

## 32. Verplicht doorbreken van medisch beroepsgeheim uitgebalanceerde regeling of disproportioneel middel?

### De werking en waarborgen van de regeling weigerende observandi

*Diana Buylinckx & Robbert-Jan Verkes*

#### 1. Inleiding

Het medisch beroepsgeheim is een groot goed. De gezondheid en belangen van een patiënt zijn leidend bij de wijze waarop een behandelaar met medische gegevens omgaat. Als de patiënt niet wil dat zijn gegevens worden verstrekt, gebeurt dit niet. Alhoewel, via een wettelijke regeling kan een behandelaar worden verplicht gegevens zonder toestemming van zijn patiënt te verstrekken.<sup>1</sup> Het afgelopen jaar is een nieuwe mogelijkheid hiertoe in het Wetboek van Strafrecht opgenomen: de regeling weigerende observandi.<sup>2</sup> In dit artikel wordt ingegaan op deze regeling, waarbij de waarborgen, uitgangspunten en doelen ervan worden belicht. Ook wordt stilgestaan bij de gevolgen die deze regeling voor behandelaren kan hebben, waarna een aantal potentiële knelpunten voor de praktijk wordt geadresseerd. Aan het eind wordt een conclusie getrokken; kan deze regelgeving worden gezien als een uitgebalanceerde regeling of

is het een disproportioneel middel om de veiligheid van de samenleving te vergroten?

#### 2. De strafrechtelijke context van de regeling weigerende observandi

De tbs-maatregel is een van de sancties die in een strafzaak kan worden opgelegd. Via deze maatregel ondergaat de veroordeelde behandeling gericht op het verminderen van het gevaar voor de samenleving en op een verantwoorde resocialisatie. Dit maakt deze sanctie passend voor delinquenten die vanwege hun stoornis gevaarlijk zijn voor de maatschappij. Onderzoek bevestigt het nut van een tbs-behandeling bij gevaarlijke delinquenten met een stoornis. Recidive komt na een tbs-maatregel minder vaak voor dan na een gevangenisstraf.<sup>3</sup> Dit is vanuit het oogpunt van een veilige samenleving relevant. De tbs-maatregel is hiermee in de kern een beveiligingsmaatregel.

Tbs kan alleen worden opgelegd als de rechter tot het oordeel komt dat bij de verdachte tijdens het delict sprake was van een gebrekkige ontwikkeling of een ziekelijke stoornis van zijn geestvermogens.<sup>4</sup> Gedragsdeskundig onderzoek is nodig om hier informatie over te verzamelen.<sup>5</sup> Een verdachte is niet verplicht om mee te werken aan dit onderzoek. Hij kan medewerking weigeren. Dit uitgangspunt is gebaseerd op een van de fundamenten dat onder ons strafrechtelijk bestel ligt, namelijk het uitgangspunt dat niemand mee hoeft te werken aan zijn eigen veroordeling. Dit beginsel is een uitvloeisel van

3 Uit onderzoek van het WODC blijkt dat ongeveer 30% van de ex-tbs'ers recidiveert en dat ongeveer 70% van de ex-gedetineerden (personen die alleen een gevangenisstraf hebben ondergaan en na deze straf niet in het kader van een tbs zijn behandeld) recidiveert. Bron: *Recidive na tbs, ISD en overige forensische zorg*, Den Haag: WODC-rapport 2018, Cahier 2018-22. Bron: *Door na de gevangenis, een cijfermatig overzicht van de strafrechtelijke recidive onder ex-gedetineerden*, Den Haag: WODC-rapport 2005, Onderzoek en beleid 228.

4 Art. 37a lid 1, sub 1 Sr.

5 Art. 37a lid 3 Sr.

1 Art. 7:457 lid 1 BW.

2 Art. 37a lid 6-9, art. 38e lid 1 Wetboek van Strafrecht (Sr) en nader uitgewerkt in het Besluit AGWO.

het recht van de verdachte op een eerlijk proces.<sup>6</sup> Als een verdachte medewerking aan ambulante onderzoek weigert, kan de rechter-commissaris klinische observatie in het Pieter Baan Centrum (PBC) bevelen.<sup>7</sup> Ook tijdens het onderzoek in het PBC kan de verdachte medewerking weigeren. Naar aanleiding van het PBC-rapport maakt de officier van justitie de afweging of er voldoende informatie beschikbaar is over de geestvermogens van de verdachte om een stoornis ten tijde van het delict aan te kunnen tonen. Als er onvoldoende gegevens beschikbaar zijn, er sprake is van een misdrijf dat is gericht tegen of gevaar veroorzaakt voor de onaantastbaarheid van het lichaam van een of meerdere personen en de officier van justitie overweegt een tbs-maatregel te eisen,<sup>8</sup> kan hij een multidisciplinaire commissie de opdracht geven gegevens over de gezondheid van de verdachte op te vragen bij behandelaren bij wie de verdachte in behandeling is (geweest). Dit kan via de *regeling weigerende observandi*.

### 3. De regeling weigerende observandi nader belicht

Via de regeling weigerende observandi wordt het beroepsgeheim van behandelaren doorbroken, dat op grond van de Wet op de Geneeskundige Behandelovereenkomst (WGBO) op hen rust.<sup>9</sup> Via deze wettelijke regeling vraagt de multidisciplinaire adviescommissie gegevensverstrekking weigerende observandi (AGWO) in opdracht van de officier van justitie het

