

# Artikel

## De regeling weigerende observandi

Mr. D.M. (Diederik) Thierry\*

### 1. Inleiding

Eind 2017 verkrachtte en vermoordde Michael P. een studente, nadat hij in een eerdere strafzaak had geweigerd mee te werken aan een Pro Justitia-onderzoek en hem in die zaak geen TBS-maatregel was opgelegd. Mede naar aanleiding van de moordzaak tegen Michael P. is een regeling ingevoerd die erin voorziet medische gegevens te verstrekken over een verdachte die weigert mee te werken aan het opstellen van een rapportage door het Pieter Baan Centrum (hierna: de regeling).<sup>1</sup> Via deze regeling kan een behandelaar worden verplicht gegevens zonder toestemming van zijn patiënt te verstrekken. De regeling is een van de acht onderdelen uit de weigeraanpak van het ministerie van Justitie en Veiligheid.<sup>2</sup> De onafhankelijke Adviescommissie Gegevensverstrekking Weigerende Observandi (hierna: de Adviescommissie), die onder voorzitterschap van een psychiater staat, heeft in deze wettelijke regeling een zeef-functie gekregen die eraan bijdraagt dat de inbreuk op het medisch beroepsgeheim zo beperkt mogelijk wordt gehouden. Artikel 3.2 lid 1 van het Besluit gegevensverstrekking weigerende observandi (Bagwo) bepaalt dat de Adviescommissie haar taak zonder vooringenomenheid vervult. Verder bestaat de commissie uit gedragsdeskundigen, artsen en juristen (art. 37a lid 9 Sr en 1.1 onder b Bagwo). Zij zijn verplicht tot geheimhouding van gegevens waarover zij de beschikking krijgen (art. 3.1

Bagwo). De commissie ontvangt van (voormalig) behandelaars medische gegevens van de verdachte en adviseert over de vraag of deze bruikbaar kunnen zijn voor de rapporteurs van het Pieter Baan Centrum,<sup>3</sup> aan wie de verdachte medewerking heeft geweigerd (zie artikel 2.1 Bagwo). Deze bijdrage beschrijft de regeling in het kort<sup>4</sup> en signaleert de stand van zaken. Enkele overige onderdelen van de weigeraanpak worden hieronder kort aangestipt.

### 2. De regeling

Per 1 januari 2020 zijn de leden 6 tot en met 9 van artikel 37a van het Wetboek van Strafrecht (Sr) in werking getreden. Hierin is (de kern van) de regeling opgenomen. Op grond daarvan kan de officier van justitie de voorzitter van de Adviescommissie gelasten om bruikbare gegevens te verstrekken over een verdachte die weigert mee te werken<sup>5</sup> aan enig onderzoek als bedoeld in artikel 37a lid 4 Sr. Deze bevoegdheid bestaat op grond van artikel 37a lid 6 en artikel 38e lid 1 Sr alleen indien sprake is van een verdenking van een misdrijf dat is gericht tegen of gevaar veroorzaakt voor de onaan-

63

\* Diederik Thierry is senior raadsheer in het gerechtshof Den Haag en lid van de AGWO.

1 De regeling weigerende observandi in de Wet forensische zorg: art. 37a lid 6-9, art. 38e lid 1 Sr en nader uitgewerkt in het Besluit gegevensverstrekking weigerende observandi.

2 *Kamerstukken II* 2018/19, 29 452, nr. 229 en *Kamerstukken I* 2018/19, 32 398, nr. P.

3 De regeling geldt alleen voor verdachten die ter observatie opgenomen zijn geweest in een daartoe bestemde inrichting zoals het PBC. Zie verder noot 4.

4 Zie voor een uitgebreide bespreking van de regeling: R.J. Verkes & D.A.J. Buylinckx, 'Verplicht doorbreken van medisch beroepsgeheim uitgebalanceerde regeling of disproportioneel middel?', *Journal Ggz en Recht*, 2020, afl. 32.

5 Art. 1.1 sub i Bagwo definieert de weigerende observandus als volgt: een verdachte van een misdrijf, dat gericht is tegens of gevaar veroorzaakt voor de onaantastbaarheid van het lichaam als bedoeld in artikel 38e van de wet die: a) ter observatie opgenomen is geweest in een psychiatrisch ziekenhuis of een inrichting tot klinische observatie bestemd, b) weigert medewerking te verlenen aan enig onderzoek als bedoeld in artikel 37a lid 4 Sr, en c) niet bereid is om medewerking te verlenen aan de verstrekking van persoonsgegevens betreffende een mogelijke gebrekkige ontwikkeling of ziekelijke stoornis van zijn geestvermogens.

