



Aan de Minister voor Rechtsbescherming
Postbus 20301
2500 EH Den Haag

Datum : 5 maart 2019
E-mail : advies@rsj.nl
Uw kenmerk : 2443608
Ons kenmerk : RSJ/101/3115/2019/GvA/TvV
Onderwerp : Advies gegevensverstrekking weigerende observandi

Geachte heer Dekker,

De Afdeling advisering van de RSJ (hierna: de RSJ) heeft op 12 december een adviesaanvraag ontvangen met betrekking tot het conceptbesluit adviescommissie gegevensverstrekking weigerende observandi. Met dit advies voldoet de RSJ graag aan uw verzoek.

Samenvatting

Met de regeling voor de verplichte verstrekking van medische gegevens over weigerende observandi aan een multidisciplinaire commissie beoogt de minister recht te doen aan de belangen van verdachten, de positie van slachtoffers en nabestaanden en de veiligheid van de samenleving. De RSJ verwacht dat de regeling in specifieke gevallen de extra informatie kan opleveren die de pro Justitia-rapporteur in staat stelt tot betere advisering over de geestesgesteldheid van de verdachte te komen. Daarmee kan de rechter het al dan niet opleggen van een tbs-maatregel beter onderbouwen. De RSJ meent echter dat er onvoldoende noodzaak is voor overdracht van het gehele behandeldossier. De verstrekking van medische gegevens aan de commissie zou beperkt moeten blijven tot concrete onderdelen van een behandeldossier zoals diagnoses, behandelplannen en ontslagbrieven. Daarmee blijft de inbreuk op het medisch beroepsgeheim beperkt en proportioneel en worden bruikbaarheid en betrouwbaarheid van de gegevens verhoogd. De RSJ beveelt aan in alle gevallen de opgevraagde gegevens te laten vernietigen als de multidisciplinaire commissie oordeelt dat er geen bruikbare gegevens zijn. In dat geval geldt bovendien dat

doorlevering van het gehele dossier aan de rapporteurs - na machtiging van de penitentiaire kamer – de kern van de regeling ondergraaft. Tenslotte onderschrijft de RSJ het uitgangspunt van de minister om de regeling alleen als uiterste middel in te zetten. Geadviseerd wordt vooral in te zetten op flankerend beleid en het ultimatum remedium karakter van de regeling duidelijk vast te leggen in de toelichting bij de regeling om het risico op een toenemend gebruik van de regeling tegen te gaan. Daarnaast adviseert de RSJ de invoering en het gebruik van de regeling nauwgezet te monitoren en te evalueren.

1. Inleiding

Op 1 januari 2019 is de Wet forensische zorg (Wfz) in werking getreden. Met deze wet is ook artikel 37a Sr gewijzigd, het artikel waarin de voorwaarden voor het kunnen opleggen van de maatregel van terbeschikkingstelling (tbs) zijn opgenomen. In artikel 37a is de nieuwe zogeheten “regeling weigerende observandi” opgenomen (lid 5 tot en met 9). Deze regeling maakt het mogelijk het medisch beroepsgeheim te doorbreken bij verdachten die weigeren mee te werken aan een klinische pro Justitia-rapportage, waardoor de rechter uiteindelijk over onvoldoende informatie beschikt om tot een tbs-oplegging te komen. Lid 9 regelt de instelling van een multidisciplinaire commissie (mdc) die - zonder toestemming van de verdachte - op last van de officier van justitie (OvJ) medische dossiers bij behandelaren van verdachte kan opvragen. Dit om te bepalen of er bruikbare persoonsgegevens zijn die kunnen bijdragen aan een advies over de aanwezigheid van een mogelijke gebrekkige ontwikkeling of ziekelijke stoornis van de geestvermogens van verdachte. De regeling is bedoeld als een ultimatum remedium in geval van ernstige misdrijven.

Met deze regeling beoogt de minister recht te doen aan de belangen van verdachten, de positie van slachtoffers en nabestaanden en de veiligheid van de samenleving. De RSJ verwacht dat de regeling in specifieke gevallen de extra informatie kan opleveren die de pro Justitia-rapporteur in staat stelt tot betere advisering waardoor de rechter zijn oordeel over het wel of niet opleggen van een tbs-maatregel beter kan onderbouwen.