behandeldossier op.<sup>10</sup> Zonder dat de verdachte toestemming geeft, dient de behandelaar het volledige behandeldossier aan de AGWO te verstrekken.<sup>11</sup> De behandelaar mag zijn patiënt informeren over het verstrekken van de gegevens, maar is dit niet verplicht.<sup>12</sup> De AGWO adviseert de officier van justitie vervolgens over de aanwezigheid en bruikbaarheid van persoonsgegevens betreffende een mogelijke gebrekkige ontwikkeling of ziekelijke stoornis van de geestvermogens van de weigerende verdachte tijdens het begaan van het strafbare feit.<sup>13</sup> De verdachte heeft geen regie over wat er gebeurt met de privégegevens aangaande zijn gezondheid. Het belang van een veilige samenleving gaat hiermee voor op het recht van een patiënt op privacy. Aangezien dit een grote inbreuk op zowel het grondrecht van burgers op een privéleven als de medische geheimhoudingsplicht betreft, is de regeling met een aantal belangrijke waarborgen omkleed. Voordat we ingaan op de waarborgen en uitgangspunten, schetsen we eerst de werkwijze van de regeling. Hiermee wordt helder hoe het proces is ingericht en op welke wijze de behandelgegevens worden gebruikt voor de beoogde doeleinden. De AGWO bestaat uit twee artsen, onder wie een psychiater die tevens de voorzitter is, een gedragsdeskundige en twee juristen.<sup>14</sup> Deze commissie brengt binnen dertig dagen aan de officier van justitie een advies uit, waarin wordt beschreven of er in de dossiers relevante gegevens zijn aangetroffen die kunnen worden betrokken bij het onderzoek naar de geestver-

6 Art. 6 EVRM. In het Latijn: *Nemo tenetur*.

7 Art. 196-198 en 509g Wetboek van Strafvordering (Sv). Deze observatie duurt zeven weken en kan eenmaal met zeven weken worden verlengd op grond van art. 198 lid 2 Sv.

8 Of de officier van justitie overweegt een tbs-maatregel in de strafzaak te eisen is geen formeel criterium. Wel is het de verwachting dat deze overweging in de praktijk een rol zal spelen bij de afweging de AGWO in te schakelen.

9 Art. 7:457 lid 1 BW.

10 Art. 37a lid 6 Sr en art. 2.3 lid 1 Besluit AGWO

11 Art. 37a lid 6 Sr en art. 2.4 lid 1 Besluit AGWO.

12 Op grond van art. 7:448 lid 1 BW is de behandelaar alleen verplicht de patiënt te informeren over het voorgenomen onderzoek en/of de voorgenomen behandeling. Het verstrekken van informatie op grond van een wettelijke plicht valt hier niet onder, waardoor de behandelaar vrij is zijn patiënt te informeren, maar dit niet is verplicht.

13 Art. 37a lid 6 Sr en art. 2.1 Besluit AGWO.

14 Art. 37a lid 9 Sr.

mogens van de verdachte.<sup>15</sup> Een opdracht van de officier is nodig om behandelgegevens bij (oud-) behandelaren op te vragen.<sup>16</sup> Hierin staat namelijk bij welke behandelaren gegevens moeten worden opgevraagd. Alleen die behandelaren worden aangeschreven. Wel is het zo dat aanvullend informatie kan worden opgevraagd bij overige behandelaren, op het moment dat uit verkregen informatie blijkt dat de verdachte bij hen in behandeling is (geweest).<sup>17</sup> Ook de geneesheer-directeur van een instelling kan worden aangeschreven als bekend is dat een verdachte daar in behandeling is geweest, maar onduidelijk is bij welke specifieke behandelaar.<sup>18</sup> Het volledige dossier dient binnen vijf werkdagen te worden verstrekt via een beveiligd digitaal portaal.<sup>19</sup> Mocht de behandelaar niet (langer) beschikken over het behandeldossier, dan kan hij aangeven wat hier de reden van is.<sup>20</sup> Zo kan het zijn dat hij het dossier reeds heeft vernietigd, heeft overgedragen aan een andere behandelaar of in het geheel niet over een dossier heeft beschikt, omdat de verdachte niet bij hem in behandeling is (geweest). De AGWO beoordeelt de diverse behandeldossiers zoveel mogelijk gezamenlijk,<sup>21</sup> waarna een gemotiveerd schriftelijk advies over de aanwezigheid en bruikbaarheid van behandelgegevens wordt verstuurd aan de officier van justitie. De officier informeert de verdachte over het opvragen van zijn persoonlijke gegevens nadat hij dit advies heeft ontvangen.<sup>22</sup> Als de officier van justitie op basis van dit advies meent dat de gegevens van toegevoegde

waarde kunnen zijn in de strafzaak, dan dient hij een verzoek voor doorzending van deze gegevens in bij de penitentiaire kamer van het Gerechtshof Arnhem-Leeuwarden. Op basis van de vordering van de officier van justitie en het advies van de AGWO beoordeelt deze gerechtelijke instantie, die is gespecialiseerd in het behandelen van tbs-zaken,<sup>23</sup> in hoeverre verstrekking van de gegevens aan rapporteurs gerechtvaardigd en proportioneel is.<sup>24</sup> Voordat het gerechtshof beslist, wordt de verdachte gehoord. De voorzitter van de AGWO kan worden gehoord.<sup>25</sup> Als een machtiging wordt verstrekt en deze onherroepelijk is geworden, zendt de AGWO de bruikbaar geachte behandelgegevens aan de rapporteurs.<sup>26,27</sup> Zij stellen een aanvullende rapportage op, die aan het strafdossier wordt toegevoegd.<sup>28</sup> Dit zijn in principe dezelfde gedragsdeskundigen die de verdachte eerder hebben onderzocht en waarbij de verdachte medewerking aan het onderzoek (gedeeltelijk) weigerde. Mocht dit niet mogelijk blijken, dan sluit een nieuwe rapporteur aan.<sup>29</sup> Na verstrekking, vernietigt de AGWO de behandelgegevens. De gegevens worden ook vernietigd als de officier van justitie de AGWO laat weten geen vordering in te dienen en op het moment dat een afwijzende beschikking van de penitentiaire kamer onherroepelijk is gewor-

15 Art. 37a lid 6 Sr, art. 2.1 en 2.2 Besluit AGWO en de toelichting op deze artikelen in de nota van toelichting bij het Besluit AGWO.

