

de patiënt zich zo duidelijk daartegen verzet. Maar: “als goed hulpverlener jegens de naaste betrekkingen van patiënte diende verweerder daarom ook klager (met zijn gezin) te informeren over de opheffing van de IBS en het ontslag van patiënte uit het ziekenhuis” en verderop: “Verweerder is in zijn zorg jegens klager en diens kinderen tekortgeschoten doordat klager niet tijdig is geïnformeerd over de behandeling van het verzoek tot voortzetting van de IBS en klager en de kinderen onverhoeds zijn geconfronteerd met het ontslag van patiënte uit het ziekenhuis en haar terugkeer naar huis...”

Alleszins valt te verwachten dat dit soort kwesties in frequentie, omvang en ernst zal toenemen naarmate meer partijen een belang hebben, krijgen of claimen bij behandelbeslissingen die de patiënt betreffen maar hun uitstraling hebben naar anderen.

Daarom is er alle reden om thematisch hieraan aandacht te besteden, en een aanzet daartoe wordt in dit nummer van JGGZ&R gegeven: de patiënt in relatie tot anderen, met name de familie.

Daarbij zou het de wetgever tot eer strekken ingewikkelde en juridisch gevoelige kwesties waar de privacywetgeving zich evident slecht verdraagt met de eisen die de samenleving – en de overheid! – stelt aan de bereidheid van de behandelaar desnoods tegen de wil van de betrokkene(n) informatie te verstrekken (zoals bij huiselijk geweld en kindermishandeling) behoorlijk en formeel te regelen, en niet over te laten aan het veld en rechtsprekende instanties. Dat zou de behandelaar helpen in deze ingewikkelde materie zuiver af te wegen en te handelen, niet te defensief omdat de privacybescherming zich nu eenmaal tegen informatieverstrekking verzet, en ook niet te voortvarend, opgejaagd door het populistische geluid dat de behandelaar ‘zich steeds verschuilt achter zijn beroepsgeheim’ wanneer er alle aanleiding is de belangen van de patiënt en die van anderen zorgvuldig tegen elkaar af te wegen.

54 Wetsvoorstel Zorg en dwang: een eerste verkenning

Mr.dr. B.J.M. Frederiks²

Inleiding

In juli 2009 is het lang verwachte wetsvoorstel ‘Zorg en dwang psychogeriatrische en verstandelijk gehandicapte cliënten’ gezamenlijk met de Memorie van toelichting, waarin een zeer uitgebreide toelichting op de wet en de wetsartikelen wordt gegeven, naar de Tweede Kamer gestuurd.³ Tot begin september hebben de leden van de Tweede Kamer de gelegenheid om schriftelijk te reageren. Het wetsvoorstel wordt vermoedelijk in het najaar plenair in de Tweede Kamer behandeld.

Het wetsvoorstel Zorg en dwang richt zich speciaal op mensen met een verstandelijke beperking en mensen met dementie die in een instelling dan wel kleinschalige voorzieningen of thuis wonen. Psychiatrische voorzieningen vallen buiten het wetsvoorstel. Hetzelfde geldt voor de zorg die bij mensen thuis wordt verleend door mantelzorgers. Het centrale uitgangspunt van het wetsvoorstel is het inzichtelijk maken van de rechten van cliënten zodra zij te maken krijgen met vrijheidsbeperking. Het rapport van de Inspectie, getiteld “Zorg voor vrijheid”⁴ dat eind vorig jaar is verschenen, bevestigt dat vrijheidsbeperking meer

2 Mr. dr. B.J.M. Frederiks is universitair docent gezondheidsrecht VUMC en eindredacteur van *Journal GGZ en recht*.

3 Kamerstukken II, vergaderjaar 2008-2009, 31996, nummer 2 en 3.

4 Inspectie voor de Gezondheidszorg, *Zorg voor vrijheid: terugdringen van vrijheidsbeperkende maatregelen kan en moet*. Den Haag: 2008.

dan nodig voorkomt in de ouderenzorg en zorg voor mensen met een verstandelijke beperking. Het gaat om een groep cliënten die veelal langdurig te maken heeft met verschillende vormen van vrijheidsbeperking. De afhankelijke positie waarin veel cliënten zich bevinden vereist een goede wettelijke regeling. Het wetsvoorstel bevat zowel bevoegdheden als plichten voor zorgaanbieders en rechten voor cliënten. De zorgaanbieder krijgt bevoegdheden om in te grijpen in de vrijheid van cliënten. De rechten voor de cliënt zijn te beschouwen als 'plichten' voor de zorgaanbieder. Een belangrijke plicht van de zorgaanbieder, en daarmee een recht voor de cliënt, is het inzichtelijk maken van de besluitvorming om tot vrijheidsbeperking te komen.

De inhoud van dit artikel kan worden beschouwd als een eerste verkenning van het wetsvoorstel. Het wetsvoorstel omvat teveel facetten om allemaal in een artikel aan bod te laten komen. Achtereenvolgens wordt stilgestaan bij de achtergrond en voortraject, samenhang met het wetsvoorstel verplichte geestelijke gezondheidszorg, een aantal kenmerken van het wetsvoorstel zoals het begrip onvrijwillige zorg, het onderscheid vrijwillig en onvrijwillig en het begrip verzet. Het artikel wordt afgesloten met een aantal kritische kanttekeningen dat een nadere analyse vereist en vraagt om een vervolgartikel later dit jaar.

Achtergrond en voortraject

Contourenbrief en richtinggevend kader

Het wetsvoorstel Zorg en dwang is al meerdere malen aangekondigd door de staatssecretaris van VWS. In juni 2005 maakte de toenmalige staatssecretaris Ross bekend dat de Wet Bopz vervangen zou gaan worden door een nieuwe wet voor de zorg voor mensen met een verstandelijke beperking en dementerenden. In een brief werden de contouren van een nieuwe wettelijke regeling uiteengezet.^{5 6} Het voorontwerp, dat niet openbaar is geweest, is

op 11 september 2007 aan een selecte groep toegezonden.⁷ De wijzigingen die naar aanleiding van alle commentaren zijn aangebracht zijn niet meer openbaar voorgelegd aan het veld. VGN, Actiz en een aantal cliëntenorganisaties hebben vervolgens nog wel mogen meedenken over de procedure van de onvrijwillige opnemings. Aangezien het veld in de tussentijd dringende behoefte had aan meer houvast is in 2008 een richtinggevend kader verschenen, waarin voor zorgaanbieders een aantal handvatten is gecreëerd om ook in de tussenliggende periode verantwoord met vrijheidsbeperking om te gaan.⁸ In het richtinggevend kader wordt als het ware vooruitgelopen op de inhoud van de nieuwe wet. Dit levert een bijzondere situatie op aangezien de rechtspositie van cliënten, in afwachting van de nieuwe wet, nog altijd wordt geregeld door de Wet Bopz.

In het richtinggevende kader worden in een vijftal punten de hoofdlijnen voor het afwegingskader uit het wetsvoorstel Zorg en dwang neergezet:

1. Voor iedere cliënt dient een zorgplan te worden opgesteld, in overleg met de cliënt en/of zijn vertegenwoordiger;
2. De zorgaanbieder wijst zelf de categorie zorgverleners aan die binnen zijn instelling bevoegd zijn om zorgplannen op te stellen;
3. Pas wanneer alle alternatieven in overweging zijn genomen en gemotiveerd zijn

5 Kamerstukken II, vergaderjaar 2004-2005, 28950, nummer 5.

6 Arends, L.A.P. en B.J.M. Frederiks, Vrijheidsbeperking in de psychogeriatric en zorg voor mensen met een verstandelijke beperking: de contouren van een nieuwe regeling, *Tijdschrift voor Gezondheidsrecht* (30) 2006-2, p. 321-327.

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

8 Kamerstukken II, vergaderjaar 2007-2008, 24170, nummer 83 (Bijlage Verbeterplan kwaliteit gehandicaptenzorg).

afgewezen en alleen het toepassen van een vrijheidsbeperkende maatregel nog ernstig nadeel voor de cliënt of zijn omgeving kan voorkomen of afwenden, kan in het zorgplan een vrijheidsbeperkende maatregel worden opgenomen. Daarbij wordt beschreven welk ernstig nadeel door de bewuste vrijheidsbeperking wordt voorkomen of weggenomen;

4. De beslissing van het opnemen van een vrijheidsbeperkende maatregel in het zorgplan wordt genomen na overleg met een multidisciplinair team. In het multidisciplinaire team is een arts vertegenwoordigd die toetst of er een somatische contra-indicatie is voor het toepassen van een vrijheidsbeperkende maatregel en uitsluit of het gedrag veroorzaakt wordt door somatische klachten.
5. Een zorginstelling moet op aanvraag van de IGZ een overzicht kunnen tonen van de aard, frequentie en noodzaak van de toegepaste vrijheidsbeperkende maatregelen.