Met deze regeling wordt een zwaar middel ingezet voor een beperkt aantal verdachten.¹ Het medisch beroepsgeheim, dat een groot maatschappelijk en individueel belang dient, wordt doorbroken. Het individuele belang van de patiënt houdt in dat een patiënt erop moet kunnen vertrouwen dat de informatie die deze aan de hulpverlener verschaft niet zonder diens toestemming, of zonder dat de wet dat toestaat, voor andere doeleinden wordt gebruikt of aan anderen wordt verstrekt.

¹ In 2017 waren er 101 verdachten die volledige medewerking in het PBC weigerden; bij ongeveer een kwart van deze zaken kon toch een tbs worden opgelegd.

De regeling kan nadelige gevolgen hebben voor de behandelrelatie tussen de arts en de weigerende observandus² en de effectiviteit van de behandeling. Ook kan het gevolgen hebben voor het vertrouwen van (potentiële, al dan niet forensische) patiënten in artsen. De RSJ onderschrijft dan ook het uitgangspunt van de minister de regeling alleen als uiterste middel in te zetten. Daarnaast is van belang dat er sprake is van een zorgvuldige procedure voorzien van juridische waarborgen voor de betrokken partijen. De RSJ adviseert de invoering en het gebruik van de regeling nauwgezet te monitoren en te evalueren.

Hierna komen achtereenvolgens aan bod: de regeling op onderdelen (2), de toepassing als ultimum remedium (3) en conclusies en aanbevelingen (4).

2. De regeling op onderdelen

Samengevat bepaalt artikel 37a lid 9 Sr dat de mdc op last van de OvJ de bevoegdheid krijgt om (geneeskundige) persoonsgegevens bij de huidige en voormalige behandelaren van verdachte op te vragen. De behandelaren zijn verplicht deze te leveren en kunnen zich in deze niet verschonen. De mdc bepaalt vervolgens welke gegevens bruikbaar zijn. De gegevens worden pas aan de pro Justitia-rapporteurs doorgegeven nadat de penitentiaire kamer op verzoek van de OvJ een machtiging tot gebruik heeft afgegeven. De penitentiaire kamer en de OvJ krijgen geen inzage in de gegevens. Ook in het geval de mdc heeft geoordeeld dat er geen bruikbare gegevens zijn kan de penitentiaire kamer een machtiging afgeven om het gehele dossier over te dragen aan de pro Justitia-rapporteurs.

De RSJ zal hierna enkele opmerkingen maken met betrekking tot de inrichting van de procedure en de inbedding van de juridische waarborgen.

Omvang van de gegevensverstrekking

In het conceptbesluit is de wettelijke verplichting van aan te leveren persoonsgegevens geconcretiseerd tot het aanleveren van het gehele medische dossier. De argumenten zijn deels praktisch van aard (efficiënter voor de behandelaar, die op deze wijze bovendien niet verantwoordelijk wordt voor de selectie van de gegevens), deels functioneel (ogenschijnlijk onbelangrijke gegevens die in samenhang met gegevens van andere behandelaren nuttig kunnen zijn) en principieel (het bevorderen van rechtsgelijkheid doordat de behandelaren zelf geen selectie kunnen uitvoeren).

Het is juist dat bij een keuze voor het opvragen van het gehele dossier de mdc zicht heeft op alle beschikbare informatie en de verantwoordelijkheid voor een selectie van gegevens niet bij de behandelend arts neergelegd

² De regeling kan ook potentieel gevolgen hebben voor de veiligheid van de behandelend arts die – zonder informeren en toestemming van verdachte – vertrouwelijke gegevens verstrekt.

wordt. Echter, gezien de grote maatschappelijke relevantie van het medisch beroepsgeheim is de RSJ van mening dat de inbreuk op het medisch beroepsgeheim zo beperkt mogelijk en daarmee proportioneel moet blijven.

Een belangrijk nadeel van de integrale verstrekking is dat een dossier ook gegevens bevat die niet relevant zijn voor het doel dat met de verstrekking wordt beoogd, waardoor niet is voldaan aan de eis van minimale gegevensverwerking.³ Het dossier kan ook zeer vertrouwelijke informatie van en over derden bevatten of informatie die in een opsporingsonderzoek tegen verdachte gebruikt kan worden. Dit betreft informatie waarvoor de regeling niet bedoeld is.⁴

De RSJ acht het van belang de reikwijdte van de regeling waar mogelijk te beperken met inachtneming van het te bereiken doel. Dat betreft dus ook de omvang van de te verstrekken medische (en andere) gegevens. De RSJ adviseert dan ook het opvragen van medische gegevens bij behandelaren te beperken tot concrete onderdelen van een behandeldossier zoals diagnoses, behandelplan en ontslagbrieven. Dit zijn gegevens die naar verhouding het meest betrouwbaar zijn, een duidelijke plaats hebben in de communicatie met patiënt en relevante derden en relatief eenvoudig zijn aan te leveren. Bovendien meent de RSJ dat de rechter op basis van deze gegevens een goed oordeel kan vellen over de geestelijke gesteldheid van de verdachte.