16 Art. 37a lid 6 sr.

17 Art. 2.3 lid 1 Besluit AGWO.

18 Art. 1.1 onder a Besluit AGWO.

19 Art. 2.4 Besluit AGWO.

20 Dit kan via het verstrekkingsformulier worden aangegeven, art. 2.3 lid 2 Besluit AGWO.

21 Art. 2.5 lid 4 Besluit AGWO.

22 Art. 37a lid 6 Sr.

23 Art. 37a lid 7 Sr en art. 67 lid 3 Wet op de Rechterlijke Organisatie.

24 Nota van toelichting bij het Besluit AGWO, p. 3.

25 Art. 37a lid 8 Sr. De voorzitter kan een toelichting geven op het advies van de AGWO, waarbij hij is gebonden aan zijn geheimhoudingsplicht over de inhoud van de concrete gegevens.

26 Art. 37a lid 8 jo lid 4 Sr.

27 Op het moment dat de AGWO geoordeeld heeft dat er geen bruikbare gegevens zijn aangetroffen en er toch een machtiging voor verstrekking wordt afgegeven, dient de AGWO de volledige behandeldossiers aan de rapporteurs te zenden. Art. 2.10 lid 1 Besluit AGWO.

28 Art. 37a lid 7 Sr.

29 Nota van toelichting bij het Besluit AGWO, p. 15-16.

den.<sup>30</sup> De behandelaren die gegevens hebben aangedragen, worden geïnformeerd over de verstrekking en de vernietiging ervan.<sup>31</sup>

#### 4. Het ontstaan en de context van de regeling weigerende observandi

De regeling weigerende observandi is niet zonder slag of stoot tot stand gekomen. Vanwege de inbreuk die met deze regeling wordt gemaakt op het medisch beroepsgeheim en het grondrecht van burgers op een privéleven,<sup>32</sup> is in de (politieke) totstandkomingsgeschiedenis ervan flink gediscussieerd over het nut, de noodzaak en de proportionaliteit van deze regeling.<sup>33</sup> In 2013 is de regeling voorgesteld door toenmalig staatssecretaris Teeven, als onderdeel van de Wet Forensische Zorg,<sup>34</sup> en de regeling is later omarmd door minister Dekker van Rechtsbescherming. De regeling is door deze minister gepresenteerd als één van de maatregelen die hij heeft genomen naar aanleiding van onderzoek naar de daling van het aantal tbs-opleggingen in 2008 en 2009. Het Wetenschappelijk Onderzoek- en Documentatiecentrum (WODC) wees in dit onderzoek het toenemend aantal weigerende verdachten aan als een mogelijke oorzaak van dit aantal dalingen.<sup>35</sup>

30 Art. 37a lid 8 Sr en art. 2.11 lid 1 Besluit AGWO.

31 Art. 2.10 lid 2 en art. 2.11 lid 2 Besluit AGWO.

32 Art. 8 EVRM. De geheimhouding van medische gegevens kan worden geschaard onder dit grondrecht.

33 Er was onder andere kritiek op de regeling vanuit GGZ Nederland, de KNMG, de advocatenorde (NOvA), de vereniging voor tbs-advocaten, de Raad voor de Rechtspraak (RvdR) en de Nederlandse vereniging voor Rechtspraak (NVvR). In de toelichting op het besluit AGWO is beschreven op welke wijze de minister voor Rechtsbescherming de feedback van deze organisaties heeft meegenomen bij gemaakte keuzes ten aanzien van de wijze waarop de regeling is vormgegeven.

34 *Kamerstukken II* 2012/13, 32398, nr. 19, Nota van wijziging.

35 E.M.H. van Dijk, *Daling oplegging tbs met dwangverpleging. Ontwikkelingen en achtergronden* (Memorandum 2011-1), Den Haag: WODC 2011, p. 7.

Met de nieuwe regeling weigerende observandi beoogt de wetgever te voorkomen dat personen die een ernstig delict hebben gepleegd en een gevaar voor de samenleving vormen een tbs-maatregel effectief kunnen ontlopen door gedragsdeskundig onderzoek te weigeren.<sup>36</sup> Dit vormt de rechtvaardiging voor de doorbreking van het medisch beroepsgeheim en voor de inbreuk die op het fundamentele recht op privacy wordt gemaakt.

De regeling staat niet op zichzelf. Naast de regeling weigerende observandi heeft de minister van Rechtsbescherming een aantal andere maatregelen genomen om te voorkomen dat de tbs-maatregel niet kan worden opgelegd aan personen voor wie dit de meest passende sanctie zou zijn, doordat zij hun medewerking aan gedragsdeskundig onderzoek weigeren. Zo is de werkwijze bij het PBC aangepast, zodat observandi meer stimulans ervaren om op de groep te zijn en zij meer van zichzelf tonen, waardoor het wel of niet aanwezig zijn van een stoornis ook bij weigeraars beter kan worden vastgesteld.<sup>37</sup> Ook heeft de wetgever, door de wettekst van art. 37a Sr te herformuleren, willen benadrukken dat het de rechter is die oordeelt of sprake is van een stoornis. De rechter zal zich daarbij in zeer sterke mate moeten laten leiden door de bevindingen en conclusies van gedragsdeskundigen, maar als de gedragsdeskundigen aan de grenzen komen van wat zij vanuit hun wetenschap nog kunnen verantwoorden, zal de rechter zijn eigen verantwoordelijkheid moeten nemen voor zover de wet hem daartoe de ruimte geeft. Voor zijn beslissing dient de rechter voldoende steun te vinden in hetgeen gedragsdeskundigen zo mogelijk wél hebben

36 *Kamerstukken II* 2018/19, 33628, nr. 44.

