

5. DE ALGEMENE WET BESTUURSRECHT EN DE WET BOPZ

Prof. mr. J.C.J. Dute

Maart 2007

Ministerie van Volksgezondheid, Welzijn en Sport

1.	Inleiding en vraagstelling	3
2.	De Awb en de Wet Bopz: plaatsbepaling	7
2.1	Doelstellingen en inhoud Awb	8
2.2	Soorten normen	8
2.3	Aanpassing Wet Bopz	9
2.4	Beperkingen toepasselijkheid Awb	9
2.5	Besluiten in de Wet Bopz	10
2.6	Bestuursorganen in de Wet Bopz	10
2.7	Plaatsing op negatieve lijst	11
2.8	Een eerste tussenbalans	12
3.	De grensvlakken tussen de Awb en de Wet Bopz	15
3.1	Inleiding	16
3.2	Algemene normen	16
3.3	Kwalificatie van het bestuursrechtelijke handelen	16
3.4	Optreden als (bevoegd) bestuursorgaan	17
3.5	Toepasselijkheid Awb-regels op voorbereiding en nemen van besluiten	20
3.6	Belangenafweging	21
3.7	Klachtrecht	22
3.8	Mogelijkheid van bezwaar en beroep	23
3.9	Toezicht	23
3.10	Een tweede tussenbalans	24
4.	Intermezzo: nadere probleemanalyse	25
4.1	Inleiding	26
4.2	Kennis van Awb-verplichtingen	26
4.3	Werkbaarheid van Awb-verplichtingen	27
4.4	Bijzondere karakter Wet Bopz	27
4.5	Conclusie	28
5.	De kern van de problematiek	29
5.1	Inleiding	30
5.2	Complicaties in de rechtspraak	30
5.3	Het stelsel van rechtsbescherming in de Wet Bopz	31
5.4	Conclusie	32
6.	Slotbeschouwing, conclusies en aanbevelingen	35
	Literatuurlijst	39
	Jurisprudentie	40

1. INLEIDING EN VRAAGSTELLING

De Wet Bijzondere opnemingen in psychiatrische ziekenhuizen (Wet Bopz) maakt eenzijdig optreden van de overheid mogelijk ter afwending van gevaar dat uitgaat van een patiënt met een geestesstoornis. Het gaat aldus om een bijzondere bestuursrechtelijke wet, waarop als zodanig de Algemene wet bestuursrecht (Awb) van toepassing is. Zoals de naamgeving al direct duidelijk maakt, voorziet de Awb in algemene regels van bestuursrecht. Met de Awb is getracht het bestuursrecht eenvoudiger en doorzichtiger te maken, zowel voor het bestuur als voor de burger. De algemene bestuursrechtelijke regels van de Awb dienen bij elk bestuurlijk optreden, dus ook bij de toepassing van de Wet Bopz, in acht te worden genomen, althans in beginsel. Immers, de toepasselijkheid van de Awb kan langs verschillende wegen zijn uitgesloten. Zoals verderop zal blijken, is bij een aantal onderdelen van de Wet Bopz inderdaad van deze mogelijkheden gebruik gemaakt.

Er zijn verschillende aanwijzingen dat de toepasselijkheid van de Awb bij de uitvoering van de Wet Bopz op complicaties en problemen stuit. Zo kan niet van alle bestuursorganen in de Wet Bopz (en met name niet van de geneesheer-directeur en de verantwoordelijke behandelaar) worden verwacht dat zij voldoende op de hoogte zijn van de verplichtingen die uit de Awb voortvloeien en dus in de praktijk daaraan correct toepassing geven. Daar komt bij dat de Wet Bopz diverse malen is gewijzigd, waarbij ook nieuwe onderdelen aan de wet zijn toegevoegd, waardoor telkens weer nieuwe rechtsvragen kunnen ontstaan op het snijvlak met de Awb. Verder zijn in de afgelopen jaren een aantal rechterlijke uitspraken gedaan die er op lijken te wijzen dat de toepassing van bestuursrechtelijke regels in de Bopz-context tot ingewikkelde kwesties leidt. Zo heeft onlangs de Rechtbank Assen, aan wie een klacht over dwangbehandeling werd voorgelegd, zich omstandig afgevraagd waarover precies de rechter een oordeel moest vellen, anders gezegd, wat als het objectum litis moest worden beschouwd: de beslissing van de behandelaar, de klacht zoals oorspronkelijk bij de klachtencommissie ingediend, de beslissing van de klachtencommissie dan wel de rechtmatigheid van de dwangbehandeling (om uiteindelijk voor het laatste te kiezen).¹ Ook is onlangs van de hand van Lennaerts een publicatie verschenen waarin uitvoerig wordt ingegaan op de bestuursrechtelijke vragen die rijzen bij de uitvoering van de Wet Bopz.² Zijns inziens dient er een "attitudewijziging in 'Den Haag'" te komen en moet beter worden geluisterd naar degenen die de wet toepassen.

De vraag rijst daarom of de toepasselijkheid van de Awb bij de uitvoering van de Wet Bopz inderdaad tot onoverkomelijke problemen leidt en zo ja, op welke wijze deze dan zouden kunnen worden verholpen. De vraagstelling van dit onderzoek luidt daarom als volgt:

1 Rb. Assen 23 mei 2006, *BJ* 2006/41, m.nt. Bröring.

2 Lennaerts (2005).

Hoe verhoudt de Wet Bopz zich tot de Algemene wet bestuursrecht, welke knelpunten doen zich hierbij voor en welke oplossingen (c.q. oplossingsrichtingen) kunnen hiervoor worden aangedragen?

Beoogd is een beschrijving en analyse te geven van de raakvlakken van de Wet Bopz en de Awb. Daarbij gaat het niet om een uitputtende opsomming van situaties waarin de Awb consequenties heeft voor de Bopz-praktijk (zo een dergelijke beschrijving al mogelijk zou zijn), maar om een plaatsbepaling van de Awb ten opzichte van de Wet Bopz, alsmede een typologie en analyse van de grensvlak-problematiek, om op basis daarvan te kunnen vaststellen waar de werkelijke knelpunten liggen, en wat daaraan mogelijk zou kunnen worden gedaan. Het gaat in dit onderzoek om een analyse van wetgeving, jurisprudentie en literatuur. Daarnaast waren enkele vragen over de relatie Awb en Wet Bopz opgenomen in de algemene vragenlijst die in het kader van de derde evaluatie van de Wet Bopz is uitgezet. In dit onderzoek ligt de nadruk echter op de juridische analyse, niet op de empirie.

Het plan van behandeling is als volgt. In hoofdstuk 2 wordt het systeem van de Awb in relatie tot de Wet Bopz nader verkend. Dan wordt een eerste tussenbalans opgemaakt. In hoofdstuk 3 worden de grensvlakken tussen beide wetten in kaart gebracht en wordt vervolgens een tweede tussenbalans opgemaakt. Daarna worden in hoofdstuk 4 de mogelijke problemen bij de toepassing van de Awb in het kader van de Wet Bopz geanalyseerd op drie niveaus: kennis van de Awb-verplichtingen, werkbaarheid ervan en het bijzondere karakter van de Wet Bopz. Duidelijk zal worden dat de relatie tussen de Awb en de Wet Bopz weliswaar gecompliceerd is, maar dat de problemen ook weer niet onoverkomelijk zijn. In hoofdstuk 5 wordt dan het eigenlijke probleem van de bestuursrechtelijke context van de Wet Bopz blootgelegd, te weten de civielrechtelijke inbedding van het stelsel van rechtsbescherming. Hoofdstuk 6 sluit af met een korte slotbeschouwing, conclusies en aanbevelingen.

2. DE AWWB EN DE WET BOPZ: PLAATSBEPAALING

2.1 Doelstellingen en inhoud Awb

In de Awb is (voor een belangrijk deel) het algemene deel van het bestuursrecht vastgelegd. De wet omvat zowel materieel als formeel bestuursrecht, net als de Wet Bopz trouwens. Aan de Awb liggen vier doelen ten grondslag:

- het bevorderen van eenheid binnen de bestuursrechtelijke wetgeving;
- het systematiseren en, waar mogelijk, vereenvoudigen van de bestuursrechtelijke wetgeving;
- het codificeren van ontwikkelingen die zich in de bestuursrechtelijke jurisprudentie hebben afgetekend; en
- het treffen van voorzieningen die zich naar hun aard niet lenen voor regeling in een bijzondere wet.³

Daarnaast kent de Awb ook een aantal meer impliciete doelstellingen, zoals bijvoorbeeld het bevorderen van de zorgvuldigheid en de tijdigheid van de bestuurlijke besluitvorming. Dergelijke doelstellingen kunnen worden afgeleid uit de wettekst.⁴

Kenmerkend voor de Awb is de gelaagde opbouw, hetgeen de wet complex maakt.

Na het eerste hoofdstuk met een aantal inleidende bepalingen en een hoofdstuk over regels die in het verkeer tussen burgers en bestuursorganen in acht moeten worden genomen, volgen in hoofdstuk 3 algemene bepalingen over besluiten en in hoofdstuk 4 bijzondere bepalingen over besluiten. Hoofdstuk 5 ziet op de handhaving, terwijl de hoofdstukken 6 tot en met 8 over bezwaar en beroep gaan: hoofdstuk 6 bevat algemene bepalingen over bezwaar en beroep, hoofdstuk 7 bijzondere bepalingen over bezwaar en administratief beroep en hoofdstuk 8 bepalingen over het beroep bij de rechtbank. Hoofdstuk 9 gaat over de klachtbehandeling (door een bestuursorgaan en door een ombudsman). Hoofdstuk 10 bevat bepalingen over bestuursorganen (regels over mandaat, delegatie en attributie respectievelijk over toezicht op bestuursorganen). In hoofdstuk 11 volgen nog enkele slotbepalingen.

2.2 Soorten normen

De Awb kent vier soorten normen: dwingende, regelende, aanvullende en facultatieve. Van **dwingende** normen kan niet worden afgeweken, ook niet door de bijzondere wetgever. Voorbeelden zijn het verbod van vooringenomenheid (art. 2:4 Awb), de eis van zorgvuldige voorbereiding van besluiten (art. 3:2) en het verbod van détournement de pouvoir (art. 3:3 Awb). **Regelende** normen zijn normen die normaliter gelden, maar waarbij is voorzien dat de bijzondere wetgever ervan kan afwijken. Daar moeten dan wel goede redenen voor zijn, en de afwijking moet ook uitdrukkelijk gebeuren. Zo regelt afdeling 3.6 Awb de bekendmaking van besluiten, maar laat toe dat bij wettelijk voorschift een andere regeling wordt getroffen. Dat is

3 Van Wijk/Konijnenbelt & Van Male (2005), p. 55.

4 Noordam (1997), p. 159.

in de Wet Bopz onder meer gebeurd ten aanzien van het besluit tot intrekking van verlof. Bepaald is dat in afwijking van de Awb de intrekking moet worden bekendgemaakt bij geschrift, en wel binnen vier dagen na de dag waarop de beslissing is genomen (art. 46 lid 1 Wet Bopz). Op **aanvullende** normen kan worden teruggevallen als de bijzondere wetgever heeft nagelaten terzake een regeling te treffen. Daarvan kent de Awb overigens maar weinig voorbeelden. Zo moet, indien de bijzondere wet zelf geen termijnstelling kent, een beslissing op aanvraag binnen redelijke termijn worden gegeven. **Facultatieve** normen ten slotte zijn normen die slechts van toepassing zijn als de bijzondere wetgever dat nadrukkelijk heeft bepaald. Van deze mogelijkheid is in de Wet Bopz geen gebruik gemaakt.