Bruikbaarheid en betrouwbaarheid van dossiergegevens

De RSJ merkt op dat de gegevens uit de dossiers vaak gedateerd en voor een ander doel (behandelplanning en -voortgang, indicatiestelling, financiering) zijn opgesteld. Hypothesevorming is daarbij belangrijker dan waarheid(svinding). Het beoordelen van dossiers door een ander dan de behandelaar is daardoor riskant. Bij interpretatie en selectie van deze informatie zijn de betrouwbaarheid en validiteit niet vanzelfsprekend gewaarborgd.

Met het voorstel van de RSJ de op te vragen gegevens te beperken tot diagnoses, behandelplan en ontslagbrieven nemen de bruikbaarheid en de betrouwbaarheid van de gegevens toe.

Zeeffunctie en vernietiging van onbruikbare gegevens

Het is de bedoeling dat de mdc slechts de bruikbare gegevens doorzet naar de rapporteurs. Alleen de gegevens die noodzakelijk zijn voor het beoogde doel worden doorgeleid. De mdc vervult daarmee een zeeffunctie,

³ De Algemene verordening gegevensbescherming (AVG) gaat uit van een aantal beginselen van gegevensbescherming zoals het beginsel van minimale gegevensverwerking (artikel 5 lid 1 onder c AVG). Dat betreft het verzamelen en verwerken van zo min mogelijk persoonsgegevens die aansluiten op het doel van de verwerking.

⁴ Volgens de minister worden de gegevens verstrekt met het oog op het opstellen van een pro Justitia-rapportage ten behoeve van de strafoplegging. De gegevens worden uitdrukkelijk niet verstrekt voor het strafrechtelijk onderzoek, *Kamerstukken I 2014/15, 32 398 K, par. 4.*

waardoor volgens de minister de omvang van de doorbreking van het beroepsgeheim beperkt zou zijn.

Hiermee in tegenspraak is de bepaling dat, als de mdc oordeelt dat het dossier geen bruikbare gegevens bevat, maar een machtiging is afgegeven door de penitentiaire kamer, de mdc het gehele dossier alsnog dient over te dragen aan de rapporteurs. De RSJ is van mening dat een dergelijke bepaling de kern van de voorliggende regeling ondergraaft. De RSJ adviseert dan ook de tweede zin van artikel 2.10 lid 1 te schrappen en de regeling zo te wijzigen dat de als onbruikbaar beoordeelde gegevens door de mdc vernietigd worden en de mogelijkheid tot volledige overdracht vervalt. Daarmee wordt voldaan aan de beoogde zeeffunctie van de mdc.

Overige procedurele aspecten

- Bevoegdheid tot aanleveren gegevens

De RSJ stelt voor de bevoegdheid tot het aanleveren van gegevens zorgvuldig te regelen en neer te leggen bij de hoogst verantwoordelijke behandelaar, de geneesheer-directeur (of bij kleinere behandelinstellingen op het hoogst bevoegde niveau).

- Informatieplicht

Volgens de toelichting bij het concept besluit wordt de weigerende observandus pas achteraf geïnformeerd door de OvJ, op het moment dat het advies van de mdc aan de OvJ wordt verstrekt (artikel 37a lid 5 Sr). Het is de RSJ onduidelijk waarom deze niet eerder in het proces geïnformeerd wordt.

- Vernietiging van het medisch dossier bij behandelaar

De RSJ stelt voor een wettelijke verplichting op te nemen voor de behandelaar om gedurende de procedure bij de mdc het dossier niet te vernietigen, dit omdat het kan voorkomen dat de behandelaar tegelijkertijd geconfronteerd wordt met een verzoek van de mdc het dossier aan te leveren en een verzoek van de patiënt het dossier te vernietigen.

- Zwijgplicht behandelaar

De RSJ merkt op dat de doorbreking van de zwijgplicht van de behandelaar niet is geregeld voor het geval de behandelaar ingaat op het verzoek een toelichting te geven aan de mdc. Dit kan onbedoeld tuchtrechtelijke consequenties hebben.