37 Er is een werkwijze ontwikkeld bij het PBC, die ervoor zorgt dat moeilijk observeerbare verdachten beter kunnen worden geobserveerd. Deze werkwijze is geëvalueerd en vormt het uitgangspunt bij alle klinische observaties. Bron: *Weigerende observandi op een speciale afdeling in het Pieter Baan Centrum*, Den Haag: WODC-rapport 2018, Cahier 2018-7.

kunnen vaststellen en hetgeen de rechter verder aan feiten en omstandigheden is gebleken met betrekking tot de persoon van de verdachte. Voor dit oordeel is geen DSM-classificatie vereist.<sup>38</sup> Tevens heeft de wetgever de veiligheid van anderen vooraan in de wettekst geplaatst, waarmee wordt beoogd te benadrukken dat de mate van gevaar dat van verdachten met een stoornis uitgaat van belang is bij de afweging om tbs op te leggen.<sup>39</sup>

### 5. Waarborgen, uitgangspunten en doelstellingen van de regeling weigerende observandi

Vanwege het ingrijpende karakter van deze regeling is zij, zoals gezegd, omkleed met een aantal waarborgen. Zo moet de toepassing ervan proportioneel zijn: er kan alleen informatie worden opgevraagd van patiënten die worden verdacht van een ernstig strafbaar feit, te weten: een misdrijf dat is gericht tegen of gevaar veroorzaakt voor de onaantastbaarheid van het lichaam van een of meerdere personen.<sup>40</sup> Ten tweede is de regeling geformuleerd als *ultimum remedium*.<sup>41</sup> Dit betekent dat de regeling alleen kan worden ingezet als het niet op een andere, voor de verdachte minder ingrijpende, manier is gelukt om voldoende gegevens over zijn geestvermogens te verzamelen. Zo moet eerst geprobeerd zijn de verdachte te onderzoeken via klinische observatie als hij ambulantly onderzoek weigert.<sup>42</sup> De officier van

justitie weegt af in hoeverre er mogelijk bruikbare gegevens beschikbaar zijn bij behandelaars waar de verdachte in behandeling is (geweest). Deze inschatting maakt de officier op basis van de tot dusver opgemaakte gedragsdeskundige rapportages.

Ter nuancering van het uitgangspunt van de regeling als *ultimum remedium*: het is niet nodig dat de rechtbank in eerste aanleg heeft geoordeeld dat het niet mogelijk is om een tbs-maatregel op te leggen vanwege het ontbreken van relevante gegevens.<sup>43</sup> De beoordeling of er voldoende informatie beschikbaar is om een stoornis aan te tonen in de strafzaak ligt bij de officier van justitie. Ook is het niet nodig om de observatietermijn bij het PBC met zeven weken te verlengen of de verdachte op een speciale afdeling voor moeilijk observeerbaren te plaatsen. In zoverre is het dus niet nodig om alle mogelijke middelen in te zetten, alvorens de regeling toe te passen. De wetgever heeft hier keuzes in gemaakt, vanuit andere doelstellingen die worden beoogd met de regeling weigerende observandi en uitgangspunten waarop deze regeling is gebaseerd. Zo dient de regeling praktisch werkbaar te zijn.<sup>44</sup> De penitentiaire kamer beoordeelt uiteindelijk in hoeverre de inzet van de regeling proportioneel en noodzakelijk is, gezien de concrete situatie.<sup>45</sup> Hierbij weegt de kamer andere mogelijkheden die hadden kunnen worden benut om een stoornis vast te stellen, naar alle waarschijnlijkheid, mee.

38 EHRM 3 maart 2015, nr. 73560/12 (*Constancia vs. The Netherlands*); Hoge Raad 18 december 2012, ECLI:NL:HR:2012:BY5355 en Gerechtshof Arnhem-Leeuwarden 18 mei 2011, ECLI:NL:GHARN:2011:BQ4981.

39 *Kamerstukken II* 2018/19, 33628, nr. 44.

40 Art. 37a lid 6 en art. 38e lid 1 Sr.

41 Nota van toelichting bij het Besluit AGWO, p. 4 en 5.

42 Art. 37a lid 3 en 4 Sr, art. 196-198 en art. 509g Sv en Nota van toelichting bij het Besluit AGWO, p. 5. Deze observatie duurt zeven weken en kan eenmaal met zeven weken worden verlengd op grond van art. 198 lid 2 Sv.

43 De Nederlandse Orde van Advocaten heeft eerder aan de minister voor Rechtsbescherming geadviseerd om de uitkomsten in de strafrechtelijke procedure af te wachten, alvorens een last aan de AGWO te verzenden. De minister heeft dit advies gefundeerd naast zich neergelegd, Nota van toelichting bij het Besluit AGWO, p. 13.

44 Nota van toelichting bij het Besluit AGWO, p. 11 en 12. De uitgangspunten waarop de regeling is gebaseerd staan verwoord op pagina 4 van de Nota van toelichting bij het Besluit AGWO.

45 Nota van toelichting bij het Besluit AGWO, p. 3.

Bij de totstandkoming van de regeling is uiteengezet dat met de regeling een gegronde en toelaatbare inbreuk wordt gemaakt op het fundamentele recht van de verdachte op een privéleven.<sup>46</sup> De regeling valt hiermee binnen de werkingssfeer van art. 8 van het Europees Verdrag voor de Rechten van de Mens (EVRM). Dit artikel stelt dat doorbreking van het recht op een privéleven alleen mogelijk is op het moment dat dit 1) bij de wet is voorzien en 2) noodzakelijk is in een democratische samenleving. Aan criterium 1) wordt voldaan doordat de regeling is gepubliceerd in het *Staatsblad*, waarmee de regeling voldoende toegankelijk is voor burgers. Daarmee wordt de toepassing van de regeling geacht voldoende voorzienbaar te zijn voor betrokkenen, aangezien zij hun gedrag op de regeling kunnen afstemmen. Criterium 2) eist dat er sprake moet zijn van een dringend en zwaarwegend maatschappelijk belang. Dit belang wordt gezien in de bescherming van de maatschappij. Met deze regeling wordt immers beoogd meer slachtoffers en maatschappelijke schade te voorkomen, doordat aan gevaarlijke delinquenten met een stoornis een tbs-maatregel kan worden opgelegd. Hiermee wordt de regeling noodzakelijk om recidive van ernstige delicten te voorkomen en is voldaan aan de criteria van art. 8 EVRM.<sup>47</sup> Naast het bovenstaande is de regeling met een extra waarborg omkleed, doordat een getrapte systeem van doorbreking van het medisch beroepsgeheim tot stand is gebracht. De eerste trede van de trap houdt verstrekking van behandelgegevens aan de AGWO in. Behandelaren verstrekken het volledige dossier van hun patiënt, hetgeen een vergaande doorbreking van het beroepsgeheim inhoudt. Daartegen-

