

Het Wetsvoorstel zorg en dwang: een verantwoorde verbetering voor de rechtspositie van mensen met een verstandelijke beperking en dementie?

Mr. dr. B.J.M. Frederiks, prof. mr. J. Legemaate, dr. mr. K. Blankman en dr. C.M.P.M. Hertogh¹

1 INLEIDING

Eind juni 2009 is het Wetsvoorstel zorg en dwang psychogeriatrische en verstandelijk gehandicapte cliënten naar de Tweede Kamer gestuurd. Al in 2002 werd door de tweede evaluatiecommissie Bopz beargumenteerd dat de huidige Wet bijzondere opnemingen in psychiatrische ziekenhuizen (Wet Bopz) niet toereikend is voor de rechtsbescherming van cliënten in de zorg voor mensen met een verstandelijke beperking en dementie en kondigde de regering voor deze groepen een aparte wet aan.^{2 3 4} In dit artikel staan we stil bij de vraag welke gevolgen het wetsvoorstel heeft voor de rechtspositie van cliënten in de zorg voor mensen met een verstandelijke beperking en dementie. Relevante vragen zijn welke opvatting over rechtsbescherming aan het wetsvoorstel ten grondslag ligt, of het wetsvoorstel aansluit bij de praktijk, welke (ethische en juridische) consequenties het wetsvoorstel heeft voor professionals en of de verhouding tussen dit wetsvoorstel en de ‘naburige’ wetten (Wet Bopz en Wet op de geneeskundige behandelingsovereenkomst (WGBO), in de toekomst de Wet verplichte ggz en de Wet cliëntenrechten zorg) adequaat en werkbaar is? Tegen deze achtergrond behandelen wij een aantal cruciale thema’s, te weten wilsonbekwaamheid en vertegenwoordiging, het begrip onvrijwillige zorg, de relatie wet en praktijk, consequenties voor professionals, rechtsbescherming en de verhouding met andere relevante wetgeving die op dit moment door respectievelijk het Ministerie van VWS en het Ministerie van Justitie wordt voorbereid.

Per thema wordt aangegeven welke koers de wetgever vaart, hoe deze moet worden beoordeeld en welke verbeteringen nodig zijn om van ‘geslaagde en gepaste wetgeving’ te kunnen spreken. Het artikel wordt afgesloten met een korte beschouwing.

2 VOORGESCHIEDENIS

Het Wetsvoorstel zorg en dwang is een antwoord van de wetgever op de discussie die goed op gang is gekomen nadat in 2002 het tweede evaluatierapport van de Wet Bopz verscheen. In deelrapport 3⁵ van deze evaluatie werd onderbouwd dat cliënten met een verstandelijke beperking en mensen met dementie niet de juiste rechtsbescherming krijgen als zij in hun vrijheid worden beperkt. Op basis van dit rapport kwam de

1. Brenda Frederiks is universitair docent gezondheidsrecht VUMC/EMGO+, Kees Blankman is universitair docent familie- en gezondheidsrecht VU, Cees Hertogh is hoogleraar ethiek van de zorg VUMC/EMGO+ en Johan Legemaate is hoogleraar gezondheidsrecht VU/VUMC/EMGO+.

2. Begeleidingscommissie evaluatie Wet Bopz, *Evaluatie Wet Bopz, Deelonderzoek 10-10: Conclusies en aanbevelingen van de begeleidingscommissie*, Den Haag: ZonMw 2002.

3. *Kamerstukken II 2003/04*, 25 763, nr. 4 (kabinetsstandpunt Wet Bopz).

4. *Kamerstukken II 2007/08*, 25 763, nr. 9 (kabinetsstandpunt eindrapport derde evaluatiecommissie Wet bijzondere opnemingen in psychiatrische ziekenhuizen).

5. L.A.P. Arends, B.J.M. Frederiks & K. Blankman. *Evaluatie Wet Bopz. Deelrapport 3: Interne rechtspositie in de psychogeriatric en de zorg voor mensen met een verstandelijke beperking*, Den Haag: ZonMw 2002.

begeleidingscommissie van de tweede evaluatie met vergaande conclusies. Zij concludeerde: "Na deze evaluatie kan de conclusie geen andere zijn dan dat de Wet Bopz overwegend ongeschikt is voor toepassing in de sectoren psychogeriatric en verstandelijk gehandicaptenzorg".⁶ De begeleidingscommissie maakte echter wel een voorbehoud. De huidige Wet Bopz diende van toepassing te blijven op de groep cliënten die zich verzet tegen opname en verblijf.

Het Ministerie van VWS kwam in juni 2005 met een reactie op de tweede evaluatie Wet Bopz. In een contourenbrief werd aangekondigd dat de Wet Bopz vervangen zou worden door een nieuwe wet voor de zorg voor mensen met een verstandelijke beperking en mensen met dementie.^{7 8} Twee jaar later, in september 2007, verscheen het voorontwerp.⁹ Het veld zat echter nog vast aan de Wet Bopz, wat in de praktijk tot steeds meer onduidelijkheid leidde. Min of meer vooruitlopend op het nieuwe wetsvoorstel formuleerde het Ministerie van VWS om die reden in 2008 een richtinggevend kader, waarin voor zorgaanbieders een aantal handvatten is gecreëerd om tot het moment waarop de nieuwe wet van kracht wordt verantwoord met vrijheidsbeperking om te gaan.¹⁰ Het kader moet worden gezien als een aanvulling op de inhoud van de Wet Bopz en die van de Kwaliteitswet zorginstellingen.

