

Vergaderjaar 2013–2014

33 844

Wijziging van de Penitentiaire beginselenwet, de Beginselenwet verpleging ter beschikking gestelden en de Beginselenwet justitiële jeugdinstellingen en enkele andere wetten in verband met het vervoer, het medisch klachtrecht en enkele andere onderwerpen

Nr. 4

ADVIES AFDELING ADVISERING RAAD VAN STATE EN NADER RAPPORT¹

Hieronder zijn opgenomen het advies van de Afdeling advisering van de Raad van State d.d. 3 december 2013 en het nader rapport d.d. 8 januari 2014, aangeboden aan de Koning door de Minister van Veiligheid en Justitie. Het advies van de Afdeling advisering van de Raad van State is cursief afgedrukt.

Bij Kabinetsmissive van 10 oktober 2013, no. 13.002110, heeft Uwe Majesteit, op voordracht van de Staatssecretaris van Veiligheid en Justitie, bij de Afdeling advisering van de Raad van State ter overweging aanhangig gemaakt het voorstel van wet tot wijziging van de Penitentiaire beginselenwet, de Beginselenwet verpleging ter beschikking gestelden en de Beginselenwet justitiële jeugdinstellingen in verband met het vervoer, het medisch klachtrecht en enkele andere onderwerpen, met memorie van toelichting.

Het wetsvoorstel wijzigt de Penitentiaire beginselenwet (Pbw), de Beginselenwet justitiële jeugdinstellingen (Bjj) en de Beginselenwet verpleging ter beschikking gestelden (Bvt) en regelt onder meer het volgende:

- a) *in de Pbw wordt een tweetal experimenteerbepalingen geïntroduceerd;*
- b) *de beroepsmogelijkheid voor veroordeelden bij afwijking van rechterlijk advies omtrent de aanvang van de terbeschikkingstelling vervalt;*
- c) *de regeling ten aanzien van het vervoer van gedetineerden wordt aangepast, zodat in plaats van de directeur van de instelling de Minister van Veiligheid en Justitie verantwoordelijk wordt voor het vervoer van gedetineerden door de Dienst Vervoer en Ondersteuning (DV&O);*
- d) *het medisch klachtrecht wordt overgeheveld van een algemene maatregel van bestuur naar het niveau van de wet in formele zin (Pbw)*

¹ De oorspronkelijke tekst van het voorstel van wet en van de memorie van toelichting zoals voorgelegd aan de Afdeling advisering van de Raad van State is ter inzage gelegd bij het Centraal Informatiepunt Tweede Kamer.

en Bjj). De bestaande praktijk van «voorbemiddeling op inrichtingsniveau» door het hoofd zorg wordt in de wet vastgelegd.

De Afdeling advisering van de Raad van State opmerkingen over de experimenteerbepalingen, het vervallen van een beroepsmogelijkheid van de veroordeelde en het medisch klachtrecht. Zij is van oordeel dat in verband daarmee aanpassing van het wetsvoorstel wenselijk is.

Blijkens de mededeling van de Directeur van Uw kabinet van, nr. 13.002110, machtigde Uwe Majesteit de Afdeling advisering van de Raad van State haar advies inzake het bovenvermelde voorstel van wet rechtstreeks aan mij te doen toekomen. Dit advies, gedateerd 3 december 2013, nr. W03.13.0360/II, bied ik U hierbij aan.

Het ontwerp geeft de Afdeling advisering van de Raad van State aanleiding tot het maken van enkele opmerkingen.

De Afdeling advisering maakt opmerkingen over de experimenteerbepalingen, het vervallen van een beroepsmogelijkheid en het medisch klachtrecht. Graag ga ik op deze opmerkingen in het navolgende in.