over staat de waarborg dat de AGWO de verstrekte gegevens filtert. Alleen gegevens die daadwerkelijk bruikbaar zijn voor de rapporteurs, worden aan hen doorgestuurd. Hiermee bewaakt de AGWO dat de inbreuk op het medisch beroepsgeheim niet verder gaat dan noodzakelijk is voor het doel van de regeling, namelijk: aanvullende gegevens verstrekken aan rapporteurs, zodat zij een zo compleet mogelijk beeld krijgen van de geestvermogens van de verdachte, waardoor zij de rechter in de strafzaak zo volledig mogelijk kunnen informeren.<sup>48</sup> Dit wordt de zeeffunctie van de AGWO genoemd.<sup>49</sup> Bij het uitvoeren van deze functie is het van belang alle gegevens in gezamenlijkheid en in onderlinge samenhang te beoordelen.<sup>50</sup> Ook reeds opgemaakte rapportages worden in samenhang met de ontvangen medische gegevens bekeken. In het advies beschrijft de AGWO welke gegevens van toegevoegde waarde kunnen zijn in de strafzaak. Pas na goedkeuring door het gerechtshof, worden alleen deze gegevens verstrekt aan de rapporteurs. Dit is de tweede trede van de trap.

Alleen de leden van de AGWO zien behandelgegevens in. Zij zijn gebonden aan een geheimhoudingsplicht.<sup>51</sup> De officier van justitie en de penitentiaire kamer ontvangen slechts een advies van de AGWO.<sup>52</sup> Het is van belang dat de AGWO in het advies omschrijft om wat voor gegevens het gaat, zodat de officier van justitie en het gerechtshof een gedegen afweging kunnen maken over de noodzaak en de proportionaliteit om deze gegevens te verstrekken aan de rapporteurs. Het behoort tot de taak van de AGWO om te waken voor het belang dat de doorbreking van het medisch beroepsgeheim

46 *Kamerstukken II* 2012/13, 32298, nr. 19 (tweede nota van wijziging) p. 17-23.

47 S.M. de Brouwer, *De problematiek van de weigerende observandus; een onderzoek naar de oplossingen die de Nederlandse wetgever heeft bedacht om de problematiek rondom de weigerende observandus aan te pakken*, masterscriptie, Nijmegen: 2018.

48 Art. 37a lid 7 in samenhang met lid 5 Sr en Nota van toelichting bij het Besluit AGWO, p. 4 en 5.

49 Nota van toelichting bij het Besluit AGWO, p. 3 en 5.

50 Nota van toelichting bij het Besluit AGWO, p. 5.

51 Art. 3.1 Besluit AGWO en de regels die betrekking hebben op de eigen beroepsgroep, zoals bij de BIG-geregistreerde deskundigen het geval is.

52 Art. 37a lid 7 Sr.

niet verder gaat dan noodzakelijk is en tegelijkertijd een voldoende onderbouwing te geven, zodat de officier van justitie en de penitentiaire kamer een goed beeld krijgen van de behandelgegevens. De AGWO dient de gegevens in het advies dan ook met een zekere abstractie te omschrijven.<sup>53</sup> De verdediging kan het behandeldossier overigens opvragen bij de behandelaar. Dit kan tot de situatie leiden dat de verdediging beschikt over meer informatie dan de officier van justitie en het gerechtshof. In het kader van de interne openbaarheid van de procedure kan dit als onwenselijk worden beschouwd. Echter, in de praktijk wordt met het horen van de verdachte, het eventueel horen van de voorzitter van de AGWO, met de verdediging van de officier van justitie en met het advies van de AGWO op een passende manier zorggedragen voor de interne openbaarheid.<sup>54</sup> De penitentiaire kamer beschikt met deze gegevens immers over voldoende informatie om te kunnen oordelen over de proportionaliteit en de noodzaak tot verstrekking van de gegevens. Het horen van de verdachte vindt overigens plaats achter gesloten deuren, in tegenstelling tot de strafzaak waarbij de inhoudelijke behandeling op een openbare terechtzitting plaatsvindt. Het gesprek over de behandelgegevens blijft dus beperkt tot de directbetrokkenen in de raadkamerprocedure en is niet toegankelijk voor overige belangstellenden.

De wetgever heeft de regeling met een extra waarborg willen omkleden door de penitentiaire kamer te belasten met de proportionaliteits- en noodzakelijkheidstoets. In een eerder ontwerp van de wettekst was de rechter-commissaris met deze taak belast. Later is dit aan-

gepast.<sup>55</sup> Aangezien de penitentiaire kamer de hoogste feitelijke instantie is die over deze zaak kan oordelen, staat beroep in cassatie open tegen de beslissing van het gerechtshof. Bijkomend voordeel van de inzet van de penitentiaire kamer is dat twee gedragsdeskundigen deel uitmaken van die kamer.<sup>56</sup>

Verder kan de plicht van de AGWO om actief in het advies te motiveren in hoeverre sprake is van gegevens die duiden op de afwezigheid van een stoornis of gebrekkige ontwikkeling bij de verdachte als een waarborg van de regeling worden beschreven.<sup>57</sup> Dit is van belang om een zo compleet mogelijk beeld te schetsen van de aangedragen gegevens.

Tot slot kan de AGWO een behandelaar verzoecken de verstrekte gegevens toe te lichten.<sup>58</sup> Hierbij is het van belang dat de behandelaar gebonden is aan zijn beroepsgeheim. Hij is niet verplicht om gehoor te geven aan dit verzoek. Mogelijk kan het aanbrengen van enige nuancering op de verstrekte gegevens bruikbaar zijn, bekeken vanuit het belang van zijn patiënt. Met diens toestemming kan deze nuance worden aangebracht. Bij het uploaden van het behandeldossier kan de behandelaar aangeven of hij wenst te worden uitgenodigd.