3. De toepassing als ultimum remedium

Volgens de nota van toelichting wordt de regeling ingezet als ultimum remedium, dat wil zeggen alleen in die gevallen waarin alternatieve – minder ingrijpende – maatregelen niet afdoende zijn gebleken om tot een zorgvuldig oordeel te komen omtrent de aanwezigheid van een geestelijke stoornis ten tijde van het delict en de noodzaak tot het opleggen van een tbs-maatregel.

De RSJ acht het terecht dat de maatregel pas in het uiterste geval gebruikt wordt en vindt het van belang dat er geen glijdende schaal in het gebruik ervan ontstaat. Om terughoudendheid in het gebruik te bevorderen,

adviseert de RSJ sterk in te zetten op flankerend beleid en een duidelijk stappenplan voor toepassing van de regeling te hanteren.

a. Flankerend beleid

In de brief van de minister van 8 oktober 2018⁵ over de problematiek van de weigerende observandi zijn, naast de onderhavige regeling weigerende observandi, de volgende maatregelen getroffen:

- verbeteren van de klinische rapportage binnen het PBC door verlenging van de observatieperiode en het werken met een ander afdelingsmilieu;⁶
- het verduidelijken van artikel 37a, lid 1 Sr; op basis van dit artikel heeft de rechter de mogelijkheid om zonder concludent advies een tbs-maatregel op te leggen mits hij deze beslissing goed kan onderbouwen;⁷
- vergroting van kennis en verbetering van communicatie tussen de betrokken disciplines; o.a. via externe handreikingen en een e-learningmodule bij de rechterlijke macht en nieuwe kwaliteitsstandaarden bij het NIFP; nog meer nadruk op gestandaardiseerde risicotaxatie; en
- aanpassingen op onderdelen van de rechtspositie van tbs-gestelden, oa. via het actualiseren van het beleidskader Langdurige Forensisch Psychiatrische Zorg (LFPZ) en een aanpassing van de Verlofregeling tbs. Dit ter bevordering van de uitstroom uit de LFPZ.⁸

b. Stappenplan

In de nota van toelichting zijn de volgende stappen benoemd:

- de toepassing is beperkt tot verdachten van ernstige delicten conform art. 38^e Sr ('gewelddsmisdrijven');
- betrokkene weigert mee te werken aan een pro Justitia-rapportage of enig ander onderzoek naar zijn geestestoestand en geeft geen toestemming voor het verstrekken van medische gegevens door zijn behandelaar;

⁵ Brief van 8 oktober 2018 over de problematiek van de weigerende observandi, *Kamerstukken I* 2018/19, 32 398 P.

⁶ In 2017 waren er 101 verdachten die volledige medewerking in het PBC weigerden; bij ongeveer een kwart van deze zaken kon toch een tbs worden opgelegd. Met de maatregelen die al genomen zijn zoals verlenging van de observatietermijn in het PBC naar maximaal 14 weken en een pilot met een uitgebreider dagprogramma en aangepast activiteiten aanbod is aannemelijk dat het percentage opleggingen naar boven bijgesteld kan worden. De resultaten van een evaluatie over het eerste half jaar van de speciale afdeling van het PBC zijn bemoedigend.

⁷ Een medische diagnose is niet vereist, de aannemelijkheid van een stoornis is voldoende om een stoornis vast te stellen. De verduidelijking van artikel 37a lid 1 Sr wordt geregeld in de Uitvoeringswet USB; dit conceptwetsvoorstel ligt momenteel ter consultatie voor.

⁸ Het nieuwe beleidskader LFPZ is op 1 januari 2019 in werking getreden.

- klinische rapportage (PBC) heeft wegens gebrek aan medewerking geen concludent advies opgeleverd, ook niet na verlenging van de observatietermijn tot 14 weken; en
- overige informatie (milieuonderzoek, reclasseringsrapportages, eerdere pro Justitia-rapportages) heeft geen duidelijkheid opgeleverd.

In het huidige debat over de weigerende observandi zijn tal van alternatieven aangedragen. Indien hier bewezen werkzame methodieken uit voortkomen, kunnen deze in bovenstaand stappenplan opgenomen worden.

4. Conclusies en aanbevelingen

Conclusies

Met de vaststelling van de Wfz is een wettelijke basis gelegd voor doorbreking van het medisch beroepsgeheim bij zogenaamde weigerende observandi. Het conceptbesluit geeft hieraan nadere invulling.