1. Experimenteerbepalingen

Het wetsvoorstel introduceert met de voorgestelde artikelen 77a en 77b van de Pbw een tweetal experimenteerbepalingen in de Pbw. Daarin wordt bepaald dat bij algemene maatregel van bestuur tijdelijk kan worden afgeweken van de volgende bepalingen van de Pbw²: de regels ten aanzien van de bestemming van een inrichting of afdeling en de plaatsing en overplaatsing van de gedetineerden, de mate van beveiliging van inrichtingen of afdelingen, het recht van de gedetineerden op het dragen van eigen kleding of schoeisel, het recht van de gedetineerden op deelname aan de in de inrichting beschikbare arbeid, de bemiddeling door de commissie van toezicht (met betrekking tot de wijze waarop de directeur zich in een bepaalde aangelegenheid jegens de gedetineerde heeft gedragen of een zorgplicht heeft betracht) en de (voor)bemiddeling door het hoofd zorg en de medisch adviseur bij klachten over medisch handelen.

a. Motivering noodzaak

De toelichting vermeldt dat het voorstel in overeenstemming is met de Aanwijzingen voor de regelgeving (hierna: Aanwijzingen)³ en verwijst naar andere regelgeving waarin (vergelijkbare) experimenteerbepalingen zijn opgenomen.

De Afdeling merkt op dat uit de Aanwijzingen volgt dat mede gelet op mogelijke strijd met het gelijkheidsbeginsel en het rechtszekerheidsbeginsel, ten aanzien van experimenteerbepalingen terughoudendheid moet worden betracht.⁴ De noodzaak moet blijken voor het bieden van de

² Het voorgestelde artikel 77b Pbw.

³ Aanwijzing 10a en 10b Aanwijzingen voor de regelgeving (Ar).

⁴ Zie ook toelichting op Aanwijzing 10b, eerste lid, Ar en de adviezen van de Raad van State van 23 mei 2000, inzake het Eindrapport van de interdepartementale werkgroep experimenteerbepalingen «Het proberen waard» (W03.00.0056/I), Bijvoegsel Staatscourant 10 oktober 2000, nr. 196, van 19 februari 2004, inzake het Besluit experimenten SUWI (W12.04.0001/I), Bijvoegsel Staatscourant 11 mei 2004, nr. 89 en van 8 juni 2009, inzake het voorstel van wet tot wijziging van de Drank- en Horecawet met het oog op de terugdringing van het alcoholgebruik onder met name jongeren, de voorkoming van alcoholgerelateerde verstoring van de openbare orde, alsmede ter reductie van de administratieve lasten (W13.09.0098/III) Kamerstukken II 2008/2009, 32 022, nr. 4.

mogelijkheid in een experimenteerbepaling van de wet af te wijken.⁵ Het onderwerp waarop een vast te stellen experimentele regeling betrekking kan hebben, dient zo concreet en nauwkeurig mogelijk te worden begrensd.⁶ Van belang is voorts dat in de experimenteergrondslag het doel en de functie van eventuele experimenten worden aangeduid.⁷ De verwachting moet bestaan dat op het betrokken terrein zinvolle experimenten mogelijk zijn.⁸ Experimenten zijn pas zinvol wanneer vooraf duidelijk is wat met de experimenten wordt beoogd en op basis van welke criteria te zijner tijd de effecten zullen worden beoordeeld.⁹

Het voorgaande geldt naar het oordeel van de Afdeling a fortiori voor situaties als de onderhavige, waar het een beperking kan betreffen van de rechten van gedetineerden, aangezien zij aan de zorg van de overheid zijn toevertrouwd.¹⁰

De toelichting vermeldt dat met de experimenteerbepalingen kan worden ingespeeld op nieuwe ontwikkelingen in het veld, zonder dat dit onmiddellijk tot een wetwijziging hoeft te leiden.¹¹ Het is volgens de toelichting denkbaar dat toekomstige ontwikkelingen het op één afdeling verblijven van verschillende doelgroepen dan wel een verdergaand of ander onderscheid tussen beveiligingsniveaus wenselijk maken. Voorts kan het volgens de toelichting wenselijk zijn uitzonderingen te kunnen maken op het recht op het dragen van eigen schoeisel of kleding, anders dan bij de bestaande uitzondering waarbij sprake moet zijn van gevaar voor de orde of veiligheid in de inrichting. Gedacht wordt in dit verband aan het structureel bevorderen van de orde of veiligheid binnen de inrichting of het voorkomen van ordeverstoring gedrag. Ook wordt het mogelijk in een proefproject af te wijken van het recht van gedetineerden op deelname aan de penitentiaire arbeid, zoals verdere «normalisatie» van die arbeid. De toelichting verduidelijkt niet, wat met dit laatste wordt bedoeld. Ten slotte moeten proefprojecten die kunnen leiden tot mogelijke verbetering in de (voor)bemiddelingsprocedure, kunnen worden gestimuleerd, aldus de toelichting.¹²