Het is de bedoeling van de wetgever dat de Wet Bopz wordt vervangen door twee nieuwe wetten: de Wet verplichte geestelijke gezondheidszorg (Wvggz, gericht op de psychiatrie)¹¹ en de Wet zorg en dwang (gericht op de psychogeriatric en de zorg voor mensen met een verstandelijke beperking).

3 KERNASPECTEN VAN HET WETSVOORSTEL

De inhoud van het wetsvoorstel is specifiek toegespitst op de zorg voor verstandelijk gehandicaptenzorg en psychogeriatric en neemt op diverse punten afstand van de Wet Bopz. Een nadere bestudering van het wetsvoorstel maakt echter duidelijk dat de wetgever toch vast blijft houden aan een aantal elementen die ook in de Wet Bopz zijn verankerd: het onderscheid vrijwillig en onvrijwillig wordt in stand gehouden, de instelling (in dit wetsvoorstel genoemd 'accommodatie', art. 1 lid 1b) vormt een belangrijke plaats voor de toepassing van vrijheidsbeperking, het Centrum indicatiestelling zorg (CIZ) krijgt in het wetsvoorstel een belangrijke(re) rol en de procedure voor opname is afzonderlijk geregeld. Maar ook zijn er opmerkelijke verschillen tussen de Wet Bopz en het Wetsvoorstel zorg en dwang. Hieronder worden de belangrijkste onderdelen van het wetsvoorstel nader toegelicht.

6. Begeleidingscommissie evaluatie Wet Bopz, *Evaluatie Wet Bopz, Deelonderzoek 10-10: Conclusies en aanbevelingen van de begeleidingscommissie*, Den Haag: ZonMw 2002, p. 50-51.

7. *Kamerstukken II 2004/05*, 28 950, nr. 5.

8. L.A.P. Arends & B.J.M. Frederiks, 'Vrijheidsbeperking in de psychogeriatric en zorg voor mensen met een verstandelijke beperking: de contouren van een nieuwe regeling', *TvGR* 2006, p. 321-327.

9. In paragraaf 10 van de memorie van toelichting worden de partijen genoemd die geconsulteerd zijn over een concept van het wetsvoorstel.

10. *Kamerstukken II 2007/08*, 24 170, nr. 83 (bijlage Verbeterplan kwaliteit gehandicaptenzorg).

11. T.P. Widdershoven, 'Opvolger Wet Bopz: goed op weg, maar we zijn er nog niet', *TvGR* 2009, p. 175-184.

3.1 Reikwijdte wet

De bepalingen van het wetsvoorstel gelden in beginsel voor alle mensen die zorg ontvangen in verband met een psychogeriatrische aandoening of verstandelijke beperking (art. 1 lid c) en zijn zowel binnen als buiten de instelling van toepassing. De nieuwe wet is derhalve ‘persoonsgebonden’. Op grond van artikel 1 lid 6 a en b kan de reikwijdte van de wet nog verder worden uitgebreid als het gaat om ziekten en aandoeningen die vergelijkbare gedragsproblemen of regieverlies veroorzaken en leiden tot dezelfde zorgvraag.

Onder zorg verstaat de wetgever die vormen van zorg die vastgelegd zijn in het Besluit zorgaanspraken AWBZ.¹² Cliënten met een psychogeriatrische aandoening of verstandelijke beperking die vanwege een psychische stoornis in een psychiatrische instelling verblijven, vallen buiten het bereik van deze wet. Bijzonder aan het wetsvoorstel is dat cliënten die thuis wonen ook onder de reikwijdte van de wet kunnen vallen. De wetgever kiest derhalve voor een wet die niet locatiegebonden is.

3.2 Onvrijwillige zorg

Onvrijwillige zorg is het centrale begrip uit de wet waaronder wordt verstaan “een manier van ingrijpen die een aantasting betekent van fundamentele rechten zoals het recht op vrijheid en het recht op eerbiediging van het privéleven”.¹³ Het element ‘zorg’ benadrukt dat het gaat om vormen van onvrijwilligheid die onderdeel uitmaken van de dagelijkse zorg. Het begrip onvrijwillige zorg wordt door de wetgever geoperationaliseerd door vijf vormen te onderscheiden:

- a het toedienen van voeding, vocht of medicatie voor een somatische aandoening;
- b het toedienen van medicatie die van invloed is op het gedrag of de bewegingsvrijheid van de cliënt, vanwege de psychogeriatrische aandoening of verstandelijke handicap;
- c maatregelen die tot gevolg hebben dat de cliënt gedurende enige tijd in zijn bewegingsvrijheid wordt beperkt;
- d maatregelen waarmee toezicht op de cliënt wordt gehouden; of
- e beperkingen in de vrijheid het eigen leven in te richten, die tot gevolg hebben dat de cliënt iets moet doen of nalaten. Belangrijk is het begrip ‘niet heeft ingestemd’.

Hieronder verstaat de wetgever ook situaties waarin de cliënt geen weet heeft van de toepassing van onvrijwillige zorg. Hij of zijn vertegenwoordiger heeft geen informed consent gegeven. Deze situatie kan zich bijvoorbeeld voordoen bij gecamoufleerd toedienen van medicatie, of het gebruik van een uitluistersysteem of bedsensor.

