



Universiteit
Leiden
The Netherlands

Het recht op vrije artsenukeuze binnen het Nederlandse gezondheidsstelsel

Wallage, B.

Citation

Wallage, B. (2022, July 5). *Het recht op vrije artsenukeuze binnen het Nederlandse gezondheidsstelsel*. Retrieved from <https://hdl.handle.net/1887/3421569>

Version: Publisher's Version

License: [Licence agreement concerning inclusion of doctoral thesis in the Institutional Repository of the University of Leiden](#)

Downloaded from: <https://hdl.handle.net/1887/3421569>

Note: To cite this publication please use the final published version (if applicable).

DEEL C: HET RECHT OP
VRIJE ARTSENKEUZE BIJ
GEDWONGEN ZORG

Hoofdstuk 8:

Het recht op vrije artskeuze bij gedwongen zorg: ‘kiezen zonder keuze?’

Samenvatting

In het artikel onderzoeken de auteurs of het recht op vrije artskeuze ook is gewaarborgd voor mensen die gedwongen worden tot het ontvangen van zorg.

Publicatie

B. Wallage en A.C. Hendriks, ‘Het recht op vrije artskeuze bij gedwongen zorg: ‘kiezen zonder keuze?’’, *Journaal Ggz en recht* 2021 (1): 5-16.

Per 1 januari 2020 zijn de Wet verplichte geestelijke gezondheidszorg (hierna: ‘Wvggz’) en de Wet zorg en dwang (hierna: ‘Wzd’) in werking getreden. Op grond van deze wetten is het mogelijk om personen met een psychische stoornis, psychogeriatrische aandoening of verstandelijke beperking gedwongen zorg⁵¹² te doen verlenen. Onder gedwongen zorg verstaan deze wetten zorg die aan de patiënt⁵¹³ wordt geleverd tegen zijn of haar wil in. Die zorg beperkt zich niet tot medische zorg, maar omvat ook de bejegening, verzorging, verpleging, behandeling, begeleiding en beveiliging van patiënten.⁵¹⁴ Anders gezegd, gedwongen zorg kan ook betrekking hebben op niet-geneeskundige zorg.

In de gezondheidszorg geldt op grond van artikel 7:450 lid 1 BW het uitgangspunt dat voorafgaand aan het onderzoeken en behandelen van een patiënt zijn toestemming nodig is. Daartoe moet de hulpverlener de patiënt eerst informatie verstrekken. Dit vereiste wordt doorgaans aangeduid met het begrip ‘informed-consent’, een eis die onder andere geldt bij handelingen op het gebied van de geneeskunst (artikel 7:446 lid 2 BW), maar daar niet toe beperkt blijft.⁵¹⁵ Informed-consent is namelijk een uitwerking van het zelfbeschikkingsrecht van de patiënt. Dit recht wordt op Europees niveau beschermd door het Europees Verdrag voor de Rechten van de Mens (hierna: ‘EVRM’), een verdrag dat binnen de Nederlandse rechtsorde een hogere status heeft dan onze grondwet. Het zelfbeschikkingsrecht ligt volgens het Europees Hof voor de Rechten van de Mens (hierna: ‘EHRM’) ten grondslag aan vrijwel alle rechten die door het EVRM worden beschermd.⁵¹⁶

512 In de Wvggz wordt gesproken van ‘verplichte zorg’ en in de Wzd van ‘onvrijwillige zorg’. In dit artikel spreken wij van ‘gedwongen zorg’ ter aanduiding van beide vormen van zorg.

513 De Wvggz spreekt over ‘betrokkenen’ en de Wzd over ‘cliënten’. Wij gebruiken in deze bijdrage de term ‘patiënt’ voor beide groepen.

514 Art. 3:2 lid Wvggz en 1 lid 3 Wzd

515 Leenen e.a. 2020, p. 115 e.v.

516 Leenen e.a. 2020, p. 56.

Wat betreft de behandeling van patiënten is het recht op informed-consent binnen het Nederlandse gezondheidsstelsel nader uitgewerkt in Titel 7, Afdeling 5 van Boek 7 van het Burgerlijk Wetboek ('Wet op de geneeskundige behandelingsovereenkomst', doorgaans 'WGBO' genoemd). Het behandelen van een patiënt, zonder zijn uitdrukkelijke instemming, maakt derhalve in beginsel inbreuk op zijn op Europees niveau beschermde grondrechten en zijn op nationaal niveau gewaarborgde patiëntenrechten. Dit betekent echter niet dat het in geen geval is toegestaan om gedwongen zorg te doen verlenen, bijvoorbeeld aan patiënten die hun wil niet kunnen bepalen c.q. tot uitdrukking kunnen brengen of in situaties waarin de wet in uitzonderingen voorziet. Daarbij is van belang dat de staat op grond van de artikelen 2 en 3 EVRM zelfs de positieve verplichting heeft om patiënten onder omstandigheden (gedwongen) te behandelen, indien bij niet-ingrijpen bijvoorbeeld het recht op leven in het geding komt.⁵¹⁷ Hetzelfde geldt, aldus het EHRM, indien er een therapeutische noodzaak is om te behandelen.⁵¹⁸

Wij merken hierbij op dat de WGBO nadrukkelijk een verplichting voor de zorgverlener bevat om samen met een patiënt te beslissen over een gepaste behandelingsmethode.⁵¹⁹ Het uitgangspunt geldt derhalve dat de zorgverlener niet kan volstaan met het geven van informatie, maar samen met de patiënt moet kijken welke zorg hij wil.⁵²⁰ Dit is alleen anders indien het onverwijld behandelen van de patiënt nodig is ter voorkoming van ernstig nadeel voor de patiënt, en de toestemming van de patiënt niet kan worden afgewacht.⁵²¹

Het zelfbeschikkingsrecht kent voor patiënten twee varianten alwaar het gaat om het recht om te kiezen voor een hulpverlener in de gezondheidszorg, te weten het positieve en negatieve keuzerecht.⁵²² Op grond van het positieve keuzerecht heeft de patiënt het recht om behandeld te worden door een arts van voorkeur. Op grond van het negatieve keuzerecht heeft de patiënt het recht om een behandeling, of een behandeling door een bepaalde arts te weigeren.⁵²³ Het positieve keuzerecht wordt ook wel het recht op vrije artskeuze genoemd. Artikel 8 lid 1 EVRM inzake het recht op privéleven vormt de juridische basis voor het positieve en negatieve keuzerecht van de patiënt.⁵²⁴

In deze bijdrage onderzoeken wij in hoeverre het bieden van gedwongen zorg, zoals dit is toegestaan onder de Wvvgz en Wzd, zich verhoudt tot het zelfbeschikkingsrecht van de patiënt. Daartoe kijken wij naar zowel het negatieve keuzerecht van de patiënt, als het positieve keuzerecht, meer in het bijzonder het recht op vrije