De Afdeling merkt op dat de toelichting verwijst naar mogelijke niet nader omschreven toekomstige ontwikkelingen, die wenselijk zouden maken dat van de regels van de Pbw wordt afgeweken. De toelichting bevat echter geen concrete voorbeelden van die ontwikkelingen of projecten. Daarmee kan niet goed worden beoordeeld, of het noodzakelijk is de voorgestelde experimenteerbepalingen te introduceren en of op het betrokken terrein zinvolle experimenten mogelijk zijn. Evenmin wordt uit de toelichting duidelijk wat met de experimenten precies wordt beoogd en op basis van welke criteria te zijner tijd de effecten zullen worden beoordeeld. De doelen die in de voorgestelde bepalingen worden vermeld, zoals voorkoming van ordeverstoring gedrag, het structureel bevorderen van de orde of veiligheid binnen de inrichting of vaststelling van een andersoortige mate van beveiliging, zijn naar het oordeel van de Afdeling

⁵ Zie Aanwijzing 10a, eerste lid Ar.

⁶ Zie ook toelichting op Aanwijzing 10a Ar.

⁷ Idem.

⁸ Zie ook toelichting op Aanwijzing 10b Ar.

⁹ Zie het Advies van de Raad van State van 8 juni 2009, inzake het voorstel van wet tot wijziging van de Drank- en Horecawet met het oog op de terugdringing van het alcoholgebruik onder met name jongeren, de voorkoming van alcoholgerelateerde verstoring van de openbare orde, alsmede ter reductie van de administratieve lasten (W13.09.0098/III) Kamerstukken II 2008/2009, 32 022, nr. 4.

¹⁰ De Nederlandse Vereniging voor Rechtspraak (NVvR) en de RSJ plaatsen in hun advies over het wetsvoorstel kritische kanttekeningen bij de experimenteerbepalingen. Deze verzakken naar het oordeel van de NVvR de wettelijke basis van de rechten van gedetineerden.

¹¹ Memorie van toelichting, paragraaf 4.3 Experimenteerbepaling, Vormgeving en parlementaire controle.

¹² Memorie van toelichting, paragraaf 4.3 Experimenteerbepaling, Doelen.

slechts algemeen omschreven. Ook op de functie van de voorgestelde bepalingen gaat de toelichting onvoldoende in.

b. Experimenteerbepalingen in de Bjj

De toelichting vermeldt voorts dat in andere wetgeving soortgelijke experimenteerbepalingen zijn opgenomen en verwijst naar de artikelen 80a en 80b van de Bjj¹³, die met de voorgestelde experimenteerbepalingen in belangrijke mate overeen zouden komen.

De Afdeling constateert ten eerste dat de reikwijdte van de voorgestelde experimenteerbepalingen breder is dan die in de Bjj, aangezien deze niet alleen zien op het recht op het dragen van eigen kleding en schoeisel, de mate van beveiliging en de bemiddelingsprocedure, maar ook op de bestemming van de inrichting of afdeling, de plaatsing en overplaatsing van de gedetineerden en de deelname aan arbeid.

Ten tweede zij opgemerkt dat de memorie van toelichting bij het wetsvoorstel tot wijziging van de Bjj een uitgebreide motivering bevatte ten aanzien van de noodzaak en de doelen van de toen voorgestelde experimenteerbepalingen. In de experimenteerbepalingen in de Bjj is daarnaast expliciet het belang van de opvoeding en behandeling opgenomen.