De RSJ schat in dat de regeling in specifieke gevallen - als ultimum remedium - de gewenste extra informatie kan opleveren waardoor de rechter in staat wordt gesteld zijn oordeel over het wel of niet opleggen van een tbs-maatregel te onderbouwen.

De RSJ komt tot de volgende conclusies:

- het verplichte aanleveren aan een multidisciplinaire commissie van het *gehele* dossier in plaats van duidelijk omschreven stukken uit het dossier is naar de mening van de RSJ onnodig en betekent een disproportionele inbreuk op het beroepsgeheim;
- een belangrijk nadeel van de integrale verstrekking is dat een dossier ook gegevens bevat die niet relevant zijn voor het doel dat met de verstrekking wordt beoogd, zoals zeer vertrouwelijke informatie van en over derden;
- met de aanbeveling van de RSJ de op te vragen gegevens te beperken tot concrete onderdelen van een behandeldossier zoals diagnoses, behandelplan en ontslagbrieven, nemen de bruikbaarheid en de betrouwbaarheid van de gegevens toe; en
- de integrale aanlevering van het dossier aan de rapporteurs als de mdc heeft geoordeeld dat er geen bruikbare gegevens zijn (maar de penitentiaire kamer wel een machtiging heeft afgegeven) ondergraaft de opzet van de regeling. Niet bruikbare gegevens dienen vernietigd te worden.

Daarnaast vraagt de RSJ aandacht voor de volgende procedurele aspecten:

- de bevoegdheid voor het aanleveren van een behandeldossier;
- het late moment van informeren van de verdachte over de verstrekking van zijn medische gegevens aan de mdc; en
- het ontbreken van een regeling voor de doorbreking van de zwijgplicht van behandelaren bij verschijnen voor de commissie.

Tot slot concludeert de RSJ dat het ultimium remedium karakter van de regeling goed geborgd zou moeten worden gezien de nadelen en risico's van de regeling.

Aanbevelingen

De RSJ doet de volgende aanbevelingen:

Algemeen

- Evalueer de regeling na drie jaar: hoe vaak is er gebruik gemaakt van de regeling en hoe vaak heeft dit geleid tot oplegging van tbs. Betrek hierbij ook de ervaringen van de betrokken behandelaren.

Omvang van de gegevens, bruikbare gegevens en vernietiging gegevens

- Beperk de aan de mdc aan te leveren gegevens tot enkele concrete onderdelen van een behandeldossier zoals diagnoses, behandelplan en ontslagbrieven. Dit zijn gegevens die naar verhouding het meest betrouwbaar zijn, een duidelijke plaats hebben in de communicatie met patiënt en relevante derden en relatief eenvoudig zijn aan te leveren. De RSJ meent dat de rechter op basis van deze gegevens een oordeel kan vellen over de geestelijke gesteldheid van de verdachte.
- Draag informatie met betrekking tot moeilijk te definiëren en af te bakenen begrippen, zoals behandeltrouw en afgebroken behandelingen, niet over aan rapporteurs. De noodzaak van verstrekking van deze informatie is twijfelachtig en de kans op onjuiste interpretatie is relatief groot.
- Laat de tweede zin van artikel 2.10 lid 1 vervallen en wijzig de regeling zo dat de als onbruikbaar beoordeelde gegevens vernietigd moeten worden wanneer de mdc heeft geoordeeld dat er geen bruikbare gegevens in het dossier aanwezig zijn.

Overige procedurele aspecten

- Zorg ervoor dat de bevoegdheid tot verstrekken van medische dossiers zorgvuldig geregeld is. Leg het verzoek om een medisch dossier te verstrekken bij de hoogst verantwoordelijke behandelaar, de geneesheer-directeur (of bij kleinere behandelinstellingen op het hoogst bevoegde niveau).
- Ga na of verdachte op een eerder moment over de verstrekking van zijn medische gegevens geïnformeerd kan worden.
- Regel het verbod op vernietiging van het dossier door de behandelaar gedurende de procedure.
- Schrap de mogelijkheid de behandelaar uit te nodigen voor een toelichting aan de mdc.

De toepassing als ultimum remedium

- Investeer in flankerend beleid, onder anderen conform de beleidsbrief van 8 oktober 2018.
- Leg duidelijk vast welke stappen in het proces altijd moeten worden doorlopen voordat de voorgestelde regeling wordt ingezet, ter voorkoming van een glijdende schaal in het gebruik ervan.

Met vriendelijke groet,

Namens de Afdeling advisering van de Raad voor Strafrechtstoepassing en Jeugdbescherming,



Frederieke Leeflang