## 6. De positie van behandelaren en (potentiële) knelpunten in de praktijk

Wat betekent deze regeling nu concreet voor behandelaren bij wie gegevens over de gezondheid van de verdachte worden opgevraagd? Hieronder wordt een aantal aspecten van de regeling aangestipt, die voor behandelaren van belang kunnen zijn. Tevens wordt ingegaan op een aantal knelpunten die mogelijk kunnen

53 Art. 2.9 lid 1 Besluit AGWO en de Nota van toelichting bij dit artikel.

54 Art. 37a lid 8 Sr en P. Vegter, 'Grote stappen, snel thuis? Iets over de nieuwe procedure bij weigering van gedragskundig onderzoek', *Sancties* 2019/73. Met de interne openbaarheid wordt bedoeld dat alle procespartijen beschikken over dezelfde informatie.

55 *Kamerstukken II* 2012/13, 32398, nr. 23 (Amendement).

56 Art. 37a lid 7 Sr en art. 67 lid 3 Wet op de Rechterlijke Organisatie.

57 Art. 2.9 lid 1 Besluit AGWO en de toelichting bij dat artikel.

58 Art. 2.6 lid 6 Besluit AGWO en de toelichting bij dat artikel.

ontstaan bij toepassing van de regeling in de praktijk.

Zoals beschreven, wordt met deze regeling een vergaande inbreuk op het medisch beroepsgeheim gemaakt. Vanuit het veld is de wetgever breed geadviseerd te kiezen voor een minder vergaande inbreuk. Diverse organisaties stelden voor de behandelaar een afweging te laten maken en alleen de bruikbaar geachte gegevens te versturen aan de AGWO.<sup>59</sup> De wetgever heeft, ondanks dit advies, gekozen voor de constructie waarin de AGWO alle beschikbare informatie verzamelt, in onderlinge samenhang beziet, filtert en vervolgens alleen de bruikbare gegevens verstrekt. Op deze manier wordt getracht de rapporteurs alle relevante gegevens te doen toekomen. Dit komt bovendien de werkbaarheid van de regeling ten goede.<sup>60</sup> Geconstateerd kan worden dat de regeling fors afwijkt van het uitgangspunt dat in de medische praktijk wordt gehanteerd en dat gebaseerd is op de Wgbo. Volgens dat uitgangspunt beantwoordt een behandelaar in beginsel alleen concrete vragen van een derde. Deze vragen dienen specifiek geformuleerd te zijn en bij te dragen aan een afgebakend doel. De regeling weigerende observandi is zeer ruim opgezet. Hierbij kan men zich afvragen of deze ruime doorbreking van het beroepsgeheim door het doel wordt gerechtvaardigd. In de toelichting op de regeling heeft de minister voor Rechtsbescherming beargumenteerd dat deze ruime doorbreking van het beroepsgeheim en deze afwijking van de normale procedure gerechtvaardigd worden door het zwaarwegen-

59 Nota van Toelichting bij het Besluit AGWO, p. 11-13. Diverse veldpartijen uit zowel de zorg als de juridische sector hebben dit geadviseerd.

60 Nota van toelichting bij het Besluit AGWO, p. 4 en 11-13. De termijn voor verstrekking van het behandeldossier (vijf werkdagen) wordt haalbaar geacht door de minister, aangezien de behandelaar geen inhoudelijke afweging hoeft te maken over de bruikbaarheid van de behandelgegevens bij verstrekking van het volledige dossier.

de belang dat de maatschappij dient te worden beschermd tegen delinquenten die vanwege hun stoornis een gevaar voor de samenleving vormen.<sup>61</sup>

Behandelaren zijn op grond van art. 37a lid 6 Sr gevrijwaard van hun tuchtrechtelijke plicht tot geheimhouding vanuit hun beroep, doordat ze wettelijk worden verplicht het volledige behandeldossier te verstrekken, zonder toestemming van hun patiënt.<sup>62</sup> Sterker nog: bij het niet, niet volledig of niet tijdig verstrekken van de gegevens kunnen zij tuchtrechtelijk worden aangesproken.<sup>63</sup> Hierbij is het natuurlijk wel zo dat er geen onderzoek kan plaatsvinden naar de waarachtigheid en de volledigheid van de gegevensverstrekking. Bovendien is het onduidelijk wie een dergelijke tuchtzaak zal aanspannen. Wie is immers in zo'n geval aan te merken als belanghebbende?<sup>64</sup> De kans dat een tuchtzaak zal worden gestart wordt dan ook klein geacht.

Welke knelpunten kunnen aan de orde komen op het moment dat de regeling in de praktijk wordt toegepast? Gedacht kan worden aan een verzoek tot vernietiging van een dossier. De behandelaar dient binnen drie maanden gehoor te geven aan dit verzoek van zijn patiënt,<sup>65</sup> tenzij een andere wet dwingt tot het bewaren van de gegevens<sup>66</sup> of redelijkerwijs aannemelijk is dat bewaring van de gegevens van aanmerkelijk

61 *Kamerstukken II* 2018/19, 33628, nr. 44 en de Nota van toelichting bij het besluit AGWO, p. 1-2.

62 Art. 7:457 lid 1 BW in samenhang met artikel 37a lid 6 Sr.

63 Art. 7:453 BW. Een hulpverlener wordt geacht te handelen in overeenstemming met de op hem rustende wettelijke plichten. Een strafrechtelijke vervolging is niet mogelijk, aangezien de plicht tot het verstrekken van de gegevens geen bevel is, in de zin van art. 184 Sr.

64 In theorie zou de Inspectie voor de Gezondheidszorg en Jeugd een klacht bij het Regionaal Tuchtcollege voor de Gezondheidszorg kunnen indienen.