Ten derde strekken de pilotprojecten die in de jeugdinrichting plaats kunnen hebben, er volgens de memorie van toelichting bij de Bjj in alle gevallen toe de tenuitvoerlegging van de vrijheidsbenemende straf of maatregel te verbeteren.¹⁴ Van pilotprojecten op alle verschillende onderdelen is bij het onderhavige wetsvoorstel niet gebleken. Ziet de Afdeling het overigens goed, dan is van de experimenteerbepalingen in de Bjj tot heden geen gebruik gemaakt.¹⁵ De toelichting verwijst niet naar (pilot)projecten die in het kader van de experimenteerbepalingen in de Bjj reeds hebben plaatsgevonden of in voorbereiding zouden zijn.

c. Conclusie

Gelet op het voorgaande is de Afdeling van oordeel dat de motivering in de toelichting tekortschiet. Indien in de toelichting de voorgestelde bepalingen niet dragend kunnen worden gemotiveerd en niet toereikend kan worden geëxpliciteerd dat de experimenteerbepalingen in concreet te

¹³ Artikel 80b Bjj luidt als volgt:

Op de wijze als voorzien in artikel 80a kan worden afgeweken van:

- a. artikel 1, onderdeel v, ten aanzien van de grootte van de groep, voor zover dit dienstig is aan een experiment ingevolge de navolgende onderdelen van dit artikel en voor zover dit in het belang is van de opvoeding of de behandeling van de jeugdige;
- b. artikel 3, met als doel de vaststelling van een vroeger moment waarop de jeugdige aan een scholings- en trainingsprogramma kan deelnemen;
- c. artikel 10, met als doel de vaststelling van andersoortige mate van beveiliging voor zover bijzondere technologische ontwikkelingen daartoe aanleiding geven;
- d. artikel 17, met als doel de vaststelling van andersoortige wijzen van onderbrenging van de jeugdige;
- e. de artikelen 22 tot en met 22b, voorzover dit dienstig is aan een experiment waarbij de jeugdige in een inrichting, afdeling of plaats met een bijzondere bestemming als bedoeld in artikel 8, derde lid, verblijft en voor zover dit in het belang is van de opvoeding of de behandeling van de jeugdige;
- f. artikel 49, tweede lid, met als doel het voorkomen van ordeverstoring gedrag dan wel het structureel bevorderen van de orde of veiligheid binnen de inrichting;
- g. artikel 64, met als doel het bevorderen van het gebruik van de bemiddelingsprocedure als wijze van geschillenbeslechting.

¹⁴ Kamerstukken II 2008/09, 31 915, nr. 3, blz. 19.

¹⁵ Deze bepalingen zijn op 1 juli 2011 in werking getreden (Stb. 2011, 296).

omschrijven situaties nodig en zinvol kunnen zijn, adviseert de Afdeling van de voorgestelde bepalingen af te zien.

1. Experimenteerbepalingen

Naar aanleiding van het advies is de motivering in de memorie van toelichting op dit punt aangevuld.

2. Vervallen beroepsmogelijkheid bij afwijking van rechterlijk advies omtrent aanvang tbs

Indien de rechter in zijn vonnis gevangenisstraf en de maatregel van terbeschikkingstelling met bevel tot verpleging van overheidswege heeft opgelegd, kan hij in zijn uitspraak een advies opnemen omtrent het tijdstip waarop de terbeschikkingstelling met verpleging van overheidswege dient aan te vangen.¹⁶ Indien van het advies van de rechter wordt afgeweken bij de plaatsing van de veroordeelde, kan de veroordeelde daartegen beroep instellen bij de Raad voor strafrechtstoeppassing en jeugdbescherming (RSJ).¹⁷ Het wetsvoorstel voorziet er met het voorgestelde artikel IV in, dat deze beroepsmogelijkheid komt te vervallen. Dit onderdeel van het wetsvoorstel is niet in het algemeen deel maar in het artikelsgewijze deel van de memorie van toelichting toegevoegd, bij de wijzigingen van meer ondergeschikte aard. De Afdeling merkt hierover het volgende op.