517 Hulst, *TMA* 2005/1, p. 9.

518 EHRM 7 oktober 2008, *Bogumil t. Portugal*, nr. 35228/03, ECLI:CE:ECHR:2008:1007JUD003522803.

519 Art. 7:448 BW.

520 Leenen e.a. 2020, p. 127 e.v.

521 Art 7:466 lid 1 BW.

522 Wallage, *TvCR* 2019, afl. 1, p. 1-20.

523 Wallage, *TvCR* 2019, afl. 1.

524 Wallage, *TvCR* 2019, afl. 1, p. 12 e.v.

artsenkeuze.⁵²⁵ Hierbij onderzoeken we in het bijzonder de relevante rechtspraak van het EHRM, het in Straatsburg zetelende Hof dat tot taak heeft toe te zien op de juiste naleving van het EVRM door de verdragsstaten en van wie de uitspraken bindend zijn. Aan de hand van dit alles geven we antwoord op de vraag of een patiënt die in aanmerking komt voor gedwongen zorg op grond van de Wvggz of de Wzd, wel iets te kiezen heeft. We kijken daarbij ook of dit gevolgen dient te hebben voor de evaluatie van de Wvggz en Wzd.

1. Het zelfbeschikkingsrecht en gedwongen zorg

De Wvggz en de Wzd zijn de opvolgers van de Wet Bijzondere opnemingen in psychiatrische ziekenhuizen (hierna: ‘Wet Bopz’). Er waren verschillende redenen om deze laatste wet te vervangen. Zo voorzag de Wet Bopz – zoals de naam van deze wet al aangeeft – primair in de opname van patiënten in een instelling, maar niet in de verplichting om deze personen zo nodig zorg te bieden.⁵²⁶ De Wvggz en de Wzd kennen een andere insteek. Deze wetten voorzien in de mogelijkheid om onder bepaalde voorwaarden gedwongen zorg op te leggen. In eerste instantie kan die zorg thuis worden gegeven, maar zo nodig wordt die zorg geleverd in – wat thans onder de Wvggz en Wzd heet – een geregistreerde accommodatie.⁵²⁷ Een ander wezenlijk verschil tussen de Wet Bopz enerzijds en de Wvggz en de Wzd anderzijds betreft de versterking van de rechten van de patiënt.⁵²⁸ Zo moet de patiënt of diens vertegenwoordiger onder de Wvggz en de Wzd nadrukkelijk worden betrokken bij het opstellen van het zorgplan⁵²⁹, kan de patiënt zelf een plan van aanpak opstellen om gedwongen zorg aldus af te wenden⁵³⁰ en kan de patiënt zich via een zelfbindingsverklaring binden aan bepaalde vormen van zorg.⁵³¹ Het voorkomen van gedwongen zorg en het bieden van maatwerk vormen doelen van de Wvggz en de Wzd, wetten die daarmee een andere insteek hebben dan de verouderde Wet Bopz. Deze doelen sluiten nauw aan bij het waarborgen van het zelfbeschikkingsrecht van patiënten.

Onder bepaalde omstandigheden kan worden overgegaan tot het opleggen van gedwongen zorg. In dergelijke gevallen kan sprake zijn van een inbreuk op het zelfbeschikkingsrecht.⁵³² Het gaat daarbij primair om een inperking van het negatieve keuzerecht van deze patiënt, omdat hij de opgelegde zorg niet kan weigeren. Bij gedwongen zorg staat echter ook het positieve keuzerecht van de patiënt onder druk, omdat niet de patiënt maar de zorgaanbieder bepaalt wie de gedwongen zorg verleent.⁵³³

525 Hendriks, *JGGZR* 2020/5, p.10-12.

526 Frederiks & Steen, *TvGR* 2018/42, p. 337-358 en Frederiks & Steen, *TvGR* 2018/42, p. 156-163.

527 Zie de art. 1:2 lid 1 Wvggz en 21 lid 1 Wzd.

528 *Kamerstukken II* 2009/10, 32399, 3, p. 1 en *Kamerstukken II* 2008/09, 31996, 3, p. 1.

529 *Kamerstukken II* 2009/10, 32399, 3, p. 35 e.v. en *Kamerstukken II* 2008/09, 31996, 3, p. 7.

530 *Kamerstukken II* 2008/09, 31996, 3, p. 13 en 17 e.v.

531 *Kamerstukken II* 2009/10, 32399, 3, p. 4 en 59 e.v.

532 Zie ook: Dörenberg, *TvGR* 2007/31.

533 Art. 5:13 lid 1 Wvggz en art. 5 lid 2 Wzd.

Het zelfbeschikkingsrecht ligt, zoals gezegd, aan vrijwel alle door het EVRM beschermde rechten ten grondslag, waaronder artikel 8 lid 1. In dit artikel is het recht op privéleven neergelegd, dat mede het recht op lichamelijke en mentale integriteit omvat. Op grond van artikel 8 lid 2 EVRM is het de staat niet toegestaan om inbreuk te maken op het privéleven, en aldus het zelfbeschikkingsrecht, van een persoon, dan voor zover dit bij wet is voorzien en noodzakelijk is in een democratische samenleving in het belang van onder andere de openbare veiligheid, het voorkomen van wanordelijkheden, de bescherming van de gezondheid of voor de bescherming van rechten of vrijheden van anderen. Uit de rechtspraak van het EHRM volgt in dat kader dat het opleggen van gedwongen zorg door de staat, waarbij inbreuk wordt gemaakt op het privéleven van de patiënt, gerechtvaardigd kan zijn op grond van artikel 8 lid 2 EVRM.⁵³⁴ Bij de beoordeling van de vraag of een inbreuk gerechtvaardigd is, dient te worden bezien of de inbreuk proportioneel en subsidiair is.⁵³⁵ Op grond van het proportionaliteitsvereiste wordt beoordeeld of een beperking is ingegeven door een dringende maatschappelijke behoefte en of de beperking in een redelijke verhouding staat tussen de zwaarte van de beperking en het gewicht van het belang dat met de inbreuk wordt gediend.⁵³⁶ Op grond van het subsidiariteitsbeginsel wordt beoordeeld of voornoemde dringende maatschappelijke behoefte op een andere, minder ingrijpende manier, kan worden weggenomen. Kortom, de inbreuk op het grondrecht dient indien nodig zo beperkt mogelijk te zijn.