2.3 Aanpassing Wet Bopz

Na een lange parlementaire behandeling, die reeds in 1971 is begonnen, is de Wet Bopz in 1992 in het Staatsblad verschenen. De eerste tranche van de Awb bereikte in datzelfde jaar het Staatsblad.⁵ Door middel van de Aanpassingswet Awb III (ook wel Bezemwet genoemd)⁶ is de Wet Bopz op de Awb afgestemd. Dit heeft er onder meer toe geleid dat een aantal reeds in de Awb gegeven voorschriften als overbodig zijn geschrapt. Dit is overigens niet altijd correct gebeurd, zie bijvoorbeeld art. 46 lid 1 Wet Bopz waar het gaat over een beschikking van de geneesheer-directeur en verzuimd is de verplichtingen tot horen, schriftelijkheid en motivering te schrappen.

2.4 Beperkingen toepasselijkheid Awb

Op het feit dat de Awb in beginsel van toepassing is op de overheidshandelingen in het kader van de Wet Bopz bestaat een aantal uitzonderingen. In de eerste plaats gaat de Awb voor een belangrijk deel over 'besluiten' (kort gezegd: schriftelijke publiekrechtelijke rechtshandelingen, zie verder), afkomstig van bestuursorganen (kort gezegd: overheidsorganen, met uitzondering van de wetgever en de rechter, zie verder). Zo geldt de Awb niet voor beslissingen die de rechtbank op grond van de Wet Bopz neemt. In de tweede plaats sluit de Awb zelf haar toepasselijkheid in een aantal situaties uit. Zo is de gehele Wet Bopz op de zogenoemde negatieve lijst geplaatst en daarmee uitgesloten van de Awb-regeling van bezwaar en beroep op de rechtbank. In de derde plaats kunnen bij samenloop de bijzondere regels van de Wet Bopz de toepasselijkheid van de algemene regeling van de Awb uitsluiten. Daarvan is in de Wet Bopz overigens maar spaarzaam gebruik gemaakt.⁷

5 Wet van 4 juni 1992, Stb. 315. Samen met de tweede tranche is de eerste tranche op 1 januari 1994 in werking getreden. De derde tranche is op 1 januari 1998 in werking getreden. Een wetsvoorstel voor de vierde tranche is in 2004 bij het parlement ingediend.

6 Wet van 23 december 1993, Stb. 690.

7 Lennaerts (2005), p. 7.

2.5 Besluiten in de Wet Bopz

Bij bestuursbesluiten op grond van de Wet Bopz gaat het vrijwel altijd om beschikkingen. Een **beschikking** is een bestuursbesluit dat geen algemene strekking heeft. Het moet worden onderscheiden van, onder meer, feitelijke handelingen. Rechtsgevolg heeft een besluit als het blijkt uit een schriftelijk stuk en is bekendgemaakt door toezending, uitreiking, kennisgeving in een blad of op een andere geschikte wijze.

Binnen de Wet Bopz doet zich het merkwaardige fenomeen voor dat een bepaalde beslissing een beschikking kan zijn, maar ook feitelijk handelen, dit afhankelijk van de vraag of positief dan wel negatief wordt beslist. Zo is de beslissing van de Officier van Justitie op een verzoek (van de naasten) een rechterlijke machtiging te verzoeken een beschikking als eerstbedoeld verzoek wordt afgewezen en feitelijk handelen als het wordt toegewezen (in dat laatste geval is er immers geen rechtsgevolg, in het eerste geval wel). Ook bij verlof- en ontslagbeslissingen van de geneesheer-directeur kan er sprake van zijn dat er in het ene geval wel en in het andere geval geen beschikking is. Als de rechtbank beslist heeft dat verlof of ontslag moet worden verleend of als het besluit rechtstreeks uit de wet voortvloeit (bijvoorbeeld omdat de geldigheidsduur van de rechterlijke machtiging is verstreken, terwijl er geen verlengingsverzoek voorligt), dan is het uitvoering geven daaraan door de geneesheer-directeur feitelijk handelen. De Awb is overigens in beginsel ook op feitelijk handelen van toepassing, maar in dit geval niet (omdat de geneesheer-directeur een b-orgaan is, zie verder). Van een beschikking is slechts sprake als op basis van het oordeel van de geneesheer-directeur dat het gevaar is geweken of betrokkene niet langer gestoord is in zijn geestvermogens, deze ontslag verleent c.q. dit weigert. Hetzelfde geldt voor verlofverlening en de daarbij te stellen voorwaarden.

2.6 Bestuursorganen in de Wet Bopz

Met betrekking tot het begrip bestuursorgaan onderscheidt art. 1:1 Awb zogenoemde a-organen en b-organen. Een **a-orgaan** is 'een orgaan van een rechtspersoon die krachtens publiekrecht is ingesteld'. A-organen in de Wet Bopz zijn de burgemeester, de officier van justitie en de inspecteur. Een **b-orgaan** is 'een ander persoon of college, met enig openbaar gezag bekleed'. Dit laatste betekent dat de betrokkene bevoegd moet zijn om eenzijdig rechten of plichten voor een ander in het leven te roepen of bindend vast te stellen. Van geval tot geval moet worden bepaald of van een dergelijke bevoegdheid sprake is. Voorbeelden in de Wet Bopz zijn de bevoegdheden van de geneesheer-directeur tot het verlenen van verlof en ontslag. Met betrekking tot deze door de wet toegekende bevoegdheden treedt de geneesheer-directeur op als bestuursorgaan. Andere voorbeelden zijn de 'behandelaar' in relatie tot diens bevoegdheden in het kader van de voorwaardelijke machtiging en 'de voor de behandeling verantwoordelijke persoon' in art. 38 Wet Bopz. Van belang is dat

b-organen slechts bestuursorgaan zijn voor zover ze met openbaar gezag zijn bekleed, daarbuiten niet.

Op a-organen is de Awb ook van toepassing als ze privaatrechtelijke of feitelijke handelingen verrichten, op b-organen niet. Lennaerts heeft er in dit verband op gewezen dat medewerkers van een ziekenhuis zich steeds moeten afvragen of zij privaatrechtelijke of bestuursrechtelijke handelingen verrichten.⁸ Dat is voor de praktijk uiteraard geen geringe eis.

De Wet Bopz kent overigens meer bestuursorganen dan de reeds genoemde. Gewezen kan worden op de minister van Welzijn, Volksgezondheid en Cultuur, de minister van Justitie en de indicatiecommissies die oordelen over de noodzaak van opnemings- en verblijfsplaatsen in een zwakzinnigeninrichting of verpleeginrichting (art. 60 lid 3 Wet Bopz). Ook de klachtencommissies moeten, anders dan men wellicht zou verwachten,⁹ als bestuursorganen worden beschouwd, zeker nu gegrondverklaring van de klacht met zich brengt dat de bestreden beslissing geheel of gedeeltelijk wordt vernietigd (art. 41 lid 8 Wet Bopz).¹⁰ Daarnaast is de klachtencommissie bevoegd tot schorsing (art. 41 lid 4 Wet Bopz).¹¹

2.7 Plaatsing op negatieve lijst

Voorheen waren slechts enkele artikelen uit de Wet Bopz op de negatieve lijst geplaatst. De consequentie hiervan was dat in een aantal gevallen toch (onbedoeld) bezwaar en beroep bij de bestuursrechter openstond.¹² Deze gaten zijn inmiddels gedicht door de Wet Bopz in haar geheel op de negatieve lijst te plaatsen.¹³ Voor alle duidelijkheid: plaatsing op de negatieve lijst betekent alleen dat de bepalingen inzake bezwaar en beroep terzijde zijn gesteld, niet de overige bepalingen van de Awb.

Plaatsing van de gehele Wet Bopz op de negatieve lijst voorkomt onbedoelde bezwaar- en beroepsmogelijkheden, maar de consequentie ervan is wel dat waar rechtsbescherming aangewezen is, niet de bestuursrechter, maar de burgerlijke rechter als 'restrechter' zal moeten optreden. Dit kan zich bijvoorbeeld voordoen wanneer de betrokkene wil opkomen tegen de weigering van de geneesheer-directeur om verlof te verlenen. In dat geval moet de dagvaardingsprocedure worden gevolgd, met de bijbehorende hoogdrempelige toegang en hoge kosten voor de betrokken patiënt. Voor instellingen betekent dit een lange verjaringstermijn,

8 Lennaerts (2005), p. 10-11.

9 Immers, klachtencommissies nemen als regel geen beslissingen met rechtsgevolg.

10 Wet van 17 november 2005, Stb. 617 (wijziging klachtregeling), in werking getreden op 1 maart 2006.

11 Zie over de schorsingsbevoegdheid Dute (2004).

12 Zie Lennaerts (2005) voor enkele voorbeelden.

13 Dit is gebeurd via art. II Wet van 17 november 2005, Stb. 617 (wijziging klachtregeling), in werking getreden op 1 maart 2006.

terwijl voor zowel instelling als patiënt geldt dat bijstand door een advocaat verplicht is, bepaalde formaliteiten in acht moeten worden genomen, en de procedure traag verloopt.

Dat het gat misschien ook iets te rigouros is gedicht, blijkt uit het volgende voorbeeld. Bij een afwijzende beslissing van de Officier van Justitie om op verzoek van naasten over te gaan tot het verzoeken van een rechterlijke machtiging staat (anders dan voorheen) geen Awb-bezwaar en -beroep meer open.

Rechtsbescherming zal dus moeten worden verkregen via de burgerlijke rechter als restrechter. Dit betekent dat de situatie zich kan voordoen dat de burgerlijke rechter eerst de Officier van Justitie gelast om een verzoek te doen, om daarna zelf over dat verzoek te beslissen. Dijkers stelt terecht vast dat deze gang van zaken “in het licht van de rechterlijke onbevangenheid (onbevooroordeeldheid) ongelukkig” is.¹⁴

2.8 Een eerste tussenbalans

Zowel de Wet Bopz als de Awb zijn gecompliceerde wetten. De Wet Bopz heeft een ingewikkelde structuur en is gedetailleerd. Diverse malen is de wet bovendien gewijzigd en uitgebouwd. De wet kent verder vele en uiteenlopende beschikkingsbevoegdheden toe aan een grote diversiteit aan personen en instanties die als bestuursorganen optreden. Daarnaast is er de bijzondere positie van de rechter, die niet als bestuursrechter maar als civiele rechter optreedt. De Awb op haar beurt is een zeer omvangrijke wet, met weliswaar een heldere systematiek, maar door haar gelaagde structuur niet eenvoudig te doorgronden, zeker niet voor niet-juristen. Het hoeft daarom geen verbazing te wekken dat ook de relatie tussen de Awb en de Wet Bopz complex is. De toepasser van de Wet Bopz moet niet alleen in deze wet zijn weg kunnen vinden, maar ook goed thuis zijn in de opbouw van de Awb om te weten welke regels uit die wet in concrete situaties van toepassing zijn. De complexiteit wordt nog eens versterkt door de ingewikkelde structuur van de Wet Bopz, het grote aantal betrokken bestuursorganen, en de bijzondere civielrechtelijke regeling van de rechtsbescherming.

