

dat het strookt met de eisen die het EVRM stelt (en de gemeente niet telkens een schadevergoeding behoeft te voldoen).

4. Aansprakelijkheid van de geneesheer-directeur

De Hoge Raad komt in het geval dat niet 'immediately after the arrest' het eerder ontbroken hebbende specialistisch onderzoek heeft plaatsgevonden, tot aansprakelijkheid van de gemeente. Die aansprakelijkheid is er ondanks dat noch de burgemeester noch de gemeente de (wettelijke) middelen ten dienste staan om na het geven van de last een onderzoek door een psychiater af te dwingen of de aangevangen inbewaringstelling te (doen) beëindigen, aldus de Hoge Raad.

De beëindiging van de vrijheidsbeneming is wettelijk de verantwoordelijkheid van de geneesheer-directeur. Deze functionaris dient, mede in het licht van het EVRM, in twee gevallen de IBS op te heffen: (a) indien het specialistisch onderzoek uitwijst dat er geen grond (met name: geen geestelijke stoornis en/of geen gevaar) meer is (art. 48 lid 1 Wet Bopz) en (b) indien tijdig specialistisch onderzoek uitblijft.

Als de geneesheer-directeur in zo'n geval nalaat tot ontslag over te gaan, is hij óók aansprakelijk. Het komt mij voor dat hier zijn verantwoordelijkheid zelfs aanzienlijk groter is, waarmee de draagplicht voor de schade in de onderlinge verhouding met de gemeente de kant van het psychiatrisch ziekenhuis opschuift (zie art. 6:102 BW, de regeling van de aansprakelijkheid bij medeschuld). Maar daar heeft de patiënt geen boodschap aan, die kan op de voet van art. 28 Wet Bopz eenvoudigweg van de gemeente een vergoeding verlangen.

Overigens kan de geneesheer-directeur in een dergelijk geval zo mogelijk ook strafrechtelijk worden aangesproken, vgl. art. 69 Wet Bopz.

W.J.A.M Dijkers

39

Hoge Raad

2 oktober 2015, nr. 15/02910,

ECLI:NL:HR:2015:2915

(mr. F.B. Bakels, mr. C.A. Streefkerk, mr. A.H.T. Heisterkamp, mr. M.V. Polak, mr. V. van den Brink)

(Concl. A-G mr. J. Wuisman)

Noot B.J.M. Frederiks en S.M. Steen

Voorwaardelijke machtiging niet mogelijk voor verstandelijk gehandicapten en psychogeriatrische patiënten. Paraplumachtiging.

[Wet Bopz art. 2, 14a lid 2; EVRM art. 5]

Verzocht was een voorlopige machtiging tot opnemings van betrokkene in een zwakzinnigeninrichting. De rechtbank overwoog dat uit oogpunt van gevaarsafwending een voorwaardelijke machtiging in deze situatie op zijn plaats zou zijn, maar dat zo'n machtiging niet mogelijk is voor een zwakzinnigeninrichting. De rechtbank heeft daarom een voorlopige machtiging verleend waarbij zij er van uitging dat betrokkene onder de hem bekende voorwaarden thuis kan verblijven (paraplumachtiging).

In cassatie wordt aangevoerd dat in wezen een voorwaardelijke machtiging is verleend die in strijd is met art. 14a lid 2 aanhef en onder b Wet Bopz. De Hoge Raad overweegt als volgt.

Nu de rechtbank de voorlopige machtiging heeft verleend, ervan uitgaande dat betrokkene onder de hem bekende voorwaarden thuis kan verblijven, heeft zij in wezen een voorlopige machtiging verleend met elementen van een voorwaardelijke machtiging. Deze vermenging van twee te onderscheiden rechtsfiguren is in strijd met art. 14a lid 2 aanhef en onder b in verbinding met art. 14d lid 1 Wet Bopz. Op grond van die bepalingen kan bij niet-naleving van de voorwaarden die zijn verbonden aan een voorwaardelijke machtiging, slechts opnemings plaatsvinden in "een psychiatrisch ziekenhuis, niet zijnde een zwakzinnigeninrichting of een verpleeginrichting". Daaraan ligt ten grondslag dat verstandelijk gehandicapten en psychogeriatrische patiënten, anders dan patiënten met een psychiatrische stoornis, zonder de zorg die de zwakzinnigen- of verpleeginrichting biedt, zich niet buiten die inrichting kunnen handhaven. In het systeem van de wet ligt dus besloten dat in het

geval van verstandelijk gehandicapten en psychogeriatrische patiënten, geen plaats is voor verlening van een voorwaardelijke machtiging. Opmerking verdient ook nog het volgende.

In de uitspraak van de rechtbank ligt besloten dat betrokkene, indien hij de gestelde voorwaarden niet (langer) naleeft, dient te worden opgenomen in een zwakzinnigeninrichting, zulks met overeenkomstige toepassing van art. 14d lid 1 Wet Bopz. Dit betekent dat betrokkene dan van zijn vrijheid zou worden beroofd zonder dat de bevoegdheid daartoe berust op een uitdrukkelijke wetsbepaling. Dat is in strijd met art. 5 EVRM.

Voorts heeft de onderhavige materie de aandacht van de wetgever. Op 19 september 2013 is het wetsvoorstel Wet zorg en dwang psychogeriatrische en verstandelijk gehandicapte cliënten (wetsvoorstel 31 996) door de Tweede Kamer aangenomen. Dit wetsvoorstel is thans bij de Eerste Kamer in behandeling en voorziet niet in de mogelijkheid een voorwaardelijke machtiging te verlenen met betrekking tot verstandelijk gehandicapten.

De Hoge Raad vernietigt de beschikking van de rechtbank.

X, te Y.,

verzoeker tot cassatie,

advocaat: mr. G.E.M. Later,

tegen

de officier van justitie in het arrondissement Limburg, zetelende te Roermond,

verweerder in cassatie,

niet verschenen.

Hoge Raad:

Partijen zullen hierna ook worden aangeduid als betrokkene en de officier van justitie.

1. Het geding in feitelijke instantie

Voor het verloop van het geding in feitelijke instantie verwijst de Hoge Raad naar de beschikkingen in de zaak C/03/202212/BZ RK 15/229 van de rechtbank Limburg van 27 februari 2015 en 27 maart 2015.

De beschikkingen van de rechtbank zijn aan deze beschikking gehecht.

2. Het geding in cassatie

Tegen de beschikkingen van de rechtbank heeft betrokkene beroep in cassatie ingesteld. Het cassatierekest is aan deze beschikkingen gehecht en maakt daarvan deel uit.

De officier van justitie heeft geen verweerschrift ingediend.

De conclusie van de Advocaat-Generaal J. Wuisman strekt tot vernietiging van de beschikking van 27 maart 2015.

De advocaat van betrokkene heeft bij brief van 12 augustus 2015 op die conclusie gereageerd.

3. Beoordeling van het middel

3.1 De officier van justitie heeft de rechtbank verzocht een voorlopige machtiging te verlenen tot opnemng van betrokkene in een zwakzinnigeninrichting.

3.2 Bij tussenbeschikking heeft de rechtbank geoordeeld dat op dat moment geen sprake was van manifest gevaar, maar dat latent gevaar, gelet op de gebeurtenissen in het recente verleden, niet kon worden uitgesloten. Om die reden heeft de rechtbank de behandeling van het verzoek voor de duur van een maand aangehouden om te bezien of het gevaar, met intensieve ondersteuning en begeleiding van het ACT-team, kon worden afgewend.

Bij eindbeschikking heeft de rechtbank een voorlopige machtiging verleend om betrokkene in een zwakzinnigeninrichting te doen opnemen en te doen verblijven voor de duur van maximaal zes maanden, ingaande op 27 maart 2015 en eindigende op 27 september 2015. Daartoe heeft zij met name het volgende overwogen:

“1.6 Op grond van de voormelde stukken en verhooren is de rechtbank tot de overtuiging gekomen dat – betrokkene gestoord is in zijn geestvermogens; – de stoornis van de geestvermogens de betrokkene gevaar doet veroorzaken;

– betrokkene blijf geeft van verzet tegen opnemng of verblijf in een zwakzinnigeninrichting.

De rechtbank is van oordeel dat de stoornis van de geestvermogens betrokkene momenteel geen gevaar doet veroorzaken. Nog zeer recent (februari 2015) is dit echter wel het geval geweest. Om het gevaar af te wenden is het van belang dat betrokkene zich aan de door zijn behandelaren gestelde voorwaarden houdt. Een voorwaardelijke machtiging zou in deze situatie op zijn plaats zijn. Een voorwaardelijke machtiging is echter niet mogelijk voor een zwakzinnigeninrichting. De rechtbank zal daarom een voorlopige machtiging voor betrokkene verlenen waarbij zij er van uitgaat dat betrokkene, zoals ter zitting met de aanwezigen besproken, onder de hem bekende voorwaarden thuis kan verblijven.”

3.3 Het hiertegen gerichte middel bevat onder (a) de klacht, kort samengevat, dat de rechtbank een voorlopige machtiging heeft verleend hoewel zij heeft vastgesteld dat de bij betrokkene aanwezige stoornis hem geen gevaar deed veroorzaken op de datum waarop de rechtbank uitspraak deed. Deze klacht kan niet tot cassatie leiden. Dit behoeft, gezien art. 81 lid 1 RO, geen nadere motivering nu de klacht niet noopt tot beantwoording van rechtsvragen in het belang van de rechtseenheid of de rechtsontwikkeling.