De procedure die in het richtinggevend kader is opgenomen vormt een aanvulling op de inhoud van de Wet Bopz, aldus de staatssecretaris. De vijf criteria zijn gebaseerd op het begrip 'verantwoorde zorg' dat in de Kwaliteitswet zorginstellingen een belangrijke plaats inneemt. De aanvullende criteria bieden nog geen ruimte om op locaties, waar de Wet Bopz niet geldt, vrijheidsbeperkingen toe te passen. Alleen in die situaties waar sprake is van een noodsituatie moet de instelling handelen conform of in de geest van de vijf eerder genoemde punten in het richtinggevend kader.

Een zorgaanbieder is overigens niet verplicht om aan de vijf stappen te voldoen. Het uitgangspunt is dat een zorgaanbieder 'verantwoorde zorg' moet gaan leveren. Als een zorgaanbieder aan de Inspectie voor de Gezondheidszorg (IGZ) kan aantonen en verantwoorden dat hij 'verantwoorde zorg' heeft geleverd, zonder dat hij heeft voldaan aan alle vijf de

elementen, kan ook sprake zijn van verantwoorde zorg.⁹

Tweede evaluatie Wet Bopz

Het wetsvoorstel is een reactie op diverse onderzoeken waarvan de belangrijkste is het tweede evaluatierapport van de Wet Bopz, dat in 2002 is verschenen.^{10 11} Een belangrijke conclusie is dat de huidige Wet Bopz niet de juiste rechtsbescherming biedt aan mensen met een verstandelijke beperking en dementie. Veel vormen van vrijheidsbeperking worden niet als zodanig erkend, vrijheidsbeperking wordt ook om andere reden dan gevaar toegepast en veel verzet van cliënten wordt genegeerd bij vrijheidsbeperking. Tegelijkertijd geven hulpverleners aan dat vrijheidsbeperking op grond van de wet te laat mag worden toegepast. Soms is vrijheidsbeperking vanuit het oogpunt van goede zorg eerder noodzakelijk.¹² Daarnaast wordt in de praktijk onvoldoende rekening gehouden met de juridische status (vrijwillig versus onvrijwillig) van de cliënt. Vrijheidsbeperking komt ook veelvuldig voor bij vrijwillig opgenomen cliënten. Bovendien worden veel vormen van vrijheidsbeperking structureel ingezet als onderdeel van de dagelijkse

9 Aldus de toelichting in een brief die VGN aan haar leden heeft verzonden op 17 juli 2008 (http://www.vgn.org/vgn/uploaddb/downl_object.asp?atoom=10604&VolgNr=0).

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

11 Arends, L.A.P. en B.J.M. Frederiks, Verslag Jaarvergadering Vereniging voor Gezondheidsrecht, *Tijdschrift voor Gezondheidsrecht* (27) 2003-5, p. 321-327.

12 Frederiks, B.J.M. (2004). De rechtspositie van mensen met een verstandelijke handicap. Van beperking naar ontplooiing. Den Haag: SDU.

zorg en ondersteuning.¹³ De Wet Bopz is voornamelijk gericht op kortdurende toepassingen van vrijheidsbeperking. Herstel van de geestesstoornis – en daarmee herstel van het zelfbeschikkingsrecht – vormt een centraal uitgangspunt van de wet. Tot slot houdt de huidige Wet Bopz geen rekening met de ontwikkelingen in het veld: een groot deel van de cliënten woont al enige jaren in kleinschalige voorzieningen waar de Wet Bopz niet van toepassing is.

Uit de tweede evaluatie van de Wet Bopz komt tevens naar voren dat de huidige wet teveel nadruk legt op de externe rechtspositie. Een nieuwe wet zou meer gericht moeten zijn op het waarborgen van de interne rechtspositie, temeer cliënten in de psychogeriatric en zorg voor mensen met een verstandelijke beperking in tegenstelling tot in de psychiatrie langdurig in een instelling of andere woonvorm verblijven zonder dat een externe instantie zorgvuldig meekijkt. Belangrijke uitgangspunten daarbij zouden moeten zijn, naast de punten die al zijn genoemd, transparantie en meer (extern) toezicht op de toepassing van vrijheidsbeperking.

Advies Raad van State

In het wetsvoorstel Zorg en dwang en de Memorie van toelichting is een aantal wijzigingen aangebracht naar aanleiding van het advies van de Raad van State dat in december 2008 is verschenen.¹⁴ Opvallend is dat de Raad van State weinig inhoudelijke bezwaren heeft. Het advies beperkt zich tot een aantal summiere opmerkingen en heeft slechts geleid tot een aantal kleine wijzigingen van het wetsvoorstel. De enige relevante opmerking die wordt gemaakt heeft betrekking op de matige interne rechtsbescherming van cliënten die onvrijwillig worden opgenomen. De staatssecretaris heeft deze opmerking ‘naast zich neergelegd’ en niet verder uitgewerkt in het wetsvoorstel.

Samenhang met wetsvoorstel verplichte geestelijke gezondheidszorg

In het wetsvoorstel Zorg en dwang wordt bewust afscheid genomen van de sector psychiatrie. In haar motivering noemt de wetgever een aantal redenen die behoorlijk gedateerd en achterhaald zijn, aangezien bekend is dat de huidige Wet Bopz op korte termijn vervangen gaat worden door de Wet verplichte geestelijke gezondheidszorg. In de Memorie van toelichting wordt benadrukt dat de Wet Bopz ‘een wet is die geschreven is voor en heel sterk gekleurd is door de psychiatrie. Dit is onder andere terug te vinden in de terminologie’.

Het wijzigen van de terminologie zou een zeer omvangrijke wetgevingsoperatie opleveren. In de Memorie van toelichting wordt echter niet verwezen naar de terminologie die wordt gebruikt in het wetsvoorstel verplichte geestelijke gezondheidszorg waarin helemaal niet meer wordt gesproken over behandelplan en psychiatrisch ziekenhuis. Deze termen worden vervangen door respectievelijk zorgplan en accommodatie.

Een andere reden die wordt genoemd is de reikwijdte van de Wet Bopz en het type dwang dat wordt toegepast in de zorg voor mensen met een verstandelijke beperking en psycho-

¹³ Overigens laten recente publicaties ook zien dat een groot aantal structurele vormen van vrijheidsbeperking afgebouwd kunnen worden. Een bekend fenomeen is de inzet van gedragsbeïnvloedende medicatie in zowel de sector ouderenzorg als gehandicaptenzorg (J.J. Stolker, A. Scheifes, A.C.G. Egberts en E.R. Heerdink, Antipsychotica ten onrechte voorgeschreven aan mensen met een verstandelijke beperking en probleemgedrag met agressie, *Nederlands Tijdschrift Geneeskunde* (152) 2008-27, p. 1501-1502). Uit het rapport Zorg voor vrijheid (IGZ, 2008) komt naar voren dat gemiddeld 30 procent van de cliënten in de psychogeriatric en zorg voor mensen met een verstandelijke beperking psychofarmaca krijgt toegediend.

¹⁴ Kamerstukken II, vergaderjaar 2008-2009, 31996, nummer 4.

geriatrie. Het is juist dat de huidige Wet Bopz geen ruimte biedt voor vrijheidsbeperking buiten de muren van een instelling. In het wetsvoorstel verplichte geestelijke gezondheidszorg wordt echter volop ruimte gecreëerd voor verplichte zorg buiten de muren van een instelling. De nieuwe regeling voor de psychiatrie is dus, vergelijkbaar met de nieuwe regeling voor de andere twee sectoren, ook cliëntgericht. Een soortgelijke opmerking kan worden gemaakt over het type dwang. In de Wet Bopz is het doel van het toepassen van dwang 'het verbeteren van de stoornis van de cliënt' (artikel 38 lid 3 Wet Bopz).

In het wetsvoorstel verplichte geestelijke gezondheidszorg krijgt verplichte zorg een bredere doelstelling die ook past bij de zorg voor mensen met een verstandelijke beperking en dementie. De nadruk wordt gelegd op het stabiliseren van de geestelijke gezondheid en het dusdanig herstellen dat de autonomie van de cliënt zoveel mogelijk wordt herwonnen (artikel 3:2). In de bijbehorende Memorie van toelichting geeft de wetgever aan dat het niet de bedoeling is dat de cliënt volledig autonoom en zonder beperkingen functioneert. De toepassing van de gedwongen zorg is er op gericht om de mogelijkheden voor betrokkene, om de regie over zijn leven, te (her-)nemen te maximaliseren. In die zin zal moeten worden gestreefd naar de beste mogelijkheden tot zelfontplooiing en zingeving. Deze uitleg past perfect bij de zorg en ondersteuning die wordt gegeven aan cliënten met een verstandelijke beperking en dementie.

Gezien het bovenstaande zijn de argumenten in de Memorie van toelichting van het wetsvoorstel Zorg en dwang inmiddels achterhaald. Het was veel geloofwaardiger geweest als de wetgever met steekhoudende argumenten was gekomen waarin de noodzaak om voor deze doelgroep cliënten een aparte wet te ontwerpen, die anders in elkaar steekt dan de nieuwe wetgeving voor de psychiatrie, wordt

gemotiveerd. Het ministerie van Justitie, dat verantwoordelijk is voor de inhoud van het wetsvoorstel verplichte geestelijke gezondheidszorg, houdt vooralsnog een pas op de plaats. Zij nemen nog niet een duidelijk standpunt in over de reikwijdte van het wetsvoorstel verplichte geestelijke gezondheidszorg. Onder een psychische stoornis wordt echter ook verstaan een verstandelijke beperking of dementie.¹⁵ Hoewel veel begrippen uit het wetsvoorstel verplichte geestelijke gezondheidszorg toepasbaar zijn in de zorg voor mensen met dementie en een verstandelijke beperking richt de inhoud zich in eerste instantie op de psychiatrie.

Kernmerken van het wetsvoorstel

Het wetsvoorstel Zorg en dwang onderscheidt zich van de Wet Bopz doordat zij pretendeert cliëntvolgend te zijn, geen onderscheid meer maakt tussen vrijwillig en onvrijwillig opgenomen cliënten en een transparant afwegingskader introduceert. De wet regelt niet in detail hoe onvrijwillige zorg (de nieuwe term voor vrijheidsbeperking) moet worden ingevuld. Diverse zaken worden, op grond van de Kwaliteitswet zorginstellingen, overgelaten aan de verantwoordelijkheid van de zorgaanbieder. Zij zijn immers op grond van deze wet verplicht om verantwoorde zorg te leveren. Een voorbeeld is de wijze waarop toezicht wordt geregeld door een zorgaanbieder. De wet vermeldt niet wat verantwoord toezicht is. De zorgaanbieder moet zelf deze afweging maken.

Het begrip onvrijwillige zorg

Het begrip vrijheidsbeperking wordt in het wetsvoorstel vervangen door 'onvrijwillige zorg'.

15 Memorie van toelichting Conceptwetsvoorstel Wet verplichte geestelijke gezondheidszorg, paragraaf 5: reikwijdte.

Zie: <http://www.justitie.nl/actueel/nieuwsberichten/archief-2008/81121wetsvoorstel-verplichte-geestelijke-gezondheidszorg.aspx>

De wetgever verstaat hieronder: *een manier van ingrijpen die een aantasting betekent van fundamentele rechten zoals het recht op vrijheid en het recht op eerbiediging van het privéleven*. Daarnaast is van belang dat de cliënt (en of vertegenwoordiger als cliënt wilsonbekwaam ter zake is) niet heeft ingestemd met de zorg dan wel zich heeft verzet. Het element ‘zorg’ benadrukt dat het gaat om vormen van onvrijwilligheid die onderdeel uitmaken van de dagelijkse zorg die cliënten ontvangen in beide sectoren.

Het begrip onvrijwillige zorg wordt door de wetgever nader geoperationaliseerd door vijf vormen van onvrijwillige zorg 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

De vijf vormen vertonen veel gelijkens met de vijf middelen en maatregelen die de Wet Bopz onderscheidt (artikel 39 Wet Bopz) en de inhoud van artikel 40 Wet Bopz. Toch maakt de wetgever op een paar punten een belangrijk onderscheid. Het eerste verschil zit in 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 voordoen bij gecamoufleerd toedienen van medicatie, of het gebruik van een uitluistersysteem of bedsensor.

Het tweede verschil ten opzichte van de Wet Bopz is dat de wetgever de vormen, die onder b en c worden genoemd, ook als onvrijwillige zorg beschouwd als de cliënt dan wel vertegenwoordiger (indien de cliënt wilsonbekwaam ter zake is) heeft ingestemd 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. Bovendien laten eerdere onderzoeken zien dat verzet van cliënten vaak niet serieus wordt genomen waardoor ten onrechte wordt verondersteld dat een cliënt heeft ingestemd met de onvrijwillige zorg.¹⁶

Een derde verschil met de Wet Bopz is dat ook domotica – in het wetsvoorstel benoemt als ‘maatregelen waarmee toezicht wordt gehouden’ – als onvrijwillige zorg wordt gezien. In zowel de zorg voor mensen met dementie als de zorg voor mensen met een verstandelijke beperking worden de traditionele vormen van vrijheidsbeperking steeds meer vervangen door domotica zoals een uitluistersysteem of een bewegingssensor. Domotica wordt alleen als vorm van vrijheidsbeperking beschouwd als de cliënt dan wel vertegenwoordiger verzet vertoont of niet heeft ingestemd met de maatregel. Het derde onderscheid is terug te vinden in vorm ‘e’ waaronder een groot scala aan vormen van onvrijwillige zorg kunnen vallen. Het gaat om beperkingen die ertoe leiden dat een cliënt iets moet doen of moet nalaten waar hij niet mee heeft ingestemd of het niet mee eens is. In de toelichting van het wetsvoorstel wordt als voorbeeld genoemd douchen, een cliënt

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

die niet uit bed wil komen of slechts drie koppen koffie per dag mogen drinken.¹⁷

Tot slot wordt in de Memorie van toelichting nadrukkelijk afstand genomen van het begrip *pedagogische maatregelen*. Het aanleren van gewenst gedrag, in het kader van opvoeding, is geen rechtvaardiging voor het toepassen van onvrijwillige zorg. Als een cliënt hinderlijk gedrag vertoont omdat hij niet netjes wil eten of zijn kamer niet heeft opgeruimd mag hij daarvoor niet worden gestraft door hem op te sluiten op zijn kamer. De wetgever noemt een aantal redenen:

1. Bij cliënten met een verstandelijke beperking is niet duidelijk of het gedrag, dat een zorgverlener wil corrigeren, wordt veroorzaakt door zijn handicap
2. Het komt regelmatig voor dat pedagogische maatregelen een 'gewoonte' worden lang nadat nog gesproken kan worden van opvoeding.

Mocht het toch nodig zijn om een cliënt naar zijn kamer te sturen omdat zijn gedrag een ernstig nadeel oplevert voor hemzelf of anderen dan mag de onvrijwillige zorg alleen worden toegepast als voldaan is aan de zorgvuldigheidseisen van de wet. Onder ernstig nadeel verstaat de wet ook *'ernstig in zijn ontwikkeling wordt geschaad of dreigt te worden geschaad'*. De maatregel mag niet langer worden weggeschreven onder een pedagogische maatregel; het wetsvoorstel vereist dat de maatregel inzichtelijk wordt gemaakt en wordt verantwoord door de zorgverlener.

Accommodatie

In het wetsvoorstel Zorg en dwang blijft de instelling een belangrijke plaats waar onvrijwillige zorg plaatsvindt. De wetgever stelt een aantal eisen aan deze instellingen. De term instelling wordt in het wetsvoorstel vervangen door accommodatie waaronder wordt verstaan: *'een bouwkundige voorziening met het daarbij behorende terrein, bestemd voor huis-*

vesting van een cliënt in verband met diens behoefte aan zorg en het verlenen van zorg door een zorgaanbieder' (artikel 1 lid b). Naast de traditionele instellingen kunnen onder deze term ook diverse kleinschalige woonvormen vallen.

Hiermee vervalt het onderscheid tussen intramurale en extramurale zorg. Het is niet relevant of de cliënt een woning huurt, of dat hij aanspraak maakt op verblijf op grond van de AWBZ. Als een zorgaanbieder in een accommodatie cliënten met een niet-vrijwillige dan wel een onvrijwillige status wil opnemen of onvrijwillige zorg verleent aan vrijwillig opgenomen cliënten moet hij zijn accommodatie laten registreren (artikel 15). De registratie verschilt behoorlijk van de procedure die onder de Wet Bopz gevolgd moest worden bij het aanvragen van een Bopz-aanmerking. Het is niet langer een preventieve toetsing, die vaak leidde tot een langdurige papieren procedure. De registratie leidt ertoe dat de Inspectie weet waar cliënten onvrijwillige zorg ontvangen. Achteraf, deels door gefaseerd toezicht, kan worden beoordeeld of door de zorgaanbieder verantwoorde zorg wordt verleend. Deze wijze van toetsing past, aldus de wetgever, bij de uitgangspunten van verantwoorde zorg.

Cliëntvolgend in plaats van locatiegebonden

Het wetsvoorstel Zorg en dwang volgt de maatschappelijke ontwikkelingen in de zorg voor mensen met een verstandelijke beperking en dementie. Het voorstel geldt voor alle cliënten die zorg ontvangen in verband met een psychogeriatrische aandoening of een verstandelijke beperking. Dit kan in een instelling

¹⁷ Het is echter de vraag of de eerste twee voorbeelden daadwerkelijk onder dwang moeten worden uitgevoerd of dat het hier gaat om een andere 'menswaardige' bejegening van de cliënt. Een cliënt kan immers ook met een washand worden gewassen of via een andere benadering alsnog worden overgehaald om uit bed te komen.

zijn maar ook thuis. Hoewel onvrijwillige zorg overall kan worden toegepast, moet de zorgaanbieder zich wel houden aan de zorgvuldigheidseisen die in artikel 8 en 10 worden genoemd.

In het wetsvoorstel wordt een aantal uitzonderingen gemaakt op het cliëntvolgend systeem. Een cliënt kan allereerst niet thuis 'on-vrijwillig' of 'niet-vrijwillig' worden opgenomen. Dit is alleen mogelijk in een geregistreerde accommodatie. Daarnaast kan een cliënt in beginsel thuis ook onvrijwillige zorg ontvangen. De wet geeft niet aan wanneer de zorg niet meer thuis kan plaatsvinden. Ook dat is een inschatting die de zorgaanbieder 'multidisciplinair' moet maken. Het is aan de zorgaanbieder om te bepalen of de zorg nog verantwoord is of dat een cliënt 'verplicht' moet verhuizen. Opvallend is dat de wetgever wel aangeeft wanneer een cliënt niet meer 'vrijwillig' in een accommodatie kan verblijven (artikel 19 lid 4). Hij geeft dit echter niet aan voor cliënten die in een thuissituatie wonen.

Een verbetering ten opzichte van de Wet Bopz is het gegeven dat een geneeskundige behandeling ook onder de reikwijdte van het wetsvoorstel valt. Deze samenloop heeft veel gevolgen voor artikel 7:465 BW waarin is bepaald dat onder dwang 'ingrijpende geneeskundige handelingen' mogen worden uitgevoerd als de cliënt wilsonbekwaam is, de vertegenwoordiger vervangende toestemming heeft gegeven en de handeling kennelijk ernstig nadeel voor de cliënt kan voorkomen. In de Memorie van toelichting wordt het voorbeeld genoemd van een urine-infectie. Als de cliënt onder dwang behandeld wordt aan deze infectie, valt de medicatie die onvrijwillig wordt toegediend onder de reikwijdte van Zorg en dwang. Dit geldt ook als de geneeskundige handeling buiten de accommodatie wordt uitgevoerd (in een ziekenhuis).

Onderscheid tussen vrijwillig en onvrijwillig

Cliënten kunnen in het wetsvoorstel Zorg en dwang op drie manieren te maken krijgen met onvrijwillige zorg. 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 opneming, dezelfde rechtsbescherming. Onvrijwillige zorg mag bij iedereen worden toegepast, mits voldaan is aan de zorgvuldigheidseisen.

Toch klopt deze werkwijze niet helemaal. Het onderscheid tussen onvrijwillig en vrijwillig opgenomen cliënten blijft 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 moet worden opgenomen. In artikel 19 lid 4 is bepaald dat als een cliënt vrijwillig of op grond van een CIZ-indicatie (artikel 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' wordt de voortzetting van het verblijf geacht onvrijwillig te zijn. Dit betekent dat er op korte termijn een rechterlijke machtiging moet worden aangevraagd.

Het is jammer dat de wetgever niet een eenvoudiger oplossing heeft bedacht die is aangedragen door juristen: opname als bijzondere

vorm van onvrijwillige zorg beschouwen.¹⁸ Nog belangrijker is echter het gegeven dat in het wetsvoorstel verplichte geestelijke gezondheidszorg alle verplichte zorg, die vooraf en integraal wordt beoordeeld door een onafhankelijke commissie en vervolgens door een rechter, bestaat uit verzorging, bejegening, behandeling waartoe ook opname in een accommodatie valt en begeleiding of beveiliging.¹⁹ De huidige werkwijze in het wetsvoorstel Zorg en dwang leidt ertoe dat wederom sprake is van een 'opnamewet' en dat het onderscheid vrijwillig en onvrijwillig in stand wordt gehouden.

Zorgplan centraal element

Het uitgangspunt van zorg en ondersteuning bij mensen met dementie en een verstandelijke beperking is, aldus het wetsvoorstel, het zorgplan dat in onderling overleg met de cliënt dan wel vertegenwoordiger tot stand is gekomen. Onvrijwillige zorg maakt in beginsel geen onderdeel uit van het zorgplan. Onvrijwillige zorg komt pas in beeld als alle andere middelen niet hebben gewerkt; ook wel het *ultimum remedium*-beginsel. Dit bevordert, aldus de Memorie van toelichting, dat bedekken of het verblijf op een gesloten afdeling niet automatisch bij een cliënt worden toegepast. Een opvallend element aan het wetsvoorstel Zorg en dwang is dat onvrijwillige zorg *van te voren* in het zorgplan moet zijn opgenomen.

Er kan ook een dreiging zijn voor het ontstaan van ernstig nadeel voor de cliënt zelf of anderen. Het wetsvoorstel schrijft voor dat opname in het zorgplan niet voldoende is: zodra de toepassing aan de orde is moet opnieuw worden bekeken of voldaan is aan de criteria die het wetsvoorstel voorschrijft. De wetgever heeft in artikel 12 de mogelijkheid opgenomen dat onvrijwillige zorg ook mag worden toegepast als de situatie niet was te voorzien of dat nog geen zorgplan is vastgesteld. Op dat moment gelden de voorwaarden die hieronder

in het afwegingskader worden toegelicht. De situatie die in artikel 12 wordt omschreven mag niet langer dan twee weken duren.

Helder afwegingskader

In het richtinggevend kader en ook de contourenbrief benadrukt de staatssecretaris dat de nieuwe regeling 'klip en klaar' aangeeft welke stappen een zorgaanbieder moet zetten en aan welke criteria hij moet toetsen voordat onvrijwillige zorg als laatste redmiddel kan worden ingezet. Een goed element van het wetsvoorstel is dat hulpverleners gedwongen worden om van te voren na te denken over onvrijwillige zorg door middel van een multidisciplinair overleg²⁰ en het zorgvuldig noteren ervan in het zorgplan, dat binnen 4 weken na aanvang van de zorg moet worden opgesteld en elke zes maanden moet worden geëvalueerd.²¹ In het zorgplan moet ook een verslag van het multidisciplinair overleg worden opgenomen. Op deze manier beoogt de wetgever dat elke toepassing van onvrijwillige zorg controleerbaar wordt.

In het wetsvoorstel wordt afstand genomen van het begrip *gevaar*. Daarvoor in de plaats komt het begrip ernstig nadeel (artikel 1 lid 2) waarmee wordt beoogd dat er daadwerkelijk wordt ingegrepen in die gevallen waar dat,

18 K.Blankman, *Psychiatrie en recht. Rechtsbescherming bij vrijheidsbeneming in de sectoren verstandelijk gehandicaptenzorg en psychogeriatric*, Preadvies Vereniging voor Gezondheidsrecht, Utrecht 2003, p. 92 en Frederiks, B.J.M. (2004). De rechtspositie van mensen met een verstandelijke handicap. Van beperking naar ontplooiing. Den Haag: SDU, p. 262-265.

19 Zie artikel 1:1b Wetsvoorstel verplichte geestelijke gezondheidszorg.

20 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.

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

gezien het nadeel dat cliënten kunnen oplopen, noodzakelijk is.²² Valgevaar wordt nadrukkelijk in de Memorie van toelichting uitgesloten van ernstig nadeel. De wetgever wil met de introductie van ernstig nadeel beter aansluiten bij de sectoren waarvoor het wetsvoorstel bedoeld is.²³ Het is echter nog maar de vraag of dit criterium heel veel verschilt van het criterium 'ernstige schade' dat centraal staat in het wetsvoorstel verplichte geestelijke gezondheidszorg of dat het slechts om een semantisch verschil gaat.

Naast ernstig nadeel moet ook voldaan zijn aan de criteria van doelmatigheid, subsidiariteit en proportionaliteit (artikel 8b, c en d). In het zorgplan moet terug te vinden zijn welke alternatieven zijn uitgetoetst en dat is gekozen voor het minst ingrijpende middel waarmee het beoogde doel kan worden bereikt. Het afwegingskader wordt gekenmerkt door een gefaseerde toetsing: van te voren moet een aantal stappen worden genomen en op het moment dat de onvrijwillige zorg zich daadwerkelijk voordoet moet opnieuw een aantal stappen worden doorlopen. Het wetsvoorstel schrijft voor dat degene die de onvrijwillige zorg gaat toepassen opnieuw de criteria van subsidiariteit, proportionaliteit en doelmatigheid moet nalopen en een oordeel moet geven over de aanwezigheid van ernstig nadeel. Daarnaast moet de zorgverlener ook overleggen met de zorgverantwoordelijke en, de wetgever spreekt alleen over 'indien van toepassing', met de arts. Een aanvullend criterium is het waarborgen van 'toezicht' wat kan betekenen dat een bepaalde vorm van onvrijwillige 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.²⁴ Als sprake is van onvrijwillige zorg die regelmatig toegepast moet worden moet de zorgverlener de cliënt en zijn vertegenwoordiger eenmalig aan het begin informeren, met

daarbij informatie over de frequentie. Met de zorgverantwoordelijke, en wederom indien nodig met de arts, maakt hij afspraken over de frequentie en wijze van overleg met hen.

Betekenis van verzet

Het begrip verzet wordt niet nader gedefinieerd in het wetsvoorstel. In de Memorie van toelichting wordt wel een toelichting op het begrip gegeven. De invulling die aan verzet wordt gegeven is afgeleid uit de vele aanvullende documenten die de afgelopen jaren zijn verschenen over verzet.²⁵ Tijdens de parlementaire behandeling van de Wet Bopz en ook de Wgbo is uitgegaan van een zeer ruime definitie van verzet: *het feitelijk gedrag van de betrokken patiënt, zowel verbaal als non-verbaal*. Deze ruime definitie vormt vaak een probleem in de praktijk omdat mensen met een verstandelijke beperking of dementie zeer wisselend gedrag kunnen vertonen waardoor hulpverleners het niet eenvoudig vinden om betekenis toe te kennen aan verzet.

Het is vaak niet duidelijk of een cliënt zich verzet tegen de zorg of dat het gedrag hoort bij de aandoening. De ruime definitie is in de loop van de jaren steeds meer afgebakend. Het

²² Zie voor een toelichting op het begrip ernstig nadeel, paragraaf 5.2 van de Memorie van toelichting van het wetsvoorstel Zorg en dwang.

²³ Het wetsvoorstel verplichte geestelijke gezondheidszorg gaat uit van 'aanzienlijk risico op ernstige schade voor hemzelf of voor anderen' (artikel 3:2).

²⁴ 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.

²⁵ J.M. Witmer en R.P. de Roode (eindredactie), Van Wet naar praktijk. Modelrichtlijn voor hulpverleners over informatie en toestemming bij een meerderjarig wilsonbekwame patiënt. KNMG: 2004.

moet gaan om: feitelijk en consistent gedrag van de cliënt en het gedrag moet zich enige tijd manifesteren. Daarnaast is verzet geen empirisch gegeven, maar eerder een waardering van gedrag door hulpverleners en andere betrokkenen die vertrouwd en bekend zijn met het gedragsrepertoire van de cliënt. Dit laatste veronderstelt dat hulpverleners een langdurige relatie kunnen opbouwen met de cliënt. De praktijk leert dat daar niet altijd de mogelijkheid toe is (veel verloop en wisselingen van personeel etc.). Concluderend kan worden gezegd dat sprake moet zijn van 'reëel verzet'. Verzet wordt in de Memorie van toelichting in relatie gebracht met machtsuitoefening van hulpverleners. Verzet is 'de tegenstand die een cliënt actueel vertoont tegen een hem/haar betreffende vorm van zorg en/of behandeling omdat die door hem/haar wordt ervaren als niet juiste vorm van machtsuitoefening'.²⁶ Een cliënt kan verzet tonen doordat hij bepaalde dingen moet doen of bepaalde dingen juist niet mag doen.

Bevoegdheden hulpverlener

Anders dan in de Wet Bopz introduceert het wetsvoorstel Zorg en dwang een aantal disciplines die ieder een specifieke taak krijgen als het gaat om onvrijwillige zorg. Het gaat respectievelijk om de zorgaanbieder, de zorgverantwoordelijke, de zorgverlener, de arts en een deskundige behorende tot een categorie die wordt aangewezen door de Minister. De verschillende hulpverleners komen in hoofdstuk 2 van het wetsvoorstel, waarin zorg voorzien in een zorgplan centraal staat, aan bod. De zorgaanbieder mag zelf bepalen wie hij als zorgverantwoordelijke aanwijst. Dit kan een orthopedagoog, een verzorgende of een verpleegkundige zijn. In het kader van verantwoordelijke over de juiste kennis en ervaring beschikt, aldus het wetsvoorstel. De zorgverlener is een hulpverlener die de onvrijwillige zorg gaat uitvoeren. Hij moet bekwaam zijn om deze uit te voeren. Onvrijwillige zorg is

geen voorbehouden handeling maar wordt wel als een risicovolle handeling beschouwd.²⁷ Het is de verantwoordelijkheid van de zorgaanbieder om ervoor te zorgen dat de verschillende disciplines voldoende geschoold zijn om in de praktijk om te gaan met onvrijwillige zorg.

De *zorgaanbieder* is verplicht om binnen zes weken na aanvang van de zorgverlening een zorgplan op te stellen (artikel 5). Daarnaast wijst de zorgaanbieder voor elke cliënt een persoon als *zorgverantwoordelijke*²⁸ aan. Deze functionaris is verantwoordelijk voor het zorgplan (het opstellen, uitvoeren, evalueren en aanpassen) en voert hierover overleg met de cliënt dan wel zijn vertegenwoordiger. Hij heeft ook de taak om het cliëntendossier bij te houden. Hierin moet ook alles rondom onvrijwillige zorg worden opgenomen en bijgehouden (artikel 13). Onvrijwillige zorg in de zin van het toedienen van voeding, vocht of medicatie voor een somatische aandoening, het toedienen van medicatie die van invloed is op het gedrag of de bewegingsvrijheid van de cliënt dan wel maatregelen die tot gevolg hebben dat een cliënt enige tijd in zijn bewegingsvrijheid wordt beperkt mogen alleen in het zorgplan worden opgenomen als de zorgverantwoordelijke overleg heeft gehad met een arts.

Als het gaat om toezichtmaatregelen dan wel beperkingen in de vrijheid het eigen leven in te richten, die tot gevolg hebben dat de cliënt iets moet doen of nalaten mogen deze alleen

²⁶ Paragraaf 3.1.1 van de Memorie van toelichting van het wetsvoorstel Zorg en dwang.

²⁷ Meersbergen, D.Y.A. en B.J.M. Frederiks, *Omgaan met risicovolle handelingen in de psychiatrie, verstandelijk gehandicaptenzorg en psychogeriatric*, *Journal GGZ en recht*, Den Haag: Sdu uitgevers, mei 2007, 3 (3-4): 51-57.

²⁸ In het wetsvoorstel verplichte geestelijke gezondheidszorg wordt onder een zorgverantwoordelijk verstaan een arts (artikel 1:1h).

in het zorgplan komen te staan na overleg met een deskundige zoals een orthopedagoog of een psycholoog. De *zorgverlener* is degene die door de zorgaanbieder wordt aangewezen om namens hem onvrijwillige zorg te verlenen. Deze functionaris komt in beeld op het moment dat onvrijwillige zorg daadwerkelijk aan de orde is. Het uitgangspunt is dat hij van te voren de cliënt en zijn vertegenwoordiger informeert over de toepassing, ondanks dat de onvrijwillige zorg al is opgenomen in het zorgplan. Daarnaast overlegt hij met de zorgverantwoordelijke en, indien nodig, de arts. Als het gaat om een structurele toepassing van onvrijwillige zorg worden nadere afspraken gemaakt over het informeren van de betrokken personen en het voeren van overleg met de arts en zorgverantwoordelijke.

Registratie

De administratieve lasten gaan voor de zorgaanbieder in het wetsvoorstel Zorg en dwang aanzienlijk omlaag, aldus een passage uit de Memorie van toelichting.²⁹ De zorgaanbieder hoeft niet meer bij elke toepassing van dwang de inspectie te informeren. In artikel 14 van het wetsvoorstel Zorg en dwang wordt aangegeven dat de zorgaanbieder ten minste elk half jaar voor iedere cliënt een overzicht naar de inspectie stuurt van de onvrijwillige zorg die is verleend. In het overzicht moet de aard, de frequentie en de noodzaak ervan worden toegelicht. Als het gaat om een structurele maatregel hoeft de toepassing slechts eenmalig te worden genoteerd met vermelding van de periode van toepassing (bijvoorbeeld een belmatje, een sensor of een bedhek). De zorgverlener heeft de taak om de vertegenwoordiger in te lichten. Als het gaat om structurele maatregelen hoeft hij slechts eenmalig de vertegenwoordiger te informeren.

In de Memorie van toelichting wordt de sterk gereduceerde registratieplicht als volgt gemotiveerd: *'aangezien onvrijwillige zorg in dit wetsvoorstel wordt gezien als ultimum reme-*

dium bij het verlenen van zorg, waarbij binnen de zorgverlening multidisciplinair overleg wordt georganiseerd is het niet nodig bij elke toepassing van een vorm van onvrijwilligheid de inspectie in te lichten'. De wetgever geeft daarnaast aan dat mensen met dementie of een verstandelijke beperking een voorspelbaar en stabiel gedragspatroon hebben waardoor de toepassing van dwang in veel gevallen een minder incidenteel en grillig karakter kent. Beide redeneringen (zie verder de paragraaf kritische opmerkingen) kloppen niet. Als onvrijwillige zorg een *ultimum remedium* is, is er juist alle reden om de toepassing van onvrijwillige zorg te melden bij de inspectie. Het lijkt er meer op dat de wetgever de inspectie wil ontzien of bewust de administratieve lasten omlaag wil hebben zonder zich te realiseren dat de rechtsbescherming van cliënten gevaar loopt.

Kritische opmerkingen

Hoewel het wetsvoorstel Zorg en dwang diverse positieve elementen bevat wil ik ook enkele kritische kanttekeningen plaatsen die in een vervolgartikel nader uitgewerkt worden. Het zou de inhoud van het wetsvoorstel ten goede komen als een aantal van de hieronder genoemde punten wordt meegenomen tijdens de parlementaire behandeling van het wetsvoorstel. Ik beperk mij tot de belangrijkste discussiepunten en laat een aantal discussiepunten buiten beschouwing zoals de uitbreiding van de reikwijdte van de wet naar de thuiszorg, het (fictieve) onderscheid tussen vrijwillig en onvrijwillig opgenomen cliënten en de vraag of de wet daadwerkelijk cliëntvoldend is.

Openheid wetsvoorstel

In tegenstelling tot het ministerie van Justitie, heeft het ministerie van VWS voor een enig-

²⁹ Zie paragraaf 11 van de Memorie van toelichting wetsvoorstel Zorg en dwang.

zins 'ouderwetse' werkwijze gekozen als het gaat om het bedenken en schrijven van het wetsvoorstel. Het ministerie van Justitie heeft het voorontwerp Verplichte geestelijke gezondheidszorg uitgebreid besproken met het veld en heeft de inhoud van het (concept)wetsvoorstel op haar website geplaatst.³⁰ Onduidelijk is waarom VWS niet gebruik heeft gemaakt van dezelfde openbare werkwijze. De ambtenaren zijn weliswaar op bezoek geweest in het veld maar hebben weinig tot geen gebruik willen maken van de juridische deskundigheid die in Nederland aanwezig is op dit gebied. De afgelopen jaren zijn diverse toonaangevende publicaties verschenen over het thema vrijheidsbeperking in de zorg voor mensen met dementie en een verstandelijke beperking.³¹

In de Memorie van toelichting wordt helaas niet verwezen naar deze publicaties. De 1^e conceptversie van het wetsvoorstel is slechts toegezonden aan een selecte groep partijen. Vervolgens hebben VGN en Actiz, die slechts de belangen van de zorgaanbieder vertegenwoordigen, en een aantal cliëntenorganisaties mee mogen denken over de procedure van de rechterlijke machtiging. Het definitieve wetsvoorstel is echter, voordat het naar de Raad van State is verstuurd, niet meer voorgelegd aan het veld. Het gevaar doet zich nu voor dat, tenzij de Kamerleden voldoende alert zijn tijdens de parlementaire behandeling, de wet opnieuw niet voldoende aansluit bij de kenmerken van de sectoren wat (wederom) ten koste zal gaan van de rechtsbescherming van de cliënten.

Afstemming VWS en Justitie

De afstemming tussen het ministerie van Justitie en VWS vormt een hoofdstuk apart. Op beide ministeries houdt een aantal ambtenaren zich bezig met het schrijven van een wetsvoorstel. Het ministerie van VWS is verantwoordelijk voor het wetsvoorstel Zorg en dwang en het ministerie van Justitie voor het wetsvoorstel verplichte geestelijke gezondheids-

zorg. Helaas liggen er nu twee wetsvoorstellen die inhoudelijk niet op elkaar zijn afgestemd. Dit blijkt bijvoorbeeld uit de term zorgverantwoordelijke. In het wetsvoorstel Zorg en dwang wordt onder zorgverantwoordelijke onder meer verstaan een verzorgende of een orthopedagoog.

Het wetsvoorstel verplichte geestelijke gezondheidszorg verstaat onder deze term 'een arts'. Ik laat hier even in het midden wie van beide ministeries niet de moeite heeft genomen om tot een goede afstemming te komen. Een belangrijk gegeven is echter wel dat het ministerie van VWS eerder is begonnen met het schrijven van een nieuw wetsvoorstel en dat het ministerie van Justitie op enige later moment ook heeft besloten het wetsvoorstel verplichte geestelijke gezondheidszorg uit te breiden naar de psychogeriatric en de zorg voor mensen met een verstandelijke beperking.

Uitgangspunten nieuw wet

In de contourenbrief en het richtinggevend kader wordt een aantal keren benadrukt dat de rechtsbescherming van cliënten met dementie en een verstandelijke beperking onder de huidige Wet Bopz gering is. Een nieuwe wet zou hier aanzienlijk verbetering in moeten brengen. Onduidelijk is echter, in tegenstelling tot de nieuwe wet voor de psychiatrie waarin nadrukkelijk stil wordt gestaan bij de uitgangspunten van de wet (artikel 2:1), welke beginselen het uitgangspunt vormen voor de

³⁰ Het wetsvoorstel staat op de website van het Ministerie van Justitie: <http://www.justitie.nl/actueel/nieuwsberichten/archief-2008/81121wetsvoorstel-verplichte-geestelijke-gezondheidszorg.aspx>

³¹ Diverse auteurs waaronder Arends, Blankman en Frederiks hebben zich over dit thema gebogen wat o.a. heeft geleid tot twee proefschriften, een preadvies voor de Vereniging voor gezondheidsrecht en een deelrapport evaluatie Wet Bopz.

nieuwe wettelijke regeling.³² In de Wet Bopz is het zelfbeschikkingsrecht het centrale uitgangspunt. Diverse onderzoeken hebben benadrukt dat naast het zelfbeschikkingsrecht ook andere beginselen zoals goede zorg van wezenlijk belang zijn in deze sectoren.³³ Cliënten met een verstandelijke beperking kunnen ook baat hebben bij vrijheidsbeperking, mits de toepassing in het teken staat van hun ontplooiing. In de contourenbrief en het richtinggevend kader wordt veel nadruk gelegd op verantwoorde zorg.

Verantwoorde zorg betekent echter ook dat cliënten een recht op bescherming hebben. Een duidelijker standpunt over welke beginselen het uitgangspunt vormen voor de rechtsbescherming van cliënten vergroot de meerwaarde van het wetsvoorstel. In een zeer recent rapport van de Algemene Rekenkamer wordt veel kritiek geuit op het begrip verantwoorde zorg uit de Kwaliteitswet zorginstellingen. De belangrijkste conclusie van het rapport is dat de zelfregulering binnen de zorgsectoren niet tot het beoogde resultaat heeft geleid. De zorgaanbieders, zorgverzekeraars en cliënten zijn er tussen 1996 en 2006 onvoldoende in geslaagd een gedeelde visie (kwaliteitskaders met indicatoren en normen) te ontwikkelen over wat moet worden verstaan onder verantwoorde zorg. Bovendien wordt de rol van de Inspectie bekritiseerd; zij kunnen met de huidige aanpak en capaciteit onvoldoende beoordelen of sprake is van verantwoorde zorg in beide sectoren.³⁴

Rol van CIZ

Het Centrum indicatiestelling zorg (CIZ) krijgt in de het wetsvoorstel Zorg en dwang een belangrijke rol. Het CIZ bepaalt of de cliënt een verstandelijke beperking dan wel dementie heeft en welke vorm van AWBZ-zorg daarbij past. Daarnaast blijft het CIZ ook verantwoordelijk voor de indicaties die nu onder artikel 60 Wet Bopz vallen: de zogenaamde Bopz-indicaties. In het wetsvoorstel

Zorg en dwang wordt deze vorm beschouwd als 'niet-vrijwillige opname'. Het CIZ toetst of aan een viertal criteria is voldaan. De toetsing moet nadrukkelijk voorafgaand aan de opname plaatsvinden. Dit betekent dus dat cliënten die nog altijd onterecht vrijwillig zijn opgenomen niet meer in aanmerking (kunnen) komen voor een toetsing.

Het CIZ heeft in het verleden veel kritiek over zich heen gekregen. Bovendien is door diverse deskundigen, waaronder de rechter, regelmatig de vraag gesteld of een toetsing door het CIZ voldoet aan de eisen van het Europees Verdrag van de Rechten van de Mens. Volgens dit verdrag is een opname die gepaard gaat met fysieke vrijheidsbeperking te beschouwen als een vorm van vrijheidsbeneming in de zin van artikel 5 EVRM. Een arrest uit 2004 (H.L. tegen het Verenigd Koninkrijk)³⁵ laat echter zien dat opnemings- en verblijf bij kwetsbare cliëntengroepen zoals mensen met dementie door bijkomende omstandigheden ongemerkt kan leiden tot vrijheidsbeneming. Dit zou dus ook zo maar het geval kunnen zijn bij een indicatie die door het CIZ wordt afgegeven. In de uitspraak wordt een aantal richtlijnen gegeven waaraan een opnemingsprocedure moet voldoen:

32 Arends, L.A.P. en B.J.M. Frederiks, Vrijheidsbeperking in de psychogeriatric en zorg voor mensen met een verstandelijke beperking: de contouren van een nieuwe regeling, *Tijdschrift voor Gezondheidsrecht* (30) 2006-2, p. 329-330.

33 Frederiks, B.J.M. (2004). De rechtspositie van mensen met een verstandelijke handicap. Van beperking naar ontplooiing. Den Haag: SDU. Arends, L.A.P. (2005). Psychogeriatrische patiënt. Den Haag: SDU.

34 Kamerstukken II, vergaderjaar 2008-2009, 31916, nr. 1-2.

35 H.L. versus the United Kingdom, Europees Hof voor de Rechten van de Mens, 5 oktober 2004, BJ 2005, 1, met noot van L.A.P. Arends. Zie ook het commentaar van Legemaate, J. De zaak H.L. tegen het Verenigd Koninkrijk: Het Europees Hof over vrijheidsbeneming. *Tijdschrift voor gezondheidsrecht* 29, nr. 3 (2005): 221-226.

1. De procedure dient te vermelden wie de opnemingsprocedure kan worden opgezet, om welke redenen en op grond van welke medische en andere onderzoeken en conclusies.
2. Het exacte doel van de opnemingsprocedure moet worden aangegeven.
3. De opnemingsprocedure en het verblijf moeten regelmatig geëvalueerd worden.
4. Het is wenselijk dat er een vertegenwoordiger wordt aangewezen.

In de noot behorende bij het arrest in het BJ wordt nog een belangrijke aanvulling gegeven op de richtlijnen. De uitspraak van het EHRM lijkt te suggereren dat de noodzaak tot onvrijwillige opnemingsprocedure door een arts moet worden vastgesteld. De indicatie die het CIZ stelt voldoet niet aan deze eis. Ook wordt de maximale geldigheidsduur van de indicatie niet aangegeven en vindt er geen evaluatie plaats. In het wetsvoorstel wordt in artikel 17 lid 5 een termijn van vijf jaar geïntroduceerd. Deze toevoeging is een verbetering ten opzichte van de Wet Bopz, maar betekent in de praktijk een enorme toename van de caseload van het CIZ.

In artikel 5 EVRM wordt ook gesproken over een rechterlijk oordeel. Dit hoeft niet iemand te zijn van een rechterlijke macht maar belangrijk is wel dat het oordeel onafhankelijk en onbevooroordeeld plaatsvindt en met de 'garanties of a judicial procedure'.³⁶ Een cliënt dan wel zijn vertegenwoordiger moet de mogelijkheid hebben om de opnemingsprocedure ter discussie te stellen bij een rechterlijke instantie. De staatssecretaris stapt in de Memorie van toelichting vluchtig over deze problematiek heen. Ze geeft aan dat het CIZ als indicatiorgaan zal worden voorzien van een stevige wettelijke en publieke verankering. Een uniforme en geprotocolleerde werkwijze bij het CIZ zou er nu al voor zorgen dat verzet van cliënten beter wordt herkend.

Het is zeer wenselijk dat deze wettelijke verankering ruim voor de inwerkingtreding van het wetsvoorstel Zorg en dwang is geregeld. Het

CIZ krijgt immers ook een belangrijke bevoegdheid bij de twee procedures inzake onvrijwillige opname.³⁷ De bevoegdheid om een rechterlijke machtiging te verzoeken komt bij het CIZ te liggen. Ook hier rijst de vraag: beschikt het CIZ over voldoende kennis om een dergelijk verzoek te doen? Het antwoord wordt gegeven in artikel 16 lid 4: bij of krachtens algemene maatregel van bestuur worden regels opgesteld over de deskundigheidseisen van het CIZ. Gezien de cruciale rol die het CIZ gaat spelen, zou het goed zijn als deze eisen ruim vóór de inwerkingtreding van de wet al opgesteld zijn en medewerkers voldoende geschoold zijn.

Interne rechtsbescherming

De staatssecretaris beoogt met de nieuwe wettelijke regeling dat cliënten met dementie en een verstandelijke beperking in de nabije toekomst de juiste vorm van rechtsbescherming krijgen. Het is zeer de vraag of de inhoud van deze regeling hieraan kan voldoen. De rechtsbescherming bestaat, aldus de staatssecretaris in het slot van de contourenbrief, uit het volgen van een zorgvuldige en transparante procedure.³⁸ In het wetsvoorstel wordt benadrukt dat de mogelijkheid tot het verlenen van onvrijwillige zorg reeds in het zorgplan moet staan beschreven. Het gevaar is aanwezig dat met de inhoud van dit wetsvoorstel een vrijbrief voor hulpverleners ontstaat om vrijheidsbeperking toe te passen. De zorg voor

³⁶ Uitspraken over de vereisten waaraan een rechterlijk oordeel op basis van het Evrm moet voldoen worden o.a. gedaan in: Winterwerp versus the Netherlands, Europees Hof voor de Rechten van de Mens, 24 oktober 1979, NJ 1980, 114, met noot van E.A. Alkema, Benthem versus Nederland, Europees Hof voor de Rechten van de Mens, 23 oktober 1985, NJ 1986, 102, met noot van E.A. Alkema.

³⁷ De wetgever maakt vermoedelijk het onderscheid tussen een niet-vrijwillige en onvrijwillige opname om op deze manier te kunnen voldoen aan de normen van het EHRM.

³⁸ Kamerstukken II, vergaderjaar 2004-2005, 28950, nummer 5, pagina 9-10.

beter trajecten 'Maatregelen op maat' en 'Ban de band' laten zien dat veel vormen van vrijheidsbeperking onbewust worden toegepast. Ook is bekend dat veel vormen van vrijheidsbeperking, die eenmaal opgenomen zijn in het zorgplan, uit 'gemak' blijven staan in het zorgplan.³⁹ Daarnaast is bekend dat veel vormen van verzet niet als zodanig worden erkend.⁴⁰

Een poging om de rechtsbescherming van cliënten te verbeteren wordt gezocht in artikel 3 lid 4, waarin zorgaanbieders verplicht worden om de benoeming van een mentor in gang te zetten bij cliënten die geen vertegenwoordiger hebben. De KNMG merkte in haar reactie op het voorontwerp terecht op dat deze verplichting alleen betrekking mag hebben op wilsonbekwame cliënten (ter zake van de zorg, begeleiding en ondersteuning) en op situaties waarbij ingrijpende vormen van onvrijwillige zorg aan de orde zijn.

Onduidelijk en onderbelicht in het wetsvoorstel is het interne toezicht op de individuele toepassingen van onvrijwillige zorg. De staatssecretaris verschuilt zich achter de officiële gang; het klachtrecht, het recht op een raadsman en de rechter.⁴¹ We weten echter dat juist in de zorg voor mensen met een verstandelijke beperking en psychogeriatric zeer weinig gebruik wordt gemaakt van beide procedures.⁴² De vraag is dan ook: wie kijkt er buiten de instelling mee naar de individuele rechtspositie van cliënten? De inspectie heeft afstand genomen van deze verantwoordelijkheid. Zij voert geen individuele toetsingen meer uit en richt zich op het gefaseerd toezicht. Zij krijgt op grond van artikel 14 Zorg en Dwang twee keer per jaar een overzicht van alle toepassingen van onvrijwillige zorg.

De redenering die de wetgever aangeeft – het gaat om een groep cliënten die voorspelbaar gedrag vertoont – gaat slechts op voor een kleine groep. De wetgever lijkt te zijn vergeten dat er een grote groep cliënten is die een bijzondere zorgvraag heeft en bijzonder 'grillig'

gedrag vertoont. Dit geldt bijvoorbeeld voor de groep Sterk gedragsgestoorde licht verstandelijk gehandicapten (SGLVG).

De staatssecretaris hecht blijkbaar meer belang aan een repressief systeem: het strafrecht en het opleggen van bestuurlijke boetes. De vraag is echter hoe komt de inspectie aan de informatie die noodzakelijk is om een boete of zelfs een straf op te leggen?

In de Memorie van toelichting wordt nadrukkelijk afstand genomen van het instellen van andere waarborgen zoals een cliëntenvertrouwenspersoon⁴³ of een toetsingscommissie die in het wetsvoorstel Verplichte geestelijke gezondheidszorg wel zijn opgenomen. In paragraaf 10.3 benadrukt de wetgever dat het indienen van klachten zo laagdrempelig mogelijk moet zijn voor cliënten. De klachtenfunctionaris vervult daarbij een belangrijke rol. De beslissing over het wettelijk verankeren van een cliëntenvertrouwenspersoon speelt de wetgever door naar de verantwoordelijkheid van het veld en de toekomstige Wet cliëntenrechten zorg.

39 Arends, L.A.P, Frederiks, B.J.M. en K.Blankman (2002). Evaluatie Wet Bopz. Deelrapport 3: Interne rechtspositie in de psychogeriatric en de zorg voor mensen met een verstandelijke beperking. Den Haag: ZonMw, p. 81.

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

41 Kamerstukken II, vergaderjaar 2008-2009, 31996, nummer 3, paragraaf 2.2.

42 In de contourenbrief geeft de staatssecretaris op pagina 9 aan dat 'om het klachtrecht zo optimaal mogelijk te laten functioneren, onderzoek ik of de introductie van een cliëntenvertrouwenspersoon gewenst is'. Helaas komt ze hier in het wetsvoorstel niet meer op terug.

43 In de contourenbrief kondigde de staatssecretaris aan dat ze gaat onderzoeken of de introductie van een cliëntenvertrouwenspersoon gewenst is. Ze zou daar later nog op terugkomen, aldus de slotparagraaf.

Een visie op vrijheidsbeperking

In de Memorie van toelichting wordt op diverse plaatsen de opmerking gemaakt dat dwang een ultimum remedium is. In paragraaf 2.4 van de Memorie van toelichting wordt opgemerkt dat 'dwang mag niet vanzelfsprekend zijn', 'dwang moet als laatste middel worden ingezet' en 'dwang moet zo min mogelijk worden ingezet'. Helaas wordt in de wet, in tegenstelling tot de contourenbrief en het richtinggevend kader, niet geregeld dat instellingen verplicht zijn om een aantal zaken te regelen zoals:

- een visie op vrijheidsbeperking
- het niet of minder toepassen van bepaalde vormen van vrijheidsbeperking (zoals het gebruik van een Zweedse band).

De wetgever volstaat met de opmerking dat het ontwikkelen van een visie op vrijheidsbeperking vanzelfsprekend voortvloeit uit de Kwaliteitswet zorginstellingen.⁴⁴ Recent onderzoek laat echter zien dat het niet vanzelfsprekend is dat instellingen een heldere visie op het terugdringen van vrijheidsbeperking en het inzetten van alternatieven, waaronder domotica, hebben.⁴⁵ In de Memorie van toelichting wordt volstaan met een verwijzing naar de zorg voor betertrajecten. Onduidelijk is echter of de deelname aan deze projecten verplicht is als instellingen onverantwoord bezig zijn op het gebied van vrijheidsbeperking.

De term onvrijwillige zorg

Een positief aspect aan de wet is dat de overkoepelende term 'onvrijwillige zorg' ertoe moet leiden dat verouderde termen als middelen en maatregelen, beschermende maatregelen, pedagogische maatregelen en middelen en maatregelen-akkoord niet meer worden gebruikt in de praktijk. Verwarrend is echter dat de term vrijheidsbeperking is vervangen door onvrijwillige zorg. In de Memorie van toelichting wordt hier en daar wel over vrijheidsbeperking gesproken. Het uitgangspunt is ech-

ter dat onder onvrijwillige zorg vijf specifieke vormen van zorg vallen die in de zorg voor mensen met een verstandelijke beperking of ouderenzorg tegen de wil van de cliënt worden uitgevoerd.⁴⁶ Hiermee wordt het begrip vrijheidsbeperking breder ingevuld dan onder de Wet Bopz.

In de Memorie van toelichting geeft de staatssecretaris aan dat alle vijf de vormen 'even zwaar' kunnen zijn voor een cliënt, waardoor zij heeft afgezien van een onderscheid tussen lichte en zware maatregelen. Het wetsvoorstel maakt echter wel degelijk een onderscheid tussen verschillende vormen van onvrijwillige zorg door niet voor alle vormen dezelfde zorgvuldigheidseisen te doen gelden. Alleen voor medicatie en maatregelen die de bewegingsvrijheid beperken, ongeacht of de cliënt zich verzet, wordt vanwege de ingrijpendheid ervan een uitzondering gemaakt. Het is te betreuren dat, mede met het oog op het vergroten van de bewustwording van hulpverleners, dezelfde stap niet is gemaakt voor de andere vormen die worden genoemd in artikel 2. Hierdoor ontstaat de verwarrende situatie dat domotica in beginsel geen vorm van onvrijwillige zorg is; alleen als een cliënt zich verzet valt de toepassing onder de wet. Het

44 Kamerstukken II, vergaderjaar 2008-2009, 31996, nummer 3, paragraaf 2.4.

45 In december 2007 is aan het VUMC het onderzoek 'Vrijheidsbeperkingen en domotica in de zorg voor mensen met een psychogeriatrische aandoening of een verstandelijke beperking: ontwikkeling van een multidisciplinaire richtlijn voor veilige zorg' van start gegaan. Het onderzoek wordt uitgevoerd door A.Niemeijer en staat onder begeleiding van C.M.P.M. Hertogh, B.J.M. Frederiks, J.A. Eefsting en J. Legemaate.

46 Het is wel onhandig van de wetgever dat in het wetsvoorstel wet verplichte geestelijke gezondheidszorg gesproken wordt van 'verplichte zorg' waaronder wordt verstaan een interventie, bestaande uit een vorm van verzorging, bejegening, behandeling waaronder opneming in een accommodatie, begeleiding of beveiliging waar tegen de patiënt zich verzet.

gebruik van domotica neemt in de zorg voor mensen met dementie en een verstandelijke beperking aanzienlijk toe, als vervanging van de traditionele vormen van vrijheidsbeperking.

Bepaalde vormen van domotica kunnen vrij ingrijpend zijn en doorgaans collectief voor iedereen worden toegepast (zoals uitluistersystemen, sensoren, polsbandjes en camera's). Door verzet te negeren of geen verzet meer te vertonen verdwijnt het onvrijwillige aspect naar de achtergrond terwijl voor cliënten het gebruik van domotica ook behoorlijk vrijheidsbeperkend kan zijn.

Conclusie

Dit artikel geeft een eerste beschouwing op de inhoud van het wetsvoorstel *Zorg en dwang*. De komst van een aparte wet voor de sectoren psychogeriatric en zorg voor mensen met een verstandelijke beperking is een zeer goede ontwikkeling, aangezien beide sectoren, in tegenstelling tot de *Wet Bopz*, eindelijk bijzondere aandacht krijgen. Het is echter zeer de vraag of de inhoud van deze regeling daadwerkelijk gaat bijdragen aan het verbeteren van de rechtspositie van mensen met dementie en een verstandelijke beperking. Onduidelijk is waarom de staatssecretaris geen wettelijke basis wil geven aan de cliëntenvertrouwenspersoon, geen aansluiting zoekt bij de nieuwe wet voor de psychiatrie, de interne rechtspositie niet nader invult en geen duidelijk standpunt durft in te nemen over de uitgangspunten van de nieuwe wet.

In het wetsvoorstel wordt ook veel onduidelijkheid gecreëerd over de verantwoordelijkheden en bevoegdheden van de verschillende hulpverleners. Daarnaast lijkt er een vrijbrief te ontstaan voor het toepassen van onvrijwillige zorg zonder goede interne rechtsbescherming. Een eerste stap is gezet, maar het zou jammer zijn als cliënten in de psychogeriatric

en zorg voor mensen met een verstandelijke beperking opnieuw verstoken moeten blijven van een wettelijke regeling waarin alle noodzakelijke elementen worden meegenomen voor een goede rechtsbescherming.

Een eerste vergelijking met het wetsvoorstel verplichte geestelijke gezondheidszorg bevestigt het vermoeden dat er wat betreft rechtsgrond en rechtswaarborgen een ongerechtvaardigd onderscheid gaat gelden tussen beide sectoren. De jurist Widdershoven heeft al eerder opgemerkt dat beide wetten een totaal verschillende aanpak hebben.⁴⁷ Als beide wetsvoorstellen, *Zorg en dwang* en verplichte geestelijke gezondheidszorg, in de huidige vormen worden aangenomen door de Tweede en Eerste Kamer ontstaat er veel rechtsongelijkheid tussen cliënten met een psychiatrische aandoening en cliënten met dementie of een verstandelijke beperking. De tweede groep heeft in tegenstelling tot een cliënt met een psychiatrische aandoening geen recht op een cliëntenvertrouwenspersoon, een arts is niet altijd betrokken bij het toepassen van vrijheidsbeperking en er kijkt geen rechterlijke instantie mee op het moment dat vrijheidsbeperking moet worden toegepast. Het gaat misschien te ver om elke vorm van vrijheidsbeperking te laten toetsen door een speciale commissie en vervolgens een rechter. De wijze waarop het nu in het wetsvoorstel is vastgelegd is echter het andere uiterste en gaat niet leiden tot een betere rechtsbescherming voor cliënten met dementie en een verstandelijke beperking. In dit artikel is een aantal onderwerpen nader uitgelicht. In afwachting van de parlementaire behandeling wordt in een vervolgartikel een aantal andere elementen van het wetsvoorstel besproken en een weergave gegeven van de reacties op het wetsvoorstel.

⁴⁷ T.P. Widdershoven, 'Opvolger *Wet Bopz*: goed op weg, maar we zijn er nog niet', *TvGR* 2009, p. 176.