Van belang is verder de constatering dat de Wet Bopz, met zijn lange wordingsgeschiedenis, van oorsprong niet is opgezet vanuit de Awb-systematiek. Toen het wetsontwerp in 1971 bij de Tweede Kamer werd ingediend, was er van enige gedachtevorming rond een Algemene wet bestuursrecht nog volstrekt geen sprake.¹⁵ Ook het bestuursrecht als vakgebied zelf was nog bepaald niet tot wasdom gekomen. Beide wetten verschenen in hetzelfde jaar in het Staatsblad. De Awb heeft de Wet Bopz dus als het ware ingehaald. De Wet Bopz is niet van meet af aan vanuit eigentijdse bestuursrechtelijke gezichtspunten doordacht.

14 Dijkers & Widdershoven (2006), aantekening 3.4 bij art. 4.

15 Pas in 1984 verscheen het Rapport van de Commissie inzake algemene bepalingen van administratief recht.

Een tweede, daarmee samenhangend aspect is dat de wetgever met de Wet Bopz heeft willen voortbouwen op de historie, met als gevolg dat de wetgever de bestuursrechtelijke invalshoek, meer bepaald de systematiek van de Awb, te weinig heeft meegenomen c.q. kunnen meenemen. De 'Krankzinnigenwetgeving' heeft lange wortels en de historie gaat terug tot regelingen die moesten functioneren in tijden dat er nog geen bestuursrecht was, meer in het bijzonder dat er nog geen administratieve rechter was. Zoals nog zal blijken worden veel bestuursrechtelijke problemen die samenhangen met de Wet Bopz veroorzaakt door de civielrechtelijke inbedding van de rechtsbescherming.

Kortom, beide wetten zijn complex, zodat het voor de hand ligt dat ook hun onderlinge verhouding complex is. Verder bouwt de Wet Bopz voort op regelingen die functioneerden in tijden dat het bestuursrecht nog geen afzonderlijke juridische discipline was, laat staan dat er algemene, op iedere bijzondere bestuursrechtelijke wet van toepassing zijnde rechtsregels bestonden.

3. DE GRENSVLAKKEN TUSSEN DE AWPB EN DE WET BOPZ

3.1 Inleiding

De Awb en de Wet Bopz zijn, ieder op hun eigen manier, complexe wetten, die in een complexe verhouding tot elkaar staan. Maar welke kwesties spelen er nu met name op het grensvlak van de Awb en de Wet Bopz? In dit hoofdstuk zal geen uitputtende opsomming worden gegeven van alle situaties waarin de Awb relevant kan zijn voor de toepassing van de Wet Bopz, maar een typologie worden gegeven van de raakvlakken tussen beide wetten. Daarbij zal aan de hand van wetgeving en jurisprudentie ook telkens een aantal voorbeelden worden gegeven en zullen specifieke kwesties nader worden uitgewerkt.

3.2 Algemene normen

In de eerste plaats kent de Awb een aantal algemene verplichtingen die steeds dan wel onder omstandigheden van toepassing kunnen zijn bij de uitvoering van de Wet Bopz. Algemene verplichtingen die steeds van toepassing zijn, zijn onder meer het verbod van vooringenomenheid (art. 2:4 Awb), de eis van zorgvuldige voorbereiding van besluiten (art. 3:2 Awb), het verbod van détournement de pouvoir (art. 3:3 Awb)¹⁶ en het gebod tot zorgvuldige en evenwichtige afweging van belangen (art. 3:4). Het gaat hier om fundamentele bestuursrechtelijke normen, waarvan de terzijdestelling geen punt van discussie kan zijn.

Daarnaast kent de Awb een aantal verplichtingen die onder omstandigheden, dat wil zeggen afhankelijk van de voorliggende kwestie, van toepassing kunnen zijn, zoals de doorzendplicht (art. 2:3 Awb) en de plicht tot toetsing van een uitgebracht advies dat aan een beslissing ten grondslag wordt gelegd (art. 3:9 Awb).

3.3 Kwalificatie van het bestuursrechtelijke handelen

Een tweede groep grensvlakproblemen betreft de vraag hoe een bepaalde bestuursrechtelijke handeling moet worden gekwalificeerd. Zo kan de vraag worden gesteld of de ontneming van gevaarlijke goederen aan een gedwongen opgenomen patiënt als feitelijk handelen moet worden gezien of dat dit toch een bestuursbesluit impliceert? Dezelfde vraag kan worden gesteld bij het controleren van post, het opleggen van bezoekbeperkingen en van beperkingen van de bewegingsvrijheid en het telefoonverkeer.¹⁷ Tot deze groep grensvlakproblemen behoort ook het – reeds in het vorige hoofdstuk aangeduide – fenomeen dat een en dezelfde beslissing zowel een beschikking als feitelijk handelen kan zijn, afhankelijk van de vraag of in

16 Het verbod van détournement de pouvoir (verbod van misbruik van bevoegdheid) houdt in dat een bevoegdheid niet mag worden gebruikt voor een ander doel dan waarvoor zij is gegeven.

17 Lennaerts (2005), p. 38-39.

positieve dan wel negatieve zin wordt beslist. Zo is de beslissing van de Officier van Justitie op een verzoek om over te gaan tot het verzoeken van een rechterlijke machtiging een beschikking bij afwijzing (want heeft dan rechtsgevolg), feitelijk handelen bij toewijzing. Overigens is deze kwalificatievraag vooral van belang voor de vraag of Awb-rechtsbescherming open staat (tegen feitelijk handelen kan geen Awb-bezwaar en –beroep worden ingesteld). Nu de Wet Bopz in zijn geheel op de negatieve lijst is geplaatst, is deze kwalificatievraag van ondergeschikt belang geworden.

In de jurisprudentie is verschillende malen duidelijk gemaakt dat bepaalde beslissingen moeten worden aangemerkt als besluiten. Zo overwoog de Rechtbank 's-Hertogenbosch in 2001 nadrukkelijk en in algemene zin dat beslissingen tot het toepassen van maatregelen als bedoeld in art. 38 en 39 Wet Bopz beschikkingen zijn in de zin van de Awb.¹⁸ Soms wordt echter in concreto geen besluit aanwezig geacht, omdat niet is voldaan aan de eisen die de Awb daaraan stelt. Zo was volgens de Rechtbank Assen in 2005 de beëindiging van de inbewaringstelling geen besluit overeenkomstig de Awb, omdat er geen op schrift gestelde en tot de betrokkene gerichte beslissing was (maar slechts een brief aan de Officier van Justitie).¹⁹ Ook een mondeling gegeven bevel (in casu aan een psychiatrisch ziekenhuis om een patiënt met een IBS op te nemen) is geen besluit in de zin van de Awb.²⁰ Het ontbreken van schriftelijkheid zal overigens vaker in de weg staan aan het aannemen van een beschikking, zeker als het om dwangtoepassing binnen de instelling gaat. Volgens Bröring is de beslissing om tot dwangtoepassing over te gaan dan echter nog steeds een (publiekrechtelijke) rechtshandeling, waarop “algemene (Awb-)besluitvormingseisen van toepassing zijn; zo niet via de schakelbepaling van art. 3:1 lid 2 Awb, dan wel op basis van het ongeschreven recht (de algemene beginselen van behoorlijk bestuur).”²¹

3.4 Optreden als (bevoegd) bestuursorgaan

Een derde raakvlak tussen de Awb en de Wet Bopz betreft de vraag naar de bestuursorganen in de Wet Bopz en hun bevoegdheid tot het nemen van besluiten.²² Hieraan zitten verschillende aspecten.

- 18 Rb. 's-Hertogenbosch 2 november 2001, *BJ* 2002/18; zie over de vraag of de vaststelling en toepassing van het behandelingsplan als beschikking moet worden aangemerkt de noot van Bröring onder Rb. Groningen 21 november 2003, *BJ* 2004/58.
- 19 Rb. Assen 7 juli 2005, *BJ* 2005/27, m.nt. red.
- 20 Rb. Amsterdam 12 augustus 2001, *BJ* 2001/58.
- 21 Bröring in onderdeel 2 van zijn noot onder Rb. Assen 23 mei 2006, *BJ* 2006/41.
- 22 Bevoegdheden moeten natuurlijk wel worden waargemaakt. Daarvan is geen sprake als in het kader van de inbewaringstelling gebruik wordt gemaakt van voorgetekende blanco formulieren. Zie hierover Rb. Almelo 23 november 2001, *BJ* 2002/3.

De **eerste kwestie** is welke personen en instellingen als bestuursorgaan moeten worden aangemerkt. Hierop is in het vorige hoofdstuk reeds ingegaan. Verschillende malen is in de jurisprudentie uitgemaakt dat gehandeld wordt als bestuursorgaan. Zo overwoog de Rechtbank Breda in 2005 dat de geneesheer-directeur, wanneer deze beslist tot opname van een patiënt ten aanzien van wie een voorwaardelijke machtiging geldt, handelt als bestuursorgaan.²³ Bij de intrekking van voorwaardelijk ontslag treedt de geneesheer-directeur op als bestuursorgaan, aldus Rechtbank Amsterdam in 2004.²⁴

De **tweede kwestie** betreft de vraag of het bestuursorgaan dat een besluit heeft genomen, daartoe wel bevoegd was.²⁵ Het gaat hier met name om de vraag of *mandatering* heeft plaatsgevonden respectievelijk rechtens heeft mogen plaatsvinden. Een voorbeeld van het eerste is de beslissing van de Rechtbank Groningen in 2004, waarin een wethouder een inbewaringstelling had gelast zonder dat daaraan een (teken- of beslissings)mandaat ten grondslag lag.²⁶ Derhalve was het besluit genomen door een daartoe niet bevoegd bestuursorgaan.²⁷ Een voorbeeld van een rechtens niet-toelaatbare mandatering is de mandatering van verlof-beslissingen of van de verstrekking van een geneeskundige verklaring door de geneesheer-directeur aan anderen.²⁸

De regeling voor mandaat, opgenomen in afdeling 10.1.1 Awb, vindt in het kader van de Wet Bopz geregeld toepassing. Het gaat dan met name om mandaatverlening door de geneesheer-directeur (aan bijvoorbeeld de behandelend arts) en door de burgemeester (aan de wethouder). Beslissen op grond van mandaat moet niet worden verward met beslissen als plaatsvervanger. Volgens de Hoge Raad omvat het begrip geneesheer-directeur ook diens plaatsvervanger en degene die belast is met de zorg voor de algemene gang van zaken op geneeskundig gebied in het ziekenhuis.²⁹

Mandaat is volgens art. 10:1 Awb toegestaan tenzij de wet of de aard van de taak zich hiertegen verzet. Ten aanzien van de taakuitoefening door de geneesheer-directeur wordt wel onderscheid gemaakt tussen eigenlijke en oneigenlijke taken. Eigenlijke taken, zoals het ondertekenen van geneeskundige verklaringen (laat staan het

23 Rb. Breda 30 maart 2005, *BJ* 2005/20, m.nt. red.

24 Rb. Amsterdam 26 januari 2004, *BJ* 2004/41, m.nt. red.

25 Daaraan gaat de vraag vooraf wie in concreto een bepaald besluit heeft genomen. Illustratief in dit verband is Rb. Roermond 19 juni 2003, *BJ* 2003/45, m.nt. Bröring, waarin niet duidelijk was van wie het bestreden besluit (tot intrekking van het voorwaardelijk ontslag) was uitgegaan.

26 Rb. Groningen 15 juli 2004, *BJ* 2004/47.

27 Kritiek hierop van Lennaerts (2005), p. 22-23, die van oordeel is dat het besluit überhaupt niet door een bestuursorgaan is genomen.