65 Art. 7:455 lid 1 BW.

66 Een voorbeeld hiervan is de Wet verplichte geestelijke gezondheidszorg.



belang is voor een ander dan de patiënt. Hierbij moet het gaan om een concreet en actueel belang.<sup>67</sup> Volgens de minister voor Rechtsbescherming kunnen belangen van toekomstige slachtoffers worden gezien als concrete en actuele belangen van anderen.<sup>68</sup> Het is aan de behandelaar om een afweging te maken tussen het belang van de patiënt bij vernietiging van het dossier, conform zijn verzoek, en het belang van een ander bij bewaring van de gegevens. Het wordt pas echt interessant als de patiënt verzoekt om vernietiging van het dossier en de AGWO verzoekt om de verstrekking ervan. Wat gaat dan voor? De minister pleit voor het verstrekken van het dossier, alvorens gehoor te geven aan het verzoek van de patiënt en tot vernietiging ervan over te gaan.<sup>69</sup> Kijkend naar de termijnen, kan worden gesteld dat de behandelaar de vernietiging kan uitstellen tot vlak voor het aflopen van de termijn van drie maanden. Op die manier kan de behandelaar een eventueel verzoek van de AGWO afwachten, waarna hij kan overgaan tot vernietiging van het dossier. Het is afwachten of er in de praktijk een race ontstaat om de gegevens. Er is in ieder geval voorzien in een regeling voor de vernietiging van de verstrekte gegevens.<sup>70</sup> De gegevens worden dus vernietigd, ook na de verstrekking ervan.

Een ander knelpunt kan zijn gelegen in de mogelijkheid dat patiënten die zorg behoeven, zorg gaan mijden uit angst voor het gebruik van hun medische gegevens in een later stadium, op het moment dat ze worden verdacht van een strafbaar feit. De kans dat dit knelpunt zich in de praktijk manifesteert, wordt klein geacht, aangezien het de inschatting is dat de meeste patiënten niet zo ver vooruit zullen kijken. Wel kan zorgmijding mogelijk spelen in het PBC. Hier zijn immers, naast strafrechtelijk gestuurde onderzoekers, zorgpsychiaters werkzaam

die zich bezighouden met het welzijn van de geobserveerde. Vanuit de regeling weigerende observandi kunnen gegevens over de gezondheid van de verdachte worden opgevraagd bij deze behandelaren. Mogelijk is er een risico dat geobserveerden zorg binnen de gesloten setting van de klinische observatie zullen mijden. Gezien de intensiteit van de klinische observatie, is de veilige haven van de zorgpsychiater essentieel voor het welzijn van de patiënt en voor de veiligheid van medepatiënten en medewerkers. Zorgmijding in deze klinische setting is dan ook onwenselijk en kan zelfs gevaarlijk zijn.

Voor de AGWO kan er een knelpunt ontstaan op het moment dat een sneeuwbaaleffect ontstaat bij het opvragen van behandelgegevens. Uit de eerst verkregen gegevens kunnen aanwijzingen worden gevonden voor de aanwezigheid van extra gegevens bij andere behandelaren, die opgevraagd dienen te worden. Uit deze additionele gegevens kunnen ook weer aanwijzingen volgen over de aanwezigheid van gegevens bij andere behandelaren enzovoort. Dit sneeuwbaaleffect kan leiden tot een grote hoeveelheid informatie. Hierdoor ontstaat druk op de termijn van dertig dagen waarbinnen de officier van justitie moet worden geadviseerd. De minister spreekt weliswaar van een inspanningsverplichting om binnen deze termijn te adviseren, maar de AGWO streeft naar advisering binnen deze termijn.<sup>71</sup> Daarnaast ontstaat de vraag hoe ver de AGWO dient te gaan bij het opvragen van behandelinformatie. Kijkend naar de letter van de regeling, kan worden gesteld dat de AGWO wordt geacht alle beschikbare gegevens op te vragen. De regeling moet echter ook werkbaar blijven.<sup>72</sup> Het is aan de AGWO om hier in de praktijk een werkbare oplossing voor te vinden.

67 Art. 7:455 lid 2 BW.

68 Nota van toelichting bij het Besluit AGWO, p. 7-9.

69 idem.

70 Art. 2.11 Besluit AGWO.

71 Nota van toelichting bij het Besluit AGWO, toelichting bij art. 2.2 van dit besluit. Er zijn geen rechtsgevolgen verbonden aan overschrijding van deze termijn.

72 Nota van toelichting bij het Besluit AGWO, p. 4.

Als knelpunt voor rapporteurs kan worden beschreven dat zij de verstrekte gegevens mogelijk niet bruikbaar vinden. Wat als de gegevens bijvoorbeeld niet overeenkomen met hetgeen zij zelf hebben waargenomen in eerder onderzoek? Dit knelpunt kan worden weggenomen doordat rapporteurs de ruimte hebben om in hun aanvullende rapportage aan te geven op welke wijze zij de additionele gegevens interpreteren en wegeen. De uiteindelijke beslissing of sprake is van voldoende informatie voor het opleggen van een tbs-maatregel ligt bij de rechter. De gedragsdeskundige voorziet hem van relevante informatie ten behoeve van deze beslissing. Gedragsdeskundigen zullen overigens in hun eerste rapport al aangeven welke gegevens ontbreken, als gevolg waarvan zij (nog) geen definitief oordeel kunnen vellen over de aan- of afwezigheid van een stoornis of gebrekkige ontwikkeling. Deze informatie zal voor de officier van justitie leidend zijn bij zijn beslissing de AGWO aan het werk te zetten. De rapporteur heeft dus een belangrijke positie in het speelveld bij weigerende verdachten, doordat hij kan bijdragen aan een proportionele toepassing van de regeling in de praktijk.