De verdragstaten hebben bij de proportionaliteits- en subsidiariteitsafweging doorgaans een ruime 'margin of appreciation'. Dit betekent dat het EHRM deze afweging terughoudend toetst.⁵³⁷ Het EHRM beziet een inbreuk op een recht in de praktijk onder andere op basis van de zogenoemde 'procedurele toets', waarbij de kwaliteit van het parlementaire proces en de rechterlijke toetsing van belang zijn voor de beoordeling van de proportionaliteit en subsidiariteit van wet- en regelgeving en het bepalen van de beoordelingsmarge die verdragstaten in dat kader toekomt.⁵³⁸

De meeste rechtspraak van het EHRM aangaande de zorg aan psychiatrische patiënten (het EVRM spreekt over 'geesteszieken') betreft niet zozeer de gedwongen zorg, maar de gedwongen vrijheidsontneming van deze personen. Het gaat hierbij bijvoorbeeld om personen in detentie die gefixeerd worden. Artikel 5 EVRM is in beginsel

534 EHRM 28 februari 2006, nr. 14659/02, ECLI:CE:ECHR:2006:0228DEC001465902 (*Wilkinson t. het VK (ontv.besl.)*).

535 EHRM 4 april 2000, nr. 26629/95, ECLI:CE:ECHR:2000:0404JUD002662995 (*Witold Litwa/Polen*); EHRM 27 november 2003, nr. 65436/01, ECLI:CE:ECHR:2003:1127JUD006543601 (*Hénaf/Frankrijk*) en EHRM 27 november 2003, *Worwa t. Polen*, nr. 26624/95, ECLI:CE:ECHR:2003:1127JUD002662495.

536 EHRM 4 april 2000, nr. 26629/95, ECLI:CE:ECHR:2000:0404JUD002662995 (*Witold Litwa/Polen*); EHRM 27 november 2003, nr. 65436/01, ECLI:CE:ECHR:2003:1127JUD006543601 (*Hénaf/Frankrijk*) en EHRM 27 november 2003, *Worwa t. Polen*, nr. 26624/95, ECLI:CE:ECHR:2003:1127JUD002662495.

537 EHRM 24 oktober 1979, ECLI:CE:ECHR:1979:1024JUD000630173 (*Winterwerp/Nederland*). Zie ook: T. Barkhuysen, 'Het EVRM als integraal onderdeel van het Nederlandse materiële bestuursrecht', in: *De betekenis van het EVRM voor het materiële bestuursrecht: preadviezen*. VAR-reeks / Vereniging voor Administratief Recht nr. 132 Den Haag: Boom Juridische uitgevers, p. 42.

538 EHRM 22 april 2013, nr. 48876/08, ECLI:CE:ECHR:2013:0422JUD004887608 (*Animal Defenders International/VK (GC)*). Zie ook: Rb. Den Haag 5 februari 2020, ECLI:NL:RBDHA:2020:865. Zie ook: Hulst 2020, p. 7.

alleen van toepassing alwaar het gaat om vrijheidsontneming en geldt niet uitsluitend bij vrijheidsbeperking (fixatie).⁵³⁹ Beperkingen op de fysieke integriteit worden ook gereguleerd door artikel 8 lid 1 EVRM (recht op privéleven). Uit de rechtspraak van het EHRM volgt echter dat de grens tussen vrijheidsbeneming en vrijheidsbeperking niet altijd goed te maken is.⁵⁴⁰ Bij de beoordeling door het EHRM of sprake is van vrijheidsontneming of vrijheidsbeperking wordt door het EHRM gekeken naar de situatie van het individuele geval, waarbij onder andere de soort, duur en het effect van de maatregel en de wijze waarop de maatregel is toegepast bij de beoordeling worden betrokken.⁵⁴¹ Uit de rechtspraak van het EHRM volgt in dat kader bijvoorbeeld dat ook bij de gedwongen opname in een ziekenhuis vanwege psychiatrische problematiek sprake kan zijn van vrijheidsontneming, waarbij artikel 5 EVRM het toetsingskader vormt.⁵⁴² Dit betreft dus een vorm van beperking van de bewegingsvrijheid die wat betreft patiënten met een psychische stoornis tot voor kort werd geregeld door de Wet Bopz en thans valt onder de reikwijdte van de Wvggz. Volgens de rechtspraak van het EVRM kan een dergelijke vorm van vrijheidsontneming op grond van artikel 5 EVRM (het recht op vrijheid) zijn gerechtvaardigd indien:

- › voorzien bij wet;
- › de psychische stoornis op betrouwbare wijze is vastgesteld;
- › de psychische stoornis door een medisch deskundige is vastgesteld, en;
- › de psychische stoornis noodzaakt tot een vrijheidsontneming.⁵⁴³

Het recht op vrije artskeuze bij gedwongen zorg

Bij de noodzaak tot de inzet van gedwongen zorg gezien de gezondheidstoestand van de patiënt ontkomt de wetgever er niet aan om in gevallen inbreuk te maken op het negatieve keuzerecht van deze patiënt. In die situatie wordt de patiënt immers gedwongen onderzocht of behandeld. Het negatieve keuzerecht houdt in theorie in dit geval echter ook in dat een patiënt een behandeling van een bepaalde arts kan weigeren, waarin hij in het bijzonder geen vertrouwen heeft. Op grond van het positieve keuzerecht heeft de patiënt ook het recht om een arts van voorkeur te kiezen.

Eerder hebben wij betoogd dat bij de vraag of het recht op vrije artskeuze van toepassing is op grond van artikel 8 lid 1 EVRM vooral de vertrouwensrelatie tussen de arts en patiënt relevant is.⁵⁴⁴ Bij bepaalde vormen van zorg kan deze vertrouwensrelatie niet ontbreken, aangezien de patiënt uiterst gevoelige informatie betreffende de

⁵³⁹ Vrijheidsbeperking is een vorm van verplichte zorg onder de Wvggz. Zie ook art 3:2 lid 2 Wvggz

⁵⁴⁰ EHRM 17 januari 2012, *Stanev t. Bulgarije* (GC), nr. 36760/06, ECLI:CE:ECHR:2012:0117JUD003676006.

⁵⁴¹ EHRM 17 januari 2012, *Stanev t. Bulgarije* (GC), nr. 36760/06, ECLI:CE:ECHR:2012:0117JUD003676006, par. 115.

⁵⁴² EHRM 17 januari 2012, *Stanev t. Bulgarije* (GC), nr. 36760/06, ECLI:CE:ECHR:2012:0117JUD003676006, par. 116.

⁵⁴³ EHRM 24 oktober 1979, ECLI:CE:ECHR:1979:1024JUD000630173 (*Winterwerp/Nederland*), EHRM 5 oktober 2000, ECLI:CE:ECHR:2000:1005JUD003136596 (*Varbanov t. Bulgarije*) en EHRM 2 september 2010, nr. 11373/04, ECLI:CE:ECHR:2010:0902JUD001137304 (*Shopov/Bulgarije*). Zie ook, HR 21 september 2018, ECLI:NL:HR:2018:1724, en Rb. Rotterdam 18 oktober 2019, ECLI:NL:RBROT:2019:8557.

⁵⁴⁴ Wallage e.a. 2019, p. 6.

gezondheid moet kunnen delen met zijn zorgverlener.⁵⁴⁵ Dit geldt te meer binnen de gedwongen zorg, aangezien in dat geval reeds inbreuk wordt gemaakt op het negatieve keuzerecht van de patiënt en tegen de wil van de patiënt zorg wordt verleend door een hulpverlener. Het vertrouwen in de hulpverlener is met het oog op het proportioneelheids- en subsidiariteitsbeginsel naar ons oordeel in dat kader essentieel, aangezien slechts op die manier de hulpverlening zo kan worden ingericht dat zo min mogelijk inbreuk hoeft te worden gemaakt op het zelfbeschikkingsrecht van de patiënt. Immers gedwongen zorg door een hulpverlener die de patiënt niet accepteert, vermindert de kansen op herstel. Het is bij dit alles van belang dat er voldoende tijd is voor de patiënt om zijn wensen en voorkeuren kenbaar te maken en dat er artsen of andere zorgverleners zijn die aan zijn wensen en voorkeuren kunnen voldoen.⁵⁴⁶ Dat is in situaties van een crisis moeilijker te realiseren dan in andere situaties waarin ernstig nadeel dreigt. Niettemin valt er veel voor te zeggen altijd te luisteren naar de wensen en voorkeuren van de patiënt.

Uit de rechtspraak van het EHRM volgt dat bij de beoordeling op grond van artikel 8 lid 2 EVRM van belang is of rekening is gehouden met de wensen en voorkeuren van de patiënt en of de patiënt is gehoord. Dit geldt ook indien de betrokkene een verstandelijke beperking heeft.⁵⁴⁷ Indien dit niet het geval is kan dit betekenen dat de inbreuk op het zelfbeschikkingsrecht van de patiënt niet proportioneel en subsidiair is, omdat de inbreuk op een andere wijze minder ingrijpend had kunnen zijn. Dit geldt binnen de gedwongen zorg naar ons oordeel te meer nu de belangen van de rechtvaardigingsgrond, waaronder de bescherming van de gezondheid, vooral zijn gericht op de inbreuk op het negatieve keuzerecht van de patiënt.

Onzes inziens dient bij de vraag of een inbreuk op het zelfbeschikkingsrecht bij gedwongen zorg is toegestaan op grond van artikel 8 lid 2 EVRM daarom ook te worden meegewogen in hoeverre bij het inzetten van gedwongen zorg rekening is gehouden met het recht van de patiënt om de zorg van een bepaalde (individuele) arts te weigeren en of rekening is gehouden met het positieve keuzerecht. Op grond van de Wvggz en Wzd valt daarbij een onderscheid te maken tussen enerzijds de psychiater c.q. onafhankelijke arts (waaronder de specialisten ouderengeneeskunde en artsen voor verstandelijk gehandicapten) die de situatie van de patiënt in het kader van de zorgmachtiging respectievelijk rechterlijke machtiging onderzoekt en anderzijds de uitvoering van gedwongen zorg door de zorgaanbieder. In dit artikel zullen wij de focus leggen op de keuze van de patiënt voor een hulpverlener werkzaam voor een zorgaanbieder bij gedwongen zorg, omdat de arts die wordt verzocht de medische verklaring op te stellen geen behandelrelatie met de patiënt mag hebben (gehad).⁵⁴⁸

545 Wallage e.a. 2019.

546 Wallage e.a. 2019.

547 EHRM 23 maart 2017, nr. 53251/13, ECLI:CE:ECHR:2017:0323JUD005325113 (A.-M. V./Finland).

548 Zie art 5:7 sub c Wvggz en 26 lid 5, sub d Wzd.

Het voorgaande roept de vraag op, mede gezien de procedurele toets van het EHRM bij de beoordeling van artikel 8 lid 2 EVRM, of de wetgever rekening heeft gehouden met deze facetten van het zelfbeschikkingsrecht bij de totstandkoming van de Wvggz en Wzd.

2. Keuzevrijheid op grond van de Wvggz en de Wzd

Keuzevrijheid op grond van de Wvvgz

Onder de Wvggz is door de wetgever, vooral in de uitwerking hiervan, meer aandacht besteed aan het keuzerecht van de patiënt dan in de hierna te bespreken Wzd. Op grond van artikel 2.1 lid 5 Wvggz dient bij de voorbereiding, de uitvoering, de wijziging en de beëindiging van een crisismaatregel, machtiging tot voortzetting van de crisismaatregel of zorgmachtiging de wensen en voorkeuren van de patiënt ten aanzien van de zorg te worden vastgelegd. Op grond van lid 6 van voornoemd artikel worden de wensen en voorkeuren van de patiënt in beginsel gehonoreerd, tenzij de patiënt niet tot een redelijke waardering van zijn eigen belangen in staat is of onder andere sprake is van een dusdanig gevaar of risico dat geen rekening kan worden gehouden met de wensen en voorkeuren van de patiënt.

Bij gedwongen zorg onder de Wvggz dient dus in beginsel rekening te worden gehouden met de wensen en voorkeuren van de patiënt. Dit volgt eveneens duidelijk uit de parlementaire geschiedenis van de Wvggz.⁵⁴⁹

“Allereerst wil het wetsvoorstel de rechtspositie versterken van personen met een psychische stoornis die tegen hun wil zorg wordt verleend. Daartoe voorziet het voorstel in een zorgvuldiger voorbereiding van de beslissingen tot verplichte zorg, waarbij betrokkene beter wordt gehoord en meer dan thans rekening wordt gehouden met zijn voorkeuren”.⁵⁵⁰

Het uitgangspunt van de Wvggz is om gedwongen zorg waar mogelijk te minimaliseren of te vermijden.⁵⁵¹ De beginselen van proportionaliteit en subsidiariteit, die volgen uit artikel 8 lid 2 EVRM, dienen bij elke vorm van gedwongen zorg te worden meegewogen.⁵⁵² Inmiddels blijken bovenstaande uitgangspunten ook uit de rechtspraak. Zo volgt uit de uitspraak van de Rechtbank Noord-Holland van 10 april 2020: *“Op het moment dat een vorm van verplichte zorg nodig is, moeten de wensen en voorkeuren van de betrokkene over die vorm van verplichte zorg gehonoreerd worden, maar dat betreft niet de vraag naar de toepassing van verplichte zorg zelf. Daarmee zou verplichte*

⁵⁴⁹ Kamerstukken II 2009/10, 32399, nr. 3, p. 3.

⁵⁵⁰ Kamerstukken II 2009/10, 32399, nr. 3, p. 1.

⁵⁵¹ Kamerstukken II 2009/10, 32399, nr. 3, p. 3.

⁵⁵² Zie ook: Rb. Rotterdam 16 januari 2020, ECLI:NL:RBROT:2020:441.

zorg voor wilsbekwame personen immers niet meer aan de orde kunnen zijn”.⁵⁵³ Uit de rechtspraak volgt evenwel dat de wensen en voorkeuren van de patiënt praktisch wel haalbaar dienen te zijn.⁵⁵⁴

Keuzevrijheid op grond van de Wzd

Op grond van artikel 7 lid 3 Wzd dient een zorgverantwoordelijke bij het opstellen van het zorgplan en het op grond van het stappenplan zo nodig overgaan tot het opleggen van gedwongen zorg, zoveel mogelijk rekening te houden met de wensen en voorkeuren van de patiënt. Indien het voor de zorgverantwoordelijke niet mogelijk is om hiermee rekening te houden, deelt de zorgverantwoordelijke dit schriftelijk en gemotiveerd mee aan de patiënt (of zijn vertegenwoordiger). Op grond van de Wzd is er dus ruimte gelaten aan de zorgverantwoordelijke om de wensen en voorkeuren van de patiënt mee te wegen. Deze afweging is in de Wzd, anders dan in de Wvz, niet nader uitgewerkt.

In de Wzd zijn los van deze bepaling geen, ook niet in het kader van het besluit tot opname en verblijf door het CIZ of de procedure omtrent de rechterlijke machtiging, artikelen opgenomen die raken aan het keuzerecht van de patiënt. Sterker, de patiënt heeft volgens de Wzd niet het recht zich uit te laten over wie zijn zorgverantwoordelijke wordt, de zorgverlener die een sleutelpositie inneemt bij het verlenen van zorg.

In de parlementaire geschiedenis bij de Wzd staat met betrekking tot de inbreuk op het zelfbeschikkingsrecht van de patiënt het volgende⁵⁵⁵:

“Deze bevoegdheden brengen geen foltering in de zin van het EVRM mee; er worden in het wetsvoorstel heldere, beperkende eisen gesteld die waarborgen dat van dwang alleen sprake is als dat noodzakelijk is. Zo moet de onvrijwillige zorg nodig zijn om ernstig nadeel voor de patiënt of anderen af te wenden, mag er geen minder ingrijpend alternatief zijn en moeten ze zo kort mogelijk worden toegepast”.

Daarbij is opvallend dat de wetgever in het kader van artikel 7 lid 3 Wzd, het rekening houden met de wensen en voorkeuren van de patiënt, niet afweegt met het oog op het zelfbeschikkingsrecht van de patiënt maar van oordeel is dat dit nodig is om goede zorg te kunnen leveren in de zin van artikel 2 Wet kwaliteit, klachten en geschillen zorg (Wkkgz). Zo staat in de parlementaire geschiedenis van de Wzd:⁵⁵⁶

553 Rb. Noord-Holland 10 april 2020, ECLI:NL:RBNHO:2020:2812.

554 Rb. Gelderland 23 januari 2020, ECLI:NL:RBGEL:2020:578.

555 *Kamerstukken II* 2008/09, 31996, nr. 3, p. 30.

556 *Kamerstukken II* 2008/09, 31996, nr. 3, p. 8.

“De Kwaliteitswet zorginstellingen en de Wet op de beroepen in de individuele gezondheidszorg eisen dat een zorgaanbieder verantwoorde zorg verleent aan zijn patiënten. Hieronder wordt onder andere verstaan dat zorg dient te worden verleend op een manier die zoveel mogelijk op de wensen van de patiënt in kwestie is toegespitst.”

In de parlementaire geschiedenis van de Wzd is naar ons oordeel dan ook maar beperkt rekening gehouden met de gevolgen van gedwongen zorg voor het keuzerecht van de patiënt. Niet duidelijk is of dit gebrek aan aandacht te maken heeft met de inschatting van de wetgever dat veel van de patiënten die onder de Wzd vallen wilsbeperkingen hebben. Wel volgt uit de parlementaire geschiedenis dat de zorgverantwoordelijke rekening dient te houden met de eisen van proportionaliteit en subsidiariteit en rekening is gehouden met het zelfbeschikkingsrecht voortvloeiende uit artikel 8 lid 1 EVRM.⁵⁵⁷ Tevens volgt uit de parlementaire geschiedenis dat gedwongen zorg een ultimatum remedium is.⁵⁵⁸ Dit betekent dat gedwongen zorg slechts als uiterste maatregel mag worden toegepast en gekozen dient te worden voor de minst ingrijpende maatregel.

Uit het vorenstaande komt naar voren dat het positieve keuzerecht van de patiënt binnen de Wvvgz op een andere manier is uitgewerkt dan onder de Wzd.⁵⁵⁹ Alwaar de zorgverantwoordelijke binnen de Wzd zoveel mogelijk rekening dient te houden met de wensen en voorkeuren van de patiënt bij het opstellen van het zorgplan, geldt het uitgangspunt binnen de Wvvgz dat rekening wordt gehouden met de wensen en voorkeuren van de patiënt bij alle vormen van gedwongen zorg. Daarbij is evenwel relevant dat de Wvvgz in beginsel van toepassing is voor personen met een psychiatrische aandoening en de Wzd voor personen met een psychogeriatrische aandoening of verstandelijke beperking.⁵⁶⁰ De reden van dit doorgevoerde onderscheid is gelegen in de gestelde verschillen in problematiek tussen personen met een verstandelijke beperking of psychogeriatrische aandoening enerzijds en personen met een psychiatrische aandoening anderzijds. De verschillen in problematiek van personen in deze twee sectoren zijn de afgelopen jaren steeds kleiner geworden, alhoewel deze in de praktijk nog wel bestaan.⁵⁶¹ Patiënten onder de Wvvgz zijn vrijwel allemaal wilsbekwaam. Dit is onder de Wzd vaak anders. De verschillen zijn echter wel kleiner geworden. Zo hebben veel patiënten in de ouderenzorg en de zorg aan mensen met een verstandelijke beperking ook vaak te maken met psychiatrische problematiek. Dat dit onderscheid anno 2021 niet goed meer te maken valt, volgt ook uit het gegeven dat de Wet langdurige zorg per 1 januari 2021 is uitgebreid voor personen met een

557 *Kamerstukken II 2008/09, 31996, 3, p. 53.* Zie ook: *Kamerstukken II 2008/09, 31996, 6.*

558 *Kamerstukken II 2008/09, 31996, 3, p. 7.*

559 Zie ook *Stb. 2019/198, p. 21.*

560 Zie ook: *Rb. Rotterdam 13 oktober 2020, ECLI:NL:RBROT:2020:10247.*

561 *Frederiks, TvGR 2019/43, p. 337-358.*

psychische stoornis.⁵⁶² Het onderscheid van patiënten onder de Wvggz en Wzd rechtvaardigt onzes inziens in het algemeen derhalve niet het verschil in de voornoemde wetgeving met betrekking tot het zelfbeschikkingsrecht, in het bijzonder het keuzerecht, van de patiënt.⁵⁶³

3. Een inbreuk op het zelfbeschikkingsrecht

Hierboven hebben wij uiteengezet dat bij gedwongen zorg inbreuk wordt gemaakt op het zelfbeschikkingsrecht van de patiënt. Het gaat daarbij vooral om een inbreuk op het negatieve keuzerecht van de patiënt, nu hij tegen zijn wil in zorg krijgt opgelegd. Deze inbreuk kan naar onze inschatting op zichzelf bezien gerechtvaardigd zijn op grond van artikel 8 lid 2 EVRM. Bij een beoordeling van de inbreuk op grond van artikel 8 lid 2 EVRM dient echter ook te worden beoordeeld of de inbreuk proportioneel en subsidiair is. Naar ons oordeel zal binnen de gedwongen zorg derhalve ook moeten worden beoordeeld of de patiënt de gedwongen zorg door een bepaalde hulpverlener niet geleverd wenst te krijgen of wenst te kiezen voor een hulpverlener naar keuze.

Op grond van de Wvggz dient bij alle vormen van gedwongen zorg rekening te worden gehouden met de wensen en voorkeuren van de patiënt. Het uitgangspunt geldt dat de wensen en voorkeuren van de patiënt worden gehonoreerd. Onder de Wzd is dit anders. Alwaar de zorgverantwoordelijke zich evenwel dient in te spannen om rekening te houden met de wensen en voorkeuren van de patiënt is het afweingskader, in tegenstelling tot de Wvggz, niet in de wet is vastgelegd. Het kan dus zijn dat de zorgverantwoordelijke tot de conclusie komt dat geen rekening kan worden gehouden met de wensen en voorkeuren van de patiënt. Voor opname en verblijf in een geregistreerde accommodatie is een besluit nodig van het CIZ. Alleen bij verzet tegen opname en verblijf van de patiënt moet het CIZ de rechtbank via een rechterlijke machtiging verzoeken de opname en het verblijf in een geregistreerde accommodatie toe te staan. Tevens kan in crisissituaties een inbewaringstelling (hierna: 'IBS') worden verstrekt door de burgemeester.⁵⁶⁴ Op grond van de Wzd dient door de zorgverantwoordelijke rekening te worden gehouden met de wensen en voorkeuren van de patiënt, hetgeen wordt verwerkt bij het opstellen van het zorgplan. Anders dan in de Wvggz is in artikel 7 lid 3 van de Wzd ook niet opgenomen dat door het CIZ, de rechter of de burgemeester in beginsel rekening dient te worden gehouden met de wensen en voorkeuren van de patiënt. Naar ons oordeel zou ook in deze situaties maximaal rekening moeten worden gehouden met de wensen van de patiënt ter voorkoming van een ongerechtvaardigde inbreuk op het zelfbeschikkingsrecht.

⁵⁶² *Kamerstukken II 2018/19*, 35146, 3.

⁵⁶³ Dat geldt te meer nu in art. 12 lid 4 van het Verdrag inzake de rechten van personen met een handicap is verankerd dat bij maatregelen ten aanzien van personen met een handicap die raken aan de handelingsbekwaamheid rekening dient te worden gehouden met de wil en voorkeuren van deze persoon.

⁵⁶⁴ Zie art. 29 e.v. Wzd.

In het vervolg van dit artikel zullen wij bespreken wat dit betekent voor de staat, de zorgaanbieder, en de rechter.⁵⁶⁵ Wij focussen ons daarbij op de situatie waarin geen crisismaatregel/IBS nodig is. Bij de beoordeling van een crisismaatregel/IBS is naar ons oordeel sneller sprake van een acute situatie ('acuut ernstig nadeel' in termen van de Wvggz/Wzd), waarbij de inbreuk op het zelfbeschikkingsrecht op grond van artikel 8 lid 2 EVRM kan zijn gerechtvaardigd.⁵⁶⁶ In dat kader wijzen wij ook op artikel 2:1 lid 6 Wvggz, op grond waarvan bij een crisissituatie kan worden afgeweken van het uitgangspunt dat rekening wordt gehouden met de wensen en voorkeuren van de patiënt. Daarbij volgt uit een recente rapportage van de Inspectie Gezondheidszorg en Jeugd in het kader van de crisismaatregel dat er ook een gebrek is aan crisisbedden, vooral binnen de sector die valt onder Wzd.⁵⁶⁷ Indien sprake is van een acute situatie en er ook geen andere aanbieders met beschikbare bedden beschikbaar zijn, is het praktisch ook niet haalbaar de patiënt te laten kiezen.

3.1 Inbreuk door de Staat

De wetgever heeft op grond van artikel 8 lid 1 EVRM de positieve verplichting om ervoor te zorgen dat de rechten die voortvloeien uit dit artikel ook procedureel worden gewaarborgd.⁵⁶⁸ Deze rechten dienen zodoende te worden betrokken bij de totstandkoming van nationale wetgeving. Dat de positieve verplichtingen van grondrechten zoals opgenomen in het EVRM grote gevolgen kunnen hebben voor een verdragsstaat volgt bijvoorbeeld uit de veelbesproken *Urgenda*-rechtspraak, waarin is geoordeeld dat de Nederlandse staat op grond van onder andere de artikelen 2 en 8 EVRM vergaande klimaatmaatregelen dient door te voeren.⁵⁶⁹

In het kader van de Wzd reguleert de wetgever de toegang tot gedwongen zorg, althans de opname en het verblijf in een accommodatie, via een beoordeling door het CIZ (bij geen verzet) of via de rechter (bij verzet na een verzoek door het CIZ).⁵⁷⁰ In de uitvoering van de Wzd is het primair de zorgaanbieder, althans de zorgverantwoordelijke, die rekening dient te houden met de voorkeuren en wensen van de betrokkene. Dit is geen relevante af te wegen omstandigheid bij de beoordeling door het CIZ bij de besluitvorming op grond van artikel 21 e.v. Wzd, of de rechtelijke beoordeling bij de afgifte van een rechterlijke machtiging op grond van artikel 38 e.v. Wzd. Naar ons oordeel had het voor de hand gelegen dat de wetgever in de toegang tot de gedwongen zorg, vergelijkbaar als onder de Wvggz, ook uitdrukkelijker rekening had gehouden

565 Daarbij merken wij op dat de rechterlijke macht ook onderdeel uitmaakt van de Nederlandse staat en bij eventuele aansprakelijkheid van de rechter, ook sprake is van staatsaansprakelijkheid.

566 Zie ter vergelijking art. 2:1 lid 6 Wvggz.

567 IGJ/2020.

568 EHRM 1 april 2010, nr. 57813/00, ECLI:CE:ECHR:2011:1103JUD005781300 (*S.H. e.a. t. Oostenrijk*). Bevestigd in hoger beroep: EHRM 3 november 2011, *S.H. e.a. t. Oostenrijk* (GC), nr. 57813/00, ECLI:CE:ECHR:2011:1103JUD005781300

569 HR 20 december 2019, ECLI:NL:HR:2019:2006 *Men R 2020/8*, m.nt. T.J. Thurlings-Rassa en Hof Den Haag 9 oktober 2018, ECLI:NL:GHDHA:2018:2591, *AB 2018/417* m.nt. Ch.W Backes en G.A. van der Veen.

570 In dat kader wordt ook gewezen op het Verdrag inzake de rechten van personen met een handicap.

met het positieve keuzerecht van de patiënt. Op grond van de Wvggz geldt immers het uitgangspunt dat in het kader van een crisismaatregel en zorgmachtiging de wensen en voorkeuren van de patiënt worden gehonoreerd. Dat is slechts anders indien de patiënt niet tot een redelijke waardering van zijn eigen belangen in staat is, of sprake is van een acute situatie.⁵⁷¹ Met het oog op artikel 8 lid 2 EVRM zijn dat naar ons oordeel begrijpelijke uitzonderingen, die een inbreuk op het zelfbeschikkingsrecht rechtvaardigen.

Nu in de Wzd en de procedures omtrent gedwongen zorg slechts beperkt rekening is gehouden met het zelfbeschikkingsrecht van de patiënt, in het bijzonder het positieve keuzerecht, is het zelfbeschikkingsrecht in de Wzd naar ons oordeel onvoldoende procedureel gewaarborgd.

3.2 Inbreuk door de zorgaanbieder

Hierboven hebben wij reeds uiteengezet dat de patiënt onder de Wzd niet bepaalt wie zijn behandelaars/zorgverantwoordelijke is. Wel kunnen behandelaars/zorgverantwoordelijken rekening houden met het negatieve keuzerecht van de patiënt, zijnde de keuze van een patiënt om niet te willen worden behandeld door een specifieke hulpverlener of medewerker. Naar ons oordeel dient de behandelaar/zorgverantwoordelijke op grond van artikel 8 lid 2 EVRM in beginsel rekening te houden met dit onderdeel van het zelfbeschikkingsrecht. In dat kader is relevant dat de grondrechten die voortvloeien uit artikel 8 lid 1 EVRM ook horizontaal kunnen doorwerken in de relatie tussen de geregistreerde zorgaanbieder en de patiënt.⁵⁷² Dit betekent dat de patiënt zich ook kan beroepen op het grondrecht in de rechtsverhouding tot de zorgaanbieder (ook wel ‘derdenwerking’ genoemd).

Indien de zorgverantwoordelijke op grond van artikel 7 lid 3 Wzd zich weliswaar inspant om rekening te houden met de wensen en voorkeuren van de patiënt maar de patiënt uiteindelijk toch wordt geconfronteerd met een hulpverlener van wie hij absoluut geen zorg wenst te ontvangen, kan dit ertoe leiden dat de zorgaanbieder onrechtmatig handelt jegens de patiënt. Daarbij merken wij evenwel op dat de Wzd expliciet voorziet in situaties waarin de patiënt niet in staat is om zelf wilsbekwame keuzes te maken. In die gevallen worden de keuzes genomen door zijn vertegenwoordiger. Wij kunnen ons voorstellen dat in de Wzd, vergelijkbaar als onder de Wvggz, komt te gelden dat het uitgangspunt is dat rekening wordt gehouden met de wensen en voorkeuren van de patiënt.

Daarbij wordt evenwel opgemerkt dat patiënten met een verstandelijke beperking die onder de reikwijdte van de Wzd vallen mogelijk reeds een indicatie hebben op grond van de Wet langdurige zorg (hierna: ‘Wlz’).⁵⁷³ Op grond van hoofdstuk 8 van de

⁵⁷¹ Zie art. 2.1 lid 6 Wvggz.

⁵⁷² HR 9 januari 1989, nr 12717, NJ 1987/928 m.nt. E.A. Alkema; AB, 1987/231 m.nt. F.H. van der Burg en EHRM 16 december 2008, nr. 23883/06, ECLI:CE:ECHR:2008:1216|UD002388306 (*Khurshid Mustafa en Tarzibachi/Zweden*).

⁵⁷³ Zie art. 1 lid 1, sub c Wzd.

Wlz heeft de patiënt het recht om met de aanbieder afspraken te maken over de wijze waarop en door welke medewerkers de zorg wordt verleend.⁵⁷⁴ Deze afspraken die in het verleden zijn gemaakt blijven niet in alle gevallen hetzelfde, indien het nodig is om gedwongen zorg in te zetten. Naar ons oordeel dient om die reden bij het inzetten van gedwongen zorg opnieuw rekening te worden gehouden met de wensen en voorkeuren van de patiënt. Het voorgaande geldt ook voor hulpverleners die gedwongen zorg verlenen op grond van de Wvggz, alwaar expliciet uit de wet volgt dat bij 'de uitvoering' rekening dient te worden gehouden met de wensen en voorkeuren van de patiënt.⁵⁷⁵ Indien vervolgens dient te worden overgegaan tot gedwongen zorg dient het zelfbeschikkingsrecht naar ons oordeel opnieuw te worden betrokken bij het vormgeven van de zorg.⁵⁷⁶

In het kader van artikel 8 lid 2 EVRM en het proportionaliteits- en subsidiariteitsbeginsel is het naar ons oordeel derhalve onvoldoende indien de zorgverantwoordelijke zich op grond van de Wzd bij gedwongen zorg enkel inspant om rekening te houden met de wensen en voorkeuren van de patiënt met het oog op het negatieve keuzerecht, maar hij ook daadwerkelijk de zorg zo dient in te regelen dat, indien dit redelijkerwijs mogelijk is, de patiënt geen zorg ontvangt van een medewerker van wie hij in het bijzonder geen zorg wenst te ontvangen. Op grond van hoofdstuk 4 van de Wzd kan een patiënt een klacht indienen en verzoeken om schadevergoeding indien hij van oordeel is dat de zorgaanbieder jegens hem onrechtmatig heeft gehandeld door bijvoorbeeld inbreuk te maken op zijn zelfbeschikkingsrecht.⁵⁷⁷

3.3 Rechterlijke machtiging

Op grond van artikel 4a Wzd geldt het uitgangspunt dat de regels omtrent de verzoekschriftprocedure zoals bedoeld in het Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering (hierna: 'Rv') van toepassing zijn op de procedures van de Wzd.⁵⁷⁸ In dat kader is relevant dat het uitgangspunt geldt dat op grond van de artikelen 24 en 25 Rv de burgerlijke rechter niet ambtshalve aan het EVRM hoeft te toetsen.⁵⁷⁹ In beginsel zijn de rechten opgenomen in het EVRM namelijk niet van openbare orde.⁵⁸⁰

Het is dus primair aan de patiënt of zijn vertegenwoordiger en/of advocaat om in het geval ten onrechte geen rekening wordt gehouden met de wensen en voorkeuren van de patiënt, dit met het oog op artikel 8 lid 2 EVRM onder de aandacht van de rechter te brengen.

574 Zie art. 8.1.1 lid 1 Wlz.

575 Art. 2:1 lid 5 Wvggz.

576 Zie ook art. 8.1.3 lid 4 Wlz.

577 *Kamerstukken II* 2008/09, 31996, 3, p. 74.

578 Ook onder de Wvggz is dit het uitgangspunt. Zie art. 6:1 lid 10 Wvggz.

579 HR 4 mei 1991, ECLI:NL:HR:1991:ZC0251, NJ 1991/706, m.nt. P.A. Stein. Zie ook: ABRvS 26 januari 2011, ECLI:NL:RVS:2011:BP2536, AB 2011/83, m.nt. R.J.G.M. Widdershoven.

580 ABRvS 26 januari 2011, ECLI:NL:RVS:2011:BP2536, AB 2011/83, m.nt. R.J.G.M. Widdershoven.

Daarbij toetst de rechter bij het opleggen van gedwongen zorg op grond van artikel 24 lid 3 Wzd evenwel of ‘er geen minder ingrijpende mogelijkheden zijn om het ernstige nadeel te voorkomen of af te wenden.’ Op grond van artikel 26 lid 6 onderdeel b Wzd ontvangt de rechter in dat kader ook een afschrift van het zorgplan. Bij de beoordeling van het verzoek tot een rechterlijke machtiging heeft de rechter naar ons oordeel, zoals hiervoor reeds uiteengezet, onvoldoende juridische instrumenten om rekening te houden met het zelfbeschikkingsrecht van de patiënt.⁵⁸¹ De rechter beoordeelt in beginsel immers alleen de noodzaak van verplichte opname en verblijf en niet de andere vormen van gedwongen zorg. Het voorgaande is anders op grond van de Wvvgz, alwaar de rechter toetst aan de artikelen 2:1 lid 5 en 6 Wvvgz.

De rechter kan op grond van de Wzd wel beoordelen of door het CIZ de procedure juist is doorlopen en onder andere het zorgplan conform de Wzd is ingevuld. Indien in het zorgplan geen rekening is gehouden met de wensen en voorkeuren van de patiënt kan dit leiden tot een afwijzing van de rechterlijke machtiging. Dit was onder andere aan de orde in de uitspraak van de Rechtbank Limburg van 23 april 2020, waarin de rechtbank oordeelde:

*“Voorts is gebleken dat het overgelegde behandelplan niet voldoet aan de eisen die artikel 7 van de Wzd aan het zorgplan stellen, nu uit dit behandelplan niet volgt op welke wijze rekening is gehouden met de wensen en voorkeuren van betrokkene en haar vertegenwoordiger. Nu deze wettelijk vereiste bescheiden ontbreken, dan wel niet voldoen aan de wettelijke vereisten, acht de rechtbank het verzoek eveneens niet toewijsbaar.”*⁵⁸²

De rechter bepaalt kortom mede op basis van het zorgplan of overgegaan moet worden tot het afgeven van een rechterlijke machtiging. In het kader van het zorgplan beoordeelt de rechter primair of rekening is gehouden met de wensen en voorkeuren van de patiënt, en de afweging die hierin is gemaakt door de zorgverantwoordelijke. Op grond van artikel 7 lid 3 Wzd volstaat het in dat kader indien door de zorgverantwoordelijke de wensen en voorkeuren van de patiënt zijn afgewogen.

Naar ons oordeel is deze beoordeling van de zorgverantwoordelijke alleen, zoals in dit artikel is uiteengezet, onvoldoende en dient, vergelijkbaar als onder de Wvvgz, het uitgangspunt te gelden dat rekening wordt gehouden met de wensen en voorkeuren van de patiënt.

4. Conclusie en aanbevelingen

Inmiddels is door de Minister van Volksgezondheid, Welzijn en Sport de toezegging gedaan dat zowel de Wvvgz als de Wzd worden geëvalueerd.⁵⁸³ Deze wetsevaluatie

⁵⁸¹ In tegenstelling tot artikel 2:1 lid 5 Wvvgz dient de rechter bij de beoordeling van een rechterlijke machtiging op grond van de Wzd niet te beoordelen of het keuzerecht van de betrokkene is gewaarborgd.

⁵⁸² Rb. Limburg 23 april 2020, ECLI:NL:RBLIM:2020:3415.

⁵⁸³ Toezegging Evaluatie Wvvgz en Wzd (32.399 / 31.996), T02547.

dient uiterlijk voor 1 februari 2022 te zijn afgerond. Aangezien met gedwongen zorg in gevallen inbreuk wordt gemaakt op het zelfbeschikkingsrecht van de patiënt, hetgeen op grond van artikel 8 lid 2 EVRM gerechtvaardigd kan zijn, bevelen wij aan de naleving van dit recht te betrekken bij de wetsevaluatie.

Naar ons oordeel dient in gevallen het zelfbeschikkingsrecht, bij het opleggen van gedwongen zorg, te worden beperkt gezien de situatie van de patiënt. In termen van de WGBO is de patiënt dan ook niet de opdrachtgever. Dit betekent echter niet dat geen rekening hoeft te worden gehouden met het negatieve keuzerecht van de patiënt, inhoudende dat de patiënt geen zorg wenst te ontvangen van een specifieke hulpverlener of het positieve keuzerecht van de patiënt, inhoudende het recht om te kiezen voor een hulpverlener of aanbieder naar keuze. In alle situaties waarin geneeskundig onderzoek of behandeling wordt geboden en de patiënt niet de opdrachtgever is dient de WGBO zoveel mogelijk analoog te worden toegepast.⁵⁸⁴ Waar het zelfbeschikkingsrecht in de Wvvgz duidelijk is verankerd en uitgewerkt, ontbreekt dit gedeeltelijk in de Wzd, waardoor het opleggen van gedwongen zorg in gevallen mogelijk inbreuk maakt op het zelfbeschikkingsrecht van de patiënt en niet kan worden gerechtvaardigd. Een wetswijziging is nodig om deze omissie in rechtspositie van de patiënt onder de Wzd te herstellen.

584 Artikel 7:464 BW