3.4 Het middel bevat onder (b)-(d) de klachten dat de machtiging die de rechtbank heeft verleend, rechtens ontoelaatbaar is. De rechtbank heeft immers een voorlopige machtiging verleend voor de opname van betrokkene in een zwakzinnigeninrichting, met dien verstande dat betrokkene thuis mag verblijven, maar bij niet-naleving van de voorwaarden zal worden opgenomen in een zwakzinnigeninrichting. Dit is in wezen een voorwaardelijke machtiging die in strijd is met art. 14a lid 2, aanhef en onder b, Wet Bopz.

3.5.1 Een voorlopige machtiging in de zin van art. 2 Wet Bopz strekt ertoe om iemand die gestoord is in zijn geestvermogens en daardoor gevaar veroorzaakt, (onvoorwaardelijk) te doen opnemen en te doen verblijven in een psychiatrisch ziekenhuis, dan wel het vrijwillig verblijf aldaar te doen voortduren.

Een voorwaardelijke machtiging als bedoeld in art. 14a Wet Bopz strekt ertoe het gevaar dat de betrokkene door de stoornis van zijn geestvermogens veroorzaakt, buiten een psychiatrisch ziekenhuis af te wenden doordat de betrokkene zich onder behandeling stelt en de in de machtiging omschreven voorwaarden betreffende zijn gedrag naleeft (art. 14a lid 2, in samenhang met leden 6-8, Wet Bopz). Als de betrokkene de voorwaarden niet naleeft of het gevaar niet langer buiten een psychiatrisch ziekenhuis kan worden afgewend door de naleving van de in de machtiging vermelde voorwaarden, wordt de voorwaardelijke machtiging op de voet van art. 14d Wet Bopz omgezet in een voorlopige en wordt de betrokkene opgenomen in het in het behandelingsplan aangegeven psychiatrisch ziekenhuis dat tot opname van betrokkene bereid is (art. 14a lid 5 Wet Bopz). De verlening van een voorwaardelijke machtiging is bedoeld als “stok achter de deur” voor de betrokkene om daadwerkelijk de behandeling voort te zetten (Kamerstukken II 1999–2000, 27 289, nr. 3, p. 1-2).

3.5.2 Nu de rechtbank blijkens de slotzin van rov. 1.6 de voorlopige machtiging heeft verleend, ervan uitgaande dat betrokkene onder de hem bekende voorwaarden thuis kan verblijven, heeft zij in wezen een voorlopige machtiging verleend met elementen van een voorwaardelijke machtiging. Deze vermenging van twee te onderscheiden rechtsfiguren is in strijd met art. 14a lid 2, aanhef en onder b, in verbinding met art. 14d lid 1 Wet Bopz. Op grond van die bepalingen kan bij niet-naleving van de voorwaarden die zijn verbonden aan een voorwaardelijke machtiging, slechts opname plaatsvinden in “een psychiatrisch ziekenhuis, niet zijnde een zwakzinnigeninrichting of een verpleeginrichting”. Daaraan ligt ten grondslag dat verstandelijk gehandicapten en psychogeriatrische patiënten, anders dan patiënten met een psychiatrische stoornis, zonder de zorg die de zwakzinnigen- of verpleeginrichting biedt, zich niet buiten die inrichting kunnen handhaven (vgl. Kamerstukken II 1999–2000, 27 289, nr. 3, p. 5; Kamerstukken II 2000–2001, 27 289, nr. 7, p. 9). In het systeem van de wet ligt dus besloten dat in het geval van verstandelijk gehandicapten en psychogeriatrische patiënten, geen plaats is voor verlening van een voorwaardelijke machtiging.

3.5.3 Opmerking verdient ten slotte nog het volgende.

In de uitspraak van de rechtbank ligt besloten dat betrokkene, indien hij de gestelde voorwaarden niet (langer) naleeft, dient te worden opgenomen in een zwakzinnigeninrichting, zulks met overeenkomstige toepassing van art. 14d lid 1 Wet Bopz. Dit betekent dat betrokkene dan van zijn vrijheid zou worden beroofd zonder dat de bevoegdheid daartoe berust op een uitdrukkelijke wetsbepaling. Dat is in strijd met art. 5 EVRM.

Voorts heeft de onderhavige materie de aandacht van de wetgever. Op 19 september 2013 is het wetsvoorstel Wet zorg en dwang psychogeriatrische en verstandelijk gehandicapte cliënten (wetsvoorstel 31 996) door de Tweede Kamer aangenomen. Dit wetsvoorstel is thans bij de Eerste Kamer in behandeling en voorziet niet in de mogelijkheid een voorwaardelijke machtiging te verlenen met betrekking tot verstandelijk gehandicapten.

3.6 De klachten onder (b)-(d) van het middel treffen dan ook doel.

4. Beslissing

De Hoge Raad:

vernietigt de beschikking van de rechtbank Limburg van 27 maart 2015; verwijst het geding naar die rechtbank ter verdere behandeling en beslissing.

Conclusie van de Advocaat-Generaal:
(ECLI:NL:PHR:2015:2016)

In de voorliggende zaak wordt bestreden de beschikking d.d. 27 maart 2015 van de rechtbank Limburg, zittingsplaats Roermond, waarbij een voorlopige machtiging tot opnemen en doen verblijven van verzoeker tot cassatie (hierna: betrokkene) in een zwakzinnigeninrichting wordt verleend, maar waarbij de rechtbank er van uitgaat dat betrokkene onder hem bekende maar in de beschikking zelf niet opgenomen voorwaarden thuis kan blijven.

1. Feiten en procesverloop

1.1 Op aanvraag van de zwakzinnigeninrichting 'Dichterbij Specialistische Zorg'¹ heeft de Officier van Justitie bij het Arrondissementsparket Limburg bij verzoekschrift, ter griffie van de rechtbank Limburg ingekomen op 10 februari 2015, aan de rechtbank verzocht een voorlopige machtiging te verlenen om verzoeker tot cassatie (hierna: betrokkene) te laten opnemen en te doen verblijven in een psychiatrisch ziekenhuis/verpleeginrichting/zwakzinnigeninrichting. Bij dit verzoekschrift was een geneeskundige verklaring gevoegd, opgemaakt en op 5 februari 2015 ondertekend door de niet bij de behandeling betrokken psychiater A.

1.2 Op 13 februari 2015 heeft een mondelinge behandeling plaatsgevonden. Betrokkene was niet aanwezig. De rechtbank heeft de behandeling vervolgens aangehouden tot 27 februari 2015.

1.3 Op 27 februari 2015 is de mondelinge behandeling hervat. Daarbij waren aanwezig de betrokkene, bijgestaan door een waarnemend advocaat, de partner van betrokkene en een GGZ-psycholoog, verbonden aan de hierboven genoemde zwakzinnigeninrichting 'Dichterbij Specialistische Zorg'. Uit het proces-verbaal van de zitting blijkt, dat de waarnemend advocaat naar voren heeft gebracht dat betrokkene naar een voorwaardelijke

machtiging toewerkte en dat een voorlopige machtiging nimmer in diens bedoeling heeft gelegen. Aan de voorwaarden daarvoor wordt ook niet voldaan. De GGZ-psycholoog geeft te kennen dat bij de instelling waaraan hij verbonden is, een zwakzinnigeninstelling, een voorwaardelijke machtiging wettelijk gezien niet mogelijk is. De intentie achter de tot de Officier van Justitie gericht aanvraag was verkrijging van een rechterlijke machtiging "als stok achter de deur". Het gevaar is vooral hierin gelegen dat, als betrokkene middelen gaat nemen, hij zijn medicatie niet meer (regelmatig) inneemt, waardoor hij de-compenseert. Zo lang betrokkene, die thuis verblijft, zijn medicatie regelmatig inneemt, gaat het goed met hem. Hij heeft thuis begeleiding van het ACT-team.

1.4 Bij beschikking van 27 februari 2015 heeft de rechtbank de behandeling van het verzoek tot 27 maart 2015 aangehouden. Er was naar het oordeel van de rechtbank op dat moment geen sprake van manifest gevaar, maar wegens recente gebeurtenissen kon latent gevaar niet worden uitgesloten. De rechtbank wilde voor een termijn van een maand aanzien of gevaar met intensieve ondersteuning en begeleiding van het ACT-team kon worden voorkomen c.q. afgewend.

1.5 Op 27 maart 2015 heeft wederom een mondelinge behandeling plaatsgevonden. Daarbij waren aanwezig de betrokkene, zijn advocaat, zijn partner en de hierboven reeds genoemde GGZ-psycholoog. Deze laatste deelt blijkens het proces-verbaal van deze mondelinge behandeling mee dat het goed gaat met betrokkene en dat hij met een deelbehandeling wil starten. Verder merkt hij op dat, omdat een voorwaardelijke machtiging niet mogelijk is, de behandelaren nu een rechterlijke machtiging met voorwaardelijk verlof voorstellen. Het is belangrijk dat er kan worden ingegrepen als dat nodig is. Dat is van belang voor betrokkene en zijn toekomst. Betrokkene als ook zijn advocaat verklaren niet akkoord te zijn met een rechterlijke machtiging. De advocaat voert in verband daarmee aan dat daarvoor sprake moet zijn van gevaar en dat dat er nu niet is.