tastbaarheid van het lichaam. In het Besluit gegevensverstrekking weigerende observandi wordt de werkwijze van de commissie beschreven. De leden van de Adviescommissie zijn bevoegd persoonsgegevens, waaronder persoonsgegevens betreffende de gezondheid, op te vragen van artsen en gedragsdeskundigen en daarvan kennis te nemen. Het gaat dus niet alleen om medische gegevens. Ook van gedragsdeskundigen kan het dossier met betrekking tot de behandeling van een weigerende observandus worden opgevraagd. De Adviescommissie vraagt zo spoedig mogelijk na het ontvangen van de last het gehele (medische) dossier van de weigerende observandus op bij (voormalige) behandelaars. Deze dienen die gegevens binnen vijf werkdagen aan de commissie te verstrekken. De behandelaar dient het gehele dossier te verstrekken. Er vindt dus geen voorselectie door de behandelaar plaats. Op grond van artikel 37a lid 6 Sr is een arts of gedragsdeskundige verplicht de persoonsgegevens van de verdachte aan de Adviescommissie te verstrekken. Behandelaren zijn gevrijwaard van hun tuchtrechtelijke plicht tot geheimhouding. Artikel 7:457 lid 1 BW bepaalt dat indien de wet verplicht tot het verstrekken van medische gegevens, de hulpverlener niet gebonden is aan zijn beroepsgeheim. Indien (medische) gegevens voorhanden zijn, beoordeelt de Adviescommissie binnen dertig dagen de bruikbaarheid van deze gegevens, maar verstrekt ze de gegevens (nog) niet aan derden. Ook niet aan het Openbaar Ministerie. De Adviescommissie verstrekt in dit stadium alleen een advies waarin de bruikbare stukken worden opgesomd en samenvatting worden geduid.<sup>6</sup> Op grond van artikel 2.9 Bagwo gaat de motivering – kort gezegd – in op een diagnose of een classificatie van een stoornis, de ontwikkeling van de persoonlijkheid van de verdachte, het soort verleende zorg en het soort behandeling. Door slechts beperkt te motiveren wordt beoogd de inbreuk op het medisch beroepsgeheim zo beperkt mogelijk te houden. De Adviescommissie adviseert dus over de aanwezigheid van persoonsgegevens die bruikbaar kunnen zijn voor het vaststellen van een mogelijke geestesstoornis bij de verdachte ten tijde van het begaan van het delict. De Adviescommissie rapporteert niet over de vraag of de verstrekking proportioneel is of over bijvoorbeeld het recidivegevaar. Artikel 3.2 lid 1 Bagwo bepaalt dat de Adviescommissie haar taak zonder vooringenomenheid vervult. De Adviescommissie is samengesteld uit artsen, gedragsdeskundigen en juristen. Zij zijn verplicht tot geheimhouding van gegevens waarover zij de beschikking krijgen (art. 3.1 Bagwo). Als de officier van justitie de gegevens wil (laten) gebruiken, vordert hij daartoe een machtiging bij de penitentiaire kamer van het gerechtshof Arnhem-Leeuwarden (hierna: het hof). Ook aan het hof worden de (medische) gegevens niet verstrekt. De verdachte wordt door het hof gehoord. De voorzitter van de Adviescommissie kan worden gehoord, maar verstrekt de in het advies vermelde bruikbare (medische) gegevens niet. Indien de vordering wordt

toegewezen, worden de (medische) gegevens verstrekt aan de rapporteurs in het Pieter Baan Centrum zodat zij deze kunnen meenemen in hun oordeel over de aanwezigheid van een stoornis. Dit kan pas nadat de toewijzende beschikking onherroepelijk is geworden. Cassatieberoep bij de Hoge Raad staat namelijk open. De rechterlijke machtiging bepaalt dus of de gegevens aan de rapporteurs worden verstrekt en de Adviescommissie bepaalt welke gegevens worden verstrekt. De gegevens worden na de verstrekking aan de rapporteurs door de commissie vernietigd. Bij een onherroepelijke afwijzende beschikking worden de gegevens eveneens vernietigd.

### 3. De eerste last

De eerste last in de zin van artikel 37a lid 6 Sr is op 12 oktober 2021 door de officier van justitie aan de voorzitter van de Adviescommissie verstrekt.<sup>7</sup> Vervolgens heeft de Adviescommissie bij de in de last genoemde behandelaren een afschrift van het medisch dossier van de verdachte opgevraagd. Op 23 november 2021 heeft de Adviescommissie zijn advies uitgebracht. Daaruit blijkt dat van vier verschillende behandelaren afschriften uit het medisch dossier zijn ontvangen. Zij hebben 45 unieke documenten verstrekt, waarvan de Adviescommissie 13 stukken vanuit medisch en psychologisch perspectief bruikbaar acht voor het opstellen van een rapportage. De officier van justitie heeft op grond van artikel 37a lid 7 Sr gevorderd dat het hof hem een machtiging verleent om de door de Adviescommissie vermelde persoonsgegevens te gebruiken voor een rapport over de persoonlijkheid van de verdachte. Het hof heeft bij beschikking van 3 februari 2022 de vordering van de officier van justitie afgewezen. Daartoe overwoog het hof – samengevat weergegeven – het volgende. Het Openbaar Ministerie verdenkt de verdachte ervan dat hij een ander in de rug heeft gestoken. Dit is als poging tot moord ten laste gelegd. De verdachte is daarvoor in voorlopige hechtenis genomen. De verdachte heeft niet meegewerkt aan het opstellen van een triple rapportage. Vervolgens heeft de rechtbank gelast dat de verdachte in het Pieter Baan Centrum wordt geobserveerd. Daar verbleef de verdachte op een afdeling voor moeilijk onderzoekbare te observeren personen. Hij weigerde mee te werken aan het onderzoek. De rapporteurs hebben geconcludeerd dat het door de beperkingen van het onderzoek niet mogelijk is geweest een volledig diagnostisch onderzoek uit te voeren en dat daarom de vraagstelling niet volledig kan worden beantwoord. Zij achtten het waarschijnlijk dat er bij de verdachte sprake is van een gebrekkige ontwikkeling van de geestvermogens, maar dat het gedifferentieerd vaststellen van een diagnose niet mogelijk is. Om te kunnen bepalen of er sprake is van een stoornis en/of