Opmerkelijk is voorts dat de wetgever de vormen die onder b en c worden genoemd ook als onvrijwillige zorg beschouwd in gevallen waarin de cliënt of diens vertegenwoordiger instemt of geen verzet vertoont. De achterliggende reden is dat medicatie en beperkingen in de bewegingsvrijheid (fixatie, afzondering en separatie) een ‘dermate ernstige inbreuk op de vrijheid van een cliënt’ vormen dat altijd extra zorgvuldigheidseisen noodzakelijk zijn. Daar komt bij dat verzet van cliënten een

12. Besluit zorgaanspraken AWBZ, *Stb.* 2002, 527.

13. *Kamerstukken II* 2008/09, 31 916, nr. 3, p. 9-12.

lastig begrip is dat moeilijk te operationaliseren is door het veld waardoor verzet niet altijd als zodanig wordt geduid.^{14 15} Ten slotte wordt ook de toepassing van domotica – in het wetsvoorstel benoemd als “maatregelen waarmee toezicht wordt gehouden” – als onvrijwillige zorg gezien, maar dan weer alleen als de cliënt of diens vertegenwoordiger zich verzet of niet instemt met de maatregel.

3.3 Onvrijwillige opname

Het Wetsvoorstel zorg en dwang maakt, in tegenstelling tot de Wvz,¹⁶ een onderscheid tussen onvrijwillige zorg en onvrijwillige opname. Cliënten kunnen op drie verschillende manieren worden opgenomen. Zij kunnen thuis wonen dan wel vrijwillig verblijven in een accommodatie, met een CIZ-indicatie (vergelijkbaar met een Bopz-indicatie) niet-vrijwillig worden opgenomen in een accommodatie of onvrijwillig met een rechterlijke machtiging dan wel een inbewaringstelling worden opgenomen in een accommodatie. Tijdens het verblijf in een accommodatie genieten alle cliënten, ongeacht de wijze van opname, dezelfde rechtsbescherming. Onvrijwillige zorg mag bij iedereen worden toegepast, mits voldaan is aan de zorgvuldigheidseisen. Het onderscheid tussen onvrijwillig en vrijwillig opgenomen cliënten blijft echter ook onder het Wetsvoorstel zorg en dwang bestaan. Een cliënt wordt onvrijwillig opgenomen als hij zich verzet tegen opname en verblijf. Onder verblijf valt ook de zorg die hij ontvangt. Als een vrijwillig opgenomen cliënt zich voortdurend verzet tegen de zorg die hij ontvangt – waardoor dus *regelmatig* onvrijwillige zorg aan de orde is – moet alsnog worden besloten dat deze cliënt met een rechterlijke machtiging wordt opgenomen. In artikel 19 lid 4 is bepaald dat als een cliënt vrijwillig of op grond van een CIZ-indicatie (art. 16) in een accommodatie verblijft en zich “op een zodanige wijze verzet tegen verschillende onderdelen van de zorgverlening dat het leveren van cliëntgerichte zorg feitelijk niet mogelijk is” op korte termijn een rechterlijke machtiging moet worden aangevraagd.

3.4 Bevoegdheden hulpverleners

In het Wetsvoorstel zorg en dwang neemt ‘verantwoorde zorg’ een belangrijke plaats in. Dit begrip wordt verder niet geoperationaliseerd waardoor veel verantwoordelijkheid wordt neergelegd bij de hulpverleners in het veld. Zij zijn immers verantwoordelijk voor het leveren van verantwoorde zorg. De wetgever introduceert in het wetsvoorstel een aantal functies die allen een specifieke taak krijgen als het gaat om onvrijwillige zorg. De geneesheer-directeur en de voor de behandeling verantwoordelijke persoon worden vervangen door de zorgaanbieder, de zorgverantwoordelijke, de zorgverlener, de arts en een deskundige behorende tot een categorie die wordt aangegeven door de Minister van VWS. In het wetsvoorstel wordt niet aangegeven welke achtergrond de verschillende functies behoren te hebben. In het kader van verant-

14. B.J.M. Frederiks, *De rechtspositie van mensen met een verstandelijke handicap. Van beperking naar ontplooiing*, Den Haag: Sdu Uitgevers 2004 en L.A.P. Arends, B.J.M. Frederiks & K. Blankman, *Evaluatie Wet Bopz. Deelrapport 3: Interne rechtspositie in de psychogeriatric en de zorg voor mensen met een verstandelijke beperking*, Den Haag: ZonMw 2002.

15. C.M.P.M. Hertogh, B.A.M. The & J.A. Eefsting (2004), ‘De wet en de lokale redelijkheid van de zorgpraktijk. Reflecties vanuit etnografisch veldonderzoek over het falen van de Wet Bopz in de psychogeriatric’, *Tijdschrift voor Gerontologie en Geriatric* 2004, p. 46-54.

16. Zie art. 1:1b Wetsvoorstel verplichte geestelijke gezondheidszorg.

woorde zorg mag de zorgaanbieder dit zelf invullen waardoor de zorgverantwoordelijke bijvoorbeeld een orthopedagoog kan zijn, maar wellicht ook een verpleegkundige of een verzorgende. De zorgverlener is een hulpverlener die bekwaam is om onvrijwillige zorg uit te voeren. Onvrijwillige zorg is geen voorbehouden handeling maar wordt wel als een risicovolle handeling beschouwd.¹⁷ Het behoort tot de verantwoordelijkheid van de zorgaanbieder om te waarborgen dat de betrokken zorgverleners voldoende deskundig zijn om in de praktijk met onvrijwillige zorg om te gaan.