De bevoegdheid van de rechter om een advies te geven omtrent het aanvangstijdstip van de tbs en de beroepsmogelijkheid voor de veroordeelde bij de RSJ, indien het advies niet wordt opgevolgd, is in het WvSr vastgelegd door een amendement van de leden Rehwinkel en Bremmer.¹⁸ Het doel van het amendement was de rechtspositie van de ter beschikking gestelde in die situatie te versterken.¹⁹ Uit de Kamerbehandeling blijkt het volgende over de achtergrond van het amendement:

«Als de rechter een advies geeft, zal daartoe ook een noodzaak zijn. Het moet niet zo zijn dat een dergelijk advies slechts als een indicatie wordt beschouwd. Indien (...) de rechter van oordeel is dat tevens een advies moet worden gegeven over de volgorde van de tenuitvoerlegging, moet daaraan uitvoering kunnen worden gegeven. De TBS-gestelde moet aan een dergelijk advies rechten kunnen ontnemen jegens de administratie. (...) Er worden daarmee bepaalde verwachtingen geschapen, ook naar de ter beschikking gestelde. (...) het is wel zodanig ingrijpend voor de belangen van betrokkene dat beroep mogelijk moet zijn.»²⁰

Geconstateerd moet worden dat het schrappen van de beroepsmogelijkheid ertoe leidt dat de veroordeelde een rechtsmiddel wordt ontnomen. De Afdeling mist een dragende motivering van het vervallen van de beroepsmogelijkheid en maakt in dat kader de volgende opmerkingen.

¹⁶ Artikel 37b, tweede lid, WvSr.

¹⁷ Artikel 13, vierde lid, WvSr.

¹⁸ Kamerstukken II 1995/96, 24 256, nr. 13.

¹⁹ Noyon/Langemeijer/Rommelink, Wetboek van Strafrecht, artikel 37b Sr, aant. 4. Opmerking verdient dat ten tijde van het amendement opname in een tbs-inrichting plaatsvond na het verstrijken van een derde van de opgelegde gevangenisstraf. Deze zogenaamde Fokkensregeling is in 2010 ingetrokken. Sindsdien wordt een veroordeelde tot gevangenisstraf aan wie tevens de maatregel van terbeschikkingstelling met verpleging van overheidswege is opgelegd in de tbs geplaatst, indien het ten uitvoer te leggen gedeelte van de gevangenisstraf is ondergaan (artikel 42 van de Pm). Dit is in de regel na twee derde deel van de opgelegde gevangenisstraf.

²⁰ Handelingen II 1995/96, 90, blz. 6005.

In de toelichting wordt in de eerste plaats vermeld dat «de rechter kon adviseren eerst de tbs ten uitvoer te leggen, en daarna pas de gevangenisstraf» en dat «thans is gebleken dat aan de omkering van de gevangenisstraf en de tbs in de praktijk geen behoefte bestaat».²¹ De Afdeling merkt hierover het volgende op. De stelling dat geen behoefte bestaat aan de omkering wordt niet door middel van cijfermateriaal of rechterlijke uitspraken onderbouwd. Indien onderbouwd zou kunnen worden dat er geen rechterlijke adviezen meer zijn die bedoelde omkering behelzen, dan zou een beroepsmogelijkheid te dien aanzien inderdaad weinig zinvol zijn. Echter, het voorstel laat de mogelijkheid van de rechter onverlet te adviseren de tbs aan te vangen op een eerder tijdstip dan het twee derde deel van de opgelegde gevangenisstraf.²² Door slechts te wijzen op de omkering van de gevangenisstraf en tbs, wordt in de toelichting aan de adviesbevoegdheid van de rechter en de beroepsmogelijkheid een te beperkte betekenis toegekend.

De Afdeling merkt voorts op dat de rechter de oplegging van de tbs en het advies omtrent de aanvang van de tbs baseert op een met redenen omkleed advies van ten minste twee gedragsdeskundigen van verschillende disciplines – waaronder een psychiater – die de betrokkene hebben onderzocht. Een advies van de rechter om op een eerder tijdstip dan het twee derde deel van de opgelegde gevangenisstraf met de behandeling aan te vangen is daarmee temeer van gewicht. De gedachte achter de beroepsmogelijkheid is het advies van de rechter te versterken.²³ Het niet opvolgen van het advies van de rechter is immers zodanig ingrijpend voor de veroordeelde, dat beroep mogelijk moet zijn.²⁴ De Afdeling is van oordeel dat deze, ten tijde van de introductie van de beroepsmogelijkheid gehanteerde argumentatie, niet aan kracht heeft ingeboet.