### 7. De inzet van de regeling weigerende observandi in de praktijk

Het is interessant om te weten hoe vaak de AGWO in de praktijk zal worden ingeschakeld. Bij het schrijven van dit artikel is er nog geen last door het Openbaar Ministerie aan de AGWO verstrekt. Op dit moment kan alleen een grove schatting worden gemaakt van het aantal weigerende verdachten dat in aanmerking zou kunnen komen voor deze regeling. Uit onderzoek van het WODC blijkt dat gemiddeld 11% van de ambulante onderzochte verdachten medewerking aan een dubbelrapportage wei-

gert.<sup>73,74</sup> Bij klinische observatie weigert gemiddeld 39% van de observanten in zijn geheel medewerking aan gedragsdeskundig onderzoek. Daarnaast weigert gemiddeld 12% gedeeltelijk om mee te werken. 71% van alle onderzochte verdachten in het PBC is eerder ambulante onderzocht. Van de verdachten van wie het ambulante rapport is vervallen wegens weigeren, weigert 59% ook het PBC-onderzoek.

Om te schatten om hoeveel verdachten het zou kunnen gaan, baseren we ons op de cijfers uit het WODC-onderzoek.<sup>75</sup> In 2016 zijn er bijna 1200 dubbel of triple gedragsdeskundige rapportages opgesteld en zijn 217 verdachten klinisch geobserveerd in het PBC.<sup>76</sup> In 2016 waren er 94 verdachten die onderzoek in het PBC volledig hebben geweigerd. Echter, ook aan weigerende observandi wordt geregeld een tbs-maatregel opgelegd: in 24% van de zaken in eerste aanleg en in 43% van de zaken in hoger beroep. In 9% van de zaken wordt een behandeling in een ander kader opgelegd.<sup>77</sup> Afgaand op deze cijfers is het de verwachting dat er op jaarbasis slechts een beperkt aantal verdachten in aanmerking zal komen voor toepassing van

73 M.H. Nagtegaal, *Vijftien jaar weigerende verdachten in het Pro Justitia onderzoek*, Den Haag: WODC-rapport 2018, Cahier 2018-15.

74 Een dubbelrapportage bestaat uit een gedragsdeskundig onderzoek door een psychiater en een gedragsdeskundige met een andere expertise, vaak een psycholoog. Deze dubbelrapportage is op grond van art. 37a lid 3 Sr nodig om een tbs-maatregel te kunnen opleggen.

75 M.H. Nagtegaal, *Vijftien jaar weigerende verdachten in het Pro Justitia onderzoek*, Den Haag: WODC-rapport 2018, Cahier 2018-15.

76 Het aantal observanten in het PBC is al jaren stabiel rond de 200 personen, M.H. Nagtegaal, *Vijftien jaar weigerende verdachten in het Pro Justitia onderzoek*, Den Haag: WODC-rapport 2018, Cahier 2018-15.

77 Dit betreft weigerende verdachten uit het PBC in 2012-2016, M.H. Nagtegaal, *Vijftien jaar weigerende verdachten in het Pro Justitia onderzoek*, Den Haag: WODC-rapport 2018, Cahier 2018-15.

de regeling. We schatten in dat het zal gaan om hooguit 10 tot 25 verdachten.

### 8. Slotopmerkingen en conclusie

Vanaf 28 november 2019 kan de officier van justitie de AGWO inschakelen om gegevens op te vragen bij behandelaren. Bij het schrijven van dit artikel zijn er nog geen strafzaken aangedragen. Dit kan te maken hebben met een aantal aspecten. Zo kan het zijn dat door de verduidelijking van de criteria in art. 37a Sr beter bekend is bij rechters en officieren van justitie wanneer een tbs-maatregel kan worden opgelegd. Daarnaast leidt de nieuwe werkwijze bij het PBC mogelijk tot meer informatie die aan de officier van justitie kan worden verstrekt, als gevolg waarvan de AGWO niet in stelling hoeft te worden gebracht. Tot slot bestaat de indruk dat de rapporteurs beter van het belang zijn doordrongen dat het uiterst relevant is om in hun rapportages zoveel mogelijk informatie over de geestvermogens van de verdachte op te nemen. Dit is voor de officier van justitie van belang om te kunnen beoordelen in hoeverre een advies van de AGWO uitkomst kan bieden. Het is afwachten hoe vaak en in welke gevallen de AGWO in de toekomst zal worden ingeschakeld.

De wetgever heeft met de regeling weigerende observandi een extra mogelijkheid gecreëerd om informatie over de geestvermogens van de verdachte te verzamelen. Dit maakt het voor de rechter beter mogelijk om een tbs-maatregel op te leggen op het moment dat dit de meest passende sanctie is. Een advies van de AGWO kan behulpzaam zijn bij het onderbouwen van het juridische begrip *stoornis* uit art. 37a Sr, zodat de rechter de tbs-maatregel ook kan opleggen in strafzaken waarbij de verdachte medewerking aan gedragsdeskundige onderzoeken en observaties weigert. Ondanks dat het medisch beroepsgeheim via de regeling weigerende observandi wordt doorbroken op een wijze die afwijkt van de bestaande uitgangspunten, kan worden geconcludeerd dat sprake is van een uitgebalanceerde regeling. Via de regeling wor-

den behandelgegevens immers op een zorgvuldige manier benut om de rechter te voorzien van voldoende informatie over de geestvermogens van de verdachte. De AGWO fungeert hierbij als poortwachter om alleen werkelijk bruikbare gegevens door te geven aan de rapporteurs en ook niet meer dan nodig.<sup>78</sup>

#### Over de auteurs

*Prof. dr. R.J. (Robbert-Jan) Verkes*

Hoogleraar forensische psychiatrie bij de vaksectie Strafrecht & Criminologie, Radboud Universiteit Nijmegen en voorzitter van de Adviescommissie gegevensverstrekking weigerende observandi, tevens verbonden aan de afdeling Psychiatrie Radboudumc en de Pompestichting te Nijmegen.

*Mr. D.A.J. (Diana) Buylinckx*

Medewerker advisering bij het Adviescollege Verloftoetsing tbs en secretaris van de adviescommissie gegevensverstrekking weigerende observandi.

<sup>78</sup> De auteurs danken mr. H.G. (Ellen) Leentvaar-Loohuis (hoofd van het bureau en secretaris van de AVT/LAP/AGWO) en dr. W.F.J.M. (Wim) van Kordelaar (klinisch psycholoog) voor het kritisch meelezen en het doen van suggesties ter verbetering.