijwillig worden gemaakt en dat de bewoner wellicht moet verhuizen naar een Bopz-locatie. In het vervolg van dit preadvies ga ik in op deze problematiek en de geconstateerde spanning tussen Wgbo en Wet Bopz en zoek een oplossing. De vraagstelling is echter breder en omvat niet alleen de vraag of de beide wetten goed op elkaar aansluiten. Het gaat er ook om of de rechtsbescherming die wordt geboden bij opnemingen en vrijheidsbenemingen tijdens het verblijf in beide sectoren effectief en voldoende is.

Uiteraard zijn voor het onderwerp van dit preadvies meer wetten relevant; ik vermeld de Kwaliteitswet zorginstellingen, de Wet Big, de Wet Klachtrecht cliënten zorgsector, die onderdelen van Boek 1 BW die de benoeming van een vertegenwoordiger voor meerderjarigen

¹⁴⁴ Europees Hof voor de Rechten van de Mens 26 februari 2002, H.M. tegen Zwitserland, nr.39187/98, Bj 2002, afl. 2, nr.20 m.nt. Dijkers.

¹⁴⁵ Evaluatie Wet bijzondere opnemingen in psychiatrische ziekenhuizen, *Conclusies en aanbevelingen van de begeleidingscommissie*, Den Haag: ZonMw, maart 2002, Reeks evaluatie regelgeving 10-10, p.46.

¹⁴⁶ Keurentjes, o.c., p. 94

mogelijk maken en uiteraard de Grondwet. Daar waar zij aan de orde kwamen, kon dit slechts zijdelings. Datzelfde geldt voor internationale regelingen zoals het Evrm, de Internationale Verklaring van rechten van verstandelijk gehandicapten en de Aanbeveling van de Raad van Europa inzake the protection of incapable adults.¹⁴⁷

Mijn vraagstelling luidt: "Op welke wijze is de rechtsbescherming van (aspirant)bewoners van instellingen voor verstandelijk gehandicaptenzorg en psychogeriatrische verpleeghuizen geregeld bij opnemingen en andere vrijheidsbenemingen, welke problemen doen zich voor en welke oplossingen zijn mogelijk?"

De beantwoording van deze vraagstelling vergt een aantal pagina's. De eerste twee hoofdstukken gaan in op de rechtspositie bij opneming resp. bij vrijheidsbeneming na opneming. Daarbij ga ik ook in op begrippen als verzet, onbekwaamheid en vertegenwoordiging. Ik realiseer mij dat ik in deze hoofdstukken een beschrijving geef van een juridisch landschap dat een aantal lezers bekend zal voorkomen, met name die lezers die kennis hebben genomen van de resultaten van de laatste evaluatie van de Wet Bopz. Voor een grote groep lezers is deze informatie echter noodzakelijk voor een goed begrip van de oplossingen die ik in het derde hoofdstuk voorstel.

De inhoud en indeling van de hoofdstukken 2 en 3 suggereren een conformiteit met de Wet Bopz die immers ook onderscheid maakt tussen opneming en behandeling na opneming, die ik in mijn laatste hoofdstuk niet van plan ben in acht te nemen. De hierboven vermelde begeleidingscommissie bij het tweede evaluatie-onderzoek oordeelt op p. 51 van haar rapport: "Na deze tweede evaluatie kan de conclusie geen andere zijn dan dat de Wet Bopz overwegend ongeschikt is voor toepassing in de sectoren psychogeriatric en verstandelijk gehandicaptenzorg". In dit oordeel kan ik mij goed vinden; ik weet mij als onderzoeker van één van de desbetreffende deelonderzoeken ook medeverantwoordelijk voor het aandragen van argumenten voor dit oordeel van de commissie.¹⁴⁸ Het - beargumenteerd - uiten van kritiek op bestaande regelgeving gaat echter lang niet altijd samen met het presenteren van een oplossing. Het betreft een complexe problematiek

¹⁴⁷ Recommendation No. R (99) 4 of the Committee of Ministers to Member States on Principles concerning the Legal Protection of Incapable Adults, adopted on 23 February 1999.

¹⁴⁸ Arends, L.A.P., Blankman, K., & Frederiks, B.J.M. (2001). Evaluatie-onderzoek Wet Bopz. *Interne rechtspositie in de psychogeriatric en de verstandelijk gehandicaptensector*, Den Haag: ZonMw, maart 2002, Reeks evaluatie regelgeving: deel 10-3.

en een eenvoudige oplossing ligt niet voor de hand. Het laatste hoofdstuk dat ongeveer de helft van het preadvies beslaat, is niet meer primair beschrijvend, maar op de toekomst gericht. In de oplossingsrichting die ik in dit hoofdstuk ontwikkel, neem ik afstand van de Wet Bopz o.a. van het onderscheid tussen dwangopneming en dwangbehandeling, maar tracht wel de goede elementen uit deze wet te behouden. Ook ga ik de mogelijkheden na die de Wgbo biedt. Een en ander leidt overigens niet noodzakelijkerwijs tot een wetsvoorstel Wgbopz. Waar ik in de tekst hieronder wetsartikelen vermeld, zijn die tenzij anders aangegeven, afkomstig uit de Wet Bopz.

1. RECHTSBESCHERMING BIJ OPNEMING

1.1 Inleiding

Opneming in de sectoren verstandelijk gehandicaptenzorg en psychogeriatric kan langs drie wegen plaatsvinden. Bij de 'gewone' psychiatrie bestaan slechts twee mogelijkheden. De hierboven vermelde novelle heeft een derde opnemingsmogelijkheid gerealiseerd voor personen die behoren tot de gbg-groep d.w.z. personen die zich niet verzetten tegen opneming en verblijf en evenmin blijk geven van de nodige bereidheid ter zake. De in art. 60 lid 3 aangeduide commissie is bevoegd te beslissen over de opneming van deze personen in een woonvoorziening die is aangemerkt als Bopz-locatie. Bij bereidheid kan de opneming op basis van de Wgbo worden gerealiseerd en is er wat de opneming betreft voldoende rechtsbescherming omdat informed consent is vereist. Voor opneming in een Bopz-locatie is bovendien bepaald dat de vertegenwoordiger niet namens de betrokkene kan uitspreken dat deze tot opneming bereid is. Weliswaar bepaalt art. 2 lid 5 dit alleen voor de mentor, maar aangenomen mag worden dat dit ook geldt voor de curator en de andere vertegenwoordigers die in de Wgbo (art. 7:465 BW) en in art. 38 worden vermeld.

Bij verzet tegen opneming en verblijf is een voorlopige machtiging van de rechter vereist. Men zie art. 3. De rechtsbescherming is hier dezelfde als bij opneming van de 'gewone' psychiatrische patiënt die geen blijk geeft van bereidheid. Problemen en knelpunten bestaan met name bij de opneming op basis van een uitspraak van de in art. 60 vermelde commissie. Deze commissie is in eerste instantie een regionale indicatiecommissie binnen de desbetreffende zorgsector die er met de komst van de Wet Bopz in een aantal gevallen een extra taak en bevoegdheid bij heeft gekregen. Anders dan de rechter die bij de behandeling van een verzoek om een - voorlopige - machtiging o.a.

nagaat of de stoornis de betrokkene gevaar doet veroorzaken, heeft de commissie tot taak te oordelen over de noodzaak van opneming en verblijf. Deze noodzaak is aanwezig, indien de betrokkene zich ten gevolge van de stoornis niet buiten de inrichting kan handhaven (art. 60 leden 3 en 4). Tussen beide opnemingsmogelijkheden bestaat nog een ander belangrijk verschil: hoewel art. 60 in bijna alle leden spreekt over opneming en verblijf, bedenke men dat de commissie slechts bevoegd is de opneming onvrijwillig te maken; het verblijf volgend op deze opneming is anders dan bij een machtiging door de rechter niet onvrijwillig. De op basis van art. 60 opgenomen verstandelijk gehandicapte kan bij wijze van spreken na de opneming de woonvoorziening via de achterdeur verlaten. De commissie heeft wel vastgesteld dat de betrokkene zich niet buiten de inrichting kan handhaven, maar indien hij na opneming kenbaar maakt dat hij de woonvoorziening wil verlaten en het noodzakelijk is dat hij daar blijft, dient een rechterlijke machtiging te worden verzocht. Op het moment van de opneming bestond er geen verzet - anders zou de commissie niet bevoegd zijn geweest tot opneming te besluiten - maar het is mogelijk dat er op een later moment, enige tijd na de opneming toch sprake is van verzet tegen het verblijf. In die situatie (zie art. 3 'opneming of verblijf' en 61 lid 2) dient een machtiging te worden verzocht. Op dit punt is er geen verschil met vrijwillig opgenomen bewoners. Het bepaalde in art. 60 lid 1 waar het gaat om "Opneming en verblijf vindt plaats, indien een commissie als bedoeld in lid 3, die opneming noodzakelijk oordeelt", is op zijn minst verwarrend: of verblijf plaatsvindt wordt niet door de commissie maar door de betrokkene zelf bepaald.

Een cruciaal punt bij de bevoegdheid van deze commissie om tot opneming te besluiten, is de vaststelling dat er geen verzet bestaat. De andere grens, de vrijwilligheid levert voor zover bekend, geen problemen op. De Raad van State heeft indertijd bij het adviseren inzake de voorgestelde novelle benadrukt dat tijdens de procedure bij de indicatiecommissie expliciet moest worden gewezen op de mogelijkheid om bezwaar te maken tegen de voorgenomen opneming.¹⁴⁹ Lid 4 van art. 60 schrijft om die reden voor dat de betrokkene mondeling en schriftelijk wordt meegedeeld dat hij zich kan verzetten tegen opneming en verblijf. Uit de evaluatie van de Wet Bopz komt naar voren dat de commissies op tal van onderdelen handelen in strijd met of op de grens van het juridisch kader. De hierboven bedoelde in art. 60 lid 4 voorgeschreven mededeling

¹⁴⁹ Zie Evaluatie Wet Bopz. *Externe rechtspositie in de psychogeriatric en de verstandelijk gehandicaptensector* (2002), p. 12 en 13.

omtrent de mogelijkheid van verzet blijft regelmatig achterwege. Ook blijkt dat de indicatiecommissies werken met een begrip verzet dat veel enger is dan de wetgever heeft bedoeld.¹⁵⁰ Opvallend is dat een groot aantal van de knelpunten die bij de eerste evaluatie van de Wet Bopz in 1996 aan het licht kwamen, ook tijdens de tweede evaluatie van de Wet Bopz in 2000 werden waargenomen. De commissies bleken in de praktijk nog steeds aanvullende eisen te stellen aan het verzet: het verzet moet nadrukkelijk en persistent worden geuit en het moet een reële betekenis hebben. Een voorbeeld ter illustratie: een 80-jarige demente vrouw verzet zich tegen opname in een verpleeghuis omdat ze voor haar man en kinderen wil blijven zorgen die zo stelt zij, elke dag aan het eind van de middag thuiskomen. Het verzet is weinig reëel want haar man is overleden en haar kinderen zijn getrouwd en wonen elders; ze komen wel op bezoek, maar niet elke namiddag. De Wet Bopz stelt geen nadere eisen aan verzet (elk verzet is verzet) en zuiver juridisch bezien is de commissie hier niet bevoegd en is rechterlijke tussenkomst vereist, want er is verzet. De meerderheid van de indicatiecommissies blijft in een dergelijke situatie 'hardnekkig' vasthouden aan eigen bevoegdheid en duidt de opstelling van deze vrouw niet als verzet althans niet als verzet dat rechterlijke tussenkomst vereist.¹⁵¹ Overigens blijkt dat de meeste opnemingen in de sector psychogeriatric personen uit de gbgg-groep betreft. Uit een ander deelonderzoek gericht op de evaluatie van de Wet Bopz bleek dat 20 % van de bewoners van de in het onderzoek betrokken verpleeghuizen vrijwillig was opgenomen, 78,5 % met een artikel 60-indicatie en nog geen volle procent met een rechterlijke machtiging of inbewaringstelling. De cijfers in de verstandelijk gehandicaptensector tonen aan dat de Wet Bopz nauwelijks een rol speelt; bijna 70 % van de bewoners in de onderzochte woonvoorzieningen was vrijwillig opgenomen, bijna 30 % met een artikel 60-indicatie en nog geen 4/1000 procent op grond van een machtiging of inbewaringstelling.¹⁵² Opvallend in deze uitkomsten is de verhouding tussen de opnemingen op basis van art. 60 en op basis van een rechterlijke machtiging. Hieruit blijkt overduidelijk dat door de indicatiecommissies zelden verzet wordt geconstateerd. De door de wetgever beoogde rechtsbescherming bij verzet nl. de tussenkomst van de rechter wordt in zeer weinig gevallen gerealiseerd.

¹⁵⁰Zie Evaluatie Wet Bopz. *Externe rechtspositie in de psychogeriatric en de verstandelijk gehandicaptensector* (2002), p. 67 en 68.

¹⁵¹ Zie Evaluatie Wet Bopz. *Externe rechtspositie in de psychogeriatric en de verstandelijk gehandicaptensector* (2002), p. 69 en 70.

¹⁵² Zie Evaluatie Wet Bopz. *Interne rechtspositie in de psychogeriatric en de verstandelijk gehandicaptensector* (2002), p. 44 en 90.

De hierboven vermelde uitspraak van het Europees Hof van 26 februari 2002 biedt ruimte om de discrepantie tussen wet en praktijk op het punt van verzet te verminderen. Voor ik hierop inga, behandel ik een andere situatie waarbij de beslissing tot opneming is voorbehouden aan de rechter.

1.2 Verzet, verschil van mening en toestemming van vertegenwoordigers

Het is mogelijk dat de betrokkene van 12 jaar of ouder blijkt geeft van bereidheid tot opneming, maar dat de vertegenwoordiger van oordeel is dat opneming en verblijf niet moeten plaatsvinden. In dat geval en ook indien er twee vertegenwoordigers zijn en zij samen deze mening hebben of juist van mening verschillen, is op grond van de leden 3b en 3c van art. 2 voor opneming rechterlijke tussenkomst vereist. Enkele verschillen met het BW dringen zich hier op. Volgens de regeling van de Wgbo is een 16- of 17-jarige bekwaam om alleen een geneeskundige behandelingsovereenkomst aan te gaan en dus ook een overeenkomst inzake opneming en verblijf; verzet of tegenspraak van een van zijn ouders of beide ouders staat een opneming niet in de weg (art. 7:447 BW). Voor minderjarigen tussen de 12 en 16 jaar geldt dat in bijzondere omstandigheden ook zij een overeenkomst met een medisch hulpverlener kunnen sluiten zonder toestemming van hun wettelijk vertegenwoordigers (art. 7:450 BW). De Wgbo regeling geldt voor opnemingen in tal van woonvormen en locaties; voor opnemingen in een Bopz-locatie is echter gekozen voor een andere regeling, waarbij de positie van de vertegenwoordiger is versterkt.

Een en ander geldt ook voor het geval een curator of mentor is benoemd ten behoeve van een meerderjarige en een opneming wordt overwogen. De meerderjarige zou wanneer hij ter zake wilsbekwaam was, een overeenkomst met een gezinsvervangend tehuis of een verzorgingshuis kunnen sluiten en daar kunnen gaan wonen. Verzet van de mentor of curator staat dit niet in de weg. Zou het gaan om een overeenkomst met en een opneming in een Bopz-locatie, dan leidt verzet van de mentor of de curator tot inschakeling van de rechter.

De regeling in art. 2 lid 3 onder b en c die in feite inhoudt dat een dubbele bereidheid is vereist, die van de betrokkene zelf en die van zijn wettelijk vertegenwoordiger, werd onder meer verdedigd met het argument dat de verantwoordelijkheid van de wettelijk vertegenwoordiger meebrengt dat diens instemming in ieder geval ook gegeven is.¹⁵³ De wilsbekwaamheid van betrokkene is bij opnemings-

¹⁵³ TK 1976-1977, 11270 nr. 7 (MvA), p. 17.

beslissingen van belang maar zo mogelijk nog meer relevant bij beslissingen inzake (dwang)behandeling na opneming. In een volgend hoofdstuk ga ik nader in op het begrip en de vaststelling van wils(on)bekwaamheid. Op deze plaats kan worden volstaan met de omschrijving van wilsbekwaam als beslissingsvaardig, in staat tot een redelijke afweging van zijn eigen belangen ter zake.

Overigens moet met de situatie dat twee ouders het gezag gezamenlijk uitoefenen (men zie de art. 1:251 leden 1 en 2, 252 en 253aa BW) worden gelijk gesteld de situatie dat een ouder tezamen met een ander gezag uitoefent. Men zie de art. 1:253sa en 253t juncto 1:245 lid 5 BW. In de regeling van de Wet Bopz is nog niet verdisconteerd dat voogdij ook gezamenlijk kan worden uitgeoefend (art. 1:282 en 292 BW). Evenmin is terug te vinden de mogelijkheid van benoeming van twee mentoren of curatoren welke bestaat sinds het arrest van de Hoge Raad van 1 december 2000.¹⁵⁴ Ik houd het erop dat hetgeen is vermeld in art. 2 lid 3 onder b en c ook geldt voor de situatie dat er twee voogden gezag over een minderjarige uitoefenen en voor het geval dat er twee mentoren of twee curatoren zijn benoemd.

Bovenvermelde regeling waarbij verzet van de vertegenwoordiger of verschil van mening tussen de twee vertegenwoordigers leidt tot de verplichte tussenkomst van de rechter, is om verschillende redenen opvallend. In de eerste plaats omdat de regeling zich beperkt tot de ouder(s) met gezag over een minderjarige, voogden, mentoren en curatoren. De overige in art. 465 BW en art. 38 vermelde vertegenwoordigers, de schriftelijk gevolmachtigde, de partner en degene die ouder, kind, broer of zus van de betrokken meerderjarige is, spelen hier geen rol. Hun verzet tegen de opneming is rechtens niet relevant. In art. 38 wordt verzet van deze vertegenwoordigers wel gehonoreerd en leidt dit in principe tot niet (verder) behandelen. Een onlogisch verschil omdat ik niet kan inzien waarom een beslissing tot opneming zo anders is dan een behandelbeslissing dat om die reden bij opneming de mogelijkheid tot verzet door vertegenwoordigers van meerderjarigen beperkt zou dienen te blijven tot door de rechter benoemde en gecontroleerde vertegenwoordigers. Een ander m.i. niet te rechtvaardigen verschil tussen de regeling van art. 2 en die van art. 38 is dat bij opneming wilsbekwaamheid van de op te nemen persoon irrelevant is voor de mogelijkheid van de vertegenwoordiger om zich te verzetten.

Ten onrechte wordt aan de verantwoordelijkheid van de vertegenwoordiger meer gewicht toegekend dan aan de eigen keuze van de betrokkene. Een belangrijk extra bezwaar is dat indien de

¹⁵⁴ Zie K. Blankman, 'Vertegenwoordiging van wilsonbekwamen, de Wet Bopz en het Evrm', *FJR* 2001, p. 130-132.

rechter de machtiging verleent, er tevens de mogelijkheid tot dwangbehandeling wordt gegeven, terwijl daaraan wellicht geen behoefte bestaat. Een duidelijke spanning met het proportionaliteitsbeginsel tekent zich af. Beter lijkt mij het verzet van vertegenwoordigers van personen vanaf 16 jaar alleen dan te honoreren, indien de betrokkene behoort tot de gbgg-groep. Slechts bij wilsonbekwaamheid van betrokkene ten aanzien van de opneming en het verblijf is er ruimte voor vervangend verzet of wellicht vervangende toestemming van de zijde van de vertegenwoordiger.

Wat dat laatste betreft, vervangende toestemming of zoals art. 2 lid 5 Wet Bopz het formuleert "het blijk geven van de nodige bereidheid" kan op dit moment niet door de mentor namens de betrokkene worden gerealiseerd. In de verwijzing naar art. 1:453 BW moet ook art. 1:381 BW worden begrepen. De onmogelijkheid om hier te vertegenwoordigen geldt ook de curator. Zie ook art. 1:381 lid 4 BW dat bepaalt dat de artikelen 1:353 en 354 BW bij curatele van overeenkomstige toepassing zijn. Ten aanzien van dit punt stelt de begeleidingscommissie voor dat er een regeling komt waarbij een vertegenwoordiger van een patiënt uit de gbgg-groep instemt met de opneming. Het honoreren van dit voorstel zou betekenen dat het absolute verbod om vervangend toestemming tot opneming te geven (blijk te geven van bereidheid) gaat verdwijnen. Mijns inziens zou hier net als bij het kenbaar maken van verzet of verschil van mening alleen ruimte zijn voor vervangend optreden door een vertegenwoordiger wanneer de betrokkene ter zake wilsonbekwaam is.

Uit bovenstaande blijkt dat er redenen zijn de regeling inzake bevoegdheden van de vertegenwoordiger(s) bij opneming in overeenstemming te brengen met de regeling in art. 38; mijn voorstel met betrekking tot de regeling bij opneming behelst uitbreiding tot alle vertegenwoordigers, terugdringen van de mogelijkheid van rechtens relevant verzet tot situaties van wilsonbekwaamheid en introductie van de mogelijkheid tot het geven van vervangende toestemming in situaties dat de betrokkene ter zake wilsonbekwaam is. Het realiseren van dit voorstel leidt ertoe dat de rechtsbescherming bij opneming meer gaat lijken op de in art. 38 opgenomen regeling en meer wordt afgestemd op de wilsbekwaamheid van de betrokkene; verzet of verschil van mening bij vertegenwoordigers leidt niet meer automatisch tot rechterlijke tussenkomst.

1.3 De noodzaak tot rechterlijke tussenkomst volgens het Europees Hof

Het arrest van het Hof van 26 februari 2002, BJ 2002/20, p. 5 e.v. betreft de onvrijwillige opneming van een vrouw in een verpleeghuis die door het Hof niet wordt gekwalificeerd als vallend onder art. 5 Evrm. Het Hof overweegt dat er verschil bestaat tussen ontneming en beperking van vrijheid en formuleert dat het antwoord op de vraag of sprake is van een vrijheidsontnemende maatregel als bedoeld in art. 5 Evrm afhangt van een aantal factoren. Vermeld worden de aard (the type), de duur, de effecten en de wijze van tenuitvoerlegging van de maatregel. Een breed scala aan mogelijkheden dient zich aan. Wat de duur betreft, is een opneming in een woonvoorziening voor verstandelijk gehandicapten of een verpleeghuis veelal van lange duur. Dat pleit ervoor om eerder van ontneming dan van beperking van vrijheid te spreken.

Ten aanzien van de effecten van de maatregel lijkt het in de uitspraak van het Hof vooral te gaan om de gevolgen van de maatregel zoals die door betrokkene en eventueel zijn familieleden worden gevoeld. In de casus van het Hof bleek dat de opgenomen vrouw ambivalent stond ten aanzien van de opneming. Naar de Nederlandse situatie vertaald zou de vrouw waarschijnlijk tot de gbg-groep worden gerekend. Het Hof doelt niet op effecten in de betekenis van positieve resultaten. Of de maatregel effectief is geweest, is voor de vraag of sprake is geweest van schending van art. 5 Evrm, zoals ik de uitspraak lees, niet nadrukkelijk van belang.¹⁵⁵

Een andere factor die moet worden gewogen om te kunnen vaststellen of art. 5 Evrm van toepassing is, betreft de wijze van tenuitvoerlegging van de vrijheidsbeneming. In de onderhavige casus werd mevrouw opgenomen op een open afdeling met vrijheid van bewegen en mogelijkheden voor sociaal contact met de buitenwereld. Wanneer de opneming plaats had gevonden op een gesloten afdeling en de behandeling vanuit de separeercel gestart zou zijn, of de betrokkene ernstig beperkt was geweest in zijn bewegingsvrijheid, was aannemelijker geweest dat de opneming zou zijn gekwalificeerd als ontneming van vrijheid waarop art. 5 Evrm van toepassing is. Het

¹⁵⁵ Overigens is zeer wel verdedigbaar dat in het geval van een vrijheidsbeneming die doelmatig is c.q. blijkt te zijn bijvoorbeeld omdat de vrijheidsbeneming het de betrokkene mogelijk maakt opnieuw zijn zelfbeschikkingsrecht uit te oefenen, niet sprake is van schending van art. 5 Evrm; in een dergelijk geval is de detentie van de geesteszieke rechtmatig (art. 5 lid 1 onder e Evrm). Probleem is wel dat effectiviteit veelal pas achteraf is vast te stellen.

onderscheid tussen een ontneming van de vrijheid en een beperking ervan in de visie van het Hof “is merely one of degree or intensity, and not one of nature or substance”. (r.o. 42).

Wat opvalt is een andere manier van beantwoording van een rechtsvraag. Ik wijs ter verduidelijking op de ‘mechanieken’ van de art. 6:162 en 6:98 BW. In het eerste geval wordt door middel van ‘afvinken’ vastgesteld of er een schadevergoedingsverplichting bestaat; deze is er wanneer aan alle vereisten is voldaan. De omvang van deze verplichting wordt echter niet door afvinken maar door middel van weging vastgesteld. Het gaat daarbij (zie de tekst van art. 6:98 BW) onder meer om causaal verband, aard van de schade en aard van de aansprakelijkheid. Zo leidt overtreding van een veiligheidsnorm tot een hogere schadevergoeding enz. Weging biedt meer ruimte om recht te doen aan de totale situatie en te streven naar recht op maat, maar scheidt ook onduidelijkheid; de afvinkmethode biedt meer houvast om het recht te vinden, maar leidt minder makkelijk tot maatwerk. Ter illustratie wijs ik op de regeling van art. 7:450 BW. De Wgbo heeft de rechtspositie van minderjarigen gekoppeld aan leeftijdsgrenzen; deze keuze biedt duidelijkheid, want de kalenderleeftijd kan snel en onbetwistbaar worden vastgesteld en afgevinkt, maar het is minder makkelijk de wilsuïting van een 11-jarige ter zake wilsbekwame patiënt rechtens te honoreren. Een keuze voor het weglaten van leeftijdsgrenzen en bijvoorbeeld het introduceren van het concept van de mature minor, had tot meer onduidelijkheid geleid, maar had het toekennen van een rechtspositie aan een 11-jarige vergemakkelijkt; dit was met name afhankelijk geweest van het wegen van het mature zijn van deze minderjarige d.w.z. het onderzoeken van zijn wilsbekwaamheid ter zake.

In mijn perceptie benadrukt het Hof dat het bij vrijheidsbeneming vooral om weging van een aantal factoren gaat, terwijl ik in de Wet Bopz vooral het afvinken van een beperkt aantal voorwaarden herken.¹⁵⁶ De wijze van tenuitvoerlegging van de maatregel is althans geen factor waar de rechter volgens de tekst van de wet aandacht aan moet of kan besteden. Het is duidelijk dat het Hof m.i. terecht, de afstand tussen de externe en de interne rechtspositie verkleint, althans de onderlinge relatie ervan meer erkent dan de regeling van de Wet Bopz. Het nadrukkelijk gescheiden houden van beide rechtsposities wringt met name wanneer een machtiging wordt gevraagd om

¹⁵⁶ Zie ook L.A.P. Arends en B.J.M. Frederiks, ‘Hersenschimmen? Een beschouwing over de noodzaak van nieuwe wetgeving’, *TvGr* 2003, 2. De auteurs gaan ook in op deze uitspraak van het Europees Hof en spreken in dit verband over een glijdende schaal. In deze omschrijving is het proces van weging te herkennen.

dwangbehandeling mogelijk te maken of een reeds gerealiseerde dwangbehandeling van rechtswaarborgen te voorzien. Het gaat dan juist om de wijze van tenuitvoerlegging. De Wet Bopz biedt de rechter echter op dit moment weinig ruimte om de ter zake relevante factoren af te wegen; uiteraard kan hij wel een (over)weging hieraan wijden, maar hij dient bij zijn uitspraak terug te vallen op en gebruik te maken van de in de art. 2 en 3 opgenomen voorwaarden. Dit teruggrijpen op de externe rechtspositie om de interne rechtspositie te regelen is geforceerd en verhoudt zich slecht met het proportionaliteitsbeginsel; terwijl het gaat om het toekennen van rechtswaarborgen bij dwangbehandeling, wordt zonder duidelijke noodzaak ook de opneming en het verblijf onvrijwillig gemaakt. Deze noodzaak zou er slechts dan zijn wanneer de betrokkene had aangegeven de woonvoorziening te willen verlaten; in de andere gevallen berust de noodzaak op het systeem van de Wet Bopz waarin rechtswaarborgen voor dwangbehandeling niet los verkrijgbaar zijn.¹⁵⁷ In het laatste hoofdstuk ontwikkel ik een voorstel dat aan dit bezwaar tegemoet komt.

De methode van weging van verschillende factoren die het Hof voorstaat, biedt ruimte om de focus niet alleen te richten op de opneming, maar ook op situaties van vrijheidsbeneming na de opneming. Ook de uitwerking van deze gedachte vindt in het laatste hoofdstuk plaats.

De laatste te bespreken factor die door het Hof wordt vermeld, betreft de aard van de maatregel. In de Nederlandse situatie kan dit een opneming op basis van art. 60 zijn of op basis van een rechterlijke machtiging of inbewaringstelling. Omdat opneming op basis van de uitspraak van een Bopz indicatiecommissie ertoe leidt dat de betrokkene op elk moment de instelling waar hij verblijft, kan verlaten, is aannemelijk dat deze wijze van vrijheidsbeneming niet onder art. 5 Evrm valt. In zijn noot onder de uitspraak geeft Dijkers aan dat aanbeveling 35 van de begeleidingscommissie door deze uitspraak wordt ondersteund. Deze luidt: “De overheid behoort de toepasselijkheid van de Wet Bopz te beperken tot patiënten die bezwaar maken tegen de opneming en het verblijf; voor patiënten uit de ggbg-groep behoort een andere rechtspositieregeling te worden

¹⁵⁷ De Wet Bopz laat zich wat dit betreft vergelijken met de curatele in de periode voor de invoering van het beschermingsbewind en het mentorschap. Wanneer een meerderjarige bescherming behoefde omdat hij door zijn geestelijke stoornis zijn vermogensrechtelijke belangen niet goed zelf kon behartigen, kon hij onder curatele worden gesteld. Tegelijk werd ook op andere rechtsgebieden zijn juridische bewegingsvrijheid beperkt, hoewel daartoe geen noodzaak bestond.

ontwikkeld, met inachtneming van voorwaarden.”¹⁵⁸ Regering en wetgever zouden met het overnemen van deze aanbeveling aan een aantal in de evaluatie geconstateerde bezwaren tegemoet komen; de hierboven in de eerste paragraaf van dit hoofdstuk vermelde discrepantie tussen wet en praktijk op het punt van het interpreteren van verzet wordt hiermee echter niet opgelost. Ten aanzien van dit punt bepleit de begeleidingscommissie op p. 44 van haar rapport wel dat er richtlijnen tot stand komen met betrekking tot de inhoud en operationalisering van het begrip ‘verzet’ met inachtneming van hetgeen over het begrip is opgemerkt tijdens de parlementaire behandeling van de wet. Ik zou hieraan willen toevoegen: “en door het Europees Hof over de toepasselijkheid van art. 5 Evrm ter zake is bepaald”. Bovenvermelde uitspraak van het Hof maakt weging van verzet mogelijk. Ik ben hier voorstander van en meen dat vasthouden aan het uitgangspunt dat elk verzet verzet is, leidt tot een illusoire rechtsbescherming. Voor mij staat buiten kijf dat wilsbekwaam verzet tegen opneming en verblijf betekent dat art. 5 Evrm van toepassing is en rechterlijke tussenkomst is vereist, maar bij wilsonbekwaam verzet meen ik dat weging van de andere factoren mede bepalend is voor de vraag of de rechter moet worden ingeschakeld.

De oplossing(srichting) zoals ik die zie, bevat drie componenten. Er dient een richtlijn voor toepassing van het begrip verzet te worden ontwikkeld.¹⁵⁹ Ten behoeve van de vaststelling van wilsonbekwaamheid dienen – meer - praktische toepasbare criteria te worden ontwikkeld. Het derde element van mijn voorstel behelst het betrekken van een juridisch geschoolde functionaris of wellicht de rechter in het proces van weging.¹⁶⁰ Het interpreteren, duiden en wegen van verzet is voor de rechtspositie van de betrokkene dermate ingrijpend dat de weging een juridische inbedding behoeft. Deze elementen van dit

¹⁵⁸ Zie Evaluatie Wet Bopz. *Conclusies en aanbevelingen van de begeleidingscommissie* (2002), p. 51.

¹⁵⁹ Een in dit verband relevant protocol vormt het door Hertogh, C.M.P.M. en Deerenberg-Kessler, W. opgestelde protocol ‘verzet’ bij psychogeriatrische patiënten in het kader van de BOPZ, opgesteld ten behoeve van de Gooi Meent Zorginstellingen en mede gebaseerd op de door de begeleidingscommissie op p. 44 van haar rapport vermelde richtlijn inzake verzet in de context van de Wet medisch-wetenschappelijk onderzoek met mensen.

¹⁶⁰ Dit voorstel is te beschouwen als een lichtere variant van het voorstel van Van Ginneken. Zie P. van Ginneken, ‘Over art. 60 Wet Bopz. De opneming in psychogeriatrische verpleeghuizen en in instellingen voor verstandelijk gehandicapten’, *MGv* 2002, p. 576. Zie hierover ook Widdershoven elders in dit preadvies Hfst. 4 (nt.52 en 53).

voorstel werk ik in volgende hoofdstukken meer uit. Voor nu is van belang dat ik niet als probleem zie dat verzet wordt gewogen – ontkennen of verbieden leidt niet tot effectieve rechtsbescherming – maar dat deze weging uitsluitend plaatsvindt binnen en door de indicatiecommissie. De door mij voorgestelde functionaris c.q. rechter dient betrokken te worden bij alle wegingen, maar de mate en intensiteit van deze betrokkenheid kan variëren.

Tenslotte viel in de uitspraak van het Europees Hof op dat het Hof bij haar beoordeling van de klacht in het bijzonder aandacht heeft geschonken aan het feit dat de desbetreffende Zwitserse commissie “placed the applicant in the foster home in her own interests in order to provide her with the necessary medical care, as well as living conditions and hygiene.”. Deze formulering houdt ongetwijfeld mede verband met de relevante Zwitserse regelgeving, maar opvallend is dat het bestwilcriterium wordt gehanteerd en dat een duidelijk verband wordt gelegd tussen de opneming en het doel ervan, het verlenen van de noodzakelijk medische zorg enz. Nu lijkt het mij niet onwaarschijnlijk dat het gros van de opnemingen in de sectoren psychogeriatric en verstandelijk gehandicaptenzorg eveneens een zorgdoel dient en niet, althans niet primair, gericht is op afwenden van gevaar. Bij opnemingen van een automutilerende verstandelijk gehandicapte of een agressieve demente bejaarde gaat het wel om afwenden van gevaar, maar deze opnemingen komen naar mijn inschatting weinig voor. In de bepalingen inzake onvrijwillige opneming in de art. 2 en 60 waar sprake is van ‘afwenden van gevaar’ en ‘het zich niet buiten de inrichting kunnen handhaven’, is het verlenen van de noodzakelijke – medische – zorg als doel van de opneming op dit moment niet terug te vinden. Het is de vraag of gelet op deze voor het Europees Hof zo belangrijke overweging, in Nederland gekozen kan worden voor een wijziging van (opnemings)criterium en een kanteling van perspectief. Ik meen dat bij opnemingen van psychogeriatric patiënten en verstandelijk gehandicapten het afwenden van het gevaar en meer algemeen het hanteren van het gevaarscriterium niet langer die centrale plaats zouden moeten innemen die ze nu hebben. Een vervanging door een criterium als noodzakelijk voor een goede verzorging en behandeling laat zich gelet op bovenvermelde uitspraak uit Straatsburg en het karakter van de meeste opnemingen in beide sectoren verdedigen. Wijziging van gevaarscriterium in noodzaakcriterium leidt niet zonder meer tot een verslechtering van de rechtspositie van de op te nemen personen in beide sectoren; een en ander is in hoge mate afhankelijk van de – overige - materiële en procedurele rechtswaarborgen waarmee de vrijheidsbeneming wordt omgeven. Evenals in de vorige paragraaf bepleit ik dat rechterlijke tussenkomst een gevolg is van

weging van de diverse rechtswaarborgen en niet van de aanwezigheid van een voorwaarde.

2. RECHTSBESCHERMING NA OPNEMING

2.1 Inleiding

Hoofdstuk 3 van de Wet Bopz draagt als titel Rechten van onvrijwillig in een psychiatrisch ziekenhuis verblijvende patiënten. Een onvrijwillige opname betekent niet dat de behandelaar vrijuit de behandeling kan vaststellen van de desbetreffende bewoner. Belangrijke elementen van de rechtspositie van bewoners zijn geregeld in de artikelen 38, 39, 40 en 41. Deze artikelen regelen resp. overleg en totstandkoming van een zorgplan¹⁶¹, mogelijkheid en grond voor dwangbehandeling (art. 38), de tijdelijke toepassing van (dwang)middelen of maatregelen in een noodsituatie (art. 39), controle op poststukken en beperkingen van het recht op bezoek, het recht op vrij telefoonverkeer en het recht op bewegingsvrijheid in en rond het ziekenhuis (art. 40) en het klachtrecht (art. 41). Andere belangrijke elementen van rechtsbescherming zijn het informeren van de bewoner over o.a. de voor hem verantwoordelijke behandelaar (art. 36), de huisregels, het klachtrecht en het aanleggen van een patiëntendossier (art. 37), de verplichting tot interne registratie o.a. het bijhouden van aantekeningen die een duidelijk inzicht geven in het ziekteverloop (art. 37a), en het melden aan de inspecteur van toepassing van dwangbehandeling (begin en einde) en van toepassing van middelen of maatregelen. Men zie voor de kennisgeving aan en de toetsende taak van de inspecteur de artikelen 38 leden 6 en 7, 39 lid 3 en 39a.

De drie hierboven vermelde in art. 40 opgenomen beperkingen kunnen slechts worden aangebracht overeenkomstig de daarvoor geldende huisregels en indien deze beperking noodzakelijk is ter voorkoming van strafbare feiten of verstoring van de orde in het ziekenhuis of indien gevreesd moet worden dat uitoefening van het recht ernstige nadelige gevolgen heeft voor de gezondheidstoestand van de bewoner.¹⁶² De huisregels van het ziekenhuis gelden overigens voor

¹⁶¹ De wettekst vermeldt de term behandelingsplan, maar na de eerste evaluatie van de Wet Bopz is deze term voor de sectoren verstandelijk gehandicaptenzorg en psychogeriatric gewijzigd in zorgplan. In de verstandelijk gehandicaptenzorg wordt op een aantal plaatsen gewerkt met het begrip ondersteuningsplan.

¹⁶² Enigszins verwarrend is dat art. 40 slechts gedeeltelijk van toepassing is op bewoners die met een art. 60-indicatie zijn opgenomen; op grond van art. 61 lid 1 is alleen een beperking van de bewegingsvrijheid in en rond het ziekenhuis mogelijk zoals gereguleerd in het derde lid van art. 40.

alle bewoners dus ook voor vrijwillig opgenomen bewoners. De rechtspositie van vrijwillig opgenomen bewoners is hoofdzakelijk geregeld in de Wgbo en kent andere rechtswaarborgen.

Bovenstaande in het kort aangeduide interne rechtspositie maakt een degelijke indruk, maar uit het evaluatieonderzoek komt naar voren dat op een aantal onderdelen effectieve rechtsbescherming ontbreekt of te wensen overlaat. Ik ga hieronder achtereenvolgens in op de totstandkoming van het zorgplan, dwangbehandeling en toepassing van middelen of maatregelen in een noodsituatie, en de kennisgevingen aan en het optreden van de inspecteur.

2.2 Zorgplan, wilsonbekwaamheid en vertegenwoordiging

De totstandkoming van het zorgplan vertoont een sterke overeenkomst met de regeling van de Wgbo. Lid 1 van art. 38 bepaalt dat het plan in overleg met de patiënt wordt opgesteld. Deze formulering doet niet denken aan het expliciet geformuleerde toestemmingsvereiste, het informed consent, in de Wgbo (art. 7:450 lid 1 BW), maar lid 5 van art. 38 geeft aan dat er wel degelijk overeenstemming moet worden bereikt. Het zorgplan is er in de formulering van lid 3 van art. 38 op gericht de stoornis zo te verbeteren dat het gevaar op grond waarvan de patiënt in het ziekenhuis moet verblijven, wordt weggenomen. Terecht wijzen Arends en Frederiks erop dat deze formulering wijziging behoeft en dat bovendien vraagtekens kunnen worden geplaatst bij de legitimiteit van vrijheidsbeperkende maatregelen die in het zorgplan voorkomen.¹⁶³ Het evaluatieonderzoek wijst uit dat bij de totstandkoming van het zorgplan in de regel met een vertegenwoordiger wordt overlegd.¹⁶⁴ Klaarblijkelijk wordt uitgegaan van wilsonbekwaamheid van de bewoner; de beide onderzoekers treffen geen formele vaststellingen van wilsonbekwaamheid aan. Evenals bij de bespreking van de rechtsbescherming bij opneming acht ik het van groot belang dat richtlijnen voor de vaststelling van wilsonbekwaamheid worden opgesteld en toegepast.

De regeling in art. 38 inzake optreden en rangorde van vertegenwoordigers komt overeen met de regeling in art. 7:465 BW. Ook in de Wgbo is pas bij wilsonbekwaamheid van de betrokkene plaats voor optreden door een vertegenwoordiger. De rangorde en de

¹⁶³ Arends en Frederiks, o.c. *TvGr* 2003, 2 onder 2.2.

¹⁶⁴ Zie Evaluatie Wet Bopz. *Interne rechtspositie in de psychogeriatric en de verstandelijk gehandicaptensector* (2002), p. 95 en 101.

vier niveaus zijn eveneens gelijk: bovenaan staan ouder of voogd (in geval van minderjarigheid), mentor en curator, daaronder staat de door de betrokkene zelf benoemde vertegenwoordiger, de gevolmachtigde, gevolgd door de partner en op het vierde niveau, de ouder, kind broer of zus van de betrokkene. De aanwezigheid van een vertegenwoordiger bij wilsonbekwaamheid van de bewoner is van groot belang voor diens rechtsbescherming; hij is degene die de bewoner tegenwoordig stelt en indien nodig, het tegenwoord sprekend. In beide sectoren komt voor dat er geen vertegenwoordiger is of kan worden gevonden.¹⁶⁵ Dit probleem doet zich met name in verpleeghuizen voor. Onder meer door het toenemen van de leeftijd van bewoners en het kleiner en losser worden van familieverbanden is het soms niet gemakkelijk een contactpersoon of vertegenwoordiger te vinden. Op een aantal plaatsen zijn initiatieven ontwikkeld om vrijwilligers te werven en te trainen die bereid zijn om tot mentor te worden benoemd.¹⁶⁶ Nu de begeleidingscommissie althans bij de beslissing tot opname, pleit voor een grotere rol van vertegenwoordigers, doet het ontbreken van voldoende geschikte vertegenwoordigers zich des te meer als probleem gevoelen.

2.3 Dwangbehandeling en toepassing van middelen of maatregelen

De in art. 39 bedoelde middelen of maatregelen zijn afzondering, separatie, fixatie, gedwongen toedienen van medicatie en gedwongen toedienen van voedsel of vocht. In de psychogeriatric is separatie niet toegestaan. Een middel of maatregel als bijvoorbeeld fixatie kan worden toegepast in een noodsituatie, ter beveiliging als bedoeld in art. 39. Ook is mogelijk dat fixatie in het zorgplan is opgenomen en een therapeutisch doel dient, waardoor de toepassing ervan onder art. 38 valt. Toepassing van een middel of maatregel ter beveiliging mag maximaal 7 dagen duren. Is langere toepassing nodig, dan dient opname ervan in het zorgplan te volgen. De uitkomsten van het evaluatieonderzoek laten zien dat voor de toepassing van dwangbehandeling en middelen of maatregelen het onderscheid tussen vrijwillig of onvrijwillig opgenomen bewoners geen rol van betekenis

¹⁶⁵ Zie Evaluatie Wet Bopz. *Interne rechtspositie in de psychogeriatric en de verstandelijk gehandicaptensector* (2002), p. 47 en 67.

¹⁶⁶ Twee voorbeelden zijn de mentorschapskursus van Alzheimer Nederland te Bunnik en het mentorschapsproject van de Stichting de Stroom uit Rotterdam.

speelt.¹⁶⁷ Het zijn zorginhoudelijke argumenten die bepalen of bijvoorbeeld afzondering plaatsvindt. Ook blijkt dat de meeste middelen of maatregelen in het zorgplan zijn opgenomen als ‘middel of maatregel akkoord’ hetgeen betekent dat de bewoner of zijn vertegenwoordiger toestemming voor toepassing ervan heeft gegeven. Omdat in dit geval geen sprake is van dwangbehandeling, is melding aan de inspecteur niet verplicht.

In de verstandelijk gehandicaptensector komen fixatie en afzondering het meest voor, in de psychogeriatric fixatie.¹⁶⁸ Voorbeelden van fixatie zijn het plaatsen van beddekken, het gebruik van Zweedse banden in bed of in de (rol)stoel, het plaatsen van een tafelblad voor de rolstoel, het plaatsen van een bewoner in een diepe stoel waar hij zonder hulp niet uitkomt, of het strak tegen de tafel aanschuiven van een stoel. Redenen voor toepassing zijn veelal het vermijden van vallen of de bescherming van de bewoner. Afzondering in de verstandelijk gehandicaptensector vindt ook plaats wegens agressie van de bewoner en soms door personeelsgebrek.¹⁶⁹ Met betrekking tot het onderscheid tussen toepassing van middelen of maatregelen met een therapeutisch doel, vallend onder art. 38 en toepassing hiervan in een noodsituatie in de zin van art. 39 moet worden bedacht dat de ingrijpendheid voor de bewoner wordt veroorzaakt door de afzondering, niet door de reden hiervoor, al is het wel zo dat bij toepassing van art. 39 een maximale duur van 7 dagen geldt. In de verstandelijk gehandicaptenzorg komt toepassing van middelen en maatregelen erg weinig voor, in de psychogeriatric heeft toepassing in het kader van art. 39 het karakter van een week op proef. Het wettelijk onderscheid tussen met een therapeutisch doel (art. 38) en ter overbrugging van een tijdelijke noodsituatie (art. 39) speelt in de praktijk van de zorg geen rol van betekenis.¹⁷⁰

Artikel 38 bevat de regeling dat bij ontbreken van een zorgplan of bij verzet door de bewoner, geen behandeling plaatsvindt, tenzij dit volstrekt noodzakelijk is om gevaar voortvloeiend uit de geestelijke stoornis, af te wenden. In de beleving en registratie van hulpverleners in beide sectoren vindt dwangbehandeling weinig plaats. Een belangrijk oorzaak hiervan is dat geen verzet wordt vastgesteld.

¹⁶⁷ Zie Evaluatie Wet Bopz. *Interne rechtspositie in de psychogeriatric en de verstandelijk gehandicaptensector* (2002), p. 94 en 101.

¹⁶⁸ Zie Evaluatie Wet Bopz. *Interne rechtspositie in de psychogeriatric en de verstandelijk gehandicaptensector* (2002), p. 50,51,76,77.

¹⁶⁹ Zie Evaluatie Wet Bopz. *Interne rechtspositie in de psychogeriatric en de verstandelijk gehandicaptensector* (2002), p. 78.

¹⁷⁰ Ook Widdershoven meent dat het onderscheid iets geforceerd heeft. Zie Dijkers/Widdershoven. *De Wet Bopz, artikelsgewijs commentaar* (losbladig), p. C1- 23,24.

Verzet is in de regeling van art. 38 ook mogelijk indien er op een eerder moment toestemming was gegeven voor uitvoering van het zorgplan of er sprake was van 'middel of maatregel akkoord'. De door de wetgever beoogde rechtsbescherming bij verzet tegen behandeling bestaande uit melding van de dwangbehandeling aan de vertegenwoordiger en de inspectie, wordt nauwelijks gerealiseerd.

Ook voor andere maatregelen met een vrijheidsbenemend of dwangkarakter geldt dat ze wel worden toegepast, maar niet als zodanig worden geregistreerd. Sommige beschermende maatregelen kunnen als vrijheidsbepkend in de zin van de Wet Bopz worden opgevat, maar ook als beschermend bijvoorbeeld om te verhinderen dat de bewoner uit bed valt en zich verwondt. In de laatste interpretatie vallen de beddekken onder de Wgbo en is melding aan de inspectie niet verplicht. Ook bij maatregelen met een pedagogisch karakter die in de verstandelijk gehandicaptensector wel worden toegepast, bijvoorbeeld bij misdragingen tijdens de maaltijd wordt de bewoner naar zijn kamer gestuurd, is niet zonder meer duidelijk of ze onder de Wet Bopz vallen. Bij het gecamoufleerd toedienen van medicatie, bijvoorbeeld in de pap of in de koffie, kan het zijn dat dit verband houdt met slikproblemen, maar het kan ook geduid worden als dwangmedicatie in de zin van een van de vijf middelen of maatregelen van de Wet Bopz. Meer nog dan bij de rechtsbescherming bij opneming komt hier naar voren dat er onduidelijkheden bestaan ten aanzien van de samenloop van de Wet Bopz met de Wgbo.¹⁷¹ Een andere vraag die in dit verband speelt, is of bij dwangbehandeling in een Bopz-locatie in alle gevallen de rechtsbescherming van de Wet Bopz is vereist. De Advocaat-generaal bij de Hoge Raad lijkt deze mening toegedaan.¹⁷² De spanning tussen Wgbo en Wet Bopz doet zich ook voelen wanneer ter uitvoering van een deel van – het Bopz-behandelingsplan dwang wordt toegepast. Indien de behandeling is gericht op het verbeteren van de psychische stoornis van de onvrijwillig opgenomen bewoner zodat het gevaar wordt weggenomen, is de Wgbo en daarmee de regeling inzake verzet bij een ingrijpende verrichting niet van toepassing.¹⁷³ Het naast elkaar bestaan van een Bopz-behandelingsplan en een Wgbo-behandelings- of zorgplan met van elkaar verschillende criteria en rechtswaarborgen

¹⁷¹ Zie Evaluatie Wet Bopz. *Interne rechtspositie in de psychogeriatric en de verstandelijk gehandicaptensector* (2002) p. 61 en 88; problemen met de samenloop van beide wetten heeft in de psychogeriatric 31,8 % van de respondenten 45 % in de verstandelijk gehandicaptenzorg.

¹⁷² Hoge Raad 2 november 2001, Bj 2002, afl.1. p. 4 e.v. met name p.10 (annotatie van Widdershoven)

¹⁷³ Zie ook Dijkers/Widdershoven, o.c., p. C1-1031,1032.

leidt niet vanzelf tot een slechtere rechtsbescherming, maar maakt de behandelingsituatie en daarmee ook de rechtspositie van de bewoner wel verwarrender.

2.4 Betrokkenheid van de inspecteur en individuele rechtsbescherming

Een belangrijk beoogd element van rechtsbescherming is het melden van dwangbehandeling en toepassing van middelen of maatregelen in een noodsituatie aan de inspecteur en de vertegenwoordiger van de bewoner. Op deze wijze wordt transparant gemaakt voor welke vorm van dwang is gekozen en waarom.

Opvallend in de bepalingen die gericht zijn op kennisgeving aan de vertegenwoordiger is dat art. 38 lid 6 een andere omschrijving kent dan art. 39 lid 3. De tekst van dit laatste lid is kennelijk niet aangepast bij de inwerkingtreding van de Wgbo. Widdershoven wijst er daarnaast op dat niet duidelijk is geregeld of de vertegenwoordiger in alle gevallen geïnformeerd wordt of alleen bij wilsonbekwaamheid van de bewoner.¹⁷⁴ Ook ontbreekt een bepaling als art. 7:457 lid 3 BW die de hulpverlener ruimte biedt om geen of niet alle informatie aan de vertegenwoordiger te geven.

De inspecteur voor de gezondheidszorg wordt, zo veronderstelt de Wet Bopz, geïnformeerd uiterlijk bij het begin van dwangbehandeling in het kader van art. 38 en bij toepassing van middelen of maatregelen in het kader van art. 39 zo spoedig mogelijk na het begin van de toepassing ervan. Artikel 38 verplicht de geneesheer-directeur tevens om het einde van de dwangbehandeling te melden. Indien sprake is van verzet van de bewoner, dient de geneesheer-directeur aan de inspecteur mee te delen of de bewoner in staat kan worden geacht gebruik te maken van de klachtregeling van art. 41. Deze stevige klachtenregeling vindt in de sectoren psychogeriatric en verstandelijk gehandicaptenzorg nauwelijks toepassing. Artikel 42 geeft de inspecteur de bevoegdheid om in geval van dwangbehandeling bij een zich verzettende bewoner de beslissing van de rechter in te roepen die oordeelt over de noodzaak van de gewraakte behandeling. Meer nog dan voor art. 41 geldt voor art. 42 dat deze door de wetgever beoogde vorm van rechtsbescherming niet werkt: in de beide sectoren wordt hiervan geen gebruik gemaakt.¹⁷⁵ Artikel 38 lid 7 verplicht de inspecteur om na beëindiging van de dwangbehandeling een

¹⁷⁴ Zie Dijkers/Widdershoven o.c., p. C1-1015.

¹⁷⁵ Zie Evaluatie Wet Bopz. *Conclusies en aanbevelingen van de begeleidingscommissie (2002)*, p. 36,38.

onderzoek in te stellen en na te gaan of de dwangbehandeling en de besluitvorming ter zake zorgvuldig hebben plaatsgevonden, maar slechts in enkele gevallen geeft de inspecteur aan deze verplichting gehoor.

De bijdrage aan de individuele rechtsbescherming van onvrijwillig opgenomen bewoners in Bopz-locaties zoals die in de opvatting van de wetgever door de inspectie zou moeten worden gerealiseerd, is niet van de grond gekomen.¹⁷⁶ De inspectie heeft nauwelijks bemoeienis met individuele gevallen van dwangbehandeling; de nadruk ligt op algemene kwaliteitsbewaking en toezicht in het kader van de Kwaliteitswet zorginstellingen.¹⁷⁷ De oplossing kan gezocht worden in het toekennen van voldoende (lees: meer) middelen, mogelijkheden en deskundigheid aan de Inspectie om de specifieke toezichthoudende taken op grond van de Wet Bopz te kunnen verrichten. Zie aanbeveling 18 van de begeleidingscommissie op pagina 39 van haar rapport. Een mogelijkheid is ook om het (kwaliteits)toezicht te onderscheiden van de vraag of rechtmatig is gehandeld. De inspectie ziet toe op de zorgvuldigheid van dwangbehandeling waarbij het o.a. gaat om het toepassen van de correcte techniek bij het 'overmeesteren' van een agressieve bewoner, de afmetingen van afzonderingsruimtes, de kwaliteit van Zweedse banden enz. Het toetsen of bij de dwangbehandeling en de beslissing om hiertoe over te gaan is gehandeld in overeenstemming met de rechtspositie van deze bewoner is van een andere orde. Het is geen zorginhoudelijk-technische weging, maar een juridisch-inhoudelijke. Omdat de inspectie de in de Wet Bopz geregelde taak op het gebied van de individuele rechtsbescherming niet kan en wellicht ook niet wil waarmaken, lijkt het meer wenselijk ook uit een oogpunt van effectiviteit van rechtsbescherming deze taak bij een andere instantie te leggen. Ik kom in het volgende hoofdstuk hierop terug.

In de zorg aan verstandelijk gehandicapten en psychogeriatrische patiënten doen zich op tal van plaatsen vormen van dwang en vrijheidsbeneming voor. De in de Wet Bopz geboden individuele rechtsbescherming is in verschillende opzichten beperkt. Hierboven

¹⁷⁶ Voor de taak van de inspectie in het algemeen in Bopz-aangelegenheden zie men de art. 63-65a.

¹⁷⁷ Zie Evaluatie Wet Bopz. *Conclusies en aanbevelingen van de begeleidingscommissie (2002)*, p. 38,39. Dat de registratie- en meldingsplicht van hulpverleners slecht wordt nagekomen en lang niet alle gevallen van dwangbehandeling worden gemeld, doet aan bovenstaande uitkomsten niet af. Wel dienen hulpverleners in Bopz-locaties regelmatig aan hun verantwoordelijkheid in deze te worden herinnerd. Bij brief van 15 augustus 2002 heeft de staatssecretaris van VWS alle Bopz-locaties nieuwe formulieren voor melden en registreren toegezonden.

zagen we al dat om deze rechtsbescherming bij vrijwillig opgenomen bewoners te realiseren, het nodig is via de omweg van het wijzigen van de externe rechtspositie, de interne rechtspositie van de bewoner van rechtswaarborgen te kunnen voorzien. Ik doel hier echter op twee andere omstandigheden. Op in Bopz-locaties verblijvende bewoners worden niet alleen de middelen en maatregelen toegepast die in art. 39 worden bedoeld en zijn omschreven in het Besluit middelen en maatregelen Bopz, de separatie, afzondering, fixatie en het toedienen van medicatie of vocht en voeding; ook andere vormen van dwang en vrijheidsbeneming doen zich voor. Deze kunnen soms onder de werking van art. 40 lid 3 worden gebracht, bijvoorbeeld in het geval van opsluiten op de eigen kamer. Van afzondering als formeel omschreven in het Besluit (insluiting in een speciaal daarvoor bestemde eenpersoonskamer) is geen sprake. Er doen zich echter ook andere vormen van dwang en vrijheidsbeneming voor met name die met een pedagogisch of beschermend karakter, die niet duidelijk onder de Wet Bopz vallen.

Het grootste knelpunt vormt m.i. echter het feit dat de Wet Bopz alleen geldt op Bopz-locaties en niet op dagverblijven, gezinsvervangende tehuizen of thuissituaties. Ook daar vindt vrijheidsbeneming plaats, maar de rechtsbescherming van de Wet Bopz kan niet worden ingeroepen. Het locatiegebonden karakter van de Wet Bopz vormt hiervoor een belangrijk obstakel. Kortom: de in de Wet Bopz geregelde middelen en maatregelen worden ook bij vrijwillig opgenomen bewoners toegepast, er worden ten aanzien van bewoners van Bopz-locaties ook andere vormen van dwang en vrijheidsbeneming toegepast en last but not least, ook personen uit beide sectoren die niet op een Bopz-locatie verblijven, ondervinden dwang en vrijheidsbenemingen.

3. CONTOUREN VAN EEN ANDERE RECHTS-BESCHERMINGSREGELING

3.1 Inleiding

Uit evaluatieonderzoek komt naar voren dat de Wet Bopz een bijdrage heeft geleverd aan de versterking van de rechtspositie van onvrijwillig opgenomen personen in de sectoren verstandelijk gehandicaptenzorg en psychogeriatric. Tegelijk blijkt dat een aantal begrippen uit deze wet beter aansluiten bij de praktijk van de psychiatrie dan bij de praktijk in de beide andere sectoren. In de voorgaande hoofdstukken is dit aan de orde gekomen: in hoofdstuk 2 behandelde ik bijvoorbeeld de problemen rond de begrippen ‘verzet’ en ‘gevaar’. De vertaling van

een aantal begrippen stuit op problemen en na de tweede evaluatie van de Wet Bopz bleek in de implementatie van deze begrippen weinig voortgang te zijn geboekt. De begeleidingscommissie bij de tweede evaluatie merkt ten aanzien hiervan op “dat naarmate een wettelijke regeling verder weg ligt van de opvattingen, de ervaringen en het ethisch besef van de hulpverleners die de regeling moeten toepassen, de kansen op een succesvolle implementatie van de regeling afnemen.”¹⁷⁸ De uitgangspunten van de Wet Bopz worden algemeen wel als juist ervaren, maar de uitwerking ervan ‘landt’ niet in de praktijk. De versterking van de rechtspositie van verstandelijk gehandicapten en psychogeriatrische patiënten die de Wet Bopz heeft gerealiseerd, moet dan ook worden toegeschreven aan de opvattingen die aan de Wet Bopz ten grondslag liggen. Ik vermeld er enkele zonder te pretenderen volledig te zijn:

- Het opnemen van iemand in een inrichting die niet te kennen geeft dat hij daar wil wonen, levert juridisch een aantasting van zijn recht op vrijheid op;
- Bewoners van een gesloten afdeling van een verpleeghuis hebben net zoveel rechten als het personeel dat er rondloopt; het is niet nodig deze bewoners rechten toe te kennen: ze hebben die al;
- Het is niet ‘normaal’ om medicijnen gecamoufleerd toe te dienen;
- Het hebben van een verstandelijke handicap is geen rechtvaardiging voor afzondering;
- Dwang of vrijheidsbeneming is een uitzondering en moet dat ook blijven; uitgangspunt moet zijn uitvoering van een in overleg tot stand gekomen zorgplan.

Het is van belang deze kernnoties die inmiddels meer en meer geaccepteerd zijn geworden, vast te houden.¹⁷⁹ Bij begrippen en uitwerkingen in de Wet Bopz als ‘elk verzet is verzet’ of ‘de behandeling is gericht op het wegnemen van de stoornis zodat het gevaar wordt weggenomen (vrij naar art. 38 lid 3)’ blijkt de discrepantie tussen wet en praktijk (te) groot. Deze onderdelen van de Wet Bopz dragen niet bij aan een betere rechtsbescherming; de versterking van de rechtspositie die ze beogen, wordt tenietgedaan door de ruis die ontstaat bij de vertaling naar de praktijk in deze beide sectoren en door de alternatieven die worden ontwikkeld.

¹⁷⁸ Zie Evaluatie Wet Bopz. *Conclusies en aanbevelingen van de begeleidingscommissie (2002)*, p. 50.

¹⁷⁹ Een toegenomen acceptatie betekent overigens niet dat ze in dezelfde mate herkenbaar zijn in de wijze van verzorging en behandeling van deze personen.

Wat de opneming betreft, blijkt de art. 60-procedure die speciaal is ontworpen voor de gbgg-groep, slecht te functioneren. In de praktijk wordt anders dan door de wetgever beoogd, een gewogen begrip verzet gehanteerd. De rechtsbescherming die de wet op dit punt bedoelt te bieden, wordt niet gerealiseerd. Ik beargumenteerde ook dat de regeling inzake de bevoegdheden van vertegenwoordigers bij opneming verbetering behoeft, waarbij de regeling in art 38 als voorbeeld zou kunnen dienen. Daarnaast valt op dat in een aantal gevallen de onvrijwillige opneming al dan niet op basis van een rechterlijke machtiging bedoeld is voor en gericht op dwangbehandeling van een bewoner; het gaat dan zowel om het mogelijk maken hiervan als om het toevoegen van rechtswaarborgen ten aanzien van de dwangbehandeling.¹⁸⁰

Een ander knelpunt dat in het vorige hoofdstuk werd beschreven en waar de praktijk in toenemende mate mee wordt geconfronteerd, vormt het locatiegebonden karakter van de Wet Bopz. De rechtsbescherming ten aanzien van onvrijwillige opnemingen en dwangbehandelingen gelden alleen voor die locaties die zijn aangemerkt als psychiatrisch ziekenhuis in de zin van art. 1 lid 1 onder h. Wet Bopz. De locaties moeten zijn toegerust voor onvrijwillige opnemingen; er moeten faciliteiten en vormen van – medisch – toezicht zijn. Een gezinsvervangend tehuis kent geen gesloten afdeling of karakter en kan geen Bopz-aanmerking verkrijgen. De lijst met Bopz-locaties verschijnt in de Staatscourant en wordt regelmatig aangevuld.

Ten aanzien van de Wgbo bleek onduidelijkheid te bestaan over de vraag wanneer met deze wet kan worden volstaan en wanneer toepassing van de Wet Bopz moet worden nagestreefd.

Een pasklare oplossing voor bovenvermelde knelpunten ontbreekt, maar ik zie wel mogelijkheden voor een andere regeling van rechtsbescherming die aan deze bezwaren tegemoet komt. Hieronder wil ik allereerst beargumenteren dat er reden is om de – onvrijwillige - opneming in de sectoren verstandelijk gehandicaptenzorg en psychogeriatricie vanuit een ander perspectief te bezien. In de huidige regeling van de Wet Bopz zijn naar mijn mening de onvrijwillige opneming en de andere vrijheidsbeperkende maatregelen teveel uit elkaar getrokken. Vervolgens ga ik in een volgende paragraaf in op het bezwaar dat de huidige Wet Bopz de locatie volgt en niet de indicatie. Deze gedeeltes leiden niet tot een blauwdruk voor een

¹⁸⁰ Voor een beeld van de op dit punt niet eenduidige rechtspraak zie men Evaluatie Wet Bopz. *Interne rechtspositie in de psychogeriatricie en de verstandelijk gehandicaptensector* (2002), p. 35-38.

nieuwe regeling van rechtsbescherming. Na het ecarteren van deze twee voor mij meest in het oog springende bezwaren tegen de huidige regeling van de Wet Bopz volgt een pas op de plaats en formuleer ik een aantal basiselementen en -voorwaarden waaraan een goede regeling van rechtsbescherming zou moeten voldoen. Na deze 'ijking' met de fundamenteën van een mogelijk nieuw rechtsbeschermingsgebouw, vervolg ik het ontwikkelen van een andere regeling van rechtsbescherming.

3.2 Opneming als behandelbeslissing; geen onderscheid meer tussen externe en interne rechtspositie

Ik meen dat zonder afbreuk te doen aan de betekenis van art. 5 Evrm de opneming als een afzonderlijk moment dat omgeven dient te worden met afzonderlijke rechtswaarborgen, voor de rechtsbescherming van de personen waar het in beide sectoren om gaat, kan worden geschrapt. Dit impliceert dat die delen van de Wet Bopz die de – onvrijwillige – opneming regelen, in mijn voorstel voor een ander regime van rechtsbescherming niet meer nodig zijn. Dit geldt ook de regeling inzake de bevoegdheden van vertegenwoordigers bij opneming waar ik hierboven kritisch over schreef. Voor de opnemingen van personen uit de gbgg-groep is dit zoals in hoofdstuk 1 al bleek, goed verdedigbaar. Ik verwees daar naar de aanbeveling van de begeleidingscommissie om de gbgg-groep uit de Wet Bopz te halen (zie noot 15). Deze aanbeveling laat onverlet dat er bij bezwaar c.q. verzet tegen opneming en verblijf een rechterlijke machtiging is vereist. Mijn voorstel gaat verder en daarmee vermijd ik dat er toch weer twee soorten bewoners komen, zij die met en op basis van de Wet Bopz met een rechterlijke machtiging zijn opgenomen en zij die op basis van informed consent, door henzelf of door een vertegenwoordiger namens hen verleend, vrijwillig zijn opgenomen. Ook vermijd ik dat er strijd met het proportionaliteitsbeginsel ontstaat; in het voorstel van de begeleidingscommissie blijft het voor het mogelijk maken van – rechtswaarborgen inzake – dwangbehandeling immers nodig de opneming onvrijwillig te maken. Ook blijft het nodig dat rechters oordelend over een noodzaak tot (dwang)behandeling zich uitdrukken in termen als het geen blijk geven van bereidheid tot opneming en verblijf. Tenslotte meen ik dat de rechtspositie van op te nemen verstandelijk gehandicapten en psychogeriatrische patiënten niet effectief wordt gewaarborgd door voor de te kiezen procedure onverkort alles te laten afhangen van de aanwezigheid van verzet, terwijl de afgelopen jaren hebben aangetoond dat wet en praktijk juist op dit punt elkaar niet hebben gevonden. Door aan te sluiten bij de in

de praktijk gehanteerde weging van verzet en de (wegings)procedure te voorzien van rechtswaarborgen, zou wel eens een minstens zo effectieve rechtsbescherming kunnen worden bereikt. Het betreft hier vooral een punt van principieel belang. Dat is wanneer mensenrechten en fundamentele vrijheden in het geding zijn altijd het geval; het materieel belang lijkt geringer, nu op dit moment waarschijnlijk nog niet één procent van de bewoners in de beide sectoren met een rechterlijke machtiging is opgenomen.

Steun voor de opvatting om de opnemingsbeslissing primair te zien als een behandelbeslissing en het doel van de opneming niet te formuleren in termen als afwenden van gevaar, maar als noodzakelijk voor de behandeling en verzorging ontleen ik o.a. aan het familierecht. In de regeling van de ondertoezichtstelling (art. 1:254 e.v. BW) vindt hulpverlening plaats aan minderjarigen bij wie een goede verzorging ontbreekt en de noodzaak daartoe is vastgesteld.¹⁸¹ Binnen deze overigens niet geheel vrijwillige hulpverlening kan een opneming plaatsvinden, op vrijwillige basis of onvrijwillig, maar de opneming is duidelijk doelgericht. Het doel is niet de opneming zelf, de uithuisplaatsing zoals de opneming hier wordt omschreven, is ter verzorging en opvoeding of ter observatie (art.1:261 BW). Het kunnen starten of continueren van de hulpverlening staat hier centraal. Binnen de ondertoezichtstelling is de uithuisplaatsing wel de meest verstrekende beslissing, maar deze mogelijkheid is ingebed in en onderdeel van een hulpverleningstraject. Soms vallen start van de ondertoezichtstelling en uithuisplaatsing samen, het zijn dan twee afzonderlijke beslissingen van de rechter, soms wordt gedurende een ondertoezichtstelling een uithuisplaatsing gerealiseerd en soms ook kan het hulpverleningsdoel worden bereikt zonder uithuisplaatsing.

Een fundamenteel bezwaar van de Wet Bopz acht ik dat de wet focust op de opneming ter afwending van gevaar voortvloeiend uit een geestelijke stoornis. Deze regeling en formulering suggereren dat de opneming een centraal moment vormt dat op zichzelf staat. De opneming in de Wet Bopz is op dit moment niet althans niet herkenbaar onderdeel van een zorgtraject. Een benadering zoals die in de regeling van de ondertoezichtstelling is gekozen doet m.i. meer recht aan de situatie waarin verstandelijk gehandicapten of psychogeriatrische patiënten verkeren wanneer een opneming in beeld is of wordt gerealiseerd. De opneming is in mijn perceptie bovenal

¹⁸¹ Mijn bedoeling is niet verstandelijk gehandicapten gelijk te stellen met kinderen en psychogeriatrische patiënten met opnieuw: kinderen. Het ging mij om een voorbeeld van ingrijpen door de rechter, waarbij het primair gaat om de - vaststelling van een - noodzaak tot verzorging in het kader waarvan een uithuisplaatsing mogelijk is.

noodzakelijk voor het starten of continueren van zorg. De door mij voorgestane vervanging van gevaar door noodzaak neemt het vrijheidsbenemende karakter van de opneming niet weg. Een onvrijwillige opneming is en blijft een forse ingreep die met stevige rechtswaarborgen dient omgeven te blijven – de regeling van de ondertoezichtstelling kent die ook -, maar ik beschouw de opneming niet als een uniek moment waarvoor een afzonderlijke (opnemings)wet noodzakelijk is. Het is veeleer een beslissing binnen een zorgtraject zoals er meer – ingrijpende – beslissingen genomen kunnen worden voor meerderjarigen die zorg behoeven, althans hiervoor geïndiceerd zijn, maar hun zorgbelangen niet zelf kunnen behartigen. De opneming vindt niet plaats in een vacuüm, maar is gericht op – voortgaande – behandeling en verzorging en het lijkt gewenst om dat in de regeling tot uiting te laten komen.¹⁸² Ter illustratie vermeld ik het voorbeeld van de dementerende bejaarde die al in een verzorginghuis woont en op een gegeven moment bij het voortschrijden van de ziekte, onvrijwillig wordt opgenomen in het verpleeghuis dat gehuisvest is in de andere vleugel van het gebouw waar zich het verzorgingshuis bevindt. Van een behandelbeslissing is ook sprake indien in het gegeven voorbeeld de bejaarde zelfstandig zou wonen, na verloop van tijd alle dagen zou deelnemen aan de dagbehandeling in het verpleeghuis en op een gegeven moment in het verpleeghuis zou worden opgenomen. Het is mogelijk wel een ingrijpend moment, maar geen geïsoleerd moment.

De uitspraak van het Europees Hof van 26 februari 2002 Bj 2002-20, lijkt deze opvatting te bevestigen. Of sprake is van vrijheidsbeneming in de autonome betekenis van art. 5 lid 1 Evrm bij een onvrijwillige opneming in een verpleeghuis hangt, zo oordeelt het Hof, af van de aard, de duur, de effecten en de wijze van tenuitvoerlegging van de maatregel. Er wordt dus een duidelijk verband gelegd met verblijf en behandeling na de opneming. Meer of anders dan bij opnemingen van psychiatrische patiënten is bij verstandelijk gehandicapten en psychogeriatrische patiënten sprake van een doelopneming; het gaat niet om het wegnemen van iets dat er niet zou moeten zijn (gevaar), maar het toevoegen van iets dat er niet is nl. de noodzakelijke behandeling en verzorging. In het algemeen kunnen opnemingen in de beide sectoren m.i. worden geduid als noodzakelijk ter verzorging en behandeling en is het spreken over afwenden van gevaar minder

¹⁸² Het articuleren van de noodzaak tot en behoefte aan zorg is wat mij betreft, niet ingegeven door een streven naar meer mogelijkheden om patiënten onder dwang op te nemen en/of te behandelen. Zie elders in dit preadvies Widdershoven die in zijn noot 15 verwijst naar De Roode.

passend bij de situatie. Het zich niet buiten de inrichting kunnen handhaven, zoals art. 60 lid 4 het formuleert, wijst ook meer in de richting van een noodzaak tot verzorging en behandeling dan op gevaar. Overigens lijkt mij dat ook in de psychiatrie de opneming niet meer het karakter heeft van een op zichzelf staand - eenmalig - moment. Ik acht het reëel in deze sector te blijven spreken van "afwenden van gevaar", maar dat neemt niet weg dat regelmatig verlengingen worden uitgesproken waarbij het verzoek van de officier van justitie is gebaseerd op een behandelbeslissing van hulpverleners. In het algemeen geldt dat veel rechterlijke machtigingen worden uitgesproken ten aanzien van personen die al eerder onvrijwillig opgenomen zijn geweest. Er is dan sprake van een al langer bestaand zorgtraject en een opneming kan worden beschouwd als een ingrijpende behandelbeslissing waarvoor rechterlijke tussenkomst is vereist. Bij ambulante (dwang)behandelingen in het kader van paraplumachtigingen of in de toekomst voorwaardelijke machtigingen fungeert de opneming als 'stok achter de deur' en is de beslissing tot opneming eveneens een behandelbeslissing die qua karakter niet veel verschilt van de beslissing om na opneming de behandeling te starten in de separeer. Hoewel tussen beide beslissingen onmiskenbaar verschillen bestaan die niet alleen chronologisch van aard zijn, bestaan er ook overeenkomsten. Ik wijs er bijvoorbeeld op dat beide beslissingen tot vrijheidsbeneming gebaseerd moeten zijn op de noodzaak (in art. 2 lid 2 onder b. het ontbreken van alternatieven) om het gevaar dat voortvloeit uit de geestelijke stoornis af te wenden (art. 38 lid 5). Beantwoording van de vraag of ook voor de sector psychiatrie de schotten tussen externe en interne rechtspositie kunnen verdwijnen, gaat echter het bestek van dit preadvies te buiten. Voor de sectoren psychogeriatric en verstandelijk gehandicaptenzorg meen ik dat er voldoende gronden zijn de opneming te beschouwen als een bijzondere behandelbeslissing.

Een voordeel van het wegvallen van de schotten tussen externe en interne rechtspositie is dat er ruimte komt om vrijheidsbenemingen in het kader van dwangbehandeling in dezelfde mate als de opneming vatbaar te maken voor rechterlijke toetsing. Het lijkt nodig noch wenselijk alle vrijheidsbeperkingen aan een rechterlijk oordeel te onderwerpen, maar het moet m.i. wel zo zijn dat naar mate een vrijheidsbeneming ingrijpender is, er meer aanleiding is voor toetsing door de rechter. Of het nu de externe of de interne rechtspositie betreft zou geen verschil moeten maken. Op dit moment is het zo dat de Bopz-rechter zich mogelijk wel uitspreekt over de externe rechtspositie, maar niet geroepen wordt te oordelen over vrijheidsbeperkingen die de interne rechtspositie raken en wellicht

meer ingrijpender zijn.¹⁸³ Ik wijs als voorbeeld op de situatie van een verstandelijk gehandicapte die 14 uur per dag vastgebonden ligt. Het is binnen het huidig juridisch kader wel mogelijk dat de rechter zich uitspreekt over vrijheidsbeneming in het kader van behandeling maar dit is achteraf en alleen als een klacht is ingediend die de rechter bereikt (art. 41); het verschil met de situatie bij onvrijwillige opneming in termen van rechtswaarborgen acht ik te groot. Een en ander leidt er niet toe dat rechters op de stoel van de behandelaars gaan zitten; het wegvallen van het onderscheid tussen externe en interne rechtspositie betekent simpelweg dat tegenover elke vrijheidsbeperking rechtswaarborgen worden aangebracht, waaronder in voorkomende gevallen toegang tot de rechter.

Een ander voordeel is dat het niet meer nodig is via de omweg van de externe rechtspositie, nl. het onvrijwillig maken van opneming en verblijf, bij dwangbehandeling de gewenste rechtsbescherming te realiseren. Het niet willen meewerken aan een noodzakelijk geachte behandeling behoeft niet meer door de rechter te worden geduid als het ontbreken van de in art. 2 geformuleerde nodige bereidheid tot opneming en verblijf.

3.3 Rechtsbescherming niet locatievolgend, maar indicatievolgend

De term opneming roept de vraag op naar de locatie (opneming waarin?) en veroorzaakt om die reden een zekere starheid. De Wet Bopz versterkt die omdat de rechtsbescherming die de wet biedt, gekoppeld is aan de locatie, meer in het bijzonder het zijn van een als Bopz-locatie aangemerkte instelling. Het locatiegebonden karakter van de Wet Bopz leidt tot tal van vragen. Een voorbeeld is de vraag of afzondering is toegestaan tijdens dagbesteding van een verstandelijk gehandicapte die weliswaar onvrijwillig is opgenomen en verblijft in een als Bopz-locatie aangemerkte woonvoorziening, maar dagbesteding volgt op een locatie in een nabijgelegen dorp. Is het Bopz-regime ook op deze activiteit van toepassing en gelden ook hier de mogelijkheden en rechtswaarborgen die in de art. 38 en 39 van de Wet Bopz zijn opgenomen? Is een extensieve interpretatie vereist of zou deze locatie van de dagbesteding met behulp van een administratieve kunstgreep – onderdeel van – een Bopz-locatie kunnen worden? En als dit niet mogelijk zou zijn, is dan vrijheidsbeperking wel toegestaan op de dagbestedingslocatie?

Een ander voorbeeld betreft de situatie van de verstandelijk gehandicapte die woonachtig is een kleinschalige woonvoorziening in

¹⁸³ Zie ook elders in dit preadvies Widdershoven, nt. 130.

de wijk en 's nachts met een Zweedse band slaapt. Het verblijf is vrijwillig, de locatie is sowieso geen Bopz-locatie en de vraag dringt zich op of het verblijf onder het Bopz-regime moet worden gebracht. Dat is onder de huidige regeling onmogelijk en het is ook niet de bedoeling dat deze bewoner de nachten gaat doorbrengen in de grote als Bopz-locatie aangemerkte woonvoorziening buiten de stad in de bossen, waar toezicht en voorzieningen waarschijnlijk net iets beter zijn geregeld. Onder het Bopz-regime is melding van gebruik van een Zweedse band verplicht (art. 38 lid 6) en kan de inspectie toezicht uitoefenen; bij vrijheidsbeperkingen in gezinsvervangende tehuizen is melding aan de inspectie niet, althans niet op grond van de Wet Bopz verplicht. Vergelijkbare vragen dringen zich op bij vrijheidsbeperkingen bij thuiswonende dementerende bejaarden. Te denken valt aan de situatie dat als de partner boodschappen doet, de buitendeur op slot gaat. Voor - afdelingen van - verzorgingshuizen bestaat sinds december 1999 de mogelijkheid een Bopz-aanmerking te verkrijgen.

Beide soorten vragen doen zich nu al regelmatig voor en op grond van ontwikkelingen in de zorg is de verwachting gewettigd dat zij in de toekomst vaker en indringender gesteld zullen gaan worden.

Verpleeg- of zwakzinnigeninrichtingen zoals de Wet Bopz ze aanduidt, vormen niet meer de enige instellingen voor verzorging en behandeling van psychogeriatrische patiënten of verstandelijk gehandicapten waar vrijheidsbenamingen plaatsvinden. Ik wijs op het scheiden van wonen en zorg, op het ontstaan van tal van zorgvormen tussen de klassieke twee vormen residentieel en ambulante, en de opkomst van transmurale zorg. Een andere relevante ontwikkeling die ten tijde van de totstandkoming van het Evrm en de Wet Bopz enkele decennia later, niet werd voorzien, is het sluiten van grote woonvoorzieningen voor verstandelijk gehandicapten, gevolgd door het wonen in kleine eenheden in de wijk.

Het Evrm dateert van 4 november 1950 en is een verdrag dat primair tot stand is gekomen als een reactie op de nazi-tijd en de verschrikkingen van de Tweede Wereldoorlog. Artikel 5 inzake vrijheidsbenaming van personen "of unsound mind" laat zich interpreteren als een bepaling uit een tijd waar opsluiten van personen met een geestelijke stoornis centraal stond. De ontwikkeling van behandelmodaliteiten stond nog in de kinderschoenen en de opvatting dat wie 'gek' was, in een gesticht behoorde, was wellicht gemeengoed. In de Wet Bopz die enkele decennia later tot stand kwam, komt de opname in een psychiatrisch ziekenhuis als centraal moment terug. De koppeling van het rechtsregime aan de grote inrichtingen die als Bopz-locatie werden aangemerkt, lag in 1970 nog voor de hand.

De novelle veranderde niets aan dit uitgangspunt; om vrij pragmatische redenen, het vermijden van een forse toename van de werklast van de rechterlijke macht, werd de art. 60 procedure geïntroduceerd. Het karakter van de wet bleef echter onaangetast: een (opnemings)wet die onder bepaalde omstandigheden en met inachtneming van een aantal rechtswaarborgen onvrijwillige opname van personen met een geestelijke stoornis mogelijk maakte in een aantal in de Staatscourant vermelde locaties en tevens een regeling bevatte om eveneens onder bepaalde omstandigheden en met inachtneming van bepaalde rechtswaarborgen op deze bewoners dwangbehandeling toe te passen. Het gaat op dit moment in de zorg aan verstandelijk gehandicapten en psychogeriatrische patiënten al lang niet meer om het formele wijzigen van de woonstede en een definitief verder verblijf in een grote inrichting; in veel gevallen is sprake van een – verdere - materiële beperking van de vrijheid op de locatie waar de betrokkene op dat moment verblijft.

Ondertussen worden wel zowel in het veld als daarbuiten oplossingen bedacht voor de bovengeschetste bezwaren tegen het locatiegebonden karakter van de Wet Bopz. Een enkele grote zorgorganisatie voor verstandelijk gehandicaptenzorg verklaart de Wet Bopz van toepassing op alle locaties die door de organisatie worden geëxploiteerd, dus ook de logeerhuizen en dagbestedingscentra. De idee hierachter is dat wanneer vrijheidsbeneming om zorginhoudelijke redenen 'moet' plaatsvinden op een niet-Bopz-locatie, de betrokkene recht heeft op de rechtsbescherming van de Wet Bopz. Een op dit moment weinig bevredigende oplossing, want zelfs al zou conform de regeling van de Wet Bopz vrijheidsbeneming gemeld worden bij de inspectie, zodat deze bijvoorbeeld kan nagaan of bij afzondering gebruik wordt gemaakt van een vergrote bezemkast, dan is nog de vraag of de klachtprocedure van art. 41 voor betrokkene openstaat. Ook moet worden bedacht dat tegelijk met het toekennen van rechtsbescherming en het zich toetsbaar en transparant opstellen naar de inspectie toe, de organisatie zichzelf kennelijk toestemming heeft gegeven buiten het kader van de Wet Bopz vrijheidsbenemende maatregelen toe te passen.

Een ander te vermelden initiatief is de aanzet die een werkgroep onder leiding van de inspectie heeft ontwikkeld om te komen tot criteria voor verantwoord handelen bij vrijheidsbenemende maatregelen met name op niet-Bopz-locaties. De criteria zouden overigens ook moeten gelden op Bopz-locaties. Als uitgangspunt en norm koos de werkgroep voor de in art. 2 Kwaliteitswet zorginstellingen neergelegde verplichting voor elke zorgaanbieder om verantwoorde zorg te bieden. Het advies van de werkgroep is in augustus 2000 aan

de minister van VWS aangeboden. Wellicht dat het regeringsstandpunt naar aanleiding van de tweede evaluatie van de Wet Bopz dat binnenkort wordt verwacht, ook een reactie op het advies van deze werkgroep bevat. Het leggen van een link naar de Kwaliteitswet op zich verdient steun. De begeleidingscommissie constateert op pagina 50 van haar rapport dat de Wet Bopz weinig geschikt blijkt voor de sectoren psychogeriatric en verstandelijk gehandicaptenzorg. De oorzaak hiervan ligt, zo oordeelt de commissie verder, voor een belangrijk deel in de afstand tussen wet en praktijk, een discrepantie tussen de wettelijke regeling enerzijds en de opvattingen, ervaringen en het ethisch besef van de hulpverleners die de regeling moeten toepassen, anderzijds. Mijn inschatting is dat de Kwaliteitswet zorginstellingen dichter bij de opvattingen en het ethisch besef van hulpverleners ligt dan de – complexe - regeling van de Wet Bopz.¹⁸⁴ Een nadeel in het voorstel van de werkgroep acht ik dat het onderscheid tussen Bopz-locaties en niet-Bopz-locaties in stand wordt gehouden. Mijn voorstel tot het loslaten van het locatiegebonden karakter van de Wet Bopz staat niet haaks op de voorstellen van de werkgroep; ik meen dat het eerder in het verlengde ervan ligt. Gelet op de diversiteit aan locaties binnen de zorg aan verstandelijk gehandicapten en psychogeriatrische patiënten verdient het de voorkeur de rechtsbescherming bij vrijheidsbenemende maatregelen de persoon te laten volgen en niet de locatie. Omdat de indicatie een belangrijk moment is in het zorgtraject, ligt het voor de hand de rechtsbescherming bij vrijheidsbenemende maatregelen in beide sectoren te laten aansluiten bij de indicatie. Voor de uitwerking hiervan is het nodig eerst in te gaan op wat ik beschouw als basiselementen en – voorwaarden voor een goede rechtsbescherming.

3.4 Basiselementen en -voorwaarden voor een rechtsbeschermingsregeling

In de beide voorgaande paragrafen bepleitte ik twee forse wijzigingen in de regeling van de Wet Bopz; het schrappen van het onderscheid

¹⁸⁴ Deze inschatting wordt niet tenietgedaan door de uitkomsten van de recent afgeronde evaluatie van deze wet; zie A.F. Casparie, J. Legemaate e.a. *Evaluatie Kwaliteitswet zorginstellingen*. ZonMw, Den Haag 2001. Uit het onderzoek bleek dat zorginstellingen en hun branche-organisaties te vrijblijvend zijn omgegaan met de wettelijke bepalingen en hun verantwoordelijkheid tot norminvulling en systeemontwikkeling nog maar in beperkte mate hebben waargemaakt. Legemaate constateert hier dat de overheid de aan het veld gegeven verantwoordelijkheid op een aantal punten lijkt te willen terugnemen. Zie J. Legemaate, *Professie, management en gezondheidsrecht*. Sdu Uitgevers Den Haag, 2003, p.15,16.

tussen externe en interne rechtspositie en het loslaten van het locatiegebonden karakter leiden er toe dat de verschillen tussen de Wgbo en de Wet Bopz zoals ik die zou willen wijzigen voor de sectoren verstandelijk gehandicaptenzorg en psychogeriatric, zijn verminderd. Het is de moeite waard een poging te ondernemen om de goede elementen van beide wetten in één nieuwe regeling op te nemen. Eerst zet ik mij echter aan een explicitering van de bouwstenen voor een goede rechtsbeschermingsregeling en aan het formuleren van de daarbij behorende voorwaarden.

Te onderscheiden zijn vier soorten rechtswaarborgen. Zo zijn er materiële en procedurele waarborgen. Een ander onderscheid is dat tussen rechtswaarborgen vooraf en achteraf.

In willekeurige volgorde vermeld ik de volgende basiselementen:

- het in de wet formuleren van voorwaarden waaraan moet zijn voldaan voordat mag worden overgegaan tot vrijheidsbeneming;
- de verplichting tot interne registratie van vrijheidsbenemingen;
- de verplichting vrijheidsbenemingen te melden bij de inspectie;
- de aanwezigheid van een patiënten- of cliëntenvertrouwenspersoon;
- de mogelijkheid van een klachtenprocedure;
- de eis dat rechtsgeldig toestemming moet zijn verkregen van de betrokkene of zijn vertegenwoordiger;
- de eis dat een rechter vooraf een machtiging moet geven of dat de vertegenwoordiger de voorafgaande machtiging van de rechter behoeft;
- de regel dat een rechter achteraf kan oordelen over vrijheidsbeneming en ev. schadevergoeding kan toekennen;
- de regel dat de hulpverlener voordat hij tot vrijheidsbeneming overgaat, een second opinion moet vragen aan een collega;
- de eis dat een ter zake ontwikkeld en goedgekeurd protocol moet worden nageleefd;
- de regel dat betrokkene van de beslissing tot vrijheidsbeneming in hoger beroep kan of dat een procedure van bezwaar en beroep openstaat, en dat een advocaat wordt toegevoegd.

Bovenstaande basiselementen kunnen in diverse samenstellingen worden gecombineerd en gestapeld. Ook kunnen zij in een aantal gevallen worden verzaamd bijvoorbeeld door een zwaardere klachtenprocedure te introduceren of in de wet te regelen dat drie rechters in plaats van één moeten beslissen op het verzoek tot vrijheidsbeneming. Het resultaat is een uiterst solide en flexibel rechtsbeschermingsmodel dan wel een lichtere vorm ervan. Ik heb geen duidelijke voorkeur voor procedurele of materiële waarborgen.

Wel hecht ik aan rechtswaarborgen vooraf en aan proportionaliteit en effectiviteit. Naarmate de ingreep ernstiger is, dient aan de andere kant een steviger rechtsbeschermingsmodel te staan. De uitdaging van het recht is het optimale evenwicht te vinden tussen ernst van de vrijheidsbeneming en zwaarte van de rechtswaarborgen. De waarborgen richten zich op de autonomie en de persoonlijke – lichamelijke – integriteit van het individu, die immers bij vrijheidsbeneming worden aangetast. Naar mate een ingreep ernstiger wordt, zouden er in mijn visie een of meerdere basiselementen bij moeten komen zodat een evenwicht ontstaat tussen vrijheidsbeneming en rechtsbescherming. In dit streven naar proportionaliteit ontstaan twee vraagpunten. Het eerste betreft de vaststelling van de ernst van de vrijheidsbeneming. Ik kom in de volgende paragraaf hierop terug. Het tweede vraagpunt heeft betrekking op de rechtsbescherming. Het gaat dan niet alleen om de hoeveelheid en zwaarte van de basiselementen, maar ook om de soort regeling en de toepassing en effectiviteit ervan. Ik kom voor een rechtsbeschermingsregeling als bedoeld tot de volgende voorwaarden:

- de regeling sluit aan bij de opvattingen en het ethisch besef van de hulpverleners die er mee moeten werken;
- de regeling mag een zekere mate van complexiteit niet te boven gaan;
- de regeling is flexibel;
- de regeling biedt effectieve rechtsbescherming;
- de regeling respecteert en weegt zorginhoudelijke argumenten en biedt mogelijkheden voor een dialoog tussen hulpverlener en rechtsbeschermer;
- de regeling respecteert de banden van betrokkenheid die tussen de betrokkene en zijn partner of familieleden bestaan.

De eerstvermelde voorwaarde voor een succesvol model van rechtsbescherming ontleen ik aan de al eerder aangehaalde constatering van de begeleidingscommissie. Als een rechtsbeschermingsmodel of een basiselement daarvan haaks staat op datgene wat door hulpverleners als juist of waardevol wordt ervaren, is de kans op een effectieve rechtsbescherming gering. Het juridisch correcte uitgangspunt ‘elk verzet is verzet’ komt om die reden in de door mij voorgestelde regeling niet voor. Ook de een na laatste voorwaarde houdt hiermee verband; het recht vormt het kader voor de zorg of zo men wil de bedding waarlangs goede zorg mensen bereikt. Met inachtneming van de eigenheid van de rechtsdiscipline, de eigen verantwoordelijkheid en de eigen mechaniek van het recht, resulteert een dialoog met de hulpverlening in de meest effectieve

rechtsbescherming.¹⁸⁵ De eigen verantwoordelijkheid brengt met zich dat een verklaring van een behandelaar waarin deze stelt zich te baseren op een Fingerspitzen-gevoel niet acceptabel is.¹⁸⁶ Wellicht bestaat er een correct handelen vanuit gewogen intuïtie of gestolde ervaring, maar bij vrijheidsbenemingen is explicitering hiervan vereist.

De tweede voorwaarde vormt een uitdaging voor juristen, maar zoals de Romeinen in hun adagium 'summa ius, summa inuria' al vaststelden, schiet een te complexe regeling haar doel voorbij. De huidige regelgeving bestaande uit verschillende vormen van onvrijwillige opneming en de toepassing van Wgbo en Wet Bopz acht ik een voorbeeld van een te complexe regeling.

Wat de laatste voorwaarde betreft, het is een belangrijke waarde dat partner en familieleden elkaar terzijde staan en voor elkaar opkomen bij wilsonbekwaamheid, al leidt dat niet tot de norm dat dit moet. De Wgbo (art. 7:465 BW) en de Wet Bopz (art. 38) kennen beide een belangrijke plaats toe aan vertegenwoordiging door partner of naaste familie, maar bevatten op dit punt geen (norm)verplichting. Een nieuwe rechtsbeschermingsregeling zou m.i. ruimte moeten laten voor deze betrokkenheid op elkaar en de mogelijkheid elkaar te vertegenwoordigen. Een en ander sluit aan bij een voorstel van de begeleidingscommissie. Na de aanbeveling inzake het weghalen van de ggbg-groep uit de Wet Bopz bepleit de commissie de mogelijkheid van vertegenwoordiging bij de beslissing tot opneming.¹⁸⁷ Een andere reden voor deze voorwaarde vormt de constatering dat een aantal vrijheidsbenemingen niet zonder meer vallen onder de bescherming van art. 5 Evmr. Het is mogelijk met name waar het gaat om vrijheidsbeneming tijdens verblijf dat art. 8 van dit verdrag van toepassing is. Deze verdragsbepaling formuleert voor een ieder een recht op respect voor zijn privé leven, zijn familie- en gezinsleven, zijn woning en zijn correspondentie. Wanneer een vrijheidsbeneming niet valt onder de autonome betekenis van art. 5 Evmr, kan het optreden van de hulpverleners wellicht worden geduid als schending van één van de in art. 8 Evmr opgenomen rechten. De laatste voorwaarde benadrukt ook om die reden het belang van – respect voor

¹⁸⁵ Zie in dit verband ook het pleidooi voor een open discussie met hulpverleners bij E-B van Veen (2002) 'Beter gezondheidsrecht – enkele beschouwingen naar aanleiding van Goed recht', in: *Omzien naar de toekomst*, J.C.J. Dute, J.K.M. Gevers & G.R.J. de Groot (red.). Houten: Bohn Stafleu van Loghum, p. 43

¹⁸⁶ Zie Evaluatie Wet Bopz. *Interne rechtspositie in de psychogeriatric en verstandelijk gehandicaptensector* (2002), p. 46.

¹⁸⁷ Zie Evaluatie Wet Bopz. *Conclusies en aanbevelingen van de begeleidingscommissie* (2002), p. 51.

– familie- en gezinsleven. Dit recht komt bij toepassing van art. 8 in beeld, al is voor de rechtsbescherming het recht op privé leven het meest relevant.¹⁸⁸ Het Europees Hof heeft geen standaardformulering om aan te geven wat onder privé leven valt en heeft zelfs aangegeven een dergelijke definitie niet te willen geven.¹⁸⁹ Het tweede lid van art. 8 staat inmenging van deze rechten niet toe, tenzij bij wet voorzien en in een democratische samenleving noodzakelijk in het belang van o.a. de bescherming van de gezondheid.¹⁹⁰ Naar mate de inbreuk of de consequenties ervan ingrijpender zijn, is ook de beoordeling van de noodzaak door het Europees Hof strenger. Het Hof gaat daarbij ook na of de inbreuk evenredig (proportioneel) is aan het gestelde doel. Hierbij is aan de Staten een ‘margin of appreciation’ toegekend. Deze beoordelingsvrijheid wordt per geval vastgesteld en wordt onder meer bepaald door de onomkeerbaarheid van de inbreuk.

De effectiviteit van een element van rechtsbescherming is niet altijd eenvoudig te meten. Uit de evaluatie blijkt dat voor de sectoren verstandelijk gehandicaptenzorg en psychogeriatricie de op papier stevige elementen van het klachtrecht en de taak en bevoegdheden van de inspectie op het gebied van individuele rechtsbescherming nauwelijks effectief bleken. Wat betreft het niet van de grond komen van het klachtrecht kan gewezen worden op het ontbreken van patiëntenvertrouwenspersonen of daarmee gelijk te stellen personen binnen beide sectoren. Het niet effectief bieden van rechtsbescherming in individuele gevallen door de inspectie kan ongetwijfeld voor een deel worden toegeschreven aan het beperkte aantal inspecteurs. Wellicht zijn ook de aan de inspectie opgedragen taken te verschillend om te kunnen combineren.¹⁹¹ Misschien is gaandeweg het gevoel ontstaan dat het toetsen tijdens of na de dwangbehandeling van een individuele bewoner weinig bijdroeg aan diens rechtsbescherming. Mij is verder ook onbekend of de inspectie bij de totstandkoming van de Wet Bopz deze taak min of meer kreeg opgedrongen dan wel er van begin af aan enthousiast mee heeft ingestemd.

¹⁸⁸ Zie ook Widdershoven elders in dit preadvies, nt. 131.

¹⁸⁹ EHRM 16 december 1992, Niemitz vs. Duitsland, serie A. nr. 251-B, par. 29: “*The court does not consider it possible or necessary to attempt an exhaustive definition of the notion of ‘private life’.*”

¹⁹⁰ De formulering komt overeen met die van art. 2 van het Vierde Protocol bij het Evrm, waarnaar het Europees Hof verwijst in de hierboven vermelde uitspraak van 26 februari 2002.

¹⁹¹ De brief van de Minister van VWS aan de Tweede Kamer van 22 november 2002 biedt weinig helderheid; de bewindsman laat een formeel standpunt over de kerntaken van de inspectie over aan zijn opvolger.

3.5 De ernst van vrijheidsbenemende maatregelen en wilsonbekwaamheid

Het zoeken naar evenwicht tussen de mate van schending van een recht enerzijds en de rechtsbescherming anderzijds is ook in de huidige regelgeving wel terug te vinden. De nu nog van kracht zijnde art. 60 procedure is hier een voorbeeld van: in het geval er geen sprake is van verzet tegen een voorgenomen opneming, wordt ook de omvang van de rechtsbescherming iets teruggebracht en 'volstaat' de uitspraak van een Bopz-commissie. Binnen de regeling van de Wgbo blijkt dat de rechtsbescherming van een wilsonbekwame toeneemt, wanneer de voorgenomen verrichting ingrijpend van aard is. Bij niet-ingrijpende verrichtingen volstaat de toestemming van de vertegenwoordiger die bovendien mag worden verondersteld te zijn gegeven (art. 466 lid 2 BW) Wanneer het gaat om een ingrijpende verrichting en de wilsonbekwame zich verzet, komt er een extra drempel bij: de verrichting mag slechts worden uitgevoerd, wanneer zij kennelijk nodig is teneinde ernstig nadeel voor de wilsonbekwame te voorkomen. Men zie art. 7:465 lid 6 BW. De toegevoegde rechtswaARBorg is hier niet procedureel maar materieel van aard en werkt vooraf. De extra waARBorg is vereist omdat het in art. 11 Grondwet beschermde recht op integriteit van het lichaam, nu het gaat om een ingrijpende verrichting, meer onder druk komt te staan.

Vrijheidsbenemende maatregelen waaronder opnemingen en afzonderingen, kunnen ernstig of minder ernstig zijn. Het Europees Hof heeft criteria vermeld als aard, duur, effecten en wijze van tenuitvoerlegging van de maatregel. Ook de mogelijke ambivalentie van de betrokkene ten aanzien van de vrijheidsbeneming wordt hierin meegewogen. Een aantal opnemingen en ook andere vrijheidsbenemingen moeten gerekend worden te vallen onder art. 5 Evrm en toegang tot de rechter moet zijn verzekerd. Waarschijnlijk kan wel een ruwe indeling gemaakt worden van wat ernstig is en wat niet, maar ik pleit op dit moment niet voor een indeling in een aantal categorieën. In de rechtsbeschermingsregeling van de Wgbo komt evenmin een uitgewerkte indeling van verrichtingen voor: volstaan wordt daar met het grove onderscheid tussen niet-ingrijpend en ingrijpend. Het is de vraag of in een nieuwe regeling inzake vrijheidsbenemingen met een dergelijk onderscheid kan worden volstaan. Een uitwerking in vrijheidsbenemingen zoals de Wet Bopz die nu kent d.w.z. dat de vrijheidsbeneming valt onder art. 38, 39, 40 lid 3 dan wel buiten de Wet Bopz, verdient niet te worden gehandhaafd. Met Dijkers in zijn noot in Bj onder deze uitspraak meen ik wel dat het beter is aan de

veilige kant te blijven.¹⁹² Een nadere indeling of categorisering van vrijheidsbenemingen met name aan de hand van de criteria van het Europees Hof, zou gelet op mijn voorstellen in de volgende paragraaf wenselijk kunnen worden geacht, maar hiervoor is inbreng van de kant van hulpverleners onontbeerlijk.

De vraag of sprake is van verzet speelt wel een rol maar zou m.i. niet allesbepalend moeten zijn. Meerdere factoren bepalen de ernst van de vrijheidsbeneming, waarvan de belangrijkste de mate van wilsbekwaamheid is. Hierboven benadrukte ik in navolging van de begeleidingscommissie de noodzaak te komen tot richtlijnen voor de operationalisering en de praktische toepassing van de criteria voor wilsonbekwaamheid.

Tegenover de kennelijke weerbaarheid van het onderwerp staat dat naar mijn beleving er zowel door wetenschappers als personen in de praktijk van de zorg veel aandacht aan dit onderwerp is en wordt besteed in studiebijeenkomsten, invitational conferences, gespreks-groepen en symposia. Ook de begeleidingscommissie vermeldt op p. 45 van haar rapport verschillende publicaties en onderzoeken. Wellicht is sprake van een inhaalreactie. Keurentjes wijst erop dat anders dan in een aantal andere landen er in ons land weinig over dit begrip is geschreven.¹⁹³ Inmiddels is wel meer duidelijkheid ontstaan, maar blijven er ook vragen. Zo wijst Van Veen op de situatie dat iemand wel de informatie heeft begrepen, maar toch voor wilsonbekwaam moet worden gehouden omdat hij door verwarring geen beslissing kan of durft te nemen.¹⁹⁴ Keurentjes lijkt een andere mening toegedaan, waar hij schrijft over angst of andere emotionele factoren die niet meewegen bij de beoordeling van de vraag of de patiënt wilsonbekwaam is.¹⁹⁵ Bedacht moet worden dat in de zorgrelatie het niet nodig is bij alle(daagse) beslissingen de vraag naar wilsbekwaamheid nadrukkelijk te stellen. Wanneer iemand groene sokken wil dragen omdat hij denkt dat dat helpt tegen marsmanneltjes, lijkt het mij niet nodig hiervoor een teamvergadering of een multidisciplinair overleg bijeen te roepen; meer wenselijk lijkt het te zorgen voor een flinke voorraad groene sokken. Bij ingrijpende beslissingen zoals het vaststellen van het zorgplan of het beslissen over vrijheidsbeneming is m.i. een expliciete beoordeling van wilsbekwaamheid wel vereist.

¹⁹² Dijkers, W. (2002) Bj 22-06-2002 afl. 2 p. 68.

¹⁹³ Keurentjes o.c., p. 4.

¹⁹⁴ E-B van Veen, *De WGBO, de betekenis voor de hulpverleners in de gezondheidszorg*, Sdu Uitgevers: Den Haag 2002, p. 105.

¹⁹⁵ Keurentjes o.c., p. 5.

Overigens speelt de wilsbekwaamheid niet alleen in het gezondheidsrecht een rol van betekenis. In het familierecht is bijvoorbeeld de ambtenaar van de Burgerlijke Stand verplicht na te gaan of de beide personen die willen huwen of hun partnerschap willen laten registreren ter zake wilsbekwaam zijn. Men zie de art. 1:32 en 80a lid 6 BW. De wet formuleert deze eis niet als “in staat tot een redelijke waardering van zijn belangen ter zake” zoals in de art. 38 Wet Bopz en in 7:465 BW, maar vermeldt dat het huwelijk niet mag worden aangegaan wanneer de geestvermogens van een partij zodanig zijn gestoord, dat deze niet in staat is haar wil te bepalen of de betekenis van haar verklaring te begrijpen. Het zijn dus niet alleen hulpverleners die moeten oordelen over de wilsbekwaamheid van personen met ze te maken krijgen.¹⁹⁶ Overigens lijkt mij dat de rechter wanneer hij beslist op een verzoek tot instelling van een curatele, een beschermingsbewind of een mentorschap, niet de wilsbekwaamheid vaststelt.¹⁹⁷ De wilsbekwaamheid is gerelateerd aan een bepaalde handeling of aangelegenheid, terwijl bij een beschermingsmaatregel voor meerderjarigen de grond voor het instellen ervan meer algemeen is geformuleerd (de betrokkene is in het algemeen niet in staat bepaalde of al zijn belangen zelf te behartigen). Zie de art. 1:378, 431 en 450 BW.¹⁹⁸

3.6 De contouren van een andere rechtsbeschermingsregeling nader ingevuld

In de vorige twee hoofdstukken is de rechtspositie beschreven van verstandelijk gehandicapten en psychogeriatrische patiënten bij en na opnemings. Ik heb daarbij, vooral puttend uit de resultaten van de recente evaluatie van de Wet Bopz, aangegeven waar problemen of knelpunten lagen en in een aantal gevallen voorstellen geformuleerd voor oplossingen of oplossingsrichtingen. In de eerste drie paragrafen van dit hoofdstuk zijn door mij lijnen uit de eerste hoofdstukken

¹⁹⁶ Met Hubben en Biesart meen ik dat ten aanzien van de aanwezigheid van wilsbekwaamheid de wetgever met de omschrijving ‘niet in staat tot een redelijke belangenwaardering’ de lat hoog heeft gelegd. Ook voor bewoners en cliënten die niet altijd of niet helemaal in staat zijn tot redelijke belangenwaardering, is een rol weggelegd. Zie Biesart, M.C.I.H. en Hubben, J.H., ‘Wilsonbekwaamheid in de praktijk van de gezondheidszorg, verslag van een onderzoek’, *Medisch Contact* 19 september 1997, nr. 38 p. 1179.

¹⁹⁷ Anders Keurentjes o.c., p. 6.

¹⁹⁸ Over wilsonbekwaamheid (niet kunnen) en handelingsonbekwaamheid (niet mogen) schreef ik in: K. Blankman, ‘Vertegenwoordiging van wilsonbekwamen, de Wet Bopz en het Evrm’, *FJR* nr. 5 (2002) p. 126 e.v.

doorgetrokken en keuzes gemaakt. Als resultaat hiervan tekenen zich de contouren van een andere rechtsbeschermingsregeling af. De kenmerken hiervan houden direct verband met huidige knelpunten of bezwaren en proberen deze te ondervangen.

Het gaat om de volgende kenmerken:

1. *Binnen de sectoren psychogeriatric en verstandelijke gehandicaptenzorg* heeft iedere vrijheidsbeneming de toestemming van de betrokkene of, indien hij ter zake wilsonbekwaam is, van diens vertegenwoordiger.

Het onderscheid tussen vrijheidsbenemingen in Bopz-locaties en daarbuiten is niet meer relevant voor het toekennen van rechtswaarborgen. Ook het onderscheid tussen vrijheidsbenemingen op basis van art. 38, 39 of 40 lid 3 vervalt evenals het onderscheid tussen de opnemingen en vrijheidsbenemingen na de opneming. Datzelfde geldt voor het onderscheid tussen vrijwillig en onvrijwillig opgenomen bewoners. Elke vrijheidsbeneming in de zorg aan personen in beide sectoren heeft toestemming. Het begrip vrijheidsbeneming wil ik ruim opvatten: ook huisregels of pedagogische maatregelen vallen hieronder. Een nadere omschrijving of indeling in overleg met het veld op te stellen is gewenst.

2. *Iedere meerderjarige die wilsonbekwaam is, heeft een vertegenwoordiger. Indien er geen vertegenwoordiger – meer - is, dient de hulpverlener de benoeming van een mentor of curator uit te lokken.*

Het is de (eind)verantwoordelijkheid van de overheid te zorgen voor voldoende te benoemen mentoren en curatoren in het land. Op welke wijze dit moet geschieden, laat ik even in het midden, maar van de noodzaak ben ik overtuigd. Zou er een instantie hiervoor in het leven worden geroepen, op landelijk niveau, dan wel per hofressort of zorgregio, dan zou deze instantie ook op zich kunnen nemen de mentoren en curatoren, en wellicht ook de bewindvoerders die in het kader van een beschermingsbewind zijn benoemd, te voorzien van training en coaching. In minstens 75% van de gevallen wordt bij instelling van een mentorschap of beschermingsbewind een partner of naast familielid benoemd.¹⁹⁹ Een dergelijke benoeming berust op een

¹⁹⁹ Zie Oomens, H.C.D.M. en Van Zutphen, Y.L.L., *Evaluatie Wet mentorschap*, Amsterdam, Vrije Universiteit, 1998, p. 27, en Blankman, K., e.a. *Onderbewindstelling ter bescherming van meerderjarigen*, Amsterdam, Vrije Universiteit 2002, p. 24.

wettelijke voorkeur en verdient gelet op het in art. 8 Evrm neergelegde recht op respect voor het gezinsleven steun; tegelijk wordt meer en meer duidelijk dat er wel sprake is van – positieve -betrokkenheid bij deze vertegenwoordigers uit de naaste omgeving, maar dat zij niet altijd beschikken over voldoende kennis en vaardigheden om goed vertegenwoordiger te kunnen zijn. De instantie die ik voorlopig Raad voor goede zorg en rechtsbescherming noem, zou niet alleen moeten zorgdragen voor een pool van gekwalificeerde te benoemen mentoren en curatoren, maar ook training, advisering en begeleiding moeten aanbieden aan alle vertegenwoordigers, ook die uit de familie-omgeving.²⁰⁰

3. *Bij ernstige vrijheidsbenemingen is rechterlijke machtiging vereist die een duur heeft van maximaal 1 jaar. Of een vrijheidsbeneming ernstig is of niet wordt mede door de rechter bepaald.*

Niet voor iedere vrijheidsbeneming is rechterlijke tussenkomst vereist. Gelet op de diversiteit aan vrijheidsbenemingen en de overige elementen van rechtsbescherming zou een dergelijke stellingname disproportioneel zijn. Bovendien leert de ervaring dat een scherper of absolueter formuleren niet leidt tot een meer effectieve rechtsbescherming. Ik verwijs naar hetgeen ik hierboven heb opgemerkt naar aanleiding van het uitgangspunt elk verzet is verzet.

De rechtsregel dat bij ernst of ingrijpendheid tussenkomst van de rechter is vereist, is niet nieuw. In de wettelijke regeling van de curatele en het beschermingsbewind is opgenomen dat bij ingrijpende beslissingen op vermogensrechtelijk gebied de vertegenwoordiger machtiging behoeft van de rechter. Men zie de art. 1:386 juncto 345 en 441 lid 2 BW.²⁰¹ In de regeling van de Wgbo is ook bij ingrijpendheid sprake van een versterking van de rechtsbescherming. De keuze is hier niet geworden de tussenkomst van de rechter, maar het honoreren van het verzet van de wilsonbekwame patiënt. Bij vrijheidsbenemingen is het echter gelet op de eisen van art 5 Evrm en

²⁰⁰ Hun taak is niet altijd gemakkelijk en de ruimte om niet akkoord te gaan met voorstellen van de hupverlener, lijkt beperkt; zie evaluatie Wet Bopz, interne rechtspositie in de psychogeriatric en de verstandelijk gehandicaptensector (2002) p. 74.

²⁰¹ Het beschermingsbewind biedt anders dan in de regeling van de curatele ruimte voor het verrichten van een ingrijpende vermogensrechtelijke handeling zoals de verkoop van het huis, zonder tussenkomst van de rechter. Vereist is dan wel dat de bewindvoerder en de rechthebbende het hierover eens zijn en de rechthebbende ter zake wilsbekwaam is. Zie art. 1:441 lid 2 eerste volzin BW.

art. 15 Grondwet, noodzakelijk een betrokkenheid van c.q. toegang tot de rechter te creëren.

Ernstige vrijheidsbeneming veronderstelt wilsonbekwaamheid; daarvan zal in de beide sectoren veelal sprake zijn. Het gaan wonen in een aanleunwoning bij een verzorgingshuis behoeft geen rechterlijke machtiging en waarschijnlijk is er ook geen wilsonbekwaamheid en geen vertegenwoordiger. Dat geldt ook voor de verstandelijk gehandicapte die het ouderlijk huis verlaat en begeleid zelfstandig gaat wonen. Van vrijheidsbeneming is in geen van beide gevallen sprake. Het gaat echter om een breed spectrum van mogelijkheden en een glijdende schaal. Aan het andere uiterste staat de opneming voor de rest van haar leven van de zich verzettende demente bejaarde in de gesloten afdeling van een verpleeghuis. Aan de hand van de door het Europees Hof ontwikkelde criteria en met gebruikmaking van praktisch toepasbare richtlijnen inzake verzet en vaststelling van wilsonbekwaamheid dient een weging plaats te vinden. Om te vermijden dat deze weging volledig buiten de rechter om plaatsvindt, bepleit ik een betrokkenheid van de rechter op een vroeg moment. Noodzakelijk voor deze betrokkenheid is dat de rechter tijdig geïnformeerd wordt. Een geschikt moment lijkt mij wanneer een indicatiestelling resulteert in de indicatie psychogeriatrisch verpleeghuis of in de verstandelijk gehandicaptenzorg in woonniveau 3 of 4. Uiteraard is ook mogelijk dat op een later moment in een zorgplan vrijheidsbeneming wordt opgenomen. Als logisch complement bij het hierboven onder 3. geformuleerde kenmerk past de informatieverplichting van hulpverleners.

4. *In alle gevallen van – voorgenomen – vrijheidsbenemingen in beide sectoren is de hulpverlener verplicht de rechter hiervan op de hoogte te stellen. Deze gaat na of de vrijheidsbeneming noodzakelijk is voor een goede verzorging en behandeling.*

Het is vervolgens aan de rechter om te bepalen of hij de vertegenwoordiging overlaat aan de al optredende vertegenwoordiger. Niet in alle gevallen is naast de sowieso vereiste toestemming van of namens de betrokkene ook een rechterlijk 'informed consent' vereist. Dit wordt vooral bepaald door de ernst van de vrijheidsbeneming. Deze flexibele betrokkenheid van de rechter voorkomt, althans voor een deel een onverantwoorde overbelasting van de rechterlijke

macht.²⁰² Verzet speelt bij de bepaling van de ernst wel een rol, maar evenzeer is van belang de vaststelling van wils(on)bekwaamheid. Minder ernstige vrijheidsbenemingen kunnen, zoals hierboven uiteengezet, ook worden gerealiseerd met toestemming van de al functionerende vertegenwoordiger. Waar geen vertegenwoordiging is, dient de rechter de hierboven geïntroduceerde Raad voor goede zorg en rechtsbescherming in te schakelen in verband met de noodzaak tot adequate vertegenwoordiging. Deze functie van de zich actief met een voorgenomen vrijheidsbeneming bemoeiende rechter is nieuw. Wellicht kan hij zich laten voorlichten door de al genoemde Raad voor goede zorg en rechtsbescherming, maar het gaat hier dan om een andere functie voor deze raad. De rechter zal ervan overtuigd moeten worden dat de vrijheidsbeneming noodzakelijk is ter verzorging en behandeling en dat alternatieven geen soulaas bieden. Pas daarna zal hij na weging een oordeel geven over de ernst van de vrijheidsbeneming. Al naar gelang zijn inschatting kan hij een behandeling ter zitting doen plaatsvinden of zijn bevindingen schriftelijk meedelen.

Gelet op bovenstaande voorstellen en omdat het om vrijheidsbeneming gaat, bepleit ik passende – procedurele – rechtswaarborgen.

- 5. Betrokkene, vertegenwoordiger en hulpverlener, de laatste pas na het raadplegen van een collega, kunnen verzoeken om een behandeling ter zitting. In geval van een behandeling ter zitting vindt toevoeging van een advocaat plaats. Van de beslissing van de rechter om al dan niet een machtiging te verlenen voor een vrijheidsbeneming staat hoger beroep open.*

Voor hulpverleners zou invoering van bovenstaande voorstellen leiden tot meer administratieve inspanningen en meer overleg. Wellicht lenen de huidige meldingsformulieren aan de inspectie zich voor de melding aan de rechter. De verplichting om de rechter in te schakelen en af te checken of hij de voorgenomen vrijheidsbeneming inschat als zo ernstig dat zijn machtiging is vereist, geldt voor elke hulpverlener niet alleen de verantwoordelijk behandelaar in een residentiële setting. Het zich niet houden aan deze verplichting die van fundamenteel belang is voor het effectief zijn van de rechtsbeschermingsregeling,

²⁰² Hoewel ik het voor mogelijk houd dat om pragmatische redenen al dan niet middels een novelle gekozen zou worden voor uitbesteding van deze rechterlijke taak aan de door mij bepleite Raad voor goede zorg en rechtsbescherming, wil ik voorshands vasthouden aan het standpunt dat het principieel om een rechterlijke taak gaat.

dient met sancties te zijn omgeven. Het is met name de inspectie die hierop kan toezien.

De regeling biedt hulpverleners enerzijds meer ruimte bijvoorbeeld om verzet te wegen en om in plaats van het gevaarscriterium het noodzaakcriterium te hanteren; anderzijds krijgen hulpverleners te maken met een rechter die betrokken wordt bij en gaat oordelen over vrijheidsbenemingen in het kader van een behandeling.

Voor de rechter(lijke macht) betekent bovenstaande een extra belasting. In een aantal gevallen zal de machtiging per kerende post kunnen worden verleend, zoals ook nu plaatsvindt ten aanzien van de machtiging die in het kader van een lopend beschermingsbewind wordt verzocht bij verkoop van een huis. In een aantal gevallen kan hij de vertegenwoordiger wellicht een doorlopende machtiging geven voor incidentele vrijheidsbenemingen. Er zijn echter ook situaties waar een zitting noodzakelijk is, omdat hij daartoe ambtshalve beslist of omdat de betrokkene, de vertegenwoordiger of de hulpverlener daarom verzoeken. De vertegenwoordiger zal waarschijnlijk wel om behandeling ter zitting verzoeken wanneer de hulpverlener op grond van goed hulpverlenerschap overgaat tot vrijheidsbeneming hoewel de vertegenwoordiger geen toestemming geeft. In hoeverre een door mij voorgestelde Raad voor de goede zorg en rechtsbescherming werkzaamheden of taken van de rechter overneemt, laat ik in het midden.

Vertegenwoordigers spelen een cruciale rol. Zij moeten er in geval van wilsonbekwaamheid zijn en toestemming geven voor vrijheidsbenemingen. Met name hier zie ik een taak weggelegd voor een Raad voor de goede zorg en rechtsbescherming. Wanneer de Wet Bopz niet meer van toepassing zou zijn en tenzij een bijzondere voorziening wordt getroffen, de Wgbo van toepassing is, betekent dit voor de positie van vertegenwoordigers in ieder geval dat ze niet in alle gevallen bij vrijheidsbeneming worden geïnformeerd, omdat art. 38 lid 6 en 39 lid 3 worden vervangen door 7:457 lid 3 BW. Dit onderdeel van de regeling van de Wgbo bepaalt dat anders dan in de Wet Bopz, de vertegenwoordiger zelf initiatief moet nemen en maakt het bovendien mogelijk dat de hulpverlener op basis van goed hulpverlenerschap de vertegenwoordiger niet of niet volledig informeert. Omdat de hulpverlener wel de rechter moet informeren acht ik een aparte voorziening niet nodig. Afwijking op een detail in de regeling van de Wgbo moet zo mogelijk worden voorkomen. Ook wijs ik op de situatie die hierboven aan de orde kwam, dat de hulpverlener op grond van goed hulpverlenerschap overgaat tot vrijheidsbeneming daarmee de wil van de vertegenwoordiger passerend. Zie art. 7:465 lid 4 BW. In een dergelijk geval zal de

vertegenwoordiger wel om rechterlijke tussenkomst verzoeken zodat ook hier geen aparte voorziening behoeft te worden getroffen.

De rechtspositie van betrokkene acht ik in vergelijking met de huidige regeling verbeterd, omdat ik in de hierboven in grote lijnen geschetste rechtsbeschermingsregeling tegemoet ben gekomen aan een aantal bezwaren die er op dit moment bestaan in de sectoren psychogeriatric en verstandelijk gehandicaptenzorg op het punt van de rechtsbescherming bij vrijheidsbenemingen.

Richtlijnen inzake het wegen van verzet en het vaststellen van wilsonbekwaamheid (waartoe ik ook reken het bevorderen van wilsbekwaamheid) heb ik niet ontwikkeld. Hierboven wees ik erop dat samenspraak met hulpverleners onontbeerlijk is. Het initiatief zou m.i. ook bij hen moeten liggen.²⁰³ Evenmin heb ik mij gezet aan de uitwerking van een indeling van vrijheidsbenemingen. Voor het desgewenst realiseren van een dergelijk stuk zouden wel juristen het voortouw kunnen nemen.

Wat het juridisch kader betreft en de relatie met bestaande wetgeving, het volgende. Voor behandelbeslissingen blijft de Wgbo gelden. Indien het accent ligt op de vrijheidsbeneming, is inschakeling van de rechter verplicht volgens bovenstaand voorstel. Betreft het primair het uitvoeren van een verrichting onder dwang, dan is de regeling van de Wgbo van toepassing.

De Wet Bopz is in mijn voorstel niet meer van toepassing; enkele elementen uit de interne rechtspositie zouden bij wege van analogie wel van toepassing moeten blijven. Het betreft o.a. art. 63 inzake de bevoegdheden van de inspectie. Ook de klachtregeling van art. 41 blijft van toepassing, waarbij ik ervan uitga dat in beide sectoren cliëntenvertrouwenspersonen worden geïntroduceerd. Het bieden van de mogelijkheid van hoger beroep neemt de behoefte aan dit element van rechtsbescherming niet weg.

Artikel 38 is niet meer van toepassing. Ik houd het erop dat de verplichting tot het opstellen van een zorgplan ook zonder toepassing van de Wet Bopz door hulpverleners zal worden nagekomen; de inspectie zal hierop kunnen toezien.

Wat de eerste leden van art. 38 betreft, kent de Wgbo eenzelfde regeling en voor – ernstige - vrijheidsbeneming is tussenkomst van de rechter vereist. Een gevolg hiervan is dat dwangbehandeling van

²⁰³ Wat dit betreft, sluit ik mij aan bij de opmerking van professor Roscam Abbing die in de jaarrede die zij in 1998 in haar hoedanigheid van voorzitter van de Vereniging voor Gezondheidsrecht hield, benadrukte dat voor beide sectoren andere benaderingen dan de Wet Bopz moeten worden ontwikkeld, waarbij de professie een rol te vervullen heeft.

wilsbekwamen niet meer mogelijk is. Dit is geen relevant probleem, want dwangbehandeling van wilsbekwamen is in het licht van het Evrm sowieso problematisch.²⁰⁴ Van de middelen of maatregelen zijn separatie, afzondering en fixatie vrijheidsbenemingen; dwangvoeding en dwangmedicatie zijn te duiden als ingrijpende verrichtingen in de zin van de Wgbo. Deze wisseling van regime betekent dat verzet van een wilsonbekwame bewoner van een verpleeghuis tegen medicatie betekent dat geen behandeling plaatsvindt, tenzij de toediening van deze medicatie kennelijk nodig is teneinde ernstig nadeel voor de patiënt te voorkomen. Betrokkenheid van de rechter bij ingrijpende verrichtingen die niet tevens zijn te duiden als vrijheidsbeneming, is niet uitgesloten, maar kent een andere route. Bij niet of niet correct nakomen door een partij van zijn verplichtingen uit de behandelingsovereenkomst is tussenkomst van de rechter mogelijk. Ook is mogelijk, maar dat heb ik niet uitgewerkt, dat de vertegenwoordiger van een meerderjarige wilsonbekwame niet alleen bij ingrijpende vermogensrechtelijke beslissingen de machtiging van rechter behoeft, maar ook bij ingrijpende niet-vermogensrechtelijke beslissingen. Goed verdedigbaar is dat de mentor machtiging behoeft van de rechter om akkoord te kunnen gaan met een zorgplan waarin elektroshocktherapie is voorzien. Een wettelijke fundering van deze verplichting is op verschillende plaatsen mogelijk: in de regeling van het mentorschap, in die van de Wgbo of wellicht binnen de Wet Bopz. Ik heb dit niet uitgewerkt.

Ook de wijze waarop de door mij voorgestelde rechterlijke tussenkomst bij vrijheidsbenemingen in de psychogeriatric en verstandelijk gehandicaptenzorg een wettelijke basis zou moeten krijgen, heb ik niet uitgewerkt. Wellicht is een afzonderlijke wet vereist waarin ook de taken en bevoegdheden van de voorgestelde Raad voor goede zorg en rechtsbescherming en de verplichting van hulpverleners een plek krijgen. Een afzonderlijk hoofdstuk in de Wet Bopz of de Wgbo is ook denkbaar.

3.7 Omzien en vooruitkijken

De regeling die in eerste instantie overkomt als een soort Wgbo plus, voldoet aan de basisvoorwaarden voor een goede regeling die ik hierboven had geformuleerd. Het is een allesomvattende regeling inzake vrijheidsbenemingen geworden, waarbij ik gekozen heb voor een stevige materiële rechtswaarborg vooraf in de figuur van de rechter met een flexibele betrokkenheid bij – voorgenomen –

²⁰⁴ Zie Dijkers/Widdershoven o.c., p. C1-992-998.

vrijheidsbenamingen. Een toetsing achteraf acht ik voor een effectieve individuele rechtsbescherming minder waardevol.

Een ander kenmerk van de regeling betreft de ruimte en mogelijkheid tot vertegenwoordigend optreden. De vertegenwoordiger is in veel gevallen afkomstig uit de naaste omgeving van de betrokkene en de machtiging van de rechter kan worden beschouwd als aanvullende rechtsbescherming. In die zin onderscheidt het zich van andere voorstellen o.a. die van de Raad voor de Volksgezondheid en Zorg die in het rapport *Beter (z)onder dwang de instelling van regionale commissies opperde*.²⁰⁵ Een bijkomend voordeel van het voorstel tot introductie van de Raad voor de goede zorg en rechtsbescherming is dat er in Nederland een persoon c.q. instantie expliciet verantwoordelijk wordt gesteld voor de aanwezigheid en kwaliteit van vertegenwoordigers bij wilsonbekwame meerderjarigen.

Mijn voorstel voor een machtiging vooraf bij ernstige vrijheidsbenamingen vertoont enige overeenkomst met een voorstel dat bij amendement tijdens de behandeling van de Bopz-novelle werd ingediend. Dit voorstel dat niet werd overgenomen, behelsde de eis van voorafgaande rechterlijke machtiging voor dwangbehandeling bij bewoners die op basis van art. 60 waren opgenomen.²⁰⁶

Ook vermeld ik dat de functie van de rechter die betrokken is bij de weging, enigszins doet denken aan de figuur van de middelaar die indertijd door Van Wijmen in zijn in 1990 voor de Vereniging voor Gezondheidsrecht uitgebrachte preadvies werd voorgesteld.²⁰⁷

De vraagstelling die ik in de inleiding formuleerde was in die zin omvangrijk dat ik op me heb genomen een beschrijving te geven van de huidige rechtsbescherming, een analyse te maken van de problemen die op dit moment bestaan en voorstellen te doen voor het oplossen daarvan. Ik ben me bewust van beperkingen in het preadvies zowel in de beschrijving van de huidige stand van zaken als in de opsomming en toelichting van de problemen die ik heb geschetst. Met name de voorstellen inzake een andere rechtsbeschermingsregeling hadden uitvoeriger gekund. De lezer die een uitgewerkt 'handvat' voor de vaststelling van verzet of wilsbekwaamheid in de beide sectoren had verwacht, heb ik moeten teleurstellen. Wel meen ik een begaanbare weg te hebben geschetst met de contouren van een regeling die rechtsbescherming biedt bij alle vrijheidsbenamingen die verstandelijk gehandicapt en psychogeriatrische patiënten

²⁰⁵ Zie over dit voorstel ook Widdershoven elders in dit preadvies onder 7.6.

²⁰⁶ Kamerstukken II 1991/1992, 21 239, nr. 23.

²⁰⁷ Zie hierover Blankman, K. (2002) 'Vertegenwoordiging van meerderjarige wilsonbekwamen', in: *Omzien naar de toekomst*, Houten, Bohn Stafleu Van Loghum, p. 224.

ondergaan. Het laatste woord is hierover beslist nog niet gesproken;²⁰⁸ het woord is nu in het bijzonder aan hen die tijdens de komende jaarvergadering reagerend op mijn preadvies willen meedenken aan het realiseren van een rechtsbescherming op maat in de psychogeriatric en de verstandelijk gehandicaptenzorg.

²⁰⁸ Wel past hier een woord van dank aan Jos Dute en Sjef Gevers voor hun waardevolle commentaar op een eerdere versie van het preadvies.

Literatuurlijst

- L.A.P. Arends, *Implementatie Wet Bopz in verzorgingshuizen* (onderzoek in opdracht van Arcares), Rotterdam: 2001
- L.A.P. Arends, K. Blankman & B.J.M. Frederiks, *Evaluatieonderzoek Wet Bopz, Interne rechtspositie in de psychogeriatric en de verstandelijk gehandicaptensector*, Den Haag: ZonMw 2002, Reeks evaluatie regelgeving: deel 10-3
- L.A.P. Arends & B.J.M. Frederiks, 'Hersenschimmen? Een beschouwing over de noodzaak van nieuwe wetgeving', *TvGr* 2003, nr. 2
- Beter (z)onder dwang? *Advies uitgebracht door de Raad voor de Volksgezondheid en Zorg aan de Minister van VWS*, Zoetermeer: RVZ 1997
- M.C.I.H. Biesart & J.H. Hubben, *Methodiek voor de vaststelling van wilsonbekwaamheid bij mensen met een verstandelijke handicap*, Nunspeet: Stichting Philadelphia Zorg en Vereniging Gehandicaptenzorg Nederland 2000
- M.C.I.H. Biesart & J.H. Hubben, 'Wilsonbekwaamheid in de praktijk van de gezondheidszorg, verslag van een onderzoek', *Medisch Contact* 19 september 1997, nr. 38 p. 1179
- K. Blankman e.a., *Onderbewindstelling ter bescherming van meerderjarigen*, Amsterdam: Vrije Universiteit 2002.
- K. Blankman, 'Vertegenwoordiging van wilsonbekwamen, de Wet Bopz en het Evrm', *FJR* 2001, p.130-132
- A.F. Casparie, J. Legemaate e.a., *Evaluatie Kwaliteitswet zorginstellingen*, Den Haag: ZonMw 2001
- W. Dijkers & T.P. Widdershoven, *De Wet Bopz, artikelsgewijs commentaar* (losbladig), Den Haag: Koninklijke Vermande 2002.
- J.C.J. Dute, J.K.M. Gevers & G.R.J. de Groot (red.), *Omzien naar de toekomst. 35 jaar preadviezen Vereniging voor Gezondheidsrecht*, Houten/Diegem: Bohn Stafleu Van Loghum 2002.
- Evaluatie Wet bijzondere opnemingen in psychiatrische ziekenhuizen, *Conclusies en aanbevelingen van de begeleidingscommissie*, Den Haag: ZonMw 2002.
- Evaluatie Wet Bopz, *Externe rechtspositie in de psychogeriatric en de verstandelijk gehandicaptensector*, Den Haag: ZonMw 2002
- Evaluatie van de Wet Bopz, *Kabinetsstandpunt*, Rijswijk: Ministerie van VWS, Ministerie van Justitie 1997.
- P. van Ginneken, "De nodige bereidheid", een onderzoek naar de omvang van de groep "geen bereidheid geen bezwaar" in de psychiatrie, Utrecht: Trimbos-instituut 1999.

P. van Ginneken, 'Over art. 60 Wet Bopz. De opneming in psychogeriatrische verpleeghuizen en in instellingen voor verstandelijk gehandicapten', *MGv* 2002, p. 576

R.B.M. Keurentjes, *De Wet Bopz*, Den Haag: Sdu Uitgevers 2002.

H.J.J. Leenen & H.D.C. Roscam Abbing, *Bestuurlijk gezondheidsrecht*, Alphen aan den Rijn/Brussel: Samson H.D. Tjeenk Willink 1986

H.J.J. Leenen & J.K.M. Gevers, *Handboek gezondheidsrecht. Deel 1. Rechten van mensen in de gezondheidszorg*, Houten/Diegem: Bohn Stafleu Van Loghum 2000

J. Legemaate, *Professie, management en gezondheidsrecht*, Den Haag: Sdu Uitgevers 2003

H.C.D.M. Oomens & Y.L.L. van Zutphen, *Evaluatie Wet mentorschap*, Amsterdam: Vrije Universiteit 1998.

E-B van Veen, *De WGBO, de betekenis voor de hulpverleners in de gezondheidszorg*, Den Haag: Sdu Uitgevers 2002

Zorg onder beperking opnieuw bekeken, Den Haag: IGZ 1999