3.5 *Interne rechtsbescherming*

In de memorie van toelichting wordt benadrukt dat het meest in het oog springende verschil met de Wet Bopz is dat een uitgebreide procedure wordt geïntroduceerd voordat onvrijwillige zorg kan worden toegepast. Hulpverleners worden gedwongen om *van tevoren* na te denken over onvrijwillige zorg door middel van een multidisciplinair overleg¹⁸ en het zorgvuldig noteren van onvrijwillige zorg in het zorgplan dat elke zes maanden moet worden geëvalueerd.¹⁹ Op deze manier beoogt de wetgever dat elke toepassing van onvrijwillige zorg controleerbaar wordt.

In het wetsvoorstel wordt *gevaar* vervangen door *ernstig nadeel* (art. 1 lid 2). In de optiek van de wetgever mag de vrijheid van cliënten alleen worden beperkt waar dat, gezien het nadeel dat cliënten kunnen oplopen, noodzakelijk is.²⁰ De wetgever wil met de introductie van ernstig nadeel beter aansluiten bij de sectoren waarvoor het wetsvoorstel bedoeld is.²¹ Valgevaar wordt nadrukkelijk in de memorie van toelichting uitgesloten van ernstig nadeel.

Daarnaast moet ook voldaan zijn aan de criteria van doelmatigheid, subsidiariteit en proportionaliteit (art. 8b, c en d). In het zorgplan moet terug te vinden zijn welke alternatieven zijn uitgeprobeerd en dat is gekozen voor het minst ingrijpende middel waarmee het beoogde doel kan worden bereikt.

Het afwegingskader om tot onvrijwillige zorg over te gaan wordt gekenmerkt door een gefaseerde toetsing: van tevoren moet een aantal stappen worden genomen en op het moment dat de onvrijwillige zorg zich daadwerkelijk voordoet, moet de zorgverlener die de onvrijwillige zorg gaat toepassen opnieuw de criteria van subsidiariteit, proportionaliteit en doelmatigheid overwegen en een oordeel geven over de aanwezigheid van ernstig nadeel. De zorgverlener moet overleggen met de zorgverantwoordelijke en, 'indien van toepassing', met de arts. Een aanvullend criterium is het waarborgen van 'toezicht', wat kan betekenen dat een bepaalde vorm van onvrijwil-

17. D.Y.A. Meersbergen & B.J.M. Frederiks, 'Omgaan met risicovolle handelingen in de psychiatrie, verstandelijk gehandicaptenzorg en psychogeriatric', *Journal GGZ en recht* 2007, nr. 3, p. 51-57.

18. De wet schrijft niet voor wie aan het multidisciplinair overleg moet deelnemen. De arts moet in elk geval betrokken worden bij voeding, vocht of medicatie voor een somatische aandoening, gedragsregulerende medicatie en beperkingen in de bewegingsvrijheid.

19. Overigens is de evaluatietermijn van zes maanden zeer ruim gekozen; deze termijn voldoet niet aan internationale normen.

20. *Kamerstukken II* 2008/09, 31 916, nr. 3, p. 20-22.

21. Het wetsvoorstel verplichte geestelijke gezondheidszorg gaat uit van "aanzienlijk risico op ernstige schade voor hemzelf of voor anderen" (art. 3:2).

lige zorg niet in de thuissituatie toegepast mag worden omdat er onvoldoende toezicht is. Tot slot moet ook de cliënt en zijn vertegenwoordiger worden geïnformeerd, tenzij het informeren ernstige bezwaren oplevert voor de cliënt.²²

In het wetsvoorstel wordt geen ruimte ingebouwd voor rechtsbeschermende elementen zoals een cliëntenvertrouwenspersoon of een multidisciplinaire commissie vergelijkbaar met die in de Wvvgz. Dat laatste valt gelet op de aard van de problematiek te begrijpen, het eerste echter niet.

4 EEN AANTAL THEMA'S NADER BESCHOUWD

Een belangrijke vraag is of de inhoud van de wet voldoende rechtswaarborgen biedt voor cliënten en of deze aansluit bij de professionele kaders van de hulpverleners. Met andere woorden: kunnen hulpverleners met de inhoud van de wet die zorg bieden waar cliënten met een verstandelijke beperking en dementie recht op hebben? Helaas zijn deze vragen niet structureel en systematisch door het Ministerie van VWS in het wetsvoorstel uitgewerkt. In deze paragraaf wordt een aantal thema's uit het wetsvoorstel onder de loep genomen en ook aangegeven waar de wetgever naar onze mening steken heeft laten vallen.