1.6 Bij beschikking van 27 maart 2015 heeft de rechtbank, – na eerst geconcludeerd te hebben dat (a) betrokkene in zijn geestvermogens gestoord, (b) de stoornis de betrokkene gevaar doet veroorzaken en (c) betrokkene blijk heeft gegeven van verzet tegen opneming of verblijf in een zwakzinnigeninrichting –, een voorlopige mach-

1 In de stukken komt men ook de benaming tegen van het instituut 'STEVIG' te Oostrum, gemeente Venray.

tinging verleend om betrokkene voor de duur van maximaal zes maanden ingaande op 27 maart 2015 op te nemen in de instelling 'Dichterbij Specialistische Zorg' of in een andere zwakzinnigeninrichting. Daaraan voorafgaand overweegt de rechtbank in rov. 1.6 onder meer: "Een voorwaardelijke machtiging zou in deze op zijn plaats zijn. Een voorwaardelijke machtiging is echter niet mogelijk voor een zwakzinnigeninrichting. De rechtbank zal daarom een voorlopige machtiging verlenen, waarbij zij er van uitgaat dat betrokkene zoals ter zitting met de aanwezigen besproken onder de hem bekende voorwaarden thuis kan verblijven."

1.7 Namens betrokkene is op 29 juni 2015 – en daarmee tijdig nu 27 juni 2015 een zaterdag betrof – beroep in cassatie ingesteld. In cassatie is geen verweerschrift ingediend.

2. Bespreking van het cassatiemiddel

2.1 In het cassatiemiddel worden klachten aangevoerd die betrekking hebben op (a) het voor de verlening van een voorlopige machtiging vereiste van gevaar en (b) het verlenen van een voorlopige machtiging hoewel de rechtbank er van uitgaat dat betrokkene voorlopig thuis kan blijven.

a. het gevaar-vereiste

2.2 Op blz. 2 van het verzoekschrift tot cassatie wordt onder (a) er over geklaagd dat de rechtbank een voorlopige machtiging heeft verleend, hoewel zij heeft vastgesteld dat op 27 maart 2015 de stoornis van vermogen bij betrokkene hem geen gevaar doet veroorzaken.

2.3 In artikel 2 lid 2, sub a, Wet Bopz wordt aan de verlening van een voorlopige machtiging het vereiste gesteld dat de stoornis van de geestvermogens de betrokkene gevaar doet berokkenen. Het gevaar kan, zo volgt uit artikel 1 lid 1, sub f, Wet Bopz betrekking hebben op de betrokkene zelf, op andere individuen of op de algemene veiligheid van personen en goederen. Het gevaar voor betrokkene kan onder meer bestaan uit het zich van het leven beroven of zichzelf ernstig lichamelijk letsel toebrengen.

2.4 Gevaar in de zin van artikel 2 lid 2, sub a, Wet Bopz is niet pas aan te nemen als er sprake is van een 'onmiddellijk dreigend gevaar, aldus de Hoge

Raad in een uitspraak van 27 februari 2007.² In zijn conclusie bij deze uitspraak merkt A-G mr. Langemeijer dienaangaande op: "Gevaar is te verstaan als: kans op onheil. Het moet daarbij gaan om een voldoende ernstig gevaar. Dit heeft twee aspecten: enerzijds de mate van waarschijnlijkheid dat het gevreesde onheil intreedt en anderzijds de ernst van de gevolgen indien het gevreesde onheil zich verwezenlijkt. De wetgever heeft het eerste aspect als volgt onder woorden gebracht: 'Gevaar' is er niet pas, wanneer het onheil waarschijnlijk is; anderzijds is het er ook niet reeds wanneer het mogelijk is. Vereist is een enigszins belangrijke mogelijkheid, een ernstige mogelijkheid."³

2.5 In rov. 1.5 van haar beschikking van 27 februari 2015 geeft de rechtbank als zijn oordeel dat er op dat moment geen sprake is van manifest gevaar, maar dat vanwege recente gebeurtenissen in het verleden latent gevaar niet uitgesloten is te achten. Wat die gebeurtenissen betreft doelt de rechtbank, naar valt aan te nemen, op in de overgelegde rapporten vermelde gebeurtenissen waaronder een poging van betrokkene om zijn polsen door te snijden 'in opdracht van stemmen' en op agressief gedrag, bestaande uit onder meer mishandeling van zijn partner. De rechtbank besluit om nog niet op het verzoek van de Officier van Justitie te beslissen, maar om de beslissing dienaangaande nog een maand aan te houden om te bezien of het (optreden van het) gevaar met intensieve ondersteuning en begeleiding van het ACT-team kan worden voorkomen c.q. afgewend. In het proces-verbaal van de op 27 maart 2015 voortgezette mondelinge behandeling staat opgetekend: "De rechter overweegt dat er op dit moment geen sprake is van gevaar, maar dat heel recent (in februari 2015) daar wel nog sprake van is geweest." In rov. 1.6 spreekt de rechtbank uit dat zij op grond van de stukken en de verhoren tot de overtuiging is gekomen dat de stoornis van de geestvermogens de betrokkene gevaar doet veroorzaken, waaraan zij toevoegt dat de stoornis betrok-

2 HR 27 april 2007, ECLI:NL:HR:BA2508, «BJ» 2007/17. In gelijke zin HR 6 juni 2006, ECLI:NL:HR:BD2005, «BJ» 2008/44 en NJ 2008, 324.

3 In voetnoot 2 wordt verwezen naar TK 1970/71, 11 270, nr. 3 (MvT), blz. 12. Zie ook TK 1979/80, 11 270, nr. 12 (Nadere MvA), blz. 17 en 18 en verder nog Artikelsgevijs commentaar WBopz (W. Dijkers/Widdershoven), artikel 2, aant. C.3.2.6.

kene *momenteel* geen gevaar doet veroorzaken, maar dat dat nog zeer recent (februari 2015) wel het geval is geweest.

2.6 De gedachten van de rechtbank omtrent het gevaar-vereiste, voor zover kenbaar uit de proces-verbaal van de mondelinge behandelingen en de beschikkingen van 27 februari en 27 maart 2015, komen hierop neer dat het gevaar als gevolg van stoornis van de geestvermogens bij betrokkene aanwezig is, dat dat gevaar op 27 februari en 27 maart 2015 niet daadwerkelijk optrad maar dat het wel latent was. Met dit laatste wil de rechtbank, gelet op de verwijzing naar het nog in februari 2015 daadwerkelijk opgetreden zijn van het gevaar, aangeven dat met het zich weer werkelijk verwezenlijken van het gevaar ernstig rekening is te houden. Zoals volgt uit hetgeen hiervoor in 2.3 is opgemerkt, geeft de rechtbank met dit laatste geen blijk van een onjuiste rechtsopvatting omtrent de mate waarin het gevaar als gevolg van geestvermogens aanwezig dient te zijn om te mogen concluderen dat aan het vereiste van gevaar als gevolg van stoornis van geestvermogens als bedoeld in artikel 2 lid 2 Wet Bopz wordt voldaan. 2.7 Op een en ander stuit de hierboven in 2.2 vermelde klacht af.

b. verlening van een voorlopige machtiging tot opnemen in een zwakzinnigeninrichting, terwijl directe opname in de inrichting niet in de bedoeling ligt; ‘paraplumachtiging’

2.8 Blijkens artikel 2 lid 1 Wet Bopz strekt een voorlopige machtiging ertoe iemand die gestoord is in zijn geestvermogens, in een psychiatrisch ziekenhuis te doen opnemen en te doen verblijven. Onder een dergelijk ziekenhuis is blijkens artikel 1 lid 1, sub h, Wet Bopz mede te begrijpen een als verpleeginrichting dan wel zwakzinnigeninrichting aangemerkte zorginstelling. Met genoemde strekking spoort de in de onderhavige zaak door de rechtbank verleende voorlopige machtiging niet. Bij de verleende machtiging gaat de rechtbank blijkens rov. 1.6 van de beschikking van 27 maart 2015 er van uit “dat betrokkene zoals ter zitting met de aanwezigen besproken onder de hem bekende voorwaarden thuis kan blijven.” De grond waarop betrokkene thuis zou kunnen blijven, ondanks dat de verlening van een voorlopige machtiging tot opname en verblijf in een zwakzinnigeninrichting, vermeldt de rechtbank in de beschikking van 27 maart 2015 zelf niet. Wel merkt de rechtbank in rov. 1.6 nog op dat een voorwaar-

delijke machtiging – (als bedoeld in artikel 14a lid 1 Wet Bopz) – in de onderhavige situatie op zijn plaats zou zijn, maar dat een dergelijke machtiging voor een zwakzinnigeninrichting niet mogelijk is. Daarop wijst inderdaad artikel 14a lid 2, sub b, Wet Bopz. Aldaar wordt als vereiste voor het verlenen van een voorwaardelijke machtiging gesteld dat “het gevaar buiten een psychiatrisch ziekenhuis, *niet zijnde een zwakzinnigeninrichting* of een verpleeginrichting, slechts door het stellen en naleven van voorwaarden kan worden afgewend. Wel staat aan het slot van het proces-verbaal van de mondelinge behandeling op 27 maart 2015 opgetekend: “De rechter overweegt dat er op dit moment geen sprake is van gevaar, maar dat heel recent (in februari 2015) daar wel nog sprake van is geweest. Eigenlijk zou een voorwaardelijke machtiging in deze situatie voor [betrokkene] het meest op zijn plaats zijn, maar dit is wettelijk gezien niet mogelijk door de aard van de opname instelling. Een voorlopige machtiging met ontslag op voorwaarden doet het meest recht aan het belang van [betrokkene] om het in de toekomst voor hem goed te laten blijven gaan.”

Gelet op deze aantekening in het proces-verbaal van de mondelinge behandeling van 27 maart 2015, valt aan te nemen dat de Rechtbank de voorlopige machtiging heeft verleend met de – in de beschikking zelf niet verwoorde maar wel tijdens de mondelinge behandeling geuite – aantekening dat aan betrokkene aanstonds ontslag op voorwaarden zal worden verleend. Dit type machtiging staat bekend als ‘paraplu-machtiging’. Stond voor de Rechtbank de door haar gekozen weg rechtens open?

2.9 Aanvankelijk heeft de Hoge Raad de paraplu-machtiging geoorloofd geacht.⁴ De verlening van deze machtiging speelde met name in gevallen, waarin het ging om verlening van een machtiging tot voortzetting van het verblijf in een psychiatrische inrichting ten aanzien van een betrokkene die op dat moment niet in de psychiatrische inrichting verbleef, het op zichzelf ook niet de bedoeling is dat hij na verlening van de machtiging weer aanstonds naar de inrichting terugkeerde, maar daarin wel weer direct zou kunnen worden

⁴ Zie in dit verband HR 11 december 1998, ECLI:NL:HR:1998:ZC2802, NJ 1999, 270 en HR 6 oktober 2000, ECLI:NL:HR:2000:AA7366, NJ 2000, 716.

opgenomen zodra hij zich niet zou houden aan afspraken met hem over de – vooralsnog extramuraal uit te voeren – behandeling. Deze machtiging fungeert zo als een ‘stok achter de deur’. Naar aanleiding van de invoering per 1 januari 2004 in de Wet Bopz van de figuur van de voorwaardelijke machtiging overweegt de Hoge Raad in zijn uitspraak van 11 november 2005⁵ echter onder meer het volgende:

“3.2.4 Ook uit andere in de conclusie van de Advocaat-Generaal onder 2.12 aangehaalde passages uit de parlementaire geschiedenis moet worden afgeleid dat het de bedoeling is geweest dat de voorwaardelijke machtiging in de plaats zou komen van de door de Hoge Raad aanvaardbaar geachte paraplumachtigingen. Het streven van de wetgever was evenwel niet alleen gericht op het overbodig maken van de paraplumachtigingen, maar ook op een verbetering van de rechtspositie van de betrokken patiënten. Een voordeel van de voorwaardelijke machtiging is volgens de regering dat daarbij over de voorwaarden omtrent de behandeling met de patiënt overleg is gepleegd en deze voorwaarden voor de ingang van de behandeling door de rechter zijn getoetst

3.2.5 Op grond van het vorenstaande moet worden aangenomen dat voor het gebruik van die methode van de paraplumachtiging waarin daadwerkelijke opnemings van de betrokkene, al is het maar voor korte duur, niet in de bedoeling ligt, na 1 januari 2004 geen plaats meer is. In dergelijke gevallen moet gebruik worden gemaakt van het – juist met het oog op die gevallen ingevoerde – instrument van de voorwaardelijke machtiging.”⁶

2.10 In het licht van de zojuist vermelde beslissing van de Hoge Raad dient men te concluderen dat de door de rechtbank in de onderhavige zaak gekozen weg van verlening van een voorlopige machtiging waarbij wordt aangetekend dat de betrokkene niet in de inrichting wordt opgenomen maar diens daadwerkelijke verblijf buiten de inrichting wordt voortgezet op grond van een door de geneesheer-directeur direct te verlenen ontslag onder voorwaarden, rechtens niet toegankelijk is.

2.11 Intussen valt te constateren dat juist voor dat wat de rechtbank met de verleende voorlopige machtiging beoogd heeft te bewerkstelligen – het opnemen van betrokkene in een inrichting niet aanstonds maar op het moment dat hij aan voorwaarden, die hem in het kader van een aanstonds verleend ontslag zijn opgelegd, niet voldoet – de voorwaardelijke machtiging in het leven is geroepen en dat daarbij mede een rol heeft gespeeld de overweging om te voorzien in een passende regeling van de rechtspositie van de betrokken patiënt. Zoals hierboven in 2.8 al opgemerkt, biedt artikel 14a lid 2, sub b, Wet Bopz geen ruimte voor verlening van een voorwaardelijke machtiging wanneer aan de orde is een machtiging voor opname in een zwakzinnigeninrichting. Dat vindt bevestiging in de memorie van toelichting bij het ontwerp van de wet die tot opname in de Wet Bopz van de voorwaardelijke machtiging heeft geleid.⁷ Op blz. 5 van die memorie wordt over de reikwijdte van de regeling van de voorwaardelijke machtiging opgemerkt:

“De regeling is beperkt tot de psychiatrie. Immers, in die categorie komen de patiënten voor die buiten de inrichting kunnen blijven zolang zij zich laten behandelen. In de psychogeriatric en de zorg voor verstandelijk gehandicapten is het gevaar juist daarin gelegen dat patiënten zich zonder de zorg die de instelling biedt, niet kunnen handhaven. Een voorwaardelijke machtiging ligt dan ook voor deze categorieën niet voor de hand.”

2.12 Aan de juistheid en daarmee aan de gerechtvaardigheid van de uitsluiting van de voorwaardelijke machtiging in geval dat een eventuele opname in een zwakzinnigeninrichting aan de orde is, valt intussen te twifelen. Er wordt van uitgegaan dat de zorg die psychogeriatricische patiënten en verstandelijk gehandicapten behoeven, slechts intramuraal kan worden verleend. Een nadere onderbouwing voor dit uitgangspunt treft men in de memorie van toelichting niet aan. Het uitgangspunt valt ook niet te verenigen met de in artikel 46a Wet Bopz voorziene mogelijkheid, dat de geneesheer-directeur aan een patiënt, die op basis van een voorlopige machtiging in een zwakzinnigeninrichting of verpleeginrichting is opgenomen, verlof kan verlenen buiten de inrichting te verblijven. De mogelijkheid van verlof is

5 HR 11 november 2005, ECLI:NL:HR:2005:AT8788, NJ 2006, 288 m.nt J. Legemaate.

6 De uitspraak wordt bevestigd in HR 2 juni 2006, ECLI:NL:HR:2006:AV9450, RvdW 2006, 541.

7 TK 1999–2000, 27 289, nr. 3.

ruim opgezet: voor zover en zolang het verantwoord is. Het artikel is bij wet van 22 juni 2000, Stb 2000, nr. 292 in de Wet Bopz opgenomen. De wet is per 1 december 2000 in werking getreden.

2.13 Dat zorg buiten de zwakzinnigeninrichting door de ontwerper van de wet mogelijk wordt geacht vindt nadere bevestiging in het volgende antwoord van de ontwerper op de vraag wat onder ‘verantwoord verlot’ is te verstaan:

“Onder ‘verantwoord verlot’ wordt verstaan, verlot waarbij een goede verzorging van de patiënt buiten de instelling gewaarborgd is. De verzorging die tijdens het verlot kan worden geboden door degenen door wie de patiënt tijdens het verlot wordt verzorgd, moet daartoe worden gezien in relatie met de (gezondheids)toestand van de patiënt. Overigens merken wij op dat instellingen voor psychogeriatrische patiënten en voor verstandelijk gehandicapten al lange tijd zonder problemen verlot onder eigen verantwoordelijkheid geven, waar het gaat om patiënten die met een indicatie op grond van artikel 60 zijn opgenomen. De gevolgen van het onderhavige wetsvoorstel zijn dat de zogenoemde ‘vrije’ regeling die voor deze patiënten geldt ook zal gaan gelden voor patiënten die zijn opgenomen met een inbewaaringstelling of rechterlijke machtiging. Er kan dan ook van worden uitgegaan dat de onderhavige wijziging geen vragen zal oproepen in de praktijk.”⁸

2.14 Opmerking verdient wel dat bij de verlotfregeling in artikel 46a Wet Bopz wordt uitgegaan van de situatie dat de betrokken patiënt in de zwakzinnigeninrichting vertoeft en vervolgens toestemming krijgt om in het kader van de behandeling buiten de inrichting te verblijven voor zover en voor zolang dat verantwoord is. Hieraan is echter niet de algemene conclusie te verbinden dat bij een patiënt, ten aanzien van wie de vraag van een (her)opname in een zwakzinnigeninrichting opkomt, het extramuraal starten van de behandeling niet verantwoord is te achten. Of dat mogelijk is zal afhangen van de aard en ernst van de gebrekkige (gezondheids)toestand van de betrokken patiënt en van de opvang die de betrokken patiënt extramuraal, mede van de kant van de zwakzinnigeninrichting, kan verkrijgen. Bovendien kan de extramurale behandeling heel wel een

vervolg zijn op een voorafgaand tijdelijk verblijf in een zwakzinnigeninrichting op al dan niet vrijwillige basis, waardoor er al de gelegenheid is geweest zich een beeld van de betrokken patiënt te vormen en met hem een behandelplan op te stellen. Kortom, ook wanneer (her)opname in een zwakzinnigeninrichting aan de orde is, komt de vraag of met het oog op een adequate behandeling de opname aanstonds dient plaats te vinden dan wel dat deze voorlopig kan worden opgeschort omdat de extramurale behandeling vooralsnog verantwoord is te achten, in aanmerking voor een beoordeling en beantwoording op basis van de omstandigheden van het betrokken geval.

2.15 Ook een opname in een zwakzinnigeninrichting zonder instemming van de betrokken patiënt vormt een inbreuk op diens recht op respect voor het privéleven in de zin van artikel 8 lid 1 van het EVRM. Die inbreuk is krachtens lid 2 van artikel 8 EVRM geoorloofd te achten, indien daarvoor een wettelijke grond bestaat en deze verder noodzakelijk is in het belang van onder meer de bescherming van de gezondheid en van de rechten en vrijheden van anderen. Deze eis van noodzakelijkheid brengt mee dat de inbreuk moet voldoen aan de eisen van proportionaliteit en subsidiariteit. Is ter bereiking van het beoogde doel een maatregel van minder ver gaande aard mogelijk dan wordt aan deze eisen niet voldaan. Nu de voorwaardelijke machtiging, zoals volgt uit hetgeen hiervoor in 2.12, 2.13 en 2.14 is opgemerkt, ook in een geval waarin de vraag van een opname in een zwakzinnigeninrichting speelt, een nuttige en zinvolle maatregel kan zijn, valt het niet toelaten in artikel 14a lid 2 Wet Bopz van de voorwaardelijke machtiging in dat geval aan te merken als niet verenigbaar met de noodzakelijkheidseis die in artikel 8 lid 2 EVRM wordt gesteld.⁹

2.16 Welke gevolgen zijn aan de constatering hiervoor in 2.15 te verbinden? Moet om in een geval waarin opname in een zwakzinnigeninrichting aan de orde is, de gewenste mogelijkheid van starten met extramurale zorg te verkrijgen toch maar weer de verlening van de paraplumachtiging worden aanvaard of moet aan de uitsluiting in artikel 14a lid 2 sub b Wet Bopz van de voorwaar-

8 TK 1999–2000, 26 527, nr. 5 (Nota n.a.v. het Verslag), blz. 8/9.

9 Bij het ontwerpen van de voorwaardelijke machtiging is artikel 8 EVRM ook in de beschouwing betrokken; zie TK 2005–2006, 30 492, nr. 3 blz. 9 en 11.

delijke machtiging gelding worden ontzegd. Naar het voorkomt verdient de laatste weg de voorkeur. De aanvaarding van de paraplumachtiging komt uiteindelijk neer op een impliciete erkenning dat de uitsluiting in artikel 14a lid 2 sub b Wet Bopz ongewenst is. Het aanzien van het recht wordt niet bevorderd door het aanzetten tot het bewandelen van sluiptwegen. Daarenboven wordt met het toestaan van het bewandelen van een sluiptweg afbreuk gedaan aan het doel dat met de introductie van de figuur van de voorwaardelijke machtiging mede werd beoogd, te weten het versterken van de rechtspositie van de betrokken patiënt. Verder maakt artikel 94 Grondwet het mogelijk om aan een nationale wettelijke regeling gelding te ontzeggen, voor zover deze niet strookt met een regel van hogere orde die eenieder bindt. Een dergelijke regel treft men in artikel 8 EVRM aan.¹⁰ In lid 2 van dat artikel wordt aan een nationale wettelijke regel, die inbreuk op het recht op privéleven oplevert, de grens gesteld dat die regel slechts toelaatbaar is zolang en voor zover de inbreuk noodzakelijk is. Vanuit een oogpunt van proportionaliteit en subsidiariteit is, zoals hierboven uiteengezet, het uitsluiten van het toepassen van de voorwaardelijke machtiging bij een zwakzinnigen- of psychogeriatrische inrichting niet noodzakelijk te achten.

2.17 Op blz. 2 onder b van het verzoekschrift tot cassatie wordt nog een andere te dezen te volgen weg gesuggereerd, te weten het verlenen van een voorwaardelijk machtiging tot opnemen in een

psychiatrische inrichting. Het volgen van deze weg verdient, naar het voorkomt, evenmin aanbeveling. Niet is gebleken dat een eventuele opname van betrokkene in een dergelijke inrichting in zijn belang is. Zo niet dan geldt evenzeer dat een in de grond van de zaak niet in het belang van betrokkene zijnde weg wordt aangehouden vanwege een bepaling in de wet die niet wenselijk is. Zeker op een terrein als het onderhavige, waar het gaat om de bescherming van kwetsbare mensen, behoort de wet niet tot zulke resultaten te nopen.

2.18 De hierboven in 2.10 getrokken conclusie dat de rechtbank met het verlenen van de voorlopige machtiging met de aantekening dat betrokkene uit hoofde van een hem onder voorwaarden te verlenen ontslag toch thuis kan blijven een rechte niet toegankelijke weg is ingeslagen, blijft van kracht. De klacht van die strekking op blz. 3, sub d van het verzoekschrift tot cassatie wordt dan ook terecht voorgedragen. De beschikking van 27 maart 2015 komt dan ook voor vernietiging in aanmerking. Wordt de hiervoor verdedigde opvatting gedeeld dat ook in een geval waarin een opname in een zwakzinnigeninrichting aan de orde is, een voorwaardelijke machtiging kan worden verstrekt, dan kan terugwijzing van de zaak naar de Rechtbank plaatsvinden ten einde de rechtbank opnieuw te doen beslissen op het verzoek van de Officier van Justitie, voor zover nodig onder toepassing van artikel 8a Wet Bopz.

3. Conclusie

De conclusie strekt tot vernietiging van de beschikking van 27 maart 2015.

NOOT

10 Ter illustratie dienen de volgende twee uitspraken van de Hoge Raad. In een beschikking van 4 mei 1984, ECLI:NL:HR:1984:AG4807, RvdW 1984, 98, waarin de vraag speelde of na echtscheiding beide ouders met de voogdij over de kinderen konden worden belast, ofschoon destijds de wet (artikel 1:161 lid 1 BW) in die mogelijkheid niet voorzag, hield de Hoge Raad met betrekking tot artikel 94 Gw en artikel 8 EVRM als *uitgangspunt* aan dat aan artikel 94 de bevoegdheid kan worden ontleend het wettelijke voorschrift van artikel 1:161 lid 1 BW buiten toepassing te laten indien toepassing ervan niet verenigbaar is met artikel 8 EVRM. In zijn beschikking van 26 april 1996, ECLI:NL:HR:1996:AD2542, NJ 1997, 119, m. nt. JdB stelde de Hoge Raad met een beroep op de artikelen 94 Gw j° 8 EVRM de wettelijke beperking buiten werking dat een minderjarige slechts een recht op onderhoud had tegen de wettelijke echtgenoot en niet op de biologische vader, 'tot wie de minderjarige in een 'family live'-verhouding stond.

1. Inleiding

Met enige regelmaat wordt in «JVggz» een uitspraak geannoteerd waarin de voorwaardelijke machtiging een prominente rol speelt. Een snelle terugblik op de periode 2010–2015 leert ons dat een voorwaardelijke machtiging geen onbekend verschijnsel is in de zorg voor mensen met dementie en mensen met een verstandelijke beperking. De onderhavige uitspraak van de Hoge Raad haalt hier een streep door: *“In het systeem van de wet ligt [...] besloten dat in het geval van verstandelijk gehandicapten en psychogeriatrische patiënten, geen plaats is voor verlening van een voorwaardelijke machtiging.”*

In het navolgende besteden we aandacht aan de enige ontwikkelingen in de bestaande praktijk en plaatsen we kanttekeningen bij het oordeel van de Hoge Raad en bij de keuzen die in het huidige voorstel voor de Wet zorg en dwang worden gemaakt.

2. Voorwaardelijke machtiging in de praktijk van de pg en vg

In «JVggz» 2012/20 (m.nt. Red.) verleende de Rechtbank Zutphen een voorwaardelijke machtiging aan een mevrouw met dementie, die ten tijde van de beslissing in een verpleeghuis was opgenomen en naar huis kon, maar dan wel onder restricties. Een opvallend element aan deze uitspraak is dat de echtgenoot mede namens betrokkene zich bereid had verklaard de voorwaarden na te leven. In een uitspraak van de Rechtbank Rotterdam («JVggz» 2014/29, m.nt. Frederiks/Vermaak) werd een voorwaardelijke machtiging verleend aan een jongeman met een licht verstandelijke beperking. In de aan de uitspraak voorafgaande periode had betrokkene een RM gehad en zeer recentelijk een IBS, nadat hij gedurende een korte periode vrijwillig opgenomen was geweest. De rechter kwam in deze casus zelf met het advies om een voorwaardelijke machtiging aan te vragen in plaats van een voorlopige machtiging. De jongeman stemde in met de aan de voorwaardelijke machtiging verbonden voorwaarden, die hij als een stok achter de deur beschouwde. Hij verbleef gedurende de voorwaardelijke machtiging in een locatie van een instelling voor verstandelijk gehandicaptenzorg. De rechtbank verleende in dit geval niet helemaal een zuivere voorwaardelijke machtiging. Een van de voorwaarden waar de jongeman mee instemde was dat wanneer het niet goed zou gaan met hem hij alsnog tegen zijn wil werd opgenomen in een psychiatrische instelling. Althans, dat was het formele plan, maar feitelijk werd met de betrokkene afgesproken dat hij dan zou worden opgenomen op een gesloten afdeling van de instelling waar hij tijdens zijn voorwaardelijke machtiging al verbleef. De rechter koos in dit verband voor een creatieve constructie.

De Rechtbank Zeeland-West-Brabant verleende op 10 juni 2015 een voorwaardelijke machtiging (nr. C/02/299570/FA RK 15/3335); deze uitspraak is niet gepubliceerd. Ook hier betrof het een man met een licht verstandelijke beperking. De

rechtbank oordeelde op basis van de stukken en het verhoor van de man dat het ging om een persoon die na een langdurige behandeling zelfredzaam was geworden. Met een netwerk en betrokkenheid van het FACT-team¹ werd hij in staat geacht buiten de instelling te functioneren. De afspraken die tussen de betrokkene en het FACT-team waren gemaakt zouden voldoende moeten zijn om het gevaar buiten de instelling af te wenden. De rechtbank leek zich in deze casus niets aan te trekken van hetgeen de wetgever heeft beoogd met de voorwaardelijke machtiging in de Wet Bopz (art. 14a). De rechter vond een strikte toepassing van het wetsartikel 14a namelijk leiden tot *“een onredelijke, niet door de wetgever beoogde uitkomst hierin bestaande dat betrokkene zijn vrijheid wordt ontnomen door (verlenging van het) gedwongen verblijf in een zwakzinnigeninrichting terwijl het gevaar dat door de stoornis wordt veroorzaakt op dit moment bij verblijf in zijn eigen woning en buiten die inrichting kan worden afgewend door het stellen van voorwaarden”*. Er werd deze keer niet gekozen voor een creatieve constructie. Als het alsnog mis dreigde te gaan buiten de instelling, was de verzoeker – in dit geval de instelling voor verstandelijk gehandicaptenzorg – bereid de man op te nemen. De auteurs van deze annotatie hebben van de bij deze casus betrokken geneesheer vernomen dat het goed gaat met deze jongeman. Daarnaast is er onlangs voor een cliënt binnen dezelfde instelling ook een voorwaardelijke machtiging afgegeven. Beide cliënten houden zich aan de voorwaarden waarmee ze voor verlening van de machtiging hebben ingestemd. Deze drie casus – de auteurs vermoeden dat er in het land meer cliënten met een verstandelijk beperking of dementie een voorwaardelijke machtiging hebben, gezien voornoemd bericht

1 FACT staat voor *flexible assertive community treatment*. FACT is een manier om mensen met langdurige psychiatrische problemen of een (licht) verstandelijke beperking extramuraal te behandelen door de inzet van een multidisciplinair hulpverlenerssteam dat intensief samenwerkt met de cliënt en andere belangrijke personen uit zijn of haar omgeving. Een FACT-team biedt zowel hoog intensieve als laag intensieve zorg en kan hier tussen snel schakelen.

van de geneesheer-directeur – bevestigen dat de voorwaardelijke machtiging niet alleen binnen de psychiatrie wordt verleend. In de zorg aan mensen met een verstandelijke beperking is de doelgroep cliënten met een licht verstandelijke beperking met meestal ook psychiatrische problematiek groeiende. Een voorwaardelijke machtiging kan bij een deel van deze doelgroep een passend (wettelijk) instrument zijn om duidelijke randvoorwaarden aan te geven, iets waar deze doelgroep zeer bij gebaat is. Daarnaast kan met een voorwaardelijke machtiging een gedwongen opname worden voorkomen, wat in het kader van subsidiariteit, proportionaliteit en doelmatigheid een prettige gedachte is. Tot slot sluit de mogelijkheid goed aan bij de inzet van FACT-teams die, met succes, steeds vaker worden ingezet in de zorg voor mensen met een verstandelijke beperking.

3. De Hoge Raad haalt een streep door de praktijk

Aan het verlenen van voorwaardelijke machtigingen in de zorg aan mensen met een verstandelijke beperking (maar ook mensen met dementie) lijkt echter thans een einde te zijn gekomen, nu de Hoge Raad (2 oktober 2015, ECLI:NL:HR:2015:2915) in de hier aan de orde zijnde uitspraak oordeelde dat een voorwaardelijke machtiging *niet* mogelijk is in zorg voor mensen met een verstandelijke beperking. De uitspraak van de Hoge Raad volgt op een procedure bij de Rechtbank Limburg waarin een voorlopige machtiging werd verleend aan, vermoedelijk, een persoon met een lichte verstandelijke beperking. Het gaat opnieuw om een betrokkene die met een stok achter de deur in staat zou moeten zijn om thuis te blijven wonen. Alle partijen, waaronder de betrokkene zelf, waren van mening dat in deze situatie een voorwaardelijke machtiging meer op zijn plek zou zijn dan een voorlopige machtiging. Van belang is dat de betrokkene zijn medicatie inneemt en begeleiding van het ACT-team² toelaat. De rechtbank verleende bij gebrek aan de moge-

lijkheid van een voorwaardelijke machtiging een voorlopige machtiging, en wilde deze gebruiken om de zorgaanbieder de cliënt direct onder voorwaarden met verlof te laten sturen. Op deze manier kon de cliënt buiten de instelling verblijven, mits hij de aan de voorlopige machtiging verbonden voorwaarden zou naleven. De Hoge Raad kan echter niet instemmen met een voorwaardelijke machtiging en wijst ook de door de rechtbank verleende voorlopige machtiging af. Na een uiteenzetting van de beslissing van de rechtbank en die van de Hoge Raad (paragraaf 4) gaan we nader in op de vraag of een voorwaardelijke machtiging haalbaar en wenselijk is in de zorg aan mensen met een verstandelijke beperking (paragraaf 5). We eindigen met een vooruitblik op de toekomstige wetgeving (paragraaf 6). Wat zegt de toekomstige Wet zorg en dwang over de modaliteit van een voorwaardelijke machtiging in de zorg voor mensen met dementie of een verstandelijke beperking?

4. De uitspraak

Aanleiding voor de procedure bij de Rechtbank Limburg (27 februari en 27 maart 2014, nr. C/03/202212/BZ RK 15/229) was het verzoek van de officier van justitie om een voorlopige machtiging te verlenen tot opnemning van betrokkene in een instelling voor zorg aan mensen met een verstandelijke beperking. De betrokkene is een cliënt van een dergelijke instelling. Tijdens de mondelinge behandeling van het verzoek bij de rechtbank werd duidelijk dat de voorlopige machtiging werd aangevraagd omdat de mogelijkheid tot het aanvragen van een voorwaardelijke machtiging voor instellingen in de zorg voor mensen met een verstandelijke beperking ontbreekt (art. 14a lid 2 sub b Wet Bopz). De voorlopige machtiging werd dan ook aangevraagd als 'stok achter de deur': na verlening ervan zou aan betrokkene direct verlof met voorwaarden worden verleend, waardoor van daadwerkelijke opnemning in beginsel geen sprake zou zijn. Voordat de rechtbank besloot een voorlopige machtiging te verlenen om betrokkene op te nemen voor de duur van zes maanden overwoog zij: *"Een voorwaardelijke machtiging zou in deze situatie op zijn plaats zijn. Een voorwaardelijke machtiging is echter niet mogelijk voor een zwakzinnigeninrichting. De Rechtbank zal daarom een voorlopige machtiging voor betrokkene verlenen waarbij zij ervan uitgaat dat betrokkene,*

2 ACT staat voor *assertive community treatment*. Het ACT-model is vergelijkbaar met het FACT-model, maar wordt speciaal gekenmerkt door het bieden van hoog intensieve zorg. Cliënten worden nadrukkelijk gezocht en gevolgd, door middel van zogenaamde bemoeizorg.

zoals ter zitting met de aanwezigen besproken, onder de hem bekende voorwaarden thuis kan verblijven.”

Namens betrokkene is beroep in cassatie ingesteld. In het cassatiemiddel werden verschillende klachten aangevoerd, waaronder dat het verlenen van een voorlopige machtiging, hoewel de rechtbank ervan uitgaat dat betrokkene voorlopig thuis kan blijven, in wezen een voorwaardelijke machtiging is die in strijd is met art. 14a lid 2 aanhef en onder b Wet Bopz. Wat betreft deze klacht overweegt de Hoge Raad dat de rechtbank blijkens de voorlopige machtiging heeft verleend, ervan uitgaande dat betrokkene onder de hem bekende voorwaarden thuis kan blijven wonen. Hierdoor heeft de rechtbank feitelijk een voorlopige machtiging verleend, maar bevat de machtiging elementen van een voorwaardelijke machtiging. Volgens de Hoge Raad is hierdoor sprake van vermenging van twee te onderscheiden rechtsfiguren, de voorwaardelijke en de voorlopige machtiging, hetgeen in strijd is met de Wet Bopz (art. 14a lid 2 aanhef en onder b in verbinding met art. 14d lid 1 Wet Bopz).

De advocaat-generaal stipt wat deze vermenging betreft aan dat de rechtbank, door het afgeven van een voorlopige machtiging in de veronderstelling dat betrokkene nooit daadwerkelijk zal worden opgenomen, feitelijk een zogeheten paraplumachtiging afgeeft. De in jurisprudentie ontwikkelde paraplumachtigingen werden aanvankelijk door de Hoge Raad geoorloofd geacht. De machtigingen werden verleend voor patiënten die (al) niet meer in een psychiatrische inrichting verbleven, van wie ook niet werd verwacht dat ze weer naar de inrichting terugkeerden, maar die op grond van de machtiging wel weer konden worden opgenomen zodra er sprake was van het overtreden van aan de – extramuraal uit te voeren – behandeling verbonden voorwaarden³ Na de wettelijke invoering van de figuur van de voorwaardelijke machtiging was er geen plaats meer voor de paraplumachtiging. Naast de onwenselijke vermenging van de twee rechtsfiguren overweegt de Hoge Raad dat bij niet-naleving van de voorwaarden die zijn ver-

bonden aan een voorwaardelijke machtiging volgens de Wet Bopz slechts opname kan plaatsvinden in een psychiatrisch ziekenhuis, niet zijnde een zwakzinnigen- of een verpleeginrichting. Aan deze wettelijke beperking van de toepassing van de voorwaardelijke machtiging ligt ten grondslag dat mensen met een verstandelijke beperking en mensen met dementie, anders dan patiënten met een psychiatrische stoornis, zonder de zorg die de zwakzinnigen- of verpleeginrichting biedt, zich niet buiten die inrichting kunnen handhaven (vgl. *Kamerstukken II 1999/00, 27289, 3, p. 5; Kamerstukken II 2000/01, 27289, 7, p. 9*). De wetgever stelt hiermee dat gevaar of ernstig nadeel van deze personen binnen een instelling moet worden afgewend. De Hoge Raad blikt ten slotte vooruit naar de Wet zorg en dwang, waarin de wetgever niet van standpunt is veranderd: ook de Wet zorg en dwang biedt geen mogelijkheid tot verlening van een voorwaardelijke machtiging in de zorg aan mensen met een verstandelijke beperking. De Hoge Raad vernietigt tot slot de beschikking van de Rechtbank Limburg van 27 maart 2015, en verwijst het geding terug naar die rechtbank ter verdere behandeling en beslissing.

5. Is een voorwaardelijke machtiging haalbaar in de zorg aan mensen met een verstandelijke beperking?

Een voorwaardelijke machtiging kan er voor zorgen dat mensen zo lang en optimaal mogelijk thuis kunnen blijven wonen. Wanneer het dan toch misgaat, en de betrokkene in kwestie een gevaar voor zichzelf of anderen vormt dat niet meer buiten een instelling kan worden afgewend, kan er snel worden ingegrepen door opname van een betrokkene in een instelling. Met de huidige zorgontwikkelingen, waarin de intramurale zorg mede door de komst van de Wlz en de Wmo steeds verder wordt uitgebouwd, is de voorwaardelijke machtiging een passend instrument voor het verlenen van extramurale zorg. In de zorg voor mensen met een verstandelijke beperking zijn de FACT- en ACT-teams in opkomst. In een aantal regio's worden al mooie resultaten bereikt, al dan niet in combinatie met een voorwaardelijke machtiging.

De wetgever heeft tot op heden, maar ook in de toekomstige wetgeving (de Wet zorg en dwang), de regeling van de voorwaardelijke machtiging beperkt tot de psychiatrie. Binnen de psychiatrie

³ R.B.M. Keurentjes, *De Wet Bopz. De betekenis van de wet voor de beroepsbeoefenaren in de geestelijke gezondheidszorg*, Den Haag: Sdu Uitgevers 2011, p. 71.

is de voorwaardelijke machtiging niet 'op voorhand' beperkt tot bepaalde patiënten of bepaalde stoornissen.⁴ Tot 2008 was dit nadrukkelijk wel het geval, omdat de oorspronkelijke gedachte was dat patiënten zelf moesten inzien dat behandeling noodzakelijk was. Daarnaast moest een patiënt in staat zijn om zelf verantwoordelijkheid te dragen voor de naleving van de overeengekomen voorwaarden. Indien de patiënt daartoe niet, of niet meer, in staat bleek te zijn, volgde alsnog een gedwongen opname; een gevolg dat de patiënt moest kunnen overzien. (*Kamerstukken II* 1999/00, 27289, 3, p. 6). Na een uitspraak van de Hoge Raad⁵ is dit uitgangspunt middels een in 2008 doorgevoerde wetswijziging losgelaten. Vereist is nu dat (art. 14a lid 8) "*betrokkene zich bereid heeft verklaard tot naleving van de voorwaarden of redelijkerwijs is aan te nemen dat betrokkene de voorwaarden zal naleven*". Door deze ruimere omschrijving is de groep patiënten die in aanmerking komt voor een voorwaardelijke machtiging uitgebreid. Ook zorgmijders komen door de ruimere omschrijving in beeld. Naast een voorwaardelijke machtiging kunnen patiënten onder voorwaarden thuis verblijven. Met toepassing van art. 45 lid 3 of 47 lid 1 Wet Bopz kan respectievelijk verlof of ontslag worden verleend onder het stellen van een aantal specifieke voorwaarden. Art. 45 en 47 gelden evenwel, net als de artikelen met betrekking tot de voorwaardelijke machtiging, niet voor de ouderenzorg en zorg aan mensen met een verstandelijke beperking. Dijkers suggereert dat de wetgever bij het ontwerpen van de Wet Bopz in de veronderstelling was dat het in formele zin stellen van 'voorwaarden' in de zorg aan mensen met een verstandelijke beperking en mensen met een psychogeriatrische aandoening niet aan de orde is.⁶ Daarnaast stelde de wetgever zelf bij het ontwerpen van de regeling dat het in de zorg aan mensen met een verstandelijke beperking en psychoge-

riatrie gaat "*om patiënten die zich zonder de zorg die de instelling biedt, niet staande kunnen houden*". Voor patiënten die zich buiten de inrichting niet zelfstandig kunnen handhaven heeft de voorwaardelijke machtiging volgens de wetgever dan ook "*nagenoeg geen praktische betekenis*".⁷ Bovendien moest een patiënt in de oorspronkelijke regeling van de voorwaardelijke machtiging, zoals deze in 2004 is ingevoerd, instemmen met het behandelingsplan én de aan de machtiging verbonden voorwaarden. Met deze voorwaarde werd uitgegaan van wilsbekwaamheid ter zake van de betrokkene, waardoor mensen met een verstandelijke beperking hier veelal niet voor in aanmerking zouden kunnen komen. Deze voorwaarde is inmiddels komen te vervallen. Dijkers concludeert dan ook dat een voorwaardelijke machtiging niet helemaal is uitgesloten voor mensen met een verstandelijke beperking. De voorwaardelijke machtiging voor deze mensen kan onder de huidige Wet Bopz zo worden vormgegeven, aldus Dijkers, dat wanneer een cliënt met een verstandelijke beperking de voorwaarden niet naleeft, de cliënt wordt opgenomen in een algemeen psychiatrisch ziekenhuis. De rechter kan de machtiging verlenen indien tenminste redelijkerwijs te verwachten is dat betrokkene de voorwaarden zal naleven.⁸ Een dergelijke constructie is ook gekozen door de Rechtbank Rotterdam («JVggz» 2014/29), ware het niet dat de betrokkene in deze uitspraak via de psychiatrie onvrijwillig zou worden opgenomen in een instelling voor de zorg aan mensen met een verstandelijke beperking. Met de uitspraak van de Hoge Raad worden voornoemde constructies echter geblokkeerd en zullen de als wenselijk beschouwde ontwikkelingen ten aanzien van het onder voorwaarden thuis laten wonen van cliënten vooralsnog stagneren.

4 W.J.A.M. Dijkers & T.P. Widdershoven (red.), *De Wet Bopz, artikelsgewijs commentaar*, Den Haag:Sdu (online), art. 14a, C.1.2.

5 HR 29 april 2005, «BJ» 2005/15, m.nt. Widdershoven, NJ 2006/287, m.nt. J. Legemaate onder 288.

6 *De Wet Bopz, artikelsgewijs commentaar*, art. 47, C.2.2.

7 *Kamerstukken* 2000/01, 27289, 7 (Nota n.a.v. het verslag), p. 9.

8 *De Wet Bopz, artikelsgewijs commentaar*, art. 14a, C.1.2.

6. Toekomstige wetgeving

Op 19 september 2013 is de Wet zorg en dwang⁹ aangenomen door de Tweede Kamer. Dit wetsvoorstel introduceert een uniforme regeling voor het verlenen van zorg aan mensen met een verstandelijke beperking en mensen met dementie, en vervangt daarmee de vigerende Wet Bopz. De Hoge Raad constateert in onderhavige uitspraak dat de Wet zorg en dwang geen mogelijkheid biedt tot het verlenen van een voorwaardelijke machtiging, maar uitsluitend een regeling omtrent verlop onder voorwaarden bevat. Dat is nieuw ten opzichte van de huidige Wet Bopz waarin verlop onder voorwaarden uitgesloten is voor cliënten met een verstandelijke beperking (art. 47 lid 1 Wet Bopz). Verlop kan op grond van art. 47 lid 4 Wet zorg en dwang door de zorgaanbieder worden verleend voor zover en voor zolang dit verantwoord is. Aan het verlop kunnen voorwaarden worden verbonden betreffende de zorg of het gedrag van de cliënt, voor zover dit gedrag samenhangt met ernstig nadeel als gevolg van de psychogeriatrische aandoening of verstandelijke beperking dan wel een daarmee gepaard gaande psychische stoornis. De zorgaanbieder verleent het verlop slechts indien de cliënt dan wel de vertegenwoordiger van de cliënt zich bereid heeft verklaard om de voorwaarden na te leven.

Ter vervanging van de Wet Bopz wat betreft psychiatrische zorg is de Wet verplichte geestelijke gezondheidszorg aanhangig bij de Tweede Kamer.¹⁰ Waar in de Wet Bopz de opnemings van patiënten centraal staat, introduceert dit wetsvoorstel de mogelijkheid om een zorgmachtiging af te geven die legitimeert tot verschillende vormen van verplichte zorg. Met vrijwel gelijkblijvende toetsingscriteria (stoornis, gevaar) wordt een persoonsvolgend systeem in het leven geroepen waarin via één rechterlijke machtiging, de zorgmachtiging, verschillende inter-

venties aan patiënten kunnen worden opgelegd. De interventies die een patiënt op basis van een zorgmachtiging kan krijgen kunnen betrekking hebben op ambulante zorg, ambulante behandeling of intramurale behandeling. De wetgever beoogt hiermee een persoonsgerichte benadering te bewerkstelligen waarin de voorkeuren van de betrokkene zo veel mogelijk centraal staan en de minst ingrijpende vormen van zorg via de machtiging worden toegepast. De gedwongen opname zal in dit systeem één van de interventies in de zorgketen zijn waarvan de rechter kan bepalen dat en wanneer ze nodig zijn.¹¹

In de Wet verplichte geestelijke gezondheidszorg blijft het zodoende, zoals nu door middel van een voorwaardelijke machtiging, mogelijk patiënten in de thuissituatie te laten verblijven met door de rechter aan de zorgmachtiging verbonden voorwaarden. De vraag rijst wat de reden is dat in de Wet zorg en dwang deze ruimte niet wordt gegeven en wat dit verschil tussen beide wetsvoorstellen legitimeert. In de Wet zorg en dwang wordt vastgehouden aan de rechterlijke machtiging, crisismaatregel en de zogeheten geen-bereidheid-geen-bezwaar-procedure. Zoals uit de voorliggende uitspraak en met name de overwegingen van de rechtbank naar voren komt is er in de verstandelijkgehandicaptenzorg echter wel degelijk behoefte aan een wettelijke grondslag voor het verlenen van voorwaardelijke machtigingen of een hiermee vergelijkbare modaliteit. Dit wordt ook in en door de praktijk bevestigd. Daarnaast sluit de voorwaardelijke machtiging aan op de huidige ontwikkelingen in de zorg. Mensen met dementie blijven langer thuis wonen, en ook van mensen met een verstandelijke beperking wordt verwacht dat zij zich zoveel en zo lang mogelijk kunnen redden buiten de instelling. De oorspronkelijke redenering achter het niet faciliteren van voorwaardelijke machtigingen in de zorg aan mensen met een verstandelijke beperking en ook mensen met dementie was dat deze cliënten zich niet buiten de instelling kunnen handhaven. Het is de vraag of deze redenering (nog steeds) recht doet aan de situatie in de praktijk, met name gelet op de groeiende groep cliënten met een licht verstan-

9 Thans wacht de Wet zorg en dwang op plenaire behandeling door de Eerste Kamer, waarmee niet wordt aangevangen tot de Wet zorg en dwang in samenhang met de Wet verplichte geestelijke gezondheidszorg kan worden behandeld. Het wetsvoorstel Wet verplichte geestelijke gezondheidszorg is nog niet behandeld door de Tweede Kamer.

10 *Kamerstukken II 2009/10, 32399, 2.*

11 *Kamerstukken II 2009/10, 32399, 3, p. 72.*

delijke beperking, die zich met de juiste randvoorwaarden in veel gevallen goed kunnen handhaven buiten de instelling. Getuige de voorwaardelijke machtigingen die de afgelopen jaren zijn afgegeven en waarbij de cliënten laten zien dat zij zich aan de voorwaarden kunnen houden wordt dit door de praktijk bevestigd.

Wanneer de Wet zorg en dwang niet wordt aangepast, blijft er weinig ruimte over voor zorgaanbieders. Een voorwaardelijke machtiging is geen optie meer, tenzij een cliënt onder de reikwijdte van de Wet verplichte geestelijke gezondheidszorg wordt gebracht. De Wet zorg en dwang biedt alleen de optie van verlof of ontslag onder voorwaarden voor een cliënt die eerst met een rechterlijke machtiging binnen de instelling verbleef. Beide opties zijn echter geen oplossing voor de probleemstelling die ten grondslag lag aan onderhavige uitspraak, waarbij het de bedoeling van partijen was betrokkene niet eerst op te laten nemen.

Het lijkt erop dat de wetgever de uitgelezen kans om de Wet zorg en dwang alsnog aan te passen aan de ontwikkelingen in de praktijk, voorbij laat gaan, terwijl dit hét moment is om deze stap te zetten. Wat rest is vertrouwen in het multidisciplinaire stappenplan, dat in beginsel ook de mogelijkheid biedt om cliënten thuis te laten wonen. De vraag is echter hoe deze mogelijkheid er precies uit gaat zien, nu de aangekondigde AMvB hierover vooralsnog op zich laat wachten. Wanneer de figuur van de voorwaardelijke machtiging of een daarmee vergelijkbare modaliteit niet wordt opgenomen in de Wet zorg en dwang, kunnen afspraken ten aanzien van dwang in een ambulante setting slechts worden vastgelegd in het zorgplan, via het multidisciplinaire stappenplan voor onvrijwillige zorg. Een groot nadeel hier van is dat de afspraken en de hieraan verbonden voorwaarden niet worden getoetst door een rechter. Dit is vergelijkbaar met de voornoemde paraplumachtiging, waarvan de voorwaarden ook niet rechterlijk werden getoetst. Opvallend is dat juist het ontbreken van deze toetsing een belangrijke reden was om de paraplumachtiging te vervangen door de voorwaardelijke machtiging. Het is dan ook de vraag hoe de rechtspositie van de cliënt onder de Wet zorg en dwang gewaarborgd wordt als zorgaanbieders zich genoodzaakt zien cliënten,

bij het ontbreken van een voorwaardelijke machtiging, thuis laten wonen met in het zorgplan gemaakte afspraken.

Juridisch gezien mag de uitspraak van de HR kloppen, maar de vraag rest of de beslissing ook in de geest is van de huidige ontwikkelingen in de zorg. Hoe verhoudt de uitkomst – geen rechterlijk getoetste dwang in een ambulante setting – zich tot de opkomst van extramurale zorg? De advocaat-generaal concludeert dat voor cliënten altijd op zoek moet worden gegaan naar de minst vergaande oplossing voor hun situatie. Een onvrijwillige opname behoort echter nog altijd tot een zéér ingrijpende vorm van dwang. Ook de zorg voor mensen met een verstandelijke beperking heeft behoefte aan een wettelijk instrumentarium dat aansluit op de bestaande praktijk.

B.J.M. Frederiks en S.M. Steen
respectievelijk universitair docent gezondheidsrecht VUmc/EMGO en junior onderzoeker gezondheidsrecht VUmc/EMGO alsmede juridisch medewerker KBS Advocaten

40

Hoge Raad
9 oktober 2015, nr. 15/02876,
ECLI:NL:HR:2015:3016
(mr. A.M.J. van Buchem-Spapens, C.A.
Streefkerk, mr. G. Sniijders)
(Concl. A-G mr. J. Wuisman)

Machtiging voortgezet verblijf. Rechtbank oppert andere machtiging dan verzocht, OvJ handhaaft oorspronkelijk verzoek.

[Wet Bopz art. 8a]

Op 6 februari 2015 is een mvv verzocht. Na de mondelinge behandeling op 2 maart 2015 legde de rechtbank de zaak op de voet van art. 8a Wet Bopz terug bij de officier van justitie; de vraag werd gesteld of er niet een voorwaardelijke machtiging zou moeten komen. Onder toezending van enkele aanvullende stukken handhaafde de officier op 17 maart 2013 zijn verzoek. Na een tweede mondelinge behandeling op 26 maart 2015 verleende de rechtbank een mvv.