6 De toelichting op art. 2.9 Bagwo spreekt van een bespreking van de gegevens uit het dossier 'op een zeker abstractieniveau'.

7 Dit blijkt uit de beschikking in deze zaak van het gerechtshof Arnhem-Leeuwarden 3 februari 2022, ECLI:NL:GHARL:2022:878.

een gebrekkige ontwikkeling is volgens de deskundigen nadere informatie nodig. Daartoe heeft de officier van justitie een last verstrekt aan de voorzitter van de Adviescommissie. De verdachte heeft tot afwijzing van de vordering geconcludeerd. Verstrekking zou volgens hem inbreuk maken op het recht van privacy van de verdachte dat wordt beschermd door artikel 8 van het Europees Verdrag voor de Rechten van de Mens (EVRM).

In dit verband overweegt het hof dat de opgevraagde (medische) gegevens op grond van de regeling van artikel 37a Sr ter beschikking worden gesteld aan de rapporteurs en uitsluitend kunnen worden gebruikt voor een rapport of een advies over de verdachte. Dit neemt echter niet weg dat de gegevens in een rapport worden weergegeven, op een openbare zitting worden besproken en in een op een openbare zitting uitgesproken vonnis of arrest zullen worden vermeld. Bij beantwoording van de vraag of deze openbaarmaking in casu proportioneel is, neemt het hof het volgende in aanmerking. Enerzijds zijn er aanwijzingen dat bij de verdachte sprake is van een stoornis of gebrekkige ontwikkeling en wordt hij verdacht van een ernstig geweldsmisdrijf (poging tot moord). Anderzijds gaat het niet om een voltooid delict, is het niet gepleegd onder bijzondere omstandigheden, bevat het PBC-rapport geen overwegingen over het recidivegevaar, heeft de verdachte geen eerdere zware geweldsmisdrijven op zijn strafblad en was hij relatief oud toen hij voor het eerst in aanraking kwam met justitie. Tegen die achtergrond acht het hof de inbreuk op de persoonlijke levenssfeer van de verdachte en de doorbreking van het medisch beroepsgeheim niet gerechtvaardigd.

Het is nu afwachten of de Hoge Raad de grenzen van de regeling van artikel 37a leden 6 tot en met 9 Sr ruimer trekt dan het hof.

## 4. Tot slot

De regeling van het Besluit gegevensverstrekking weigerende observandi geldt als een *ultimum remedium*. Ook zonder toepassing ervan kan in bepaalde gevallen TBS worden opgelegd aan weigerende observandi. De weigeraanpak van het ministerie van Justitie en Veiligheid bestaat – als gezegd – niet alleen uit de hier besproken regeling maar uit nog zeven andere onderdelen. Ik noem de volgende. Per 1 juli 2018 is de mogelijkheid tot verlenging van de observatieperiode met ten hoogste zeven weken ingevoerd (art. 196-198 Sv). Verder is in 2017-2018 in het Pieter Baan Centrum een aparte afdeling opgericht voor weigerende observandi, genaamd Unit 3. Na afloop van die periode krijgt iedere observandus te maken met een intensief observatieklimaat. Ten slotte wordt opgemerkt dat in artikel 37a lid 1 Sr thans wordt benadrukt dat het de rechter is die een stoornis vaststelt. De rechter is bij zijn beslissing over de vraag of de maatregel van TBS moet worden opgelegd, niet gebonden aan de in art. 37a lid 3 Sr bedoelde rapporten. Een DSM-kwalificatie van de stoornis is niet vereist. De

rechter waardeert de rapporten en adviezen zelfstandig en het is aan de rechter om te beoordelen of de veiligheid van anderen de oplegging van TBS vereist.

Vanuit de *ultimum remedium*-gedachte is het niet verrassend dat sinds de invoering van de regeling er niet meer dan één last is gegeven aan de voorzitter van de Adviescommissie. Gevolg daarvan is ook dat de rechtspraak nog niet is uitgekristalliseerd. De weigeraanpak – waaronder de regeling – wordt in 2023 geëvalueerd door het WODC.<sup>8</sup>

8 WODC, de effectiviteit van de aanpak weigerende verdachten in het pro Justitia onderzoek, Cahier 2021-16.