4.1 *Wilsonbekwaamheid en vertegenwoordiging*

Een opvallende bepaling in het Wetsvoorstel zorg en dwang is artikel 3 lid 4 die een verplichting bevat voor de zorgaanbieder om bij de rechter te verzoeken om de instelling van een mentorschap en de benoeming van een mentor voor cliënten die geen vertegenwoordiger hebben maar wel een zorgplan met daarin opgenomen onvrijwillige zorg. Het voorstel verdient steun, maar roept ook enkele vragen op. Het voorstel ziet terecht alleen op meerderjarige cliënten aangezien voor minderjarige cliënten vertegenwoordiging altijd is geregeld in de vorm van ouderlijk gezag of voogdij (art. 1:245 Burgerlijk Wetboek (BW)). De bevoegdheid om bij de rechter een mentorschap te verzoeken bestaat niet voor alle zorgaanbieders. Artikel 1:451 lid 2 BW kent deze bevoegdheid toe aan "degene die de instelling waar de betrokkene duurzaam wordt verzorgd, exploiteert of daarvan de leiding heeft". Daarnaast is onzeker of de rechter een mentorschap zal instellen. Grond voor het instellen van een dergelijke maatregel is niet wilsonbekwaamheid ten aanzien van sommige vormen van zorg die de zorgaanbieder zorginhoudelijk noodzakelijk vindt. De wet vereist voor het instellen van een mentorschap dat de meerderjarige niet in staat is of bemoeilijkt wordt zijn belangen van niet-vermogensrechtelijke aard zelf behoorlijk waar te nemen (art. 1:450 lid 1 BW). De rechter toetst niet de wilsonbekwaamheid met betrekking tot een bepaalde aan gelegenheid maar gaat na of de meerderjarige in het algemeen zijn zorgbelangen niet goed kan behartigen. Het kan voorkomen dat een cliënt met een verstandelijke beperking geheel wilsonbekwaam bepaalde vormen van zorg afwijst en daarnaast niet voldoet aan de grond voor instelling van deze maatregel. Niettemin is het goed dat voor (wils-

22. De wetgever bouwt geen extra bescherming voor de cliënt in: het informeren van de vertegenwoordiger kan ook een ernstig nadeel voor de cliënt opleveren, of de cliënt kan bezwaar hebben tegen het informeren van zijn vertegenwoordiger. Daarnaast is de wetgever

vergeten dat, als cliënten niet meer angstig of onrustig zijn, op grond van de WGBO (therapeutische exceptie) de cliënt alsnog geïnformeerd moet worden over de toepassing van onvrijwillige zorg.

onbekwame) cliënten met onvrijwillige zorg de rechter te oordelen krijgt over de noodzaak tot benoeming van een mentor. Wel verdient het aanbeveling om in de wijziging van de wettelijke regeling van de curatele, het beschermingsbewind en het mentorschap die wordt voorbereid, mee te nemen dat de in artikel 1:451 lid 2 BW geformuleerde bevoegdheid wordt verruimd tot alle zorgaanbieders, ook zij die niet-residentiële zorg aanbieden.

Over vertegenwoordiging handelt ook het eerste lid van het voorgestelde artikel 3. Artikel 3 lid 1 stelt voor dat voor zover in het Wetsvoorstel zorg en dwang bevoegdheden aan een vertegenwoordiger worden toegekend, hij die bevoegdheden slechts heeft voor zover de zorgverantwoordelijke heeft beslist dat de cliënt ter zake wilsbekwaam is. Een voorbeeld is de in artikel 5 geregelde vaststelling van het zorgplan door de cliënt of de vertegenwoordiger. De wetgever kiest hier voor maximale honorering van de wilsbekwaamheid van de cliënt waardoor het optreden door een gevolmachtigde wordt uitgesloten. De wet kan ons inziens echter de bevoegdheid tot vertegenwoordigend optreden van een dergelijke vertegenwoordiger niet uitsluiten op grond van wilsbekwaamheid van de volmachtgever. Wanneer een wilsbekwame oudere in het beginstadium van dementie zijn broer een schriftelijke volmacht geeft om hem te vertegenwoordigen in zorgaangelegenheden, kunnen vanaf dat moment twee personen die zorgbelangen in het rechtsverkeer behartigen: de volmachtgever kan zelf optreden zolang hij ten minste wilsbekwaam terzake is, maar de gevolmachtigde kan dat ook ongeacht het feit of de volmachtgever – inmiddels – wilsbekwaam geworden is. Een wilsbekwame oudere kan zijn gevolmachtigde broer vragen om voor hem afspraken te maken met een tandarts, een thuiszorgorganisatie of voor hem een verpleeghuis met joods-christelijke signatuur te zoeken en namens hem een zorgverleningsovereenkomst aan te gaan. De figuur van de in titel 3 Boek 3 BW geregelde volmacht maakt dit mogelijk. Het wetsvoorstel kan ons inziens deze uitwerking van het zelfbeschikkingsrecht van wilsbekwame cliënten niet beperken op de wijze als nu voorgesteld. Dit laat onverlet de situatie waarin de zorgaanbieder het noodzakelijk vindt om de cliënt zelf te zien of te spreken.