Door het ontvallen van de beroepsmogelijkheid voor de veroordeelde zal niet alleen vanwege dat enkele feit de rechtspositie van de veroordeelde worden verzwakt, maar zal mogelijk ook het advies van de rechter gemakkelijker terzijde kunnen worden gelegd. De toelichting betoogt in dit verband dat het vervallen van de beroepsmogelijkheid «wenselijk is omdat daardoor een onevenwichtigheid is ontstaan».²⁵ Door de beroepsmogelijkheid tegen afwijking van het advies van de strafrechter komt feitelijk een groter gewicht toe aan het advies van de strafrechter dan aan de adviezen van deskundigen (de adviescommissie geestelijk gestoorde gedetineerden), die jaarlijks beoordelen in hoeverre het noodzakelijk is een veroordeelde naar een tbs-instelling over te plaatsen, aldus de toelichting.²⁶ Het advies van de strafrechter kan volgens de toelichting zijn ingehaald door de jaarlijkse beoordeling en zal dan slechts een indicatie vormen.²⁷

De Afdeling acht deze argumentatie niet overtuigend. Uit de jurisprudentie van de RSJ blijkt dat de RSJ acht slaat op beide adviezen, derhalve ook op dat van de adviescommissie, en op grond daarvan beoordeelt of

²¹ Artikelsgewijze toelichting op artikel IV.

²² Van de adviesbevoegdheid is ook na de afschaffing van de Fokkensregeling door de rechter gebruik gemaakt. Zie bijvoorbeeld Gerechtshof Arnhem 29 november 2010, LJN BO5301. Voor uitspraken van voor de afschaffing van de Fokkensregeling zie Gerechtshof Den Haag 1 december 2009, LJN BK4921; Rechtbank Amsterdam 22 november 2007, LJN BB8678, Gerechtshof Den Haag 29 januari 2002, LJN AA8306 en Rechtbank Amsterdam 6 mei 2004, LJN AO8949.

²³ Handelingen II 1995/96, 90, blz. 6005.

²⁴ Handelingen II 1995/96, 90, blz. 6005.

²⁵ Artikelsgewijze toelichting op artikel IV.

²⁶ Artikelsgewijze toelichting op artikel IV.

²⁷ Artikelsgewijze toelichting op artikel IV.

sprake is van detentieongeschiktheid op dat moment.²⁸ De toelichting noemt geen voorbeelden van situaties, waarin beroep bij afwijking van het rechterlijk advies in de praktijk tot onevenwichtigheden heeft geleid.

Ten slotte wijst de Afdeling op het risico dat – wellicht regelmatig – de rechtmatigheid van de beslissing omtrent de tbs door middel van een vordering in kort geding bij de burgerlijke rechter zal worden bestreden, nu de burgerlijke rechter zo'n vordering volgens vaste rechtspraak als restrechter ontvankelijk zal achten, als de beroepsmogelijkheid niet langer bestaat. De burgerlijke rechter zal dan in voorkomende gevallen moeten oordelen over de afwijking van het advies van de strafrechter. Dat komt de Afdeling niet wenselijk voor.

Indien in de toelichting de voorgestelde wijzigingen niet dragend kunnen worden gemotiveerd, adviseert de Afdeling het voorgestelde artikel IV te schrappen. Mocht de voorgestelde wijziging toch noodzakelijk worden geacht, dan adviseert de Afdeling deze voor de leggen aan rechtstreeks betrokken organisaties zoals de Nederlandse vereniging voor rechtspraak, de Raad voor de Strafrechtstoepassing en Jeugdbescherming (RSJ), het College van procureurs-generaal, de Raad voor de rechtspraak en de Nederlandse Orde van Advocaten, nu dit nog niet is geschied. In dat geval adviseert de Afdeling dit onderdeel van het wetsvoorstel te schrappen, in een afzonderlijk wetsvoorstel op te nemen en alsnog aan de adviesorganen voor te leggen. Nu het wetsvoorstel een wijziging van de penitentiaire beginselenwetten betreft, terwijl het voorgestelde artikel IV ziet op een wijziging van het Wetboek van Strafrecht, komt het de Afdeling niet problematisch voor dit onderdeel in een afzonderlijk wetsvoorstel op te nemen.