28 HR 21 januari 2000, *kBJ* 2001, 1, m.nt. WD, *NJ* 2000, 191.

29 Zie vorige noot.

verstrekken ervan), mogen volgens de reeds genoemde uitspraak van de Hoge Raad niet worden gemandateerd. Overigens vindt Dijkers het arrest op dit punt niet overtuigend, omdat niet gerefereerd wordt aan een verantwoorde bevoegdheids-uitoefening in concreto, maar slechts gekeken wordt naar de formele positie van de ondertekenaar. Zijns inziens kan dit leiden tot het blindelings ondertekenen van verklaringen.³⁰

De burgemeester kan de bevoegdheid tot het gelasten van een inbewaringstelling alleen mandateren aan een wethouder.³¹ Dit blijkt uit de laatste volzin van art. 20 lid 1 Wet Bopz waar staat dat de burgemeester de uitoefening van de bevoegdheid aan een wethouder kan 'delegeren' (de woordkeus is overigens een vergissing van de wetgever, het gaat hier zonneklaar om mandaat).

Dijkers maakt bij de vraag of mandaat toelaatbaar is in algemene zin nog onderscheid tussen de vraag of het gaat om een positieve beslissing voor de betrokkene (bijvoorbeeld verlening van verlof of ontslag) of een voor betrokkene negatieve beslissing (de afwijzing daarvan). Bij positieve beslissingen zou vanuit het oogpunt van rechtsbescherming eerder ruimte zijn voor mandaat.³² Mijns inziens gaat dit slechts op voor zover geen gevaar voor derden aan de orde is.

De **derde kwestie** betreft het nemen van besluiten waarvoor in het geheel geen bevoegdheid bestaat. Zo heeft een besluit van de geneesheer-directeur tot voortzetting van de vrijheidsontneming nadat de rechterlijke machtiging is geëxpireerd geen wettelijke grondslag. Dit hoeft overigens niet uit te sluiten dat toch een beschikking wordt aangenomen, dit in verband met de rechtsbescherming (strategisch beschikkingsbegrip).

De **vierde kwestie**, ten slotte, betreft het feit dat een enkele maal in de Wet Bopz niet wordt aangegeven welk bestuursorgaan het besluit mag nemen. Dit betreft met name de beslissing tot dwangbehandeling ex art. 38 Wet Bopz.³³ Volgens Bröring is dit "staatsrechtelijk uit den boze voor zo'n in grondrechten ingrijpend besluit". Volgens de Rechtbank Dordrecht in 2004 komt deze bevoegdheid toe aan de voor de behandeling verantwoordelijke persoon.³⁴ Ook Advocaat-Generaal Langemeijer komt

30 Dijkers & Widdershoven (2006), aantekening 2.6 bij art. 1 Bopz.

31 Een wethouder kan in bepaalde gevallen ook loco-burgemeester zijn. In dat geval treedt hij op als plaatsvervanger van de burgemeester en is mandaat niet aan de orde. Zie Rb. Groningen 15 juli 2004, *BJ* 2004/47, waar de betrokken wethouder niet de dienstdoende loco-burgemeester was en hem evenmin mandaat verleend was, zodat de last tot inbewaringstelling was gegeven door een niet daartoe bevoegd orgaan.

32 Dijkers & Widdershoven (2006), aantekening 9.5 bij art. 45 Bopz.

33 Rb. Groningen 21 november 2003, *BJ* 2004/58, m.nt. Bröring.

34 Rb. Dordrecht 10 november 2004, *BJ* 2005/8, m.nt. De Roode.

tot deze conclusie.³⁵ Overigens geeft de wet ook niet aan wie mag besluiten tot toepassing van middelen of maatregelen ex art. 39 Wet Bopz en wie de vrijheidsbeperkingen als bedoeld in art. 40 Wet Bopz mag opleggen.

Bevoegdheidskwesties zijn eigenlijk maar weinig terug te vinden in de (gepubliceerde) Bopz-jurisprudentie. De reden hiervoor is niet helemaal duidelijk. Gelet op de ingewikkelde bevoegdhedenstructuur van de Wet Bopz mag immers worden verwacht dat in de praktijk zich op dit punt geregeld problemen zullen voordoen. De rechter is bovendien gehouden eventuele bevoegdheidsgebreken ambtshalve te onderzoeken. Wellicht hangt de geringe aandacht voor bevoegdheidsvragen samen met de wijze van toetsing in verzoekschriftprocedures, zoals die op geleide van de jurisprudentie van de Hoge Raad gestalte heeft gekregen. In hoofdstuk 5 komt dit punt nader aan de orde.

3.5 Toepasselijkheid Awb-regels op voorbereiding en nemen van besluiten

De Awb kent regels voor de voorbereiding en het nemen van besluiten, welke regels ook op besluiten (en feitelijk handelen) in het kader van de Wet Bopz van toepassing zijn, bijvoorbeeld ten aanzien van verlof- en ontslagbeslissingen.³⁶ Zo vereist art. 3:2 Awb dat bestuursorganen bij de voorbereiding van besluiten de nodige kennis over de relevante feiten en af te wegen belangen moeten vergaren. Art. 4:8 e.v. Awb regelt verder de situaties waarin een hoorplicht geldt (waarvan in het kader van de Wet Bopz vooral de belastende beschikking van belang is). Uitzonderingen worden gegeven in art. 4:11 Awb. Zo kan van horen worden afgezien als de vereiste spoed zich daartegen verzet of als het met de beschikking beoogde doel slechts kan worden bereikt indien de belanghebbende niet van te voren daarvan in kennis is gesteld. Bij een beschikking op aanvraag bestaat een hoorplicht van de aanvrager slechts bij het voornemen tot afwijzing. De toepassing van de hoorplicht in Bopz-zaken kan soms complex zijn. Zo heeft de Officier van Justitie, die beslist op een verzoek van de naasten van de patiënt om over te gaan tot het doen van een verzoek tot een rechterlijke machtiging, een hoorplicht (ten aanzien van de aanvrager, hier dus de naasten van de patiënt) indien hij voornemens is het verzoek af te wijzen, niet bij toewijzing van het verzoek. Over de vraag of in het laatste geval wel de patiënt moet worden gehoord, kan verschillend worden gedacht. Enerzijds kan worden gesteld dat hij daarbij geen belang heeft, omdat hij in later stadium door de rechter wordt gehoord; anderzijds is het duidelijk dat de beslissing van de Officier van Justitie de start vormt van een (voor hem belastende) procedure.

35 Zie de Conclusie van A-G Langemeijer onder HR 29 april 2005, *BJ* 2005/15, m.nt. Widdershoven.

36 HR 19 december 2003, *BJ* 2004/3.

Ten aanzien van het **nemen** van besluiten kan onder meer worden gewezen op het verbod van détournement de pouvoir (art. 3:3 Awb), het gebod van belangenafweging en het evenredigheidsbeginsel (art. 3:4 Awb) en de eis van een deugdelijke en kenbare motivering (art. 4:16 Awb). Voorts kent de Awb regels voor de *bekendmaking* (art. 3:40 e.v. Awb).³⁷

3.6 Belangenafweging

Bestuursorganen zijn gebonden aan de wet. De wet kan hen echter een zekere beslissingsruimte laten, welke door de rechter moet worden gerespecteerd. Onderscheid wordt daarbij gemaakt tussen beoordelingsvrijheid en beleidsvrijheid.³⁸

Bij **beoordelingsvrijheid** gaat het om de beslissingsruimte die een bestuursorgaan heeft ten aanzien van de vraag of het een bepaalde bevoegdheid al dan niet mag (of moet) uitoefenen, anders gezegd: of het terzake bevoegd is of niet. Deze vraag is bijvoorbeeld aan de orde als de geneesheer-directeur moet beoordelen of het uit de stoornis voortvloeiende gevaar zodanig is verminderd dat het verantwoord is om betrokkene met voorwaardelijk ontslag in de maatschappij te doen terugkeren. Als wordt aangenomen dat de geneesheer-directeur beoordelingsvrijheid op dit punt toekomt, dan mag de rechter slechts marginaal toetsen of hij in de betreffende situatie deze bevoegdheid mocht uitoefenen, anders volledig.

Beleidsvrijheid heeft betrekking op de wijze waarop van de bevoegdheid gebruik mag worden gemaakt. De vraag is dan of het bestuursorgaan op dit punt een eigen belangenafweging mag maken of dat de beslissing direct uit de bewoordingen van de wet voortvloeit. In het eerste geval mag de rechter de beslissing van het bestuursorgaan slechts marginaal toetsen: kon het bestuursorgaan in redelijkheid tot het besluit komen? In het tweede geval is er sprake van een gebonden bevoegdheid. Dan is volledige toetsing door de rechter aangewezen. Een voorbeeld van beleidsvrijheid biedt art. 14d lid 1 Wet Bopz, op grond waarvan de geneesheer-directeur de patiënt kan doen opnemen, wanneer deze de gestelde voorwaarden niet naleeft (een zogenaamde kan-bepaling). Van een gebonden bevoegdheid is in hetzelfde artikellid sprake, waar de geneesheer-directeur de patiënt doet opnemen indien buiten de inrichting het gevaar niet langer kan worden afgewend door de naleving van de voorwaarden.

Problemen ontstaan wanneer de beslissing-met-beleidsvrijheid op vrijheidsbeperking ziet. In dat geval kan de rechter, als habeas corpus rechter en in het licht van het Europees Verdrag tot bescherming van de Rechten van de Mens en fundamentele vrijheden (EVRM), niet volstaan met een marginale toetsing. In de

37 Zie over inwerkingtreding, bekendmaking en hoorplicht onder meer Rb. Amsterdam 4 januari 2001, *BJ* 2001/54, m.nt. Bröring, over hoorplicht en motivering Rb. Amsterdam 9 januari 2002, *BJ* 2002/24, m.nt. Bröring en over motivering Rb. Groningen 21 november 2003, *BJ* 2004/58, m.nt. Bröring.

38 Zie ook Dijkers (2003), p. 355 e.v.

woorden van Dijkers: “in deze zaken van persoonlijke vrijheid heeft de rechter het laatste woord.”³⁹

3.7 Klachtrecht

Zowel de Awb als de Wet Bopz kent een regeling van het klachtrecht. De Awb maakt daarbij onderscheid tussen intern en extern klachtrecht. Onder **intern** klachtrecht wordt verstaan het recht om bij het bestuursorgaan te klagen over diens eigen gedragingen of die van zijn ondergeschikten. De procedure is geregeld in titel 9.1 Awb. Het **externe** klachtrecht, geregeld in titel 9.2 Awb, behelst (in de meeste gevallen) de gang naar de Nationale ombudsman. Hoe verhoudt het Awb-klachtrecht zich tot het klachtrecht op grond van de Wet Bopz (en de Wet klachtrecht cliënten zorgsector)?

In beginsel zijn de Awb-normen voor het klachtrecht ook van toepassing op de Wet Bopz. Echter, toen de regeling van het interne klachtrecht op 1 juli 1999 in werking trad, zijn daarvan uitgezonderd de beleidsterreinen die worden bestreken door de Wet Bopz (en de Wet klachtrecht cliënten zorgsector).⁴⁰ Dit is bedoeld als een tijdelijke uitzondering, teneinde de betreffende specifieke klachtregelingen zoveel mogelijk in overeenstemming te kunnen brengen met de regeling van hoofdstuk 9 Awb.⁴¹ Met ingang van 1 maart 2006 is de regeling van het klachtrecht in de Wet Bopz ingrijpend gewijzigd. In hoeverre daarbij afstemming is gezocht met de regeling van het klachtrecht in de Awb is niet duidelijk.⁴² Art. 9:7 Awb schrijft voor dat een klacht moet worden behandeld door een persoon die niet bij de gedraging waarop de klacht betrekking heeft, betrokken is geweest. Deze formulering spooft niet helemaal met de waarborgen van het Besluit klachtenbehandeling Bopz en met art. 2 lid 2 sub b Wet klachtrecht cliënten zorgsector (Wkcz). Voor het overige lijkt het Awb-klachtrecht geen meerwaarde te hebben ten opzichte van het Bopz- en het Wkcz-klachtrecht.⁴³

39 Dijkers (2003), p. 356; Bröring in zijn noot onder Rb. Amsterdam 4 januari 2001, *BJ* 2001/54; Conclusie A-G Langemeijer bij HR 17 februari 2006, *BJ* 2006/7, m.nt. Bröring.

40 Stb. 1999, 241.

41 Kamerstukken II, vergaderjaar 1997-1998, 25 837, nr. 3, p. 26-27.

42 In de parlementaire stukken wordt slechts geconstateerd dat de Awb-regeling voor de behandeling van klachten niet geldt voor de Bopz (Kamerstukken II, vergaderjaar 2002-2003, 28 999, nr. 3, p. 2), terwijl voorts duidelijk wordt dat op onderdelen aansluiting is gezocht op de systematiek van de Awb inzake bezwaar en beroep in de Awb (Kamerstukken II, vergaderjaar 2003-2004, 28 999, nr. 5, p. 4-5). Daarmee is het zicht op de relatie tot het Awb-klachtrecht uit het vizier geraakt.

43 Een uitzondering is wellicht art. 9:6 Awb dat het bestuursorgaan verplicht de ontvangst van een klaagschrift schriftelijk te bevestigen en de aangeklaagde een afschrift van het klaagschrift te sturen (al heeft dit onderwerp doorgaans regeling gevonden in het reglement van de klachtencommissie). Voor het Wkcz-klachtrecht kan verder nog worden gewezen op art. 9:11 lid 1 Awb, dat een termijn stelt voor de afhandeling van de klacht. In de Wkcz wordt dat aan het reglement van de commissie overgelaten.

Het is echter hoe dan ook gewenst dat op dit punt spoedig tot een definitieve afstemming tussen Awb enerzijds en Wet Bopz/Wkcz anderzijds wordt gekomen. De regeling van het externe klachtrecht is volledig in werking getreden op 1 januari 2006.⁴⁴ Op grond van art. 9:18 Awb heeft eenieder het recht om over een gedraging van een bestuursorgaan te klagen bij de ombudsman.⁴⁵ De ombudsman is bevoegd een onderzoek in te stellen naar de wijze waarop een bestuursorgaan zich in een bepaalde aangelegenheid heeft gedragen. Hij is echter absoluut onbevoegd als het gaat om algemene beleidskwesties, gedragingen waartegen beklag of beroep openstaat, gedragingen waarover de administratieve rechter uitspraak heeft gedaan en gedragingen waarover een procedure bij een andere rechter dan de administratieve rechter aanhangig is of open staat (art. 9:22 Awb). In een aantal andere gevallen is de ombudsman wel bevoegd, maar niet verplicht om een onderzoek in te stellen. Dit is onder meer het geval als over de gedraging beklag of beroep had kunnen worden ingesteld of wanneer door een andere rechterlijke instantie dan een administratieve rechter uitspraak is gedaan (art. 9:23 Awb). De civielrechtelijke inbedding van de rechtsbescherming in de Wet Bopz brengt dus mee dat, ook in kwesties die aan de rechter of de klachtencommissie kunnen worden voorgelegd, de weg naar de ombudsman niet is afgesneden, zij het dat deze dan niet verplicht is de klacht in behandeling te nemen. Verder kan de ombudsman niet worden geadieerd zolang de beklag- en beroepsprocedures openstaan. Bijzondere grensvlakproblemen lijken zich hier niet voor te doen.

3.8 Mogelijkheid van bezwaar en beroep

Volledigheidshalve wordt hier als raakvlak nog genoemd de mogelijkheid om op grond van de Awb bezwaar en beroep in te stellen. Sinds de Wet Bopz in 2006 in zijn geheel op de negatieve lijst is geplaatst, kunnen echter deze rechtsbeschermingsmogelijkheden niet langer meer worden benut.

3.9 Toezicht

Afdeling 5.2 Awb regelt het handhavingstoezicht, dat wil zeggen het toezicht op de naleving van hetgeen bij of krachtens de wet is bepaald. De betreffende afdeling kent een tweetal normen voor het uitoefenen van toezicht (de legitimatieplicht en de eis van evenredigheid) en voorziet verder in een aantal bevoegdheden – doorgaans aangeduid als het ‘standaardpakket’ – welke bevoegdheden bij wet kunnen worden

44 Stb. 2005, 116.

45 Voor de bestuursorganen in het kader van de Wet Bopz zal dit doorgaans de Nationale ombudsman zijn (zie art. 1a Wet Nationale ombudsman, waarbij nog opmerking verdient dat de Bopz-bestuursorganen niet zijn uitgezonderd in het Besluit bestuursorganen WNO en Wob, Stb. 1998, 580). Voor gemeentelijke organen (voor de Wet Bopz: de burgemeester) kan ook een gemeentelijke ombudsman zijn aangesteld.

uitgebreid of beperkt. In art. 63 Wet Bopz wordt het toezicht opgedragen aan de (hoofd)inspecteurs voor de gezondheidszorg. Daarbij is in het tweede lid bepaald dat zij beschikken over de bevoegdheden genoemd in art. 5:15 Awb (het betreden van plaatsen met uitzondering van een woning zonder toestemming van de bewoner), art. 5:16 Awb (vorderen inlichtingen) en art. 5:17 Awb (inzage en afschrift van zakelijke gegevens en bescheiden).

De regeling is deels een inperking, deels een uitbreiding van het standaardpakket. Zij is een inperking, omdat de inspecteurs blijkbaar niet bevoegd zijn tot onderzoek van zaken en monsterneming en tot onderzoek van vervoermiddelen, zoals geregeld in art. 5:18 respectievelijk 5:19 Awb. Zij is een uitbreiding, omdat art. 63 Wet Bopz expliciet regelt dat – in aanvulling op wat art. 5:15 Awb bepaalt – ook woningen mogen worden betreden zonder toestemming van de bewoner. Verder dient inzage te worden gegeven in patiëntendossiers en moeten de inspecteurs in de gelegenheid worden gesteld met patiënten te spreken, al dan niet op hun verzoek. Art. 5:20 Awb regelt de medewerkingsplicht van een ieder, maar kent een uitzondering voor professionele geheimhouders.

In de literatuur is er enige discussie over het rechtskarakter van toezichtshandelingen. In het algemeen gaat het bij toezicht om feitelijke handelingen. De vraag is echter of een toezichtshandeling onder bepaalde omstandigheden niet toch als een besluit kan worden aangemerkt.⁴⁶ In dat geval zou administratief bezwaar en beroep openstaan. Nu echter de Wet Bopz in 2006 in haar geheel op de negatieve lijst is geplaatst, is deze vraag voor deze wet niet langer relevant.

3.10 Een tweede tussenbalans

In dit hoofdstuk zijn door middel van een typologie de grensvlakken tussen de Awb en de Wet Bopz verkend. Zoals te verwachten valt verloopt de confrontatie tussen beide wetten niet steeds rimpelloos en heeft de toepasser soms enige inventiviteit of zelfs creativiteit nodig om tot een (bevredigende) oplossing te komen. Dit doet zich echter ook voor bij de toepassing van de Awb op andere wetgeving. Van onoverkomelijke juridische problemen lijkt in elk geval geen sprake. Dat er onder de betrokkenen toch een perceptie is van een problematische relatie tussen beide wetten behoeft daarom nadere analyse, die in het volgende hoofdstuk zal worden verricht. Voorts is van belang dat met de benoeming van de grensvlakken tussen Awb en Wet Bopz niet de gehele, en zoals nog zal blijken, ook niet de belangrijkste bestuursrechtelijke problematiek rond de Wet Bopz in kaart is gebracht. In hoofdstuk 5 zal dit verder worden uitgewerkt.

4. INTERMEZZO: NADERE PROBLEEMANALYSE

4.1 Inleiding

Met betrekking tot de toepassing van de Awb bij de uitvoering van de Wet Bopz kunnen zich op drie niveaus problemen voordoen. In de eerste plaats is het denkbaar dat de wetstoepassers onvoldoende op de hoogte zijn van de verplichtingen die uit de Awb voortvloeien. In de tweede plaats is het denkbaar dat de verplichtingen die uit de Awb voortvloeien in de praktijk onvoldoende werkbaar zijn. In de derde plaats is het denkbaar dat de Wet Bopz een zodanig bijzondere wet is dat toepasselijkheid van de Awb niet op zijn plaats zou zijn. Op deze vragen, en de eventueel daaraan te verbinden consequenties, zal hieronder worden ingegaan.

4.2 Kennis van Awb-verplichtingen

Er is op zichzelf alle reden om te veronderstellen dat niet alle bestuursorganen uit de Wet Bopz voldoende op de hoogte zijn van de Awb-verplichtingen. Met name gaat het hier om de zogenoemde b-organen, zoals de geneesheer-directeur en de voor de behandeling verantwoordelijke. Van hen kan moeilijk worden verwacht dat zij zonder meer hun weg kunnen vinden in de Awb. Geneesheren-directeur en behandelaars zijn, anders dan a-organen, niet of althans minder gewend om als bestuursorgaan op te treden. Terecht stelt Bröring: "De geneesheer-directeur treedt normaliter alleen ad-hoc op als bestuursorgaan. Het bestuursrecht zal daarom voor hem geen ingesleten leidraad zijn. Dat geldt a fortiori voor de arts, verpleegkundige en maatschappelijk werker die juridisch in de schaduw van de geneesheer-directeur/ bestuursorgaan handelen. We hebben kortom niet te maken met in het bestuursrecht geschoolde ambtenaren, en dat verhoogt de kans op juridische ongelukken."⁴⁷ Het toepassen van de Awb in de praktijk vergt een bepaalde kennis van en vertrouwdheid met het bestuursrecht. Als bijvoorbeeld in de wet wordt gesproken over een 'beschikking', dan is dat in termen van de Awb steeds een schriftelijk besluit. Dat vereiste staat daarom niet (meer) in de Wet Bopz. Daarop zal niet elk Bopz-bestuursorgaan verdacht zijn. Met voorlichting(smateriaal) en training zal dit moeten worden ondervangen.

Overigens wijzen de enquêteresultaten niet direct op een kennislacune terzake van de Wet Bopz (zie deel 8). Alle ondervraagde groepen geven in meerderheid aan dat hun kennis van de Wet Bopz toereikend is, in de groep rechtspraak (advocaten, rechters en officieren van justitie) ligt dit percentage iets hoger (73 %) dan onder de cliënten/familieleden en de zorg (beide: 55%). Wel verdient opmerking dat deze cijfers zijn gebaseerd op wat de respondenten zelf aangeven met betrekking tot hun kennis op dit punt. Of die kennis inderdaad toereikend is, staat nog te bezien.

4.3 Werkbaarheid van Awb-verplichtingen

Of de Awb-verplichtingen in de praktijk voldoende werkbaar zijn is moeilijk vast te stellen. In de enquête komt niet direct naar voren dat er in de praktijk grote problemen worden ervaren. Opmerkelijk genoeg geven alle geënquêteerde Officiëren van Justitie (100%) aan geen problemen te ervaren ten aanzien van de toepassing van Awb bij de Wet Bopz. Voor de rechters (82%), de advocaten (92%), de zorg (93%) en de cliënten/familieleden (96%) liggen deze cijfers iets lager, maar toch nog altijd zeer hoog.⁴⁸ Ten aanzien van de differentiatie naar onderwerpen zijn de aantallen respondenten te laag om zinvolle conclusies te trekken. De items 'De voorbereiding en het nemen van beslissingen op grond van de Wet Bopz' en 'Welk orgaan bevoegd is tot het nemen van besluiten op grond van de Wet Bopz' scoren daarbij het hoogst.

Wat hier verder van zij, zelfs als de Awb-verplichtingen in de praktijk als onvoldoende werkbaar zouden worden ervaren, is het gelet op het fundamentele karakter van veel Awb-normen nog maar de vraag of dit voldoende argumenten zou kunnen opleveren om de toepasselijkheid ervan uit te sluiten. Het faciliteren van de uitvoeringspraktijk ligt dan meer voor de hand.

4.4 Bijzondere karakter Wet Bopz

Meer principieel rijst de vraag of het überhaupt wenselijk is dat de Awb-regels op de Wet Bopz van toepassing zijn. Dit hangt samen met het feit dat het in de Wet Bopz om vrijheidsontneming gaat en de wetgever bij andere regelgeving met betrekking tot vrijheidsontneming, met name het strafrecht en de vreemdelingenwetgeving, de Awb in algemene zin buiten toepassing heeft verklaard en wel via art. 1:6 Awb. Daarbij is een beroep gedaan op drie argumenten, te weten de eigenstandige positie van het strafrecht, het uitputtende karakter van de betreffende regelingen en het feit dat de Awb alleen bedoeld zou zijn voor rechtsbetrekkingen tussen overheid en burger in een vrije samenleving.⁴⁹

Ook van de Wet Bopz kan worden gezegd dat het een eigenstandige positie inneemt. Uitputtend is de wet echter niet. Het derde argument lijkt evenwel geen andere conclusie te rechtvaardigen dan dat de toepasselijkheid van de Awb zou moeten worden uitgesloten. Het is daarom te betreuren dat de wetgever zich niet expliciet rekenschap heeft gegeven van de vraag of de Awb op de Wet Bopz van toepassing zou moeten zijn. De vraag is echter of de (in het vorige hoofdstuk gesignaleerde) problemen van zodanig gewicht zijn dat tot niet-toepasselijkheid zou moeten worden

48 De vraag rijst intussen hoe betrouwbaar deze cijfers zijn, met name waar het gaat om de hoge scores bij de zorg en de cliënten/familieleden. Deze scores zouden evengoed kunnen worden verklaard door het feit dat zij zich van de problematiek in het geheel niet bewust zijn.

49 Zie Van de Klippe (1997), p. 222 e.v.

besloten. Dat zou bovendien tot gevolg hebben dat ook de voordelen van de toepasselijkheid van de Awb-normen verloren gaan c.q. op een andere manier moeten worden opgevangen (incorporatie in de Wet Bopz). Met name gelet hierop ben ik van oordeel dat deze weg niet moet worden opgegaan. De in de Awb neergelegde normen verdragen zich bovendien goed met de eisen die voortvloeien uit het goed hulpverlenerschap.⁵⁰

4.5 Conclusie

Van a-organen in de Wet Bopz mag worden verwacht dat zij voldoende bekend zijn met de Awb. Bij met name de b-organen in de Wet Bopz (geneesheer-directeur, verantwoordelijke behandelaar) mag onvoldoende kennis van en vertrouwdheid met de Awb worden verondersteld. Dit pleit voor meer scholing en training op dit punt en de ontwikkeling van specifiek voorlichtingsmateriaal. Dat de Awb-verplichtingen in de praktijk van de Wet Bopz tot niet-werkbare situaties hebben geleid, is niet komen vast te staan en dit zou ook overigens als zodanig niet snel een argument opleveren om het regime van de Awb terzijde te stellen. Het bijzondere karakter van de Wet Bopz dwingt niet tot het niet-toepasselijk verklaren van de Awb op deze wet.

5. DE KERN VAN DE PROBLEMATIEK

5.1 Inleiding

Vastgesteld is dat de verhouding tussen de Awb en de Wet Bopz mogelijk gecompliceerd is, maar niet tot onoverkomelijke problemen hoeft te leiden. Wel behoeft de Awb uiteraard de nodige aandacht in de uitvoeringspraktijk, met name ook voor die bestuursorganen die hiermee minder vertrouwd zijn. Met deze constatering is de bestuursrechtelijke problematiek echter nog niet voldoende in kaart gebracht. Immers, bij analyse van de rechtspraak blijken vooral vragen te rijzen bij de verzoekschriftprocedure in het kader van de Wet Bopz. Deze vragen, hoewel bestuursrechtelijk gekleurd, hebben met de Awb weinig van doen, maar zijn daarom natuurlijk niet minder belangrijk. In de volgende paragraaf zal de rechtspraak die tot bestuursrechtelijke complicaties heeft geleid worden uiteengezet. Daarna zal worden ingegaan op het stelsel van rechtsbescherming in de Wet Bopz.

5.2 Complicaties in de rechtspraak

De Hoge Raad oordeelde in 2003 dat in een beroepsprocedure tegen een ontslagbesluit van de geneesheer-directeur niet dat besluit ter beoordeling van de rechter staat, maar het verzoek tot ontslag van de betrokkene. Dit brengt mee dat ook toetsing ex nunc dient plaats te vinden.⁵¹ In zijn annotatie wijst Dijkers er bovendien op dat bij ontslagverzoeken ook de in het bestuursrecht gebruikelijke marginale toetsing van beslissingen-met-beleidsvrijheid niet aan de orde kan zijn.⁵² Langs dezelfde lijn besliste de Hoge Raad in 2006, waar het ging om de niet-naleving van procedurele voorschriften bij een opnamebeslissing in het kader van een rechterlijke machtiging. Volgens de Hoge Raad ligt bij de rechtbank niet de beslissing van de geneesheer-directeur ter toetsing voor, maar gaat het "om de in volle omvang te onderzoeken vraag of, beoordeeld naar de ten tijde van de beslissing van de rechter geldende omstandigheden," een grond voor vrijheidsbeneming aanwezig is.⁵³ Zie ook Rechtbank Alkmaar in 2006 die – met een kleine variatie – als criterium aanlegde "of ten tijde van het verhoor de criteria voor een gedwongen opname

51 HR 19 december 2003, *BJ* 2004/3, m.nt. Dijkers en Bröring. Zie voor een ex nunc toetsing van een ontslagbesluit ook Rb. Middelburg 4 december 2002, *NJ* 2003/13, m.nt. red., voor een ex tunc toetsing Rb. Assen 28 januari 2003, *BJ* 2003/26, m.nt. Bröring.

52 In HR 11 juni 2004, *BJ* 2004/39, m.nt. Dijkers werd door een psychiatrisch ziekenhuis cassatie ingesteld tegen de vernietiging van de beslissing van de geneesheer-directeur tot intrekking van een voorwaardelijk ontslag. De instelling werd echter niet ontvankelijk verklaard in haar beroep. De annotator betreurt het feit dat de Hoge Raad niet de gelegenheid heeft aangegrepen om meer duidelijkheid te verschaffen inzake het objectum litis. In HR 17 februari 2006, *BJ* 2006/7, m.nt. Bröring, wordt hij op zijn wenken bediend, zij het dat de gekozen aanpak nauwelijks wordt beargumenteerd.

53 HR 17 februari 2006, *BJ* 2006/7, m.nt. Bröring.

aanwezig zijn.”⁵⁴ In 2005 werd bij de Rechtbank Assen geklaagd over dwangbehandeling. Nadrukkelijk ging de rechter in op de vraag waarover precies een oordeel moest worden geveld: de beslissing van de behandelaar, de klacht zoals oorspronkelijk bij de klachtencommissie ingediend, de beslissing van de klachtencommissie dan wel de rechtmatigheid van de dwangbehandeling. De rechtbank koos uiteindelijk voor het laatste.⁵⁵

De Rechtbank Roermond ging in 2003 over tot vernietiging van een besluit tot intrekking van voorwaardelijk ontslag.⁵⁶ Echter, een vernietigingsbevoegdheid komt strikt genomen alleen toe aan de bestuursrechter, de civiele rechter kan slechts tot het oordeel komen dat onrechtmatig is gehandeld en het ontslag van betrokkene bevelen.

5.3 Het stelsel van rechtsbescherming in de Wet Bopz

De Awb bevat in de hoofdstukken 6-8 regels voor de bezwaarschriftprocedure en het beroep op de rechter. Door plaatsing op de negatieve lijst van de gehele Wet Bopz⁵⁷ is de toepasselijkheid van deze regels evenwel uitgesloten. Op de rechterlijke procedures in het kader van de Wet Bopz zijn de algemene regels van de verzoekschriftprocedure van toepassing, die derogeren aan c.q. worden aangevuld door de bijzondere procesrechtelijke regels van de Wet Bopz.

Veel juridische complicaties blijken niet zozeer met de Awb te maken hebben, maar juist met de onvolledige toepassing van de Awb, meer in het bijzonder met de verzoekschriftprocedure. De rechter, dat wil zeggen de burgerlijke rechter en niet de administratieve rechter, oordeelt namelijk via de verzoekschriftprocedure (de civiele rekestprocedure, geregeld in het Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering en niet in de Awb) over een bestuursrechtelijke aangelegenheid. Deze situatie is historisch gegroeid. De keuze voor de burgerlijke rechter is vanaf de indiening van het wetsontwerp Bopz niet meer ter discussie gesteld.⁵⁸ In de Memorie van Toelichting

54 Rb. Alkmaar 17 mei 2006, *BJ* 2006/37, m.nt. Dijkers. Een jaar eerder oordeelde ook de Rechtbank Breda over een opnamebeslissing bij een voorwaardelijke machtiging, waarbij echter het objectum litis de beslissing van de geneesheer-directeur was, en niet de rechtmatigheid van de opnamebeslissing als zodanig, Rb. Breda 30 maart 2005, *BJ* 2005/20, m.nt. red.

55 Rb. Assen 23 mei 2006, *BJ* 2006/41, m.nt. Bröring.

56 Rb. Roermond 19 juni 2003, *BJ* 2003/45, m.nt. Bröring. Hetzelfde deden Rb. Alkmaar 17 mei 2006, *BJ* 2006/37, m.nt. Dijkers, en de Rb. Amsterdam in de zaak die uiteindelijk leidde tot HR 11 juni 2004, *BJ* 2004/39, m.nt. Dijkers. De Hoge Raad gaat overigens op dit punt niet in.

57 Aanvankelijk was de plaatsing op de negatieve lijst beperkt tot een aantal Bopz-artikelen, maar door art. II van de Wet van 17 november 2005, Stb. 617 (wijziging klachtregeling) is de Wet Bopz, in werking getreden op 1 maart 2006, in zijn geheel op de negatieve lijst geplaatst. Zo glipten er geen mogelijk appelabele besluiten meer door de mazen van het net.

58 Dijkers (2003), p. 57 e.v.

op Aanpassingswet Awb III wordt gesproken van een “enigszins tweeslachtige situatie”⁵⁹

Bij de totstandkoming van de Aanpassingswet Awb III heeft de wetgever willen voorkomen dat over sommige Bopz-beslissingen de burgerlijke rechter en over andere de administratieve rechter zou moeten beslissen: “Wij achten een dergelijke splitsing in de rechtsbescherming voor alle betrokkenen ongewenst en ondoelmatig. Wij hebben er daarom voor gekozen om het rechtsbeschermingsstelsel van de Wet Bopz te handhaven. Het zou weliswaar denkbaar zijn geweest in alle gevallen de administratieve rechter bevoegd te maken, maar daartegen pleit in sterke mate dat binnen de civiele sectoren in decennia van rechtspraak op grond van de Krankzinnigenwet een specifieke deskundigheid is opgebouwd, die op dit gevoelige terrein node gemist zou worden. Voorts hebben wij bij onze keuze overwogen, dat de Wet Bopz een aan het stelsel van de Awb gelijkwaardig niveau van rechtsbescherming biedt”⁶⁰ Dijkers wijst daarbij op het probleem dat, voor zover het gaat om (het wenselijk geachte) preventieve rechterlijke toezicht, de rechtsbeschermende taak ook niet bij de bestuursrechter kón worden neergelegd. De bestuursrechter oordeelt immers altijd achteraf, nadat een bestuursbesluit is genomen. Een, wat Dijkers noemt, procedeverplichting zoals de Wet Bopz die kent, past niet bij de Awb. Vandaar dat de burgerlijke rechter competent is verklaard. “Deze situatie acht ik bevredigend. Strikt genomen is er weliswaar sprake van bestuursrecht, maar inhoudelijk hebben Bopz-zaken sterke overeenkomst met familiezaken. Zij vergen dat de rechter een actieve opstelling aan de dag legt, hij betrokken is op één partij zonder zijn onafhankelijkheid te verliezen en hij communicatieve vaardigheden heeft om te spreken met geëmotioneerde justitiabelen. Zulke rechters zijn relatief vaak in de familiesector te vinden”, aldus Dijkers.⁶¹ Stilzwijgend is elke nieuwe rechtsgang die binnen de Wet Bopz geopend werd, toegevoegd aan de bestaande.

5.4 Conclusie

Duidelijk is geworden dat de werkelijke juridische problemen niet zozeer liggen op het vlak van de toepasselijkheid van de Awb op de Wet Bopz, maar in de civielrechtelijke inbedding van een in wezen bestuursrechtelijke problematiek. Rechter en procesrecht zijn civiel, terwijl de te behandelen problematiek bestuursrechtelijk van

59 Wet van 23 december 1993, Stb. 690 (ook wel Bezemwet genoemd); MvT, Kamerstukken II, vergaderjaar 1992-1993, 23 258, nr. 3, p. 10 en 70.

60 Kamerstukken I, 1992-1992, 23 258, nr. 3, p. 70, ook aangehaald in Dijkers (2003), p. 58-59; bij het wetsontwerp inzake de voorwaardelijke machtiging is deze passage nog eens in herinnering gebracht, zie Kamerstukken II, vergaderjaar 2000-2001, 27 289, nr. 7, p. 35 en nr. 8, p. 7.

61 Dijkers (2003), p. 60. Overigens wijst hij er ook op dat de verdeling van de werkzaamheden binnen de rechtbank een interne zaak is.

aard is.⁶² De civiele Bopz-rechter is vanwege zijn specifieke deskundigheid aangewezen als bevoegde rechter en verkozen boven de bestuursrechter. Tegelijk echter, zoals Lennaerts terecht stelt,⁶³ is hier een bijzondere rechter aangewezen zonder iets af te willen doen aan de rechtsbescherming die de bestuursrechter anders zou verlenen. Dat dit tot juridische complicaties leidt laat zich raden. Zouden deze juridische complicaties zich niet hebben voorgedaan wanneer in Bopz-zaken strikt het rechtsbeschermingsmodel van de Awb zou zijn gevolgd? Bedacht moet worden dat gelet op de eisen die het EVRM stelt inzake de rechtsbescherming bij vrijheidsbeneming ook dan problemen zouden zijn ontstaan. Immers, ernstig moet worden betwijfeld of de bestuursrechter zich dan zou kunnen beperken tot een ex tunc toetsing (habeas corpus). Opmerking verdient verder dat het EVRM weliswaar niet dwingt tot toetsing vooraf, maar dat de Nederlandse wetgever daar wel voor gekozen heeft. Toetsing vooraf past niet binnen het stelsel van Awb-rechtsbescherming, waar de rechter steeds optreedt ter controle van een bestuursbesluit.

Afgezien van de juridische complicaties die ontstaan bij de toetsing van bestuurs-handelen in een civiele procedure, zijn er ook andere ongewenste 'bijwerkingen'. Zo had in de casus die in 2003 bij de Hoge Raad voorlag de geneesheer-directeur bij zijn beslissing op het ontslagverzoek de (uit de Awb voortvloeiende) hoorplicht niet nageleefd. Nu niet het ontslagbesluit zelf, maar het oorspronkelijke ontslagverzoek aan de rechter ter toetsing voorlag, was de eventuele strijd met de hoorplicht voor de rechter niet relevant. Dit zet de betrokken bestuursorganen uiteraard niet op scherp waar het gaat om het naleven van de bestuursrechtelijke verplichtingen. In de woorden van annotator Bröring: "Zonder zover te willen gaan dat de geneesheer-directeur nu een vrijbrief heeft om het met bepaalde Awb-voorschriften minder nauw te nemen, kan worden geconstateerd dat de corrigerende en sanctionerende werking van de rechtspraak op de bestuurspraktijk in de invalshoek van het ontslagverzoek als objectum litis beperkt is."⁶⁴ Daar komt bij dat het natuurlijk weinig fraai is dat het eerdere besluit in feite volstrekt niet terzake doet voor de rechter. Voor het bestuursorgaan dat dat eerdere besluit heeft genomen, bijvoorbeeld de klachtencommissie, is dat onbevredigend. Een derde ongewenste 'bijwerking' is het feit dat de beslissing van de rechter komt te staan naast het bestuursbesluit. Immers, doordat het bestuursbesluit niet wordt vernietigd blijft het rechtens bestaan. Een vierde probleem is dat het verkrijgen van schadevergoeding wordt bemoeilijkt. Immers, een dagvaardingsprocedure moet worden gestart zonder dat er een oordeel over de rechtmatigheid ex tunc voorligt.

62 Zo ook Bröring in zijn noot onder Rb. 's-Hertogenbosch 19 mei 2000, *kBJ* 2000, 66.

63 Lennaerts (2005), p. 34.

64 Bröring in zijn noot onder HR 19 december 2003, *BJ* 2004/3. Overigens komt naar zijn oordeel de beschikking van de Hoge Raad "tegemeet aan behoeften aan rechtseenheid en praktisch recht."

6. SLOTBESCHOUWING, CONCLUSIES EN AANBEVELINGEN

In dit onderzoek stond de vraag centraal hoe de Wet Bopz zich verhoudt tot de Algemene wet bestuursrecht, welke knelpunten zich hierbij voordoen en welke oplossingen (c.q. oplossingsrichtingen) hiervoor kunnen worden aangedragen. Op de Wet Bopz zijn in beginsel de bepalingen van de Awb van toepassing. Voor algehele uitsluiting van de Awb heeft de wetgever, anders dan bijvoorbeeld ten aanzien van het strafrecht en het vreemdelingenrecht, niet gekozen. Wel is (door plaatsing op de negatieve lijst) de Wet Bopz geheel uitgesloten van het stelsel van rechtsbescherming waarin de Awb voorziet. Voorts is op onderdelen afgeweken van hetgeen de Awb voorschrijft.

In dit onderzoek is niet duidelijk naar voren gekomen of er onder degenen die de Wet Bopz moeten toepassen voldoende kennis aanwezig is over de Awb. Enerzijds is het aannemelijk dat een aantal betrokkenen (met name de zogenoemde b-organen zoals de geneesheer-directeur en de verantwoordelijke behandelaar alsmede de cliënten) niet of te weinig vertrouwd zijn met de eisen die uit de Awb voortvloeien. Anderzijds komt uit het empirische onderzoek niet naar voren dat zij kennislacunes ervaren. Dat sluit intussen het bestaan hiervan niet uit.

Niet gebleken is verder dat de toepassing van de Awb op de Wet Bopz in de praktijk tot onwerkbaar situaties leidt, nog daargelaten of hieraan een argument zou kunnen worden ontleend om de toepasselijkheid van de Wet Bopz (verder dan thans het geval is) uit te sluiten. Evenmin is gebleken dat het bijzondere karakter van de Wet Bopz onmiddellijk zou nopen tot het opzij zetten van de Awb.

Duidelijk is geworden dat de werkelijke grensvlakproblemen niet zozeer zitten in de toepasselijkheid van de Awb op de Wet Bopz, maar juist in de uitsluiting van het systeem van de Awb bij de opzet van het stelsel van rechtsbescherming. De keuze die in de Wet Bopz is gemaakt voor een civielrechtelijke inbedding van de rechtsbescherming bij een in wezen bestuursrechtelijke problematiek heeft historische wortels en is ingegeven door de gedachte geen afbreuk te willen doen aan de in die traditie opgebouwde deskundigheid bij de rechtbanken. De vraag is evenwel of het argument van deskundigheid veel gewicht in de schaal legt waar het gaat om de keuze voor civiele rechter en civiel procesrecht in Bopz-zaken. Immers, de bestuursrechtelijke rechtsbescherming is inmiddels ook bij de rechtbanken neergelegd. Zo bezien is het meer een vraag van interne organisatie. Duidelijk is evenwel ook dat wanneer zou zijn gekozen voor het bestuursrechtelijke rechtsbeschermingsmodel van de Awb vergelijkbare problemen als thans zouden zijn ontstaan. Immers, de eisen die voortvloeien uit het EVRM laten niet toe dat de rechter zich tot een ex tunc toetsing beperkt, terwijl ook een marginale toetsing niet is toegestaan. Met een keuze voor het bestuursrechtelijke stelsel van rechtsbescherming kan de problematiek derhalve niet eenvoudig worden opgelost.

Een en ander leidt tot de volgende conclusies en aanbevelingen. Er is vooralsnog geen reden om de toepasselijkheid van de Awb op de uitvoering van de Wet Bopz uit te sluiten. Dit is immers geen oplossing voor de gesignaleerde problemen. Bovendien zou deze stap vergen dat de normen van de Awb zouden worden

overgebracht naar de toch al uitgebreide en gedetailleerde Wet Bopz. Daarbij moet tevens worden bedacht dat een aantal Awb-normen zich niet lenen voor overbrenging. Voorts zou afbreuk worden gedaan aan de doelstellingen van de Awb. Het "uitschrijven" van de Awb-normen in de Wet Bopz is ook niet de goede manier om de kenbaarheid ervan bij het veld te vergroten. Daarvoor is voorlichting de meer aangewezen weg.

De toepassingsproblemen van de Awb in het kader van de Wet Bopz zouden kunnen worden verminderd door de Wet Bopz eenvoudiger van opzet te maken. In de literatuur is voorgesteld om de Officier van Justitie uit het stelsel van rechtsbescherming te halen en rechtstreekse verzoeken aan c.q. beroepen op de rechtbank mogelijk te maken.⁶⁵ Verdergaande voorstellen zijn gedaan door Dijkers, die heeft gepleit voor één bestuursorgaan voor Bopz-maatregelen (een Raad voor dwangtoepassing in de psychiatrie, waardoor niet alleen de Officier van Justitie, maar ook de burgemeester en de geneesheer-directeur van hun taken worden ontheven).⁶⁶ Door de complexiteit van de Wet Bopz te verminderen zullen zich minder grensvlakproblemen voordoen.

Voorts is aanpassing van de Wet Bopz te overwegen op een aantal ondergeschikte onderdelen. Steeds dient te worden verhelderd welk bestuursorgaan/ambt bevoegd is een besluit te nemen. Met name in artt. 38 lid 5, 39 en 40 van de wet moet duidelijk zijn welk bestuursorgaan tot beslissen over dwangtoepassing bevoegd is. Ook dient in een aantal gevallen het besluitkarakter te worden benadrukt, meer in het bijzonder waar vrijheidsbeperkingen in het geding zijn zoals in art. 38-40 Wet Bopz. Verder zal door plaatsing van de Wet Bopz op de negatieve lijst in een aantal gevallen de burgerlijke rechter als restrechter moeten optreden. Dit zijn zware procedures die zo veel mogelijk vermeden moeten worden.⁶⁷ Bezien moet worden of in de betreffende gevallen toch niet een specifieke rechtsgang zou moeten worden geopend. Voorts is met betrekking tot de regeling van het klachtrecht er vooralsnog voor gekozen de Awb-regeling buiten toepassing te laten. Het verdient aanbeveling de afstemming op dit punt tussen de Awb enerzijds en de Wet Bopz en de Wkcz anderzijds definitief te regelen.

Geconstateerd is ten slotte dat de bestuursrechtelijke problematiek met name wordt veroorzaakt door de civielrechtelijke inbedding (rechter zowel als procesrecht) van een in wezen bestuursrechtelijke problematiek. De vraag of op deze keuze van de wetgever moet worden teruggekomen hangt onmiddellijk samen met de bredere vraag naar de verdere vernieuwing en toekomst van de Wet Bopz, en gaat daarmee

65 Lennaerts (2005), p. 51.

66 Dijkers (2003), p. 359 e.v. Zie ook Widdershoven (2003), p. 30-31.

67 Al zijn zij uiteraard nooit geheel te vermijden.

het bestek van dit evaluatieonderzoek te buiten. Bij handhaving van de civiele rekestprocedure zal de bestuursrechtelijke problematiek, zoals die zich nu in de jurisprudentie heeft geopenbaard, deels voor lief moeten worden genomen. Wel zou kunnen worden gezien of het stelsel van rechtsbescherming niet nog wat meer zou kunnen worden ingericht naar bestuursrechtelijk model. Bevorderd moet worden dat de wederpartij in de procedure steeds degene is die het bestreden besluit heeft genomen (dit maakt een zoveel mogelijk inhoudelijke procedure mogelijk). Ook kan worden gedacht aan het introduceren van een soort dubbele toetsing (van de rechtmatigheid van zowel het oorspronkelijke besluit ex tunc als van het handelen als zodanig ex nunc) en, mede in verband hiermee, aan toekenning van een vernietigingsbevoegdheid aan de Bopz-rechter. Ook is een verschijningsplicht van de Officier van Justitie ter zitting te overwegen, zodat er daadwerkelijk een procedure op tegenspraak ontstaat, waarin voor de rechter geen rolverwarring optreedt.

Literatuur

- Blok, A. (2003). Jurisprudentieoverzicht Bopz 2003. *Tijdschrift voor Gezondheidsrecht*, 27(6): 387-394.
- Bröring, H.E. (2005). Burgerlijke (Bopz-)rechter en bestuursrecht. In: R.J.C. Flach e.a. (red.), *Amice: Rutgers-bundel*. Deventer: Kluwer. pp. 85-93.
- Buuren, P.J.J. van & T.C. Borman (red.) (2003). *Algemene wet bestuursrecht, Tekst & Commentaar*. Deventer: Kluwer.
- Dijkers, W.J.A.M. (2003). *Doen en laten in de Bopz-machtigingsprocedure, Een onderzoek naar juridische posities*. Den Haag: Koninklijke Vermande.
- Dijkers, W.J.A.M. (2005). Voorwaardelijke Bopz-machtiging: wat ging er mis en hoe kan het anders? *Tijdschrift voor Gezondheidsrecht*, 29(6): 460-468.
- Dijkers, W.J.A.M. & T.P. Widdershoven (red.) (2006). *De Wet Bopz, Artikelsgewijs commentaar*. Den Haag: Sdu Uitgevers.
- Dute, J.C.J. (2004). De schorsingsbevoegdheid van klachtencommissies in de geestelijke gezondheidszorg. *Tijdschrift voor Gezondheidsrecht*, 28(4): 261-268.
- Keurentjes, R.B.M. (2000). Van voorwaardelijk ontslag naar voorwaardelijke machtiging, de ontwikkeling van het ontslagrecht in de Wet Bopz. *Tijdschrift voor Gezondheidsrecht*, 24(4): 208-220.
- Klippe, H. van de (1997). *Dwangtoepassing na onvrijwillige psychiatrische opname. Een juridische beschouwing*. Nijmegen: Ars Aequi Libri.
- Kortmann, C.A.J.M. (2000). Wie van de drie: de algemene wet, de algemene wet of de bijzondere wet? *Preadvies Vereniging voor Bestuursrecht*, 7-43.
- Kreveld, J.H. van & G.A. van der Veen (2004). *Systeem en algemene begrippen van de Algemene wet bestuursrecht*. Deventer: Kluwer.
- Legemaate, J. (2001). Het toezicht van de Inspectie voor de Gezondheidszorg (IGZ) op de kwaliteit van de zorg. *Tijdschrift voor Gezondheidsrecht*, 25(6): 354-367.
- Legemaate, J. (2002). De klachtencommissie Bopz: eindelijk rust aan het front? *Tijdschrift voor Gezondheidsrecht*, 26(7): 448-456.
- Lennaerts, A.H.J. (2004). Puzzelen (Opinie). *Nederlands Juristenblad*, 785-786.
- Lennaerts, A.H.J. (2005). Het bestuursrechtelijk ABC van de Wet Bopz (en aanliggende kwesties). *BJ-plus*, 11 juni.
- Noordam, F.M. (1997). De Awb en de besluitvorming in de Awbz. *Tijdschrift voor Gezondheidsrecht*, 21(3): 157-167.
- Ouden, W. den & M. de Die (2000). Van Gezondheidswet als panacee naar titel 5.2 Awb, Ontwikkelingen rond het toezicht op de volksgezondheid. *Tijdschrift voor Gezondheidsrecht*, 24(2): 70-86.
- Van Wijk/Konijnenbelt & Van Male (2005). *Hoofdstukken van bestuursrecht*. 13e druk. Elsevier juridisch: Den Haag.
- Vlies, I.C. van der (1994). De Algemene wet bestuursrecht en het gezondheidsrecht. *Tijdschrift voor Gezondheidsrecht*, 18(4): 192-203.
- Widdershoven, T.P. (2003). De Wet Bopz en de psychiatrie. Kantekeningen bij een regeling. In: *Psychiatrie en Recht*, Preadvies Vereniging voor Gezondheidsrecht

Jurisprudentie

HR 21 januari 2000, *kBJ* 2001, 1, m.nt. WD, *NJ* 2000, 191.

HR 19 december 2003, *BJ* 2004/3, m.nt. Dijkers en Bröring.

HR 11 juni 2004, *BJ* 2004/39, m.nt. Dijkers.

HR 29 april 2005, *BJ* 2005/15, m.nt. Widdershoven.

HR 17 februari 2006, *BJ* 2006/7, m.nt. Bröring.

Rb. Alkmaar 17 mei 2006, *BJ* 2006/37, m.nt. Dijkers.

Rb. Almelo 23 november 2001, *BJ* 2002/3.

Rb. Amsterdam 4 januari 2001, *BJ* 2001/54, m.nt. Bröring.

Rb. Amsterdam 12 augustus 2001, *BJ* 2001/58.

Rb. Amsterdam 9 januari 2002, *BJ* 2002/24, m.nt. Bröring.

Rb. Amsterdam 26 januari 2004, *BJ* 2004/41, m.nt. red.

Rb. Assen 28 januari 2003, *BJ* 2003/26, m.nt. Bröring.

Rb. Assen 7 juli 2005, *BJ* 2005/27, m.nt. red.

Rb. Assen 23 mei 2006, *BJ* 2006/41, m.nt. Bröring.

Rb. Breda 30 maart 2005, *BJ* 2005/20, m.nt. red.

Rb. Dordrecht 10 november 2004, *BJ* 2005/8, m.nt. De Roode.

Rb. Groningen 21 november 2003, *BJ* 2004/58, m.nt. Bröring.

Rb. Groningen 15 juli 2004, *BJ* 2004/47.

Rb. 's-Hertogenbosch 19 mei 2000, *kBJ* 2000, 66, m.nt. Bröring.

Rb. 's-Hertogenbosch 2 november 2001, *BJ* 2002/18.

Rb. Middelburg 4 december 2002, *NJ* 2003/13, m.nt. red.

Rb. Roermond 19 juni 2003, *BJ* 2003/45, m.nt. Bröring.

Uitgave:

Ministerie van Volksgezondheid,
Welzijn en Sport

Postadres:

Postbus 20350
2500 EJ Den Haag

Bezoekadres:

Parnassusplein 5
2511 VX Den Haag
Telefoon (070) 340 79 11

Informatie:

Voor informatie en vragen
over bestellingen kunt u
terecht bij de medewerkers
van Postbus 51.

Zij zijn op werkdagen
bereikbaar van 9.00 tot
21.00 uur onder telefoon-
nummer 0800-8051 (gratis).

Internetadres:

www.minvws.nl

Maart 2007

De Algemene wet bestuursrecht voorziet in algemene regels voor het handelen van bestuursorganen. De Wet Bopz regelt de toepassing van dwang bij psychiatrische patiënten en moet worden beschouwd als een bijzondere bestuursrechtelijke wet. Dit brengt mee dat bij de uitvoering van de Wet Bopz ook de regels van de Algemene wet bestuursrecht van toepassing zijn. Uit de praktijk komen af en toe signalen dat de toepasselijkheid van de algemene bestuursrechtelijke normen in dit kader tot complicaties leidt. Bij de derde evaluatie van de Wet Bopz is daarom de relatie tussen beide wetten onderzocht. Nagegaan is hoe de Wet Bopz zich verhoudt tot de Algemene wet bestuursrecht, welke knelpunten zich voordoen op het snijvlak van beide wetten en hoe deze kunnen worden opgelost. Uit het onderzoek wordt duidelijk dat de relatie tussen de Algemene wet bestuursrecht en de Wet Bopz weliswaar gecompliceerd is en in de praktijk lastige vragen kan oproepen, maar dat van een onoverkomelijke problematiek geen sprake is. Het werkelijke probleem is niet de toepasselijkheid van de Algemene wet bestuursrecht, maar de civielrechtelijke inbedding van het stelsel van rechtsbescherming van de Wet Bopz.

Onderzoeksc consortium

De onderzoeken ten behoeve van de derde evaluatie van de Wet Bopz zijn in opdracht van de ministeries van Justitie en Volksgezondheid, Welzijn en Sport uitgevoerd door een onderzoeksc consortium bestaande uit Prismant, de Vrije Universiteit Amsterdam (VU medisch centrum/EMGO en juridische faculteit) en de Universiteit Maastricht (Faculty of Health, Medicine and Life Sciences, Onderzoeksinstituut Caphri).