4.2 *Relatie wet en praktijk*

Het Wetsvoorstel zorg en dwang is niet langer locatiegebonden waardoor iets van de rechtsongelijkheid uit de vroegere Wet Bopz ongedaan is gemaakt. Onder de Wet Bopz is de verblijfplaats van de cliënt bepalend voor de rechtsbescherming en niet diens zorgprobleem en het type interventie dat overwogen wordt. Ook de overwegende – en daarmee verwarrende – oriëntatie op een in principe tijdelijke stoornis in de Wet Bopz, is in het wetsvoorstel losgelaten, waarmee meer recht wordt gedaan aan het doorgaans permanente en – waar het de psychogeriatricie betreft – progressieve karakter van de aandoening. Deze verbreding van het toepassingsdomein komt echter vooral de zorgorganisatie/zorgaanbieder tegemoet, want er is hier tegelijk sprake van een voor kritiek vatbare trade-off tussen brede geldigheid en professionele deskundigheid in de uitvoering van de wet. Wat het laatste betreft is namelijk duidelijk sprake van een neerwaartse substitutie: de kring van zorgverleners die verantwoordelijkheid mogen nemen voor de toepassing van vrijheidsbeperking is niet alleen opge-rekt; ook aan hun professionele niveau worden nauwelijks eisen gesteld. Wilsbekwaamheid is nu – bijvoorbeeld – ‘ter vaststelling’ van de ‘zorgverantwoordelijke’,

een functionaris waarvan de competentie niet omschreven is en ook de arts die de meer ingrijpende vrijheidsbeperkingen voor zijn verantwoordelijkheid moet nemen hoeft niet over geriatrische deskundigheid of deskundigheid op het vlak van mensen met een verstandelijke beperking te beschikken. Daarnaast is het niet logisch – en uit zorginhoudelijk perspectief beslist ongewenst – dat voor de toepassing van diverse typen onvrijwillige zorg steeds andere disciplines (eind)verantwoordelijk zijn. Zo dient de arts te beslissen over fixatie en medicatie als vormen van onvrijwillige zorg, maar niet over de toepassing van domotica. Echter: om alternatieven voor traditionele vrijheidsbeperkingen (zoals fixatie) goed te kunnen wegen en om de toepassing ervan te kunnen monitoren en evalueren, is een meer evenwichtige regeling van verantwoordelijkheden nodig, waarbij betrokkenheid van een deskundig arts ook bij deze toepassing gewenst is.

Een ander nadeel van de voorgestelde regeling is dat deze min of meer diagnosegekoppeld is, waarbij bij algemene maatregel van bestuur nieuwe diagnoses kunnen worden toegevoegd. Dat is een vreemde figuur, omdat in de praktijk de indicatie voor toepassing van vrijheidsbeperking nooit diagnosegerelateerd is, maar altijd probleemgerelateerd. Die problemen kunnen het gevolg of een complicatie zijn van een ziektebeeld als dementie, maar zij komen – waar het de ouderenzorg betreft – ook voor in een veel breder kader, bijvoorbeeld als complicatie van een delier, of bij patiënten met een ernstig cerebrovasculair accident (CVA), een hersentumor, of niet-aangeboren hersenletsel.

4.3 Begrip onvrijwillige zorg

Een volgend praktisch probleem betreft de omschrijving van ‘onvrijwillige zorg’. ‘Onvrijwilligheid’ wordt kort door de bocht verbonden met een type interventie en geheel losgemaakt van de instemming of toestemming van de cliënt. Of een cliënt nu zelf om een bedhek vraagt, of daarmee instemt, doet niet terzake: het is te allen tijde een vorm van onvrijwillige zorg. Deze rechtlijnigheid zal menig zorgverlener tegen de borst stuiten en is ook intuïtief strijdig met het principe ‘volenti non fit injuria’. Bovendien wordt de feitelijke (rechts)bescherming van de cliënt – en daar draait deze wettelijke regeling toch in essentie om – op deze wijze behoorlijk uitgehold. Want waarom zou een zorgverlener zich nog bekommeren om de (instemmende, terughoudende of afwerende) visie en houding van zijn/haar cliënt als het gaat om een stoelblad of een bedhek, als dat voor de wet toch niet meer terzake doet? Merkwaardig is ook de stelling dat elke domoticoepassing een vorm van onvrijwillige zorg behelst. De wetgever zegt hiermee een eind te willen maken “aan voordurende discussies in het veld” over het al dan niet vrijheidsbeperkend karakter van domotica. Echter: ten eerste gaat de wet niet over de professionele ethiek van zorgverleners; ten tweede schiet de wet zijn doel voorbij met dit soort resolute bepalingen en ten derde doet de vraag zich voor in hoeverre er daadwerkelijk iets geleerd is van het debacle van de Wet Bopz. Het advies van de begeleidingscommissie van de tweede evaluatie – draag zorg voor een goede aansluiting bij de morele overwegingen van zorgverleners – is derhalve nog volop van kracht.

4.4 Rechtsbescherming

In het Wetsvoorstel zorg en dwang wordt afstand genomen van de uitgangspunten, de inhoud en werkwijze van de Wet Bopz waardoor het maar de vraag is of de rechtsbescherming van cliënten door het wetsvoorstel wordt verbeterd. Cliënten met een verstandelijke beperking en dementie zijn gebaat bij een nieuwe wet waarin naast het zelfbeschikkingsrecht ook aandacht wordt gegeven aan goede zorg, ondersteuning en aandacht voor ontplooiing.²³ De wetgever kiest echter voor ‘verantwoorde zorg’ en lijkt daarmee vooral het perspectief van de zorgaanbieder centraal te willen stellen. De Inspectie voor de Gezondheidszorg houdt krachtens artikel 49 in algemene zin toezicht op de naleving van deze wet. Zij krijgt op basis van artikel 14 twee keer per jaar een overzicht van alle toepassingen van onvrijwillige zorg. Onduidelijk is echter wat zij met deze informatie moet en kan gaan doen. De Inspectie houdt immers steeds meer toezicht op afstand, ook als het om ingrijpende maatregelen als vrijheidsbeperking gaat. Wel krijgt de Inspectie een vergaande nieuwe bevoegdheid: het binnentreden van een woning zonder toestemming van de cliënt.