2. Vervallen beroepsmogelijkheid bij afwijking van rechterlijk advies omtrent aanvang tbs

Naar aanleiding van het advies wordt de voorgestelde wijziging van artikel 13 van het Wetboek van Strafrecht ondergebracht in een nota van wijziging die ter advisering zal worden voorgelegd aan de Nederlandse Vereniging voor Rechtspraak, de Raad voor strafrechtstoepassing en jeugdbescherming, het openbaar ministerie, de Raad voor de rechtspraak en de Nederlandse Orde van Advocaten. De toelichting op de voorgestelde wijziging is naar aanleiding van de opmerkingen van de Afdeling advisering in de nota van wijziging aangevuld.

3. Definitie medisch handelen

De Afdeling merkt op dat het wetsvoorstel geen definitie van medisch handelen bevat. In de bestaande Penitentiaire maatregel (Pm) is wel een definitie van medisch handelen opgenomen, zij het dat het handelen daarin negatief is geformuleerd, als een niet toelaatbaar medisch handelen (artikel 28, tweede lid, van de Pm).²⁹ In het wetsvoorstel is geen definitie van medisch handelen als zodanig opgenomen, maar wordt op de bestaande definitie teruggegrepen in het kader van het beroep in de

²⁸ Het gaat hierbij om bijzondere omstandigheden zoals psychische conditie van betrokkene die zodanig is dat langer verblijf in een p.i. medisch niet verantwoord is. RSJ 9 mei 2005, zaaknr. 04/2845/TR.

²⁹ Onder medisch handelen wordt volgens artikel 28, tweede lid, van de Pm verstaan: a. enig handelen in het kader van of nalaten in strijd met de zorg die de in het eerste lid bedoelde personen in die hoedanigheid behoren te betrachten ten opzichte van de gedetineerde, met betrekking tot wiens gezondheidstoestand zij bijstand verlenen of hun bijstand is ingeroepen; b. enig ander dan onder a bedoeld handelen of nalaten in die hoedanigheid in strijd met het belang van een goede uitoefening van de individuele gezondheidszorg.

medische klachtenprocedure (het voorgestelde artikel 71f, derde lid, van de Pbw³⁰).

De Afdeling constateert dat een definitie bewust achterwege is gelaten. De toelichting betoogt dat wat onder medisch handelen wordt verstaan, onder andere kan worden afgeleid uit de Wet op de beroepen in de individuele gezondheidszorg.³¹ Wanneer in het wetsvoorstel een definitie van medisch handelen zou worden opgenomen, zoals thans in de Pm het geval is, zou dit volgens de toelichting betekenen dat een klacht niet-ontvankelijk moet worden verklaard wanneer geen sprake is van, kort gezegd, onbehoorlijk medisch handelen.³² In plaats daarvan moet de klacht ontvankelijk zijn zodra sprake is van medisch handelen en ongegrond worden verklaard, wanneer geen sprake is van onbehoorlijk medisch handelen, aldus de toelichting.³³

De Afdeling onderschrijft dit laatste, maar merkt op dat het gelet op de duidelijkheid en toegankelijkheid van de klachtenregeling en met het oog op de rechtsbescherming van (jeugdige) gedetineerden wenselijk is, een definitie van medisch handelen in de wet op te nemen.

De Afdeling adviseert hierop in de toelichting in te gaan en het voorstel zo nodig aan te passen.³⁴

3. Definitie medisch handelen

Uit het voorgestelde artikel 71b jo. artikel 71f, derde lid, van de Penitentiaire beginselenwet (verder: Pbw) volgt dat een medische klacht slechts opportuun is wanneer er sprake is van enig handelen in het kader van of nalaten in strijd met de zorg die de in artikel 71b van de Pbