

## KRONIEK RECHTSPRAAK

# Kroniek rechtspraak Wet Bopz

Mr. dr. V.E.T. Dörenberg\*

## 1 Inleiding

De vorige Kroniek rechtspraak Wet Bopz is verschenen in TvGR 2010, nummer 4, en besloeg de periode april 2008 tot februari 2010.<sup>1</sup> Voor deze nieuwe kroniek zijn de belangrijkste rechterlijke uitspraken geselecteerd die zijn gepubliceerd in de periode februari 2010 tot mei 2011. De indeling sluit grotendeels aan bij die van de vorige kroniek, met dien verstande dat deze keer geen paragraaf is opgenomen over wetswijzigingen en de wetsvoorstellen ter vervanging van de Wet bijzondere opnemingen in psychiatrische ziekenhuizen (Wet Bopz).<sup>2</sup> Aan bod komen: de criteria voor gedwongen opneming, de procedurele vereisten bij opneming, bijzondere machtigingen, dwangbehandeling en overige vrijheidsbeperkingen en de klachtenprocedure. Speciale aandacht is er voor onrechtmatige vrijheidsbeneming en voor de samenloop met strafrechtelijke maatregelen.

## 2 Criteria voor gedwongen opneming

### 2.1 Gevaar van maatschappelijke teloorgang door uithuiszetting

Een van de voorwaarden voor gedwongen opneming is dat er sprake moet zijn van gevaar: gevaar voor betrokkene zelf, voor anderen of voor de algemene veiligheid van personen of goederen. Gevaar voor betrokkene zelf kan bestaan in gevaar van maatschappelijke teloorgang, maar dergelijk gevaar is kennelijk niet altijd voldoende voor een gedwongen opneming. De Rechtbank Zutphen wees op 10 maart 2010 een verzoek om een voorlopige machtiging af, omdat het gevaar van maatschappelijke teloorgang in casu niet kon worden afgewend door een gedwongen opneming.<sup>3</sup> Het ging om een 31-jarige patiënt met meervoudige en complexe psychiatrische problematiek die zeer ernstige overlast veroorzaakte en daardoor een gevaar vormde voor het welzijn en de psychische gezondheid van omwonenden. Aan de overlast zou echter op korte termijn een einde komen, omdat betrokkene inmiddels door de kantonrechter was veroordeeld om zijn woning te ontruimen. Ook het gevaar voor de omwonenden zou dan worden afgewend. De ontruiming zou wel een nieuw gevaar in het leven roepen, namelijk gevaar van maatschappelijke teloorgang. De rechtbank oordeelde echter dat dit gevaar redelijkerwijs niet meer kon worden afgewend, ook niet met een voorlopige machtiging. Heidanus noemt de uitspraak 'omstreden' en 'dubieus'. De rechtbank zou zich te zeer hebben gefocust op de overlast en de ontruiming, terwijl de problematiek van de patiënt in een veel breder perspectief had

\* Vivianne Dörenberg is docent gezondheidsrecht aan de Vrije Universiteit in Amsterdam en verbonden aan het EMGO-instituut.

1 V.E.T. Dörenberg, 'Kroniek rechtspraak Wet Bopz', TvGR 2010, p. 293-303.

2 Daarvoor zij verwezen naar B.J.M. Frederiks e.a., 'Het Wetsvoorstel zorg en dwang: een verantwoorde verbetering voor de rechtspositie van mensen met een verstandelijke beperking en dementie?', TvGR 2010, p. 76-86; V.E.T. Dörenberg, 'Het Wetsvoorstel verplichte geestelijke gezondheidszorg', TvGR 2011, p. 280-296.

3 Rb. Zutphen 10 maart 2010, Jvggz 2011/12 (m.nt. N.A. Heidanus).

Mr. dr. V.E.T. Dörenberg

kunnen worden geplaatst. Er was sprake van “een verregaande maatschappelijke teloorgang van een schizofrene verslaafde patiënt, welke gepaard gaat met extreme overlast, criminaliteit, drugsgebruik en/of -handel.” Volgens Heidanus is het criterium van maatschappelijke teloorgang daarom te beperkt uitgelegd, maar is dat werkelijk zo? Maatschappelijke teloorgang houdt in dat betrokkene in een deplorabele toestand is beland of dreigt te belanden, welke toestand dit etiket verdient in het licht van een eerdere situatie die (beduidend) beter was.<sup>4</sup> Vaak gaat deze toestand gepaard met zelfverwaarlozing. Beide criteria – maatschappelijke teloorgang en zelfverwaarlozing – zijn subjectief en worden door rechters verschillend geïnterpreteerd, maar duidelijk is wel dat er sprake moet zijn van een achteruitgang in de toestand van betrokkene. Betrokkene glijdt steeds verder af. Uit de feiten en omstandigheden in deze zaak kan dat niet meteen worden afgeleid. Het primaire gevaar was hier bovendien het gevaar voor de omwonenden, terwijl van zelfverwaarlozing niet of onvoldoende was gebleken.

## 2.2 *Afwending gevaar zonder gedwongen opnemning*

Op 22 oktober 2010 deed de Hoge Raad uitspraak in een zaak waar betrokkene zich niet ambulante liet begeleiden.<sup>5</sup> De rechtbank had het verzoek om een voorlopige machtiging afgewezen omdat niet was voldaan aan het vereiste dat het gevaar dat de stoornis van de geestvermogens de betrokkene doet veroorzaken niet door tussenkomst van personen of instellingen buiten een psychiatrisch ziekenhuis kan worden afgewend. De officier van justitie stelde casuïstiek beroep in tegen deze beslissing en voerde aan dat er al heel lang werd geprobeerd om betrokkene ambulante begeleiding te bieden, maar dat dit leidde tot toenemende agitatie bij de patiënt zonder dat er iets in zijn situatie veranderde. Ook maatschappelijke dienstverlening en thuiszorg, medicatie en ambulante psychiatrische behandeling waren over-

wogen en geprobeerd, maar betrokkene werkte aan niets vrijwillig mee. Het lijkt aannemelijk dat gedwongen opnemings hier het laatste redmiddel was, maar toch ging de Hoge Raad mee in het oordeel van de rechtbank dat alsnog gepoogd zou kunnen worden tot behandeling van betrokkene te komen zonder gedwongen opnemings. Mede gelet op de omstandigheid dat het gevaar in casu niet acuut was, achtte de Hoge Raad dit oordeel niet onbegrijpelijk. De laatste overweging doet wat vreemd aan, omdat voor het verlenen van een voorlopige machtiging geen sprake hoeft te zijn van onmiddellijk dreigend gevaar. Maar volgens Dijkers heeft de Hoge Raad vooral betekenis toegekend aan de aard van het gevaar dat betrokkene veroorzaakte, te weten “maatschappelijk verder afglijden, maar op dit moment geen acuut gevaar”. Kennelijk was het proces van achtergang nog niet ver voortgeschreden, althans niet ver genoeg om een voorlopige machtiging te rechtvaardigen. Daarnaast speelde in deze zaak dat betrokkene niet was verschenen bij de rechtbank, zodat deze haar oordeel diende te baseren op de beknopte inhoud van de geneeskundige verklaring – de officier van justitie was niet aanwezig voor een toelichting – en op de enkele mededeling van de behandelaar dat betrokkene niet wenste mee te werken en niet gehoord wilde worden. Voor de rechtbank was dit kennelijk onvoldoende. Het juiste was dan echter geweest dat de rechtbank de zaak had aangehouden om alsnog duidelijkheid te verkrijgen op deze punten.

## 2.3 *De nodige bereidheid bij beginnende dementie*

Welk criterium moet de rechter hanteren voor de gedwongen voortzetting van het verblijf van een persoon die op vrijwillige basis in een psychiatrisch ziekenhuis is opgenomen: het ontbreken van de nodige bereidheid of verzet? De wet bepaalt in artikel 2 lid 4 dat, indien een persoon reeds vrijwillig in een psychiatrisch ziekenhuis verblijft, een voorlopige machtiging vereist is indien deze persoon of zijn wettelijke vertegenwoordiger(s) ervan blijk geeft (geven) het vrijwillig verblijf te willen beëindigen. Een duidelijk antwoord op de vraag is dit niet. De heersende opvatting is evenwel dat alleen bij ver-

4 W. Dijkers, ‘Artikel 2’, in: W.J.A.M. Dijkers & T.P.J.C. Widdershoven (red.), *De wet BOPZ: artikelsgewijs commentaar*, Den Haag: Koninklijke Vermande (losbl. met aanv.), aant. 3.4, p. 89.

5 HR 22 oktober 2010, *BJ* 2010/51 (m.nt. W. Dijkers).

zet een rechterlijke machtiging nodig is.<sup>6</sup> De uitspraak van de Rechtbank Zwolle van 10 augustus 2010 sluit hierbij aan.<sup>7</sup> In deze zaak ging het om een patiënt met al jaren bestaande psychiatrische problematiek en beginnende dementie. Hij was destijds op vrijwillige basis opgenomen in de psychiatrische instelling en verbleef daar al jaren zonder problemen. Op enig moment was de instelling echter gaan twifelen aan de wilsbekwaamheid van betrokkene, wat kennelijk de aanleiding was voor het initiëren van een opnemingsprocedure. De rechtbank was van oordeel dat hier mocht worden uitgegaan van een voortdurend van het vrijwillig karakter van de opname, omdat betrokkene geen enkel signaal afgaf dat langer verblijf niet zijn instemming had. Dit zou volgens de rechtbank anders zijn geweest indien betrokkene te kennen had gegeven niet meer bereid te zijn tot verder verblijf, bijvoorbeeld door dit mondeling te uiten, zich te verzetten of door weg te (willen) lopen. Overigens werd daarbij aangetekend dat niet iedere daad van verzet onmiddellijk moet worden opgevat als het gaan ontbreken van de nodige bereidheid. Het gaan ontbreken van de bereidheid kan echter wel uit allerlei feitelijke gedragingen worden afgeleid.

#### 2.4 *Dwangopneming krachtens beslissing mentor?*

Op 15 maart 2010 deed de Rechtbank Haarlem een twijfelachtige uitspraak over het verblijf van een jonge vrouw met een verstandelijke beperking in een verpleeginrichting.<sup>8</sup> Betrokkene was in 2007 op vrijwillige basis in de verpleeginrichting opgenomen. Haar vader – tevens mentor van betrokkene – had met de opneming in een gesloten wooneenheid ingestemd. Betrokkene was het met deze opneming kennelijk niet eens, want regelmatig gaf zij uiting aan haar ongenoegen over het verblijf en maakte ze aanstalten om het terrein van de instelling te verlaten. Om gevaarlijke situaties te voorkomen, haalde het personeel van de instelling haar dan met toe-

stemming van de vader terug naar de wooneenheid. De instelling was van mening dat deze praktijk op gespannen voet stond met het vrijwillige karakter van haar verblijf en initieerde een opnemingsprocedure. Maar de rechtbank wees het verzoek om een voorlopige machtiging af, onder verwijzing naar de bevoegdheden van de mentor in het Burgerlijk Wetboek (BW). De rechtbank oordeelde: “Op grond van artikel 1:453 BW handelt de mentor in de plaats van betrokkene in aangelegenheden die de gezondheidsrechtelijke belangen van betrokkene in aangelegenheden van verzorging, verpleging, en behandeling betreffen. De mentor bepaalt op grond van bovengenoemde bepaling ook de verblijfplaats van betrokkene. In dat kader kan aan de onvoorwaardelijke toestemming van de mentor voldoende gewicht worden gegeven om gevaarvolle situaties te voorkomen, te beletten dan wel te beëindigen, ook tegen de wil van betrokkene, en haar terug te geleiden naar het terrein van de instelling.” De rechtbank gaat hiermee volledig voorbij aan het systeem van de Wet Bopz, waarnaar ook in het geheel niet wordt verwezen. De in het BW aan de mentor toegekende bevoegdheden geven een instelling immers niet automatisch de bevoegdheid om een persoon die zich kennelijk tegen het verblijf verzet binnen te houden. De ‘onvoorwaardelijke toestemming van de mentor’ – wat de rechter hiermee heeft bedoeld, is mij niet geheel duidelijk – maakt dit niet anders. De Wet Bopz bepaalt in artikel 2 lid 5 uitdrukkelijk dat de mentor niet namens betrokkene blijk kan geven van de nodige bereidheid. Bij verzet van betrokkene is daarom externe fiattering vereist, zoals ook blijkt uit artikel 3 Wet Bopz. De rechtbank achtte het overigens nog van belang op te merken dat gesteld noch gebleken was dat betrokkene zich verzette tegen de afgesloten wooneenheid alwaar zij verbleef. Daarmee heeft zij kennelijk willen aangeven dat betrokkene zich weliswaar verzette, maar niet tegen het verblijf in de wooneenheid als zodanig. Ik vraag me af hoe het telkens (willen) weglopen anders kan worden opgevat.

6 Dijkers (zie noot 4), aant. 1.2, p. 11.

7 Rb. Zwolle 10 augustus 2010, *BJ* 2010/58 (m.nt. T.P. Widdershoven).

8 Rb. Haarlem 15 maart 2010, *BJ* 2010/40 (m.nt. B.J.M. Frederiks).

Mr. dr. V.E.T. Dörenberg

### 2.5 Subsidiariteit, proportionaliteit en doelmatigheid

In de vorige kroniek noemde ik het opmerkelijk dat er maar liefst twee uitspraken waren verschenen waarin gedwongen opname respectievelijk voortdurende van gedwongen verblijf volgend op een proportionaliteitstoets werd afgewezen. Dit was opmerkelijk omdat rechters er tot dan toe zeker geen gewoonte van maakten om uitdrukkelijk aan algemene beginselen te toetsen. Maar daarin lijkt heel voorzichtig verandering te komen. Ik doel op de uitspraak van de Rechtbank Den Bosch van 31 maart 2010.<sup>9</sup> In deze zaak werd een voorlopige machtiging verzocht voor een patiënte met een borderline persoonlijkheidsstoornis en depressie, die aangaf dood te willen. Voor de rechtbank was zonneklaar dat aan de wettelijke voorwaarden voor gedwongen opname was voldaan, maar toch werd het verzoek om een voorlopige machtiging afgewezen. De reden was niet dat een machtiging disproportioneel zou zijn, want de ernst van het gevaar van suicide woog volgens de rechtbank op tegen de ernst van de op te leggen dwangopname. "Zeker nu niet duidelijk is dat de stellige doodswens van betrokkene berust op een weloverwogen keuze van haar," aldus de rechtbank. Nee, de reden was dat een machtiging hier niet voldeed aan het 'rechtsbeginsel van subsidiariteit' en ook niet 'doelmatig' was. Er was een minder ingrijpende oplossing voorhanden, namelijk verblijf thuis bij haar vader. En volgens deskundigen zou een gedwongen opname ook niet kunnen voorkomen dat betrokkene weer een suicidepoging zou doen. De rechtbank toetste hier dus expliciet aan de beginselen subsidiariteit, proportionaliteit en doelmatigheid. Daarbij refereerde de rechtbank nog aan de beschikking van de Hoge Raad van 30 januari 2009: "(...) dat een met vrijheidsbeneming gepaard gaande opname met als enkel doel de druk op de psychische gezondheid van de ouder(s) weg te nemen, disproportioneel is, nu het door de stoornis van de geestvermogens van betrokkene veroorzaakte gevaar in dit geval niet zal

kunnen worden afgewend door de verlangde gedwongen opname."<sup>10</sup>

### 2.6 Gedwongen opname en behandelingsperspectief

Aangenomen dat de subsidiariteit, proportionaliteit en doelmatigheid van gedwongen opname van belang zijn voor het al dan niet afgeven van een machtiging, moet dan ook het behandelingsperspectief bij opname een rol spelen? Nee, zo oordeelde de Rechtbank Assen op 16 februari 2010.<sup>11</sup> In deze zaak werd een machtiging tot voortgezet verblijf verzocht voor de duur van twee jaar ten aanzien van een zwakzinnige man met de diagnose kernpedofiel. Door de instelling waren meerdere pogingen gedaan om 'levenslang verblijf in een gesloten setting' te voorkomen, variërend van het volgen van een cursus tot het voortdurend persoonlijk begeleiden van de patiënt, maar niets had geholpen. Er was zelfs sprake van achteruitgang. Betrokkene was betrap op het verstopten van steekvoorwerpen en had openlijk agressieve uitlatingen gedaan. De gemachtigde van betrokkene uitte kritiek op de behandeling en voerde aan dat door een adequate behandeling het aanwezige gevaar zeker zou kunnen worden afgewend. De rechtbank was echter rigoureuze in haar oordeel: "De rechter aan wie is gevraagd een machtiging tot voortzetting van de dwangopname te verlenen, wordt geconfronteerd met tal van gegevens betreffende de behandeling van de patiënt. Deze gegevens spelen een rol bij het beantwoorden van de vraag of aan de wettelijke criteria voor het verlenen van de gevraagde machtiging wordt voldaan. Die rechter kan en mag voor het overige weinig met deze informatie. Indien gevaar voor derden, zoals hier speelt, noopt tot voortzetting van de dwangopname, ontkomt de rechter niet aan het verlenen van toestemming daarvoor. Of daadwerkelijk behandeling plaatsvindt en wat de kwaliteit van die behandeling is, zijn geen in dezen relevante vragen." Het gedrag en de denkwijze van betrokkene deed de rechtbank concluderen dat hij

9 Rb. Den Bosch 31 maart 2010, *BJ* 2010/42 (m.nt. R.H. Zuijderhoudt).

10 HR 30 januari 2009, *BJ* 2009/9.

11 Rb. Assen 16 februari 2010, *NJ* 2010, 617 (m.nt. Lege-maate), *BJ* 2010/29 (m.nt. J.W. Hummelen); in cassatie HR 18 juni 2010, *BJ* 2010/36.

voortdurend gevaarlijk was, wat een langdurige maatregel rechtvaardigde. In cassatie geeft advocaat-generaal Langemeijer aan dat de rechtbank hiermee de proportionaliteitstoetsing uitdrukkelijk heeft verricht. Over de inhoud van het behandelingsplan behoefde de rechtbank zich niet uit te spreken. De Hoge Raad verwierp het cassatieberoep.

### 3 Procedurele vereisten

#### 3.1 *Oproeping als betrokkene zonder bekende woon- of verblijfplaats*

Er zijn twee uitspraken gedaan over het oproepen van een betrokkene zonder bekende woon- en verblijfplaats. In de eerste zaak had de rechtbank een machtiging tot voortgezet verblijf verleend, zonder dat betrokkene was opgeroepen voor de mondelinge behandeling.<sup>12</sup> De rechtbank had gemeend dat de oproeping achterwege kon blijven, omdat a) de verblijfplaats van betrokkene niet bekend was, b) het aan betrokkene zelf te wijten was dat zij niet kon worden bereikt, en c) dat aan betrokkene rechtsmiddelen ten dienste stonden om alsnog op te komen tegen een verleende machtiging. Ook de onderliggende geneeskundige verklaring was opgesteld zonder dat betrokkene persoonlijk was gehoord. Het laatste hoeft niet per definitie tot vernietiging te leiden. Het eerste gaf volgens de Hoge Raad echter blijk van een onjuiste rechtsopvatting. De rechtbank had betrokkene moeten oproepen voor verhoor om te kunnen voldoen aan het fundamentele beginsel van hoor en wederhoor.<sup>13</sup> De vraag is dan natuurlijk wat er gebeurd was, als betrokkene niet was verschenen. Dan waren er twee opties geweest: of de rechtbank had de beslissing aangehouden om betrokkene nogmaals te bereiken of zij was tot het oordeel gekomen dat verdere pogingen in alle redelijkheid niet meer konden worden gevegd. In het laatste geval had horen op grond van artikel 8 lid 1 Wet Bopz achterwege kunnen blijven. Van een dergelijke overmachtsituatie was hier

echter geen sprake, zodat aanhouden de juiste optie was geweest.

In de tweede zaak lagen de feiten anders.<sup>14</sup> Hier was betrokkene wel door de rechtbank opgeroepen, maar werd in cassatie geklaagd over een gebrek in de oproeping. De oproeping zou niet geldig zijn, omdat 'de uitnodiging voor de zitting' was overhandigd aan diverse instellingen waar betrokkene regelmatig kwam en niet aan betrokkene zelf. Volgens advocaat-generaal Langemeijer is deze wijze van oproepen niet onbegrijpelijk in een geval waarin betrokkene geen vaste woon- of verblijfplaats heeft. Voor de geldigheid van een oproeping is beslissend of deze op de voorgeschreven wijze is geschied, niet of het stuk de betrokkene heeft bereikt. Het antwoord op de vraag of de oproeping de betrokkene heeft bereikt, althans redelijkerwijs moet hebben bereikt, is wel van belang voor de beoordeling of betrokkene de bereidheid mist zich te laten horen. In deze zaak mocht de rechtbank afgaan op de mededeling van de zoon van betrokkene dat deze woedend had gereageerd toen hij hoorde van de zitting en aan hem kenbaar had gemaakt dat hij niet zou verschijnen. De beslissing van de rechtbank werd uiteindelijk toch door de Hoge Raad vernietigd vanwege een vergissing in de geldigheidsduur van de afgegeven machtiging.

#### 3.2 *Niet bij de behandeling betrokken waarnemer*

De Hoge Raad kreeg op 24 december 2010 te oordelen over een verklarend psychiater die betrokkene in het verleden als waarnemer had gezien en onderzocht ter beoordeling van een inbewaringstelling.<sup>15</sup> De vraag was of de verklarend psychiater hierom moest worden aangemerkt als betrokken bij de behandeling van de patiënt. De Hoge Raad vond van niet. Het feit dat de psychiater in oktober 2009 bemoeienis had gehad met betrokkene, maakte niet dat hij voor de voorlopige machtiging van 2 september 2010 geen geneeskundige verklaring had mogen afgeven. Voor dit oordeel is het niet relevant of ten tijde van de waarneming sprake was van een

12 HR 5 november 2010, *JVggz* 2011/1 (m.nt. E.J. van Keken).

13 Vgl. HR 14 februari 1997, *NJ* 1997, 378.

14 HR 10 december 2010, *JVggz* 2011/3 (m.nt. E.J. van Keken).

15 HR 24 december 2010, *JVggz* 2011/4 (m.nt. redactie).

Mr. dr. V.E.T. Dörenberg

behandelrelatie als bedoeld in de Wet op de geneeskundige behandelingsovereenkomst (WGBO). Bij de beantwoording van de vraag of een psychiater die ten tijde van het onderzoek niet bij de behandeling betrokken is, maar zulks in het verleden wel is geweest, als onafhankelijk kan worden aangemerkt, is volgens vaste rechtspraak van belang het tijdsverloop sinds het beëindigen van de behandelrelatie en ook de duur en de intensiteit van de behandelrelatie.<sup>16</sup> Voor het tijdsverloop geldt in het algemeen een termijn van een jaar, maar het is aan de feitenrechter om de genoemde factoren in onderling verband te wegen.

### 3.3 Psychiatrisch onderzoek afdoende voor voorlopige machtiging?

De wet verlangt dat een geneeskundige verklaring op tafel ligt voordat de rechter kan beslissen over het al dan niet verlenen van een machtiging. Deze verklaring moet afkomstig zijn van een onafhankelijke psychiater die betrokkene met het oog daarop kort te voren heeft onderzocht. Het onderzoek voldoet aan de eisen van de Wet Bopz als het een onderzoek is waarbij de psychiater de betrokkene 'in een direct contact spreekt en observeert'.<sup>17</sup> Als de psychiater de betrokkene enkel heeft geobserveerd en niet zelf heeft gesproken, is het onderzoek ontoereikend geweest.<sup>18</sup> Maar wat als het directe onderzoek van betrokkene geen of onvoldoende gegevens oplevert? Het is inmiddels vaste rechtspraak dat de verklarend psychiater dan relatief veilig kan terugvallen op het dossier en informatie van derden, mits hij in de verklaring voldoende motiveert hoe hij tot zijn bevindingen is gekomen.<sup>19</sup> Drie beschikkingen van de Hoge Raad bevestigen deze lijn nog eens.<sup>20</sup> Uiteraard is het dan wel aan de rechter om de verklaring en het onderzoek aan de genoemde vereisten te

toetsen. Zijn de verklaring en het onderzoek zo summier dat ter zitting moeilijk kan worden vastgesteld of aan de criteria voor gedwongen opname is voldaan, dan hoeft de rechter daarmee geen genoegen te nemen. In de Zutphense zaak van 29 januari 2010 wijst Zuijderhoudt erop dat de rechter de psychiater in dat geval alsnog zijn huiswerk kan laten doen.<sup>21</sup> Het ging hier om een vrouw die al maanden elke zorg weigerde en contact weigerde. De geneeskundige verklaring was gebaseerd op zeer summier onderzoek – de psychiater had betrokkene alleen even kort aan de deur gesproken – en alleen een sociaalpsychiatrisch verpleegkundige was ter zitting aanwezig om een toelichting te geven. Opname was volgens de verpleegkundige nodig voor 'nadere diagnostiek' en daarna zou dan een geschikte behandeling kunnen worden ingezet. Op basis van de verklaring, de toelichting van betrokkene en de verpleegkundige ter zitting en het dossier achtte de rechtbank voldoende gronden aanwezig om de verzochte voorlopige machtiging af te geven, maar de overwegingen doen toch meer denken aan een verkapte observatiemachtiging. De stoornis en ook het causaal verband met het 'sluipende gevaar' voor betrokkene zelf waren allerminst duidelijk.

### 3.4 Psychiaters in opleiding en de wet

De rol van arts-assistenten bij gedwongen opname is omstreden. De wet gaat ervan uit dat een psychiater het onderzoek doet en de geneeskundige verklaring zelf afgeeft, maar de praktijk is vaak anders. Volgens het Europees Hof is dit in strijd met artikel 5 Europees Verdrag tot bescherming van de rechten van de mens en de fundamentele vrijheden (EVRM), omdat vrijheidsbeneming moet zijn gebaseerd op het oordeel van een 'objective medical expert'.<sup>22</sup> De Hoge Raad heeft die eis zo uitgelegd dat alleen in hoogst uitzonderlijke situaties de

16 Zie HR 16 oktober 2009, *BJ* 2009/47.

17 HR 3 november 2000, *kBJ* 2000/59, *NJ* 2000, 717.

18 HR 21 februari 2003, *BJ* 2003/20 (m.nt. W. Dijkers), *NJ* 2003, 484 (m.nt. JdB).

19 Zie reeds HR 6 november 1998, *kBJ* 1998/60 (m.nt. WD), *NJ* 1999, 103.

20 HR 17 september 2010, *BJ* 2010/48; HR 1 oktober 2010, *BJ* 2010/49; HR 15 oktober 2010, *BJ* 2010/50.

21 Rb. Zutphen 29 januari 2010, *BJ* 2010/55 (m.nt. R.H. Zuijderhoudt).

22 EHRM 24 oktober 1979 (*Winterwerp*), *NJ* 1980, 114 (m.nt. EAA), par. 39; EHRM 24 september 1992 (*Herczegfalvy*), *NJ* 1993, 523 (m.nt. HER onder 524), par. 63; EHRM 5 oktober 2000 (*Varbanov*), *BJ* 2001/36 (m.nt. WD), par. 47.

geneeskundige verklaring voor een inbewaringstelling door een arts, niet psychiater zijnde, mag worden uitgeschreven.<sup>23</sup> En dan nog moet zo snel mogelijk een verklaring door een psychiater worden opgesteld. Dit betekent dat de verklaring altijd afkomstig moet zijn van een psychiater, tenzij er sprake is van een spoedgeval waarin alleen een niet-gespecialiseerde arts het onderzoek kan verrichten. Maar wat blijkt, ook buiten dergelijke spoedgevallen komt het voor dat arts-assistenten de geneeskundige verklaring opstellen. Die verklaring wordt vervolgens enkele minuten later door een superviserende psychiater – die betrokkene eveneens heeft gezien – geaccordeerd in een zogeheten ‘aanvulling op de geneeskundige verklaring’. Deze opleidingspraktijk bestaat al enige tijd en schijnt op weinig bezwaren te stuiten. Ook de Rechtbank Groningen zag hierin geen reden om het verzoek om een machtiging tot voortzetting van de inbewaringstelling af te wijzen, maar zij deed wel de aanbeveling aan de psychiatrie om de praktijk aan de wet aan te passen.<sup>24</sup> Volgens de rechtbank kan dit eenvoudigweg worden bereikt door de psychiater in het vervolg de verklaring zelf te laten ondertekenen en er daarmee ook rechtstreeks verantwoordelijkheid voor te nemen. Voorwaarde is dan dus wel dat de psychiater de betrokkene ook zelf heeft gezien en gesproken. De Hoge Raad oordeelde in 2003 overigens al dat het de verklarend psychiater vrijstaat om een arts-assistent in te schakelen bij zijn onderzoek.<sup>25</sup> Uit de door de psychiater te ondertekenen verklaring moet dan wel blijken op grond waarvan kan worden gezegd dat betrokkene door de psychiater is onderzocht. Wanneer betrokkene alleen is gezien door de arts-assistent, dan is dat strijdig met artikel 5 EVRM en dus ontoereikend.

Bij het opstellen van een behandelingsplan in het kader van de voorwaardelijke machtiging is het kenmerkend niet nodig dat de psychiater betrokkene persoonlijk heeft gezien, zo blijkt uit een uitspraak van

de Rechtbank Zutphen.<sup>26</sup> Hier was het behandelingsplan weliswaar opgesteld door de psychiater zelf, maar betrokkene was alleen gezien door een psychiater in opleiding. Voor de rechtbank was dit voldoende. Uit de tekst van artikel 14a lid 5 Wet Bopz valt volgens de rechtbank niet ondubbelzinnig af te leiden dat het overleg over het behandelingsplan moet plaatsvinden tussen de betrokkene en de behandelaar persoonlijk. Voor dat standpunt kan ook geen steun worden gevonden in de wetgeschiedenis, aldus de rechtbank.

## 4 Bijzondere machtigingen

### 4.1 De voorwaardelijke machtiging en gevaar

In de vorige kroniek werd een zaak besproken over een 23-jarige man met een ontwikkelingsstoornis in het autistisch spectrum die al sinds zijn veertiende jaar was opgenomen vanwege onder meer pedofilie.<sup>27</sup> De officier van justitie had een verzoek tot het verlenen van een voorwaardelijke machtiging ingediend. De vraag was of de rechtbank erop kon vertrouwen dat betrokkene de voorwaarden van behandeling buiten het ziekenhuis zou naleven. Betrokkene had aangegeven dat hij in principe kon instemmen met het behandelingsplan, maar de libidoremmende medicatie vond hij twijfelachtig omdat was uitgemaakt dat hij geen pedofiel was. Omdat betrokkene zich eerder wel bereid had verklaard tot het nemen van de medicatie, twijfelde de rechtbank of de voorwaardelijke machtiging wel moest worden verleend. Uiteindelijk werd het verzoek toch toegewezen onder vaststelling van een reeks voorwaarden waaraan betrokkene zou moeten voldoen. Een belangrijke overweging was hier dat er een einde moest komen aan de uitzichtloze vrijheidsbeneming van betrokkene. De rechtspraak laat nu zien dat inmiddels ook aan de voorwaardelijke vrijheidsbeneming van betrokkene een einde is gekomen. De Rechtbank Assen besloot op 15 oktober 2010 om de voorwaardelijke machtiging niet te

23 Zie recentelijk HR 26 september 2008, *BJ* 2008/58 (m.nt. W. Dijkers).

24 Rb. Groningen 24 september 2010, *BJ* 2010/53.

25 HR 21 februari 2003, *BJ* 2003/20 (m.nt. W. Dijkers), *NJ* 2003, 484 (m.nt. JdB).

26 Rb. Zutphen 19 februari 2010, *BJ* 2010/56.

27 Rb. Assen 5 februari 2009, *BJ* 2009/29 (m.nt. R.H. Zuijderhoudt).

Mr. dr. V.E.T. Dörenberg

verlengen.<sup>28</sup> De psychiater had ter zitting verklaard dat door de hyperseksualiteit van betrokkene ‘risico’s aanwezig kunnen zijn’, maar voor de rechtbank was dit onvoldoende. Omdat betrokkene zich trouw liet behandelen en er ook geen incidenten meer hadden plaatsgevonden, kon niet langer worden gesproken van reëel gevaar in de zin van de Wet Bopz. “Een zeer geringe kans op verwezenlijking van de schade rechtvaardigt geen dwangmaatregel”, aldus de rechtbank. De onafhankelijkheid van de verklarend psychiater was overigens wel een punt. De oorspronkelijke verklaring was opgesteld door de psychiater die in 2009 betrokken was geweest bij de behandeling van betrokkene. Hoewel het contact tussen betrokkene en de behandelaar meer dan een jaar geleden was, werd de psychiater niet onafhankelijk geacht vanwege de intensiteit van de behandeling.<sup>29</sup> Er moest een nieuwe geneeskundige verklaring komen.

#### 4.2 Terug naar de paraplumachtiging?

De Rechtbank Breda roept oude herinneringen op met haar uitspraak van 1 juli 2010.<sup>30</sup> In deze zaak ging het om een jongeman met paranoïde schizofrenie die op grond van een inbewaringstelling was opgenomen. Aansluitend op de machtiging tot voortzetting van de inbewaringstelling, verzocht de officier van justitie om een voorlopige machtiging. De behandelaar verklaarde dat betrokkene nog steeds last had van psychotische beelden en religieuze waanideeën, maar tijdens de verloven was gebleken dat het thuis met betrokkene beter ging dan in het ziekenhuis. Daarom werd voorgesteld om betrokkene langer thuis te laten blijven en als het goed ging, zou worden bekeken of ontslag onder voorwaarden kon volgen. Kennelijk achtte de behandelaar een rechterlijke machtiging op de achtergrond op dat moment nog wel noodzakelijk, maar durfde hij een voorwaardelijke machtiging bij betrokkene niet aan. De rechtbank verleende de voorlopige machtiging. Voor haar stond vast dat betrokkene door zijn stoornis het gevaar liep om

maatschappelijk ten onder te gaan en dat dit gevaar niet buiten een psychiatrisch ziekenhuis kon worden afgewend. De uitspraak doet wat vreemd aan, omdat voor dit soort situaties juist de voorwaardelijke machtiging in het leven is geroepen. Met de introductie van de voorwaardelijke machtiging moest een einde komen aan de praktijk dat onder de paraplu van een machtiging drang wordt toegepast. Vóór 2004 kwam het geregeld voor dat een rechterlijke machtiging werd verleend voor personen die op dat moment reeds voorwaardelijk waren ontslagen uit het ziekenhuis. Op die manier kon ambulante worden behandeld, met een machtiging als stok achter de deur. Dat het niet de bedoeling is geweest dat deze zogeheten ‘paraplumachtiging’ bleef bestaan naast de voorwaardelijke machtiging, blijkt uit de wetgeschiedenis en ook uit de rechtspraak van de Hoge Raad.<sup>31</sup> Volgens de redactie van *Bopz Jurisprudentie – tegenwoordig Jurisprudentie Verplichte geestelijke gezondheidszorg* – is het de vraag of hier sprake is van een paraplumachtiging. Het lijkt inderdaad een grensgeval, maar het valt toch niet te ontkennen dat de uitspraak innerlijk tegenstrijdig is. Er is sprake van gevaar dat niet buiten een psychiatrisch ziekenhuis kan worden afgewend, maar verblijf thuis is toch beter dan in het ziekenhuis.

#### 4.3 Het belang van een eenduidige zelfbindingsverklaring

Op 15 maart 2010 verleende de Rechtbank Haarlem een zelfbindingsmachtiging voor opname, verblijf en behandeling van een vrouw met een bipolaire stoornis.<sup>32</sup> In een wilsbekwame periode had de vrouw samen met haar psychiater een zelfbindingsverklaring opgesteld, waarin onder meer een achttal omstandigheden waren benoemd waaronder de vrouw wilde worden opgenomen. Een combinatie van minstens twee van deze omstandigheden zou het aannemelijk maken dat het afwenden van ‘verdere ontregeling’ zonder opname niet meer moge-

28 Rb. Assen 15 oktober 2010, *JVggz* 2011/7.

29 Rb. Assen 5 augustus 2010, *JVggz* 2011/6.

30 Rb. Breda 1 juli 2010, *BJ* 2010/39 (m.nt. redactie).

31 HR 11 november 2005, *BJ* 2006/1 (m.nt. W. Dijkers); HR 2 juni 2006, *BJ* 2006/36; HR 6 juni 2008, *BJ* 2008/45 (m.nt. W. Dijkers).

32 Rb. Haarlem 15 maart 2010, *BJ* 2010/41 (m.nt. J.H.H.M. Dorscheidt).



lijk was. Toen het zover was voor de machtiging, gaf de vrouw aan dat ze nog steeds achter de inhoud van de verklaring stond maar dat er op dat moment geen sprake was van omstandigheden die tot opname zouden moeten leiden. Volgens de rechtbank bleek uit de geneeskundige verklaring en het verhandelde ter zitting genoegzaam dat de omstandigheden zoals beschreven in de zelfbindingsverklaring zich voordeden en dat betrokkene onvoldoende blijk gaf van de nodige bereidheid tot opname in een psychiatrisch ziekenhuis. Er was sprake van ongewone uitgaven en het inkopen van meer eten dan gewoonlijk, alsmede het uitnodigen van eters en het kopen van cadeautjes. Daarnaast werden er zorgen geuit door familie en hulpverleners, die door betrokkene werden gebagatelliseerd. Haar zelfzorg was volgens de directe familie afgenomen en ook was bij onderzoek waargenomen dat zij tekenen vertoonde van een beginnende ontremming. De 'schade' die hierdoor werd veroorzaakt aan de persoonlijke relaties van betrokkene en de 'schade' die ontstond door schulden kon door opname worden voorkomen of beperkt. Toewijzing van het verzoek paste daarom ook "binnen de daaraan te stellen eisen van proportionaliteit, subsidiariteit en doelmatigheid", aldus de rechtbank. Volgens Dorscheidt toont deze zaak aan hoe belangrijk het is om de omstandigheden en voorwaarden in een zelfbindingsverklaring strikt en eenduidig te formuleren. Vage en algemene formuleringen – veelal aangevuld met voorbeelden – laten te veel ruimte voor interpretatie. En ook het opsommen van omstandigheden onder de vermelding dat een combinatie van minstens twee daarvan voldoende is voor een machtiging, kan al snel tot willekeur leiden. De omstandigheden moeten immers wel zwaarwegend genoeg zijn om een gedwongen opname en behandeling te kunnen rechtvaardigen.

## 5 Dwangbehandeling en overige vrijheidsbeperkingen

### 5.1 Curatele om Wet Bopz te omzeilen?

Op 1 december 2010 besliste de Kantonrechter Winschoten afwijzend op het verzoek tot ondercuratele-

stelling van een 64-jarige vrouw met chronische schizofrenie.<sup>33</sup> De vrouw woonde op vrijwillige basis in een instelling voor ouderenzorg, maar wilde niet meewerken aan het verhogen van de bestaande medicatie. Om haar toch een hogere dosis te kunnen toedienen, was een verzoek om curatele ingediend. De gedachte was kennelijk dat dan op grond van artikel 7:465 lid 6 BW dwangbehandeling zou kunnen plaatsvinden. Maar de kantonrechter ging hier niet in mee. Op 22 april 2010 was om dezelfde reden namelijk al een verzoek tot het verlenen van een voorlopige machtiging ingediend. Die was door de rechtbank afgewezen, omdat onvoldoende gevaar aanwezig werd geacht voor (de gezondheid van) betrokkene. Sindsdien was haar toestand niet verslechterd. Als nu een curatele werd uitgesproken, zou in feite de Wet Bopz worden omzeild. Het stond immers vast dat de beoogde curatrice toestemming zou geven voor het verhogen van de medicatie tegen de wil van betrokkene. Betrokkene zou dan verstoken blijven van de rechtsbescherming die de Wet Bopz wel aan gedwongen opgenomen patiënten biedt. Dat kon volgens de kantonrechter niet de bedoeling van de wetgever zijn geweest. Met andere woorden, voor dwangbehandeling is de zware toets van de Wet Bopz bedoeld.

### 5.2 Dwangbehandeling in combinatie met een vrijheidsbeperkende maatregel

Een beperking in het recht op vrij telefoonverkeer overeenkomstig de geldende huisregels kan slechts worden opgelegd in de in artikel 40 lid 4 Wet Bopz genoemde gevallen. Dat is niet anders indien de beperking een patiënte betreft op wie de maatregel van separatie wordt toegepast, zo overwoog de Hoge Raad op 11 februari 2011.<sup>34</sup> Aan de orde was een klacht over dwangbehandeling gecombineerd met beperkingen in het gebruik van telefoon en televisie. Betrokkene – een jonge vrouw met een stoornis in de impulsbeheersing en een borderline persoonlijkheidsstoornis – was gesepareerd vanwege

33 Kantonrechter Winschoten 1 december 2010, *JVggz* 2011/14 (m.nt. K. Blankman).

34 HR 11 februari 2011, *JVggz* 2011/5 (m.nt. T.P. Widdershoven).

Mr. dr. V.E.T. Dörenberg

ernstig acting out-gedrag. Drie dagen later was aan haar een afschrift van een zogenoemd stappenplan uitgereikt met individuele gedragsregels waaraan ze zich zou moeten houden gedurende de separatie. Als betrokkene zich gedurende vijf dagen aan deze afspraken hield, zou het team zich veilig genoeg voelen om betrokkene terug naar de eigen kamer te laten gaan. Daartegenover stonden bepaalde faciliteiten die in deze vijf dagen geleidelijk – stapsgewijs – zouden worden uitgebreid, waaronder het tv-kijken op bepaalde uren en de mogelijkheid om tijdens een contactmoment te telefoneren. De Hoge Raad was van mening dat het hier niet ging om het inzetten van faciliteiten als straf en beloning en vernietigde de uitspraak van de rechtbank die de klacht over het beperken van telefoon en televisie niet-ontvankelijk had verklaard en betrokkene had verwezen naar de Wet klachtrecht cliënten zorgsector. Volgens de Hoge Raad kon betrokkene wel degelijk klagen op grond van artikel 41 Wet Bopz, omdat er sprake was van een beperking in het recht op vrij telefoonverkeer als bedoeld in het vierde lid van artikel 40. Wat betreft het gebruik van televisie, dat niet wettelijk geregeld is, was het oordeel dat er bij beperkingen in het kader van een separatie op de voet van artikel 38c Wet Bopz kan worden geklaagd. Dit betekent dus dat een telefoon- of televisiebeperking niet inherent is aan separatie en dat een gesepareerde patiënt in beginsel de mogelijkheid moet hebben om te telefoneren en televisie te kijken. Dat neemt echter niet weg dat in afwijking van de huisregels in het behandelingsplan afspraken kunnen worden gemaakt die het gebruik van telefoon en televisie om therapeutische redenen beperken. Bij gevaar zouden die beperkingen dan als dwangbehandeling kunnen worden toegepast. Helaas heeft de Hoge Raad over deze verhouding tussen artikel 38a-38c en artikel 40 geen uitspraak gedaan.

In een andere situatie van separatie als dwangbehandeling oordeelde de Hoge Raad: “Wanneer betrokkene niet langer in de separeerruimte verblijft omdat de separatie wordt onderbroken om hem tijdelijk terug te plaatsen op de afdeling dan wel omdat de separatie is beëindigd, heeft hij de nor-

male bewegingsvrijheid in en rond het ziekenhuis overeenkomstig de geldende huisregels.”<sup>35</sup> Het is duidelijk dat de maatregel van separatie per definitie een beperking van de bewegingsvrijheid meebrengt. Zolang betrokkene in de separeerruimte verblijft, heeft hij geen bewegingsvrijheid. Maar buiten het verblijf is de bewegingsvrijheid in en rond het ziekenhuis in beginsel onbeperkt. In de procedure bij de rechtbank had het ziekenhuis aangevoerd dat de vrijheidsbeperking buiten het separeerverblijf rechtstreeks voortvloeide uit de beslissing tot separatie. Volgens de Hoge Raad was deze opvatting onjuist. Het recht op bewegingsvrijheid kan buiten het separeerverblijf alleen op grond van artikel 40 lid 3 Wet Bopz worden beperkt. Dit is niet anders als er sprake is van een zogenoemd mobilisatieschema waarbij betrokkene tijdens de separatie tijdelijk wordt teruggeplaatst op de afdeling. Op grond van artikel 40a Wet Bopz moet bovendien aan iedere beperking van de bewegingsvrijheid een gemotiveerde schriftelijke beslissing ten grondslag liggen, die via de geneesheer-directeur in afschrift aan betrokkene wordt verstrekt. Na verwijzing merkte de Rechtbank Rotterdam in dit verband op dat, indien sprake is van diverse momenten van gelijke of soortgelijke beperking(en) van de bewegingsvrijheid, één schriftelijke beslissing volstaat.<sup>36</sup>

### 5.3 Toetsing van dwangbehandeling

De Rechtbank Maastricht veroordeelde op 7 oktober 2010 een separatie die op dat moment al vier maanden duurde en waarbij betrokkene voortdurend dan wel nagenoeg voortdurend in volstrekte afzondering werd gehouden.<sup>37</sup> De rechtbank stelde vast dat er bij betrokkene sprake was van “chronisch expansief megalomaan gedrag in het kader van een schizo-affectieve stoornis bipolaire type, gecompliceerd door harddrugafhankelijkheid” en dat betrokkene daardoor een gevaar vormde voor zichzelf en voor anderen binnen de instelling. De rechtbank

35 HR 29 januari 2010, *BJ* 2010/4 (m.nt. T.P. Widdershoven).

36 Rb. Rotterdam 3 juni 2010, *BJ* 2010/44.

37 Rb. Maastricht 7 oktober 2010, *JVggz* 2011/11 (m.nt. T.P. Widdershoven).

toonde ook begrip voor de instelling die van plan was om speciaal voor deze patiënt een prikkelarme ruimte in te richten, maar vond voortdurend van de separatie in afwachting van de totstandkoming daarvan ontoelaatbaar. De separatie was gestart als een noodmaatregel ex artikel 39 Wet Bopz en na zeven dagen omgezet in een dwangbehandeling, maar de separeerbehandeling was daarna op geen enkel moment meer getoetst. De rechtbank wees erop dat dwangbehandeling bij intern gevaar – zoals hier – niet gebonden is aan een termijn, terwijl dwangbehandeling bij extern gevaar niet langer dan drie maanden mag duren. Een nagenoeg onafgebroken dwangbehandeling van vier maanden zonder expliciete toetsingsmomenten achtte de rechtbank echter onacceptabel. Dwangbehandeling moet dus regelmatig worden getoetst, maar wat is regelmatig? De rechtbank zocht aansluiting bij artikel 56 lid 1 sub b Wet Bopz, waarin is bepaald dat in het patiëntendossier aantekening moet worden gehouden van de voortgang per maand met betrekking tot de uitvoering van het behandelingsplan. Bij een zo ingrijpende dwangmaatregel als separatie ligt het volgens de rechtbank in de rede om deze maandelijkse evaluatie te hanteren als uiterste minimale toetsingsmomenten, maar een meer frequente toetsing ligt voor de hand. Omdat noodmaatregelen op grond van artikel 39 Wet Bopz niet langer dan zeven dagen mogen duren, zou in ieder geval iedere zeven dagen onderzocht moeten worden of er nog steeds sprake is van een situatie waarin volstreekte separatie noodzakelijk is om gevaar voor betrokkene zelf of anderen in het ziekenhuis af te wenden.

## 6 De klachtenprocedure

De Wet Bopz bevat een speciale klachtenprocedure voor patiënten die tegen hun wil in het psychiatrisch ziekenhuis verblijven. Als deze patiënten ontevreden zijn over bepaalde aspecten van het verblijf, kunnen zij een klacht indienen bij de Bopz-klachtencommissie. Deze commissie moet de klacht ten volle en dus inhoudelijk toetsen – niet marginaal zoals de Klachtencommissie GGZ Midden-Brabant

op 15 maart 2010 deed<sup>38</sup> – en kan maatregelen treffen om een ongerechtvaardigde situatie te beëindigen. Een kenmerk van het Bopz-klachtrecht is wel dat de patiënt alleen kan klagen over beslissingen die in de wet worden genoemd. Er kan geklaagd worden over de beslissing dat betrokkene wilsonbewaam is, over de toepassing van dwangbehandeling, middelen of maatregelen en beperkingen in de bewegingsvrijheid en over de niet-toepassing van een overeengekomen behandelingsplan. Over andere beslissingen kan niet via de Wet Bopz geklaagd worden, zoals de Hoge Raad nog eens benadrukte op 29 januari 2010.<sup>39</sup> Evenmin kan geklaagd worden over gedragingen die verband houden met de in de wet genoemde beslissingen, zoals hier het niet of niet tijdig verrichten van de meldingsplicht aan de Inspectie voor de Gezondheidszorg. De Hoge Raad erkende dat het gaat om een belangrijk vormvoorschrift bij het toepassen van dwang, maar dat was niet relevant voor de vraag of betrokkene daarover kan klagen. Volgens mij is dit een zuivere uitleg van de wet. Wat overigens wel zou kunnen, is dat betrokkene over deze verwante gedragingen of andere beslissingen een klacht indient op grond van de Wet klachtrecht cliënten zorgsector.

Minder zuiver was de uitspraak van de Rechtbank Zutphen van 11 maart 2010.<sup>40</sup> In deze zaak werd om schadevergoeding verzocht naar aanleiding van een gesteld tekortschieten van de burgemeester, het psychiatrisch ziekenhuis en de rechter. De burgemeester had een inbewaringstelling gelast, maar die was niet voortgezet door de rechtbank. Betrokkene was daarna in het ziekenhuis gebleven, totdat zes dagen later opnieuw een inbewaringstelling was gelast. Die tweede inbewaringstelling was vervolgens wel bij rechterlijke machtiging voortgezet. Over de periode tussen de beide inbewaringstellingen merkte de rechtbank het volgende op. Ten eerste was volgens de rechtbank onvoldoende aange-

38 Klachtencommissie GGZ Midden-Brabant 15 maart 2010, *BJ* 2010/34 (m.nt. T.P. Widdershoven).

39 HR 29 januari 2010, *BJ* 2010/4 (m.nt. T.P. Widdershoven).

40 Rb. Zutphen 11 maart 2010, *BJ* 2010/57 (m.nt. W. Dijkers).

Mr. dr. V.E.T. Dörenberg

toond dat betrokkene in die periode tegen haar wil in het ziekenhuis verbleef. Het verblijf werd dus aangemerkt als een vrijwillig verblijf. Onder verwijzing naar de uitspraak van de Hoge Raad van 20 maart 2009<sup>41</sup> stelde de rechtbank vervolgens dat betrokkene op de voet van artikel 41 Wet Bopz een klacht had kunnen indienen en dan via artikel 41b Wet Bopz om schadevergoeding had kunnen vragen. Dit had zij niet gedaan, zodat ze nu niet-ontvankelijk moest worden verklaard in haar verzoek. Wat de rechtbank hiermee lijkt te zeggen is dat iedere patiënt die is opgenomen in een psychiatrisch ziekenhuis – of dat nu vrijwillig of onvrijwillig is – een klacht kan indienen op grond van de Wet Bopz. Op zich is daar wel iets voor te zeggen, vooral omdat ook vrijwillig opgenomen patiënten regelmatig geconfronteerd worden met bijvoorbeeld de toepassing van middelen of maatregelen. Maar de wet is duidelijk: het Bopz-klachtrecht geldt alleen voor gedwongen opgenomen patiënten. De genoemde uitspraak van de Hoge Raad is door de rechtbank te ruim opgevat. Het klopt dat de Hoge Raad het Bopz-klachtrecht hier uitbreidde naar vrijheidsbeperkingen tijdens vrijwillig verblijf, maar de klacht betrof een periode waarin een inbewaringstelling al in gang was gezet zodat de gedragingen jegens betrokkene moeilijk los daarvan konden worden gezien.

## 7 Onrechtmatige vrijheidsbeneming

In deze periode zijn meerdere uitspraken gepubliceerd over het recht op schadevergoeding vanwege onrechtmatige vrijheidsbeneming. De uitspraken zijn vooral interessant omdat ze een beeld geven van de verantwoordelijkheden van de verschillende actoren en de aansprakelijkheid die daaruit voortvloeit als er iets misgaat. Drie uitspraken worden er hier uit gelicht. Alle drie hebben ze betrekking op de voorlopige machtiging in aansluiting op een machtiging tot voortzetting van de inbewaringstelling.

De eerste uitspraak is van de Rechtbank Den Bosch van 3 november 2010.<sup>42</sup> In deze zaak had de officier van justitie een paar dagen na de expiratie van de machtiging tot voortzetting van de inbewaringstelling een verzoek tot het verlenen van een aansluitende machtiging ingediend. Drie weken later besloot de rechtbank tot niet-ontvankelijkheid vanwege een ondeugdelijke geneeskundige verklaring, maar al die tijd had betrokkene ‘semigedwongen’ – zoals Dijkers het noemt – in het ziekenhuis verbleven. De rechtbank die op het verzoek om schadevergoeding moest beslissen, achtte de officier van justitie verantwoordelijk voor deze gang van zaken. Uiteraard mag van de psychiater worden verwacht dat hij een deugdelijke verklaring opstelt, maar het is de officier van justitie die het verzoek tot het verlenen van een voorlopige machtiging bij de rechtbank indient. Het is dus ook aan de officier van justitie om na te gaan of bij dat verzoek een geneeskundige verklaring zit die voldoet aan de wettelijke eisen. Dat het openbaar ministerie in de praktijk vooral fungeert als een ‘postbus’ en zich zelden bezighoudt met de inhoud van een zaak, verandert hier volgens de rechtbank niets aan. Alle betrokkenen moeten erop kunnen vertrouwen dat de officier van justitie de wettelijk aan hem opgedragen taak adequaat en zorgvuldig nakomt. De rechtbank nam wel 25% eigen schuld aan, omdat betrokkene had nagelaten om een ontslagverzoek in te dienen bij de geneesheer-directeur.

Ook in de uitspraak van de Kantonrechter Den Haag van 6 oktober 2010 was sprake van een officier van justitie die niet tijdig om een aansluitende rechterlijke machtiging had verzocht, maar hier bleef de officier buiten schot.<sup>43</sup> Toen de machtiging tot voortdurende van de inbewaringstelling was verstrekt en er geen kennisgeving van de officier van justitie kwam, had het volgens de kantonrechter op de weg van de geneesheer-directeur gelegen om te informeren bij het openbaar ministerie. Dit was niet gebeurd en de patiënt was pas zes dagen na de expi-

41 HR 20 maart 2009, *BJ* 2009/20 (m.nt. W. Dijkers). Deze uitspraak is behandeld in de vorige kroniek (V.E.T. Dörenberg, ‘Kroniek rechtspraak Wet Bopz’, *TvGR* 2010, p. 303).

42 Rb. Den Bosch 3 november 2010, *JVggz* 2011/10 (m.nt. W. Dijkers).

43 Kantonrechter Den Haag 6 oktober 2010, *JVggz* 2011/13 (m.nt. W. Dijkers).

ratie van de machtiging tot voortzetting van de inbewaringstelling uit het ziekenhuis ontslagen. De geneesheer-directeur werd voor de onrechtmatige vrijheidsbeneming aansprakelijk geacht. Tegenstrijdig is dat in deze zaak geen eigen schuld bij betrokkene werd aangenomen.

De derde zaak betrof een onrechtmatige vrijheidsberoving die volgens de Rechtbank Amsterdam volledig voor rekening kwam van de rechtbank die had beslist op het verzoek om een aansluitende voorlopige machtiging.<sup>44</sup> Deze keer was het verzoek tijdig door de officier van justitie ingediend, dus binnen de termijn dat de machtiging tot voortzetting van de inbewaringstelling geldt. De rechtbank had de beslissing echter aangehouden en de officier gevraagd om te bezien of een andere maatregel aangevoerd was. Toen de officier van justitie vier maanden later – betrokkene was intussen voorwaardelijk ontslagen, maar vervolgens toch weer tegen zijn wil opgenomen – een verzoek om een voorwaardelijke machtiging indiende, wees de rechtbank dit verzoek af. Omdat zij het verzoek zo begreep dat de officier het aanvankelijke verzoek om een voorlopige machtiging niet handhaafde, moest een nieuw verzoek worden ingediend. Dit gebeurde een paar weken later en de rechtbank verleende de voorlopige machtiging. Wat hier tegenstrijdig is, is dat de geneesheer-directeur buiten schot bleef. De rechtbank is daarmee voorbijgegaan aan de verplichting tot ontslagverlening ex artikel 48 Wet Bopz.

## 8 Wet Bopz en strafrecht

De overgang van een terbeschikkingstelling naar een gedwongen opneming op grond van de Wet Bopz verloopt niet altijd even soepel. Dit was al bekend, maar de uitspraak van het Hof Arnhem van 11 mei 2010 laat nog eens zien hoe gebrekkig het wettelijk kader op dit punt is.<sup>45</sup> Aan de orde was een verzoek om verlenging van de terbeschikkingstel-

ling van een psychiatrisch chronisch gehandicapte man die in 2003 ter beschikking was gesteld en sinds 2009 voor behandeling in een forensisch psychiatrische kliniek verbleef. Het hof overwoog dat een terbeschikkingstelling onvoorwaardelijk kan worden beëindigd, als een minder ingrijpende machtiging op grond van de Wet Bopz ook voldoende waarborgen biedt om de maatschappij tegen de terbeschikkinggestelde te beschermen. Volgens de Hoge Raad moet dan wel een Bopz-machtiging aanwezig zijn op het moment dat de strafrechter de vordering tot verlenging van de terbeschikkingstelling afwijst.<sup>46</sup> Om die reden was de behandeling van het verzoek om verlenging in eerste aanleg geschorst om de kliniek in de gelegenheid te stellen om een voorlopige machtiging op grond van de Wet Bopz aan te vragen. Die machtiging was op 1 februari 2010 verleend, onder de opschortende voorwaarde dat de terbeschikkingstelling onvoorwaardelijk zou worden beëindigd.<sup>47</sup> In de procedure bij het hof voerde de officier van justitie aan dat de voorlopige machtiging was verlopen, omdat artikel 10 lid 1 Wet Bopz bepaalt dat een machtiging binnen twee weken na dagtekening ten uitvoer moet worden gelegd. Als het verzoek om verlenging zou worden afgewezen, zou betrokkene dus vrij kunnen terugkeren in de samenleving met alle risico's vandien. De officier van justitie had op 27 april 2010 een nieuwe machtiging verzocht, maar die was afgewezen omdat de oude machtiging was afgegeven tot en met 31 juli 2010. De vraag was dus wanneer de termijn van artikel 10 begint te lopen: na dagtekening of na vervulling van de opschortende voorwaarde? In de rechtspraak was deze vraag nog niet eerder aan de orde geweest. Het hof achtte het echter passend om de termijn te laten ingaan op het moment dat de opschortende voorwaarde – het onvoorwaardelijk eindigen van de terbeschikkingstelling – is vervuld. Dit lijkt me vooral een praktische overweging.

44 Rb. Amsterdam 25 maart 2010, *BJ* 2010/52 (m.nt. W. Dijkers).

45 Hof Arnhem 11 mei 2010, *BJ* 2010/38 (m.nt. E.J. van Keken).

46 HR 18 april 2003, *BJ* 2003/21, *NJ* 2003, 628; HR 13 juni 2008, *BJ* 2008/46.

47 Ook dit past in de lijn die de Hoge Raad voor dit soort situaties heeft uitgezet (HR 18 april 2003, *BJ* 2003/21, *NJ* 2003, 628; HR 13 juni 2008, *BJ* 2008/46).

Mr. dr. V.E.T. Dörenberg

## 9 Tot slot

Een paar dingen vallen op. Ten eerste lijkt de rechtspraak te anticiperen op de Wet verplichte GGZ, de beoogde opvolger van de Wet Bopz. Steeds meer wordt verwezen naar de beginselen van subsidiariteit, proportionaliteit en doelmatigheid. Het proportionaliteitsvereiste lag natuurlijk al besloten in het gevaarscriterium en ook het beginsel van subsidiariteit komt tot uitdrukking in de criteria voor gedwongen opneming, maar het gebeurde maar zelden dat uitdrukkelijk op die gronden een machtiging werd afgewezen. Impliciet gebeurde dat overigens veel vaker, zoals ook blijkt uit de uitspraken die in de paragrafen 2.1 en 2.2 zijn besproken. Deze nieuwe ontwikkeling in de rechtspraak is een goede zaak, maar vooral het doelmatigheidsvereiste zou menig rechter nog wel eens het hoofd kunnen gaan breken. Dat betekent namelijk dat ook de effectiviteit van opneming en behandeling een rol gaat spelen, terwijl die effectiviteit vaak moeilijk vast te stellen is. Een enkele keer wordt in de rechtspraak ook gesproken van 'schade' in plaats van 'gevaar'.<sup>48</sup> Inhoudelijk zullen de begrippen overeenkomen, dus dat hoeft geen groot bezwaar te zijn. Maar het hanteren van criteria uit aanhangige wetgeving brengt wel een zekere rechtsonzekerheid mee. Wat verder nog opvalt, is dat in de aangegeven periode de plank toch een aantal keren wordt misgeslagen. Ik noem bijvoorbeeld de uitspraak van de Rechtbank Haarlem in paragraaf 2.4. Hieruit kan worden afgeleid dat de rol van vertegenwoordigers bij het toepassen van dwang in de praktijk nog erg onduidelijk is, hoewel de Kantonrechter Winschoten toch een zeer duidelijk oordeel gaf over de verhouding tussen curatele en dwangbehandeling. Het kan in ieder geval geen kwaad om in de rechtspraak meer aandacht te geven aan dit onderwerp. Meer helderheid is tot slot ook gewenst, als het gaat om de verantwoordelijkheid van de verschillende actoren bij gedwongen opneming. De rechtspraak is op dit punt nog niet erg consistent.

48 Rb. Haarlem 15 maart 2010, *BJ* 2010/41, m.nt. J.H.H.M. Dorscheidt. Zie ook de uitspraak van de rechtbank Assen in paragraaf 4.1.