Rechtsbescherming van cliënten omvat meer dan toezicht van de Inspectie. Onder rechtsbescherming wordt verstaan een omschrijving van de rechten van cliënten met een verstandelijke beperking en dementie en procedures om deze rechten tot gelding te brengen. Hiertoe behoort ook dat elke keuze voor onvrijwillige zorg inzichtelijk wordt gemaakt en extern toetsbaar is.^{24 25} Vooral het laatste aspect ontbreekt in het wetsvoorstel.

De wetgever heeft de verantwoordelijkheid voor onvrijwillige zorg bij de werkvloer neergelegd. Dit uitgangspunt past bij goede zorg – hulpverleners krijgen de mogelijkheid om tijdig de juiste vorm van ondersteuning te bieden – maar vereist ook van een hulpverlener dat hij zich intern en extern toetsbaar opstelt. Naast multidisciplinair overleg en vastleggen in het zorgplan (beide eisen staan in het Wetsvoorstel zorg en dwang) moet een hulpverlener ook aan derden zijn handelen zichtbaar maken. Het Wetsvoorstel zorg en dwang besteedt hieraan maar weinig aandacht, waardoor de cliënt, die zich door zijn handicap en/of dementie in een extra afhankelijke positie bevindt, aan de goede bedoelingen van de hulpverlener is overgeleverd. De wetgever heeft daarbij over het hoofd gezien dat deze groep cliënten bij ontevredenheid niet snel een klacht zal indienen bij een externe klachtencommissie waarin het wetsvoorstel voorziet. Die klachtencommissie is op zich in de wet goed geregeld, maar bij de effectiviteit ervan kunnen grote vraagtekens worden gezet. Met het oog op de kwaliteit van de klachtbehandeling is overigens bepaald dat de commissies zo moeten worden georganiseerd dat zij minimaal vijftig klachten per jaar afhandelen (art. 46 lid 1 onder d). Dit is echter volkomen theoretisch: het aantal van vijftig per jaar is in deze sectoren sinds de inwerkingtreding van de Wet Bopz nog nooit gehaald.

In het wetsvoorstel zou in elk geval plaats moeten worden gemaakt voor een aantal cruciale elementen die ervoor zorgen dat de rechtspositie van cliënten verstevigd wordt tegenover die van de zorgaanbieder. Een van de fundamentele elementen is de

23. Goede zorg is uitgebreid omschreven in het artikel A.C. Hendriks, B.J.M. Frederiks & M.A. Verkerk, ‘Het recht op autonomie in samenhang met goede zorg bezien’, *TvGR* 2008, p. 2-18.

24. Frederiks 2004, p. 256 (zie noot 14).

25. J. Legemaate, B.J.M. Frederiks & R.P. de Roode, *Derde evaluatie van de Wet Bopz (Deel 7: internationale ontwikkelingen)*, Den Haag: Ministerie van VWS 2007, p. 54-57.

functie van een onafhankelijk cliëntenvertrouwenspersoon. Ook uit de rechtspraak van het Europees Hof voor de Rechten van de Mens (EHRM) kan worden afgeleid dat cliënten in de gevallen waarop het wetsvoorstel betrekking heeft, recht hebben op een patiëntenvertrouwenspersoonachtige functionaris.²⁶

Internationale criteria vereisen verder dat vooral ingrijpende vormen van onvrijwillige zorg regelmatig worden geëvalueerd.²⁷ Andere belangrijke elementen zijn een actieve interne commissie onvrijwillige zorg, waar ook hulpverleners van een andere instelling plaats in kunnen nemen, en een externe toetsingscommissie waar langdurige en ingrijpende vormen van vrijheidsbeperking aan voorgelegd kunnen worden (bijvoorbeeld afzondering die langer dan zeven dagen duurt).²⁸ In de memorie van toelichting wordt opgemerkt dat een nadere indeling in licht en zwaar niet haalbaar is vanwege de subjectiviteit van de indeling.²⁹ Daarbij is door de wetgever over het hoofd gezien dat de duur van een maatregel toch wel degelijk bepalend kan zijn.

4.5 *Verhouding Wetsvoorstel verplichte ggz en Wetsvoorstel cliëntenrechten zorg*

Het wetsvoorstel kan niet los worden gezien van de WGBO en de Wet Bopz en de opvolgers van beide wetten. De vraag is hoe deze regelingen zich tot elkaar gaan verhouden: is er sprake van hinderlijke overlap?

In de relatie tussen het Wetsvoorstel zorg en dwang en de Wvvggz gaat het vooral om de vraag in hoeverre de doelgroepen van beide wetten goed van elkaar te onderscheiden zijn. Het is maar zeer de vraag of dat het geval is. Wat helpt is dat het Wetsvoorstel zorg en dwang een eigen regeling kent met betrekking tot een onvrijwillige opneming. Gaat het daarbij om een cliënt met een verstandelijke beperking of een psychogeriatrische aandoening die tevens een psychische stoornis heeft als bedoeld in de Wet Bopz (of in de toekomst de Wvvggz), dan bepaalt artikel 23 lid 2 van het Wetsvoorstel zorg en dwang dat een verzoek om rechterlijke machtiging wordt doorgeleid naar de Bopz-procedure. Dit komt de afstemming van beide regelingen ten goede. Voor zover de doelgroepen van beide wetten evenwel 'overlappen', valt veel onduidelijkheid te verwachten van de verschillen tussen de beide wetten waar het gaat om begrippen en uitgangspunten. De Wvvggz beperkt zich tot patiënten die zich verzetten, terwijl de Wet zorg en dwang zelfs bepaalde situaties van informed consent als 'onvrijwillige zorg' definieert. Beide wetten regelen in essentie hetzelfde, maar verschillen waar het gaat om de vormgeving van de rechtsbescherming nogal van elkaar, zonder goede argumentatie.

Met betrekking tot de verhouding tot de WGBO bepaalt artikel 1 lid 5 van het Wetsvoorstel zorg en dwang dat de artikelen 7:450 leden 1 en 2, 7:465 en 7:466 BW niet van toepassing zijn. Dit zijn de bepalingen inzake toestemming en vertegenwoordiging. Deze onderwerpen zijn, net zoals de procedure voor onvrijwillige opneming, in de Wet zorg en dwang zelf geregeld. Voor zover het gaat om 'onvrijwillige' geneeskundige handelingen zal dus alleen de Wet zorg en dwang van toepassing zijn, ook als het gaat om somatische behandelingen. De overige WGBO-bepalingen blijven overigens

26. EHRM 5 oktober 2004, *BJ* 2005/1. Zie daarover Legemaate, Frederiks & De Roode 2007, p. 27-29 (zie noot 25).

27. Legemaate, Frederiks & De Roode 2007, p. 57 (zie noot 25).

28. Frederiks 2004, p. 280-291 waarin een voorbeeld wordt gegeven van een regionale toetsingscommissie vrijheidsbeperking (zie noot 14).

29. *Kamerstukken II* 2008/09, 31 996, nr. 3, p. 11-12.

wel van toepassing, althans voor zover er gesproken kan worden van een geneeskundige behandeling. De aanname in de memorie van toelichting dat bij veel cliënten in de langdurige zorg van een geneeskundige behandeling niet of slechts incidenteel sprake is,³⁰ is overigens voor discussie vatbaar. Voor zover dit te maken heeft met de interpretatie van de reikwijdte van de huidige WGBO zal na de inwerkingtreding van de komende Wet cliëntenrechten zorg (WCZ) een nieuwe afweging moeten worden gemaakt. Zoals het er nu naar uitziet zal de WCZ immers een (iets) bredere reikwijdte hebben dan de WGBO. De keuze om enkele WGBO-onderwerpen in de Wet zorg en dwang te regelen verdient op zich bezien ondersteuning. Uit een oogpunt van duidelijkheid heeft het de voorkeur om per wet zo compleet mogelijk te zijn. Dat laat onverlet dat de verhouding tussen de voorgestelde Wet zorg en dwang en WGBO/WCZ nog helderder kan worden vormgegeven dan nu het geval is. Hiervoor kwam al aan de orde dat de Wet zorg en dwang geen cliëntenvertrouwenspersoon voorschrijft. Als deze omissie niet wordt hersteld is in elk geval de bepaling uit de WCZ van belang die voorschrijft dat elke zorgaanbieder een persoon aanstelt die de cliënt desgewenst met informatie, advies en bemiddeling kan ondersteunen.

5 BESCHOUWING

Met de komst van de Wet zorg en dwang krijgt het veld eindelijk een instrument in handen om de rechtspositie van mensen met een verstandelijke beperking en dementie te kunnen verbeteren. Diverse onderzoeken hebben bevestigd dat het niet goed is gesteld met de rechten van beide doelgroepen als het gaat om vrijheidsbeperking. In dit artikel hebben wij duidelijk willen maken dat de nieuwe wet waarschijnlijk niet de beoogde verbeteringen zal brengen. Het wetsvoorstel bevat nog veel hiaten die juridisch gezien niet goed doordacht zijn. Daar komt bij dat de inhoud niet goed aansluit bij de praktijk en dat onduidelijk is waarom deze wet op wezenlijke punten voor een andere systeem van rechtsbescherming kiest dan de Wvvgz. Vanuit de politiek³¹ en het veld zijn bij de inhoud van het wetsvoorstel diverse kanttekeningen geplaatst. Hoewel de brancheverenigingen VGN en Actiz behoorlijk positief hebben gereageerd³² zijn cliëntenorganisaties³³ en ook de KNMG³⁴ veel kritischer. In de huidige vorm zal de Wet zorg en dwang meer vragen oproepen dan beantwoorden.

30. *Kamerstukken II 2008/09*, 31 996, nr. 3, p. 33.

31. *Kamerstukken II 2008/09*, 31 996, nr. 5.

32. Brief VGN en Actiz aan de leden van de vaste Kamercommissie voor Volksgezondheid, Welzijn en Sport van 27 augustus 2009.

33. <www.cg-raad.nl>, > Actueel, > Nieuwsberichten,

> Archief, > 09-09-2009 Wetsvoorstel 'Zorg en dwang' moet van tafel en <www.loc.nl>, > Belangenbehartiging, > Brieven.

34. <knmg.artsennet.nl>, > Dossiers, > Dossiers op thema, > Arts en recht, > Rechten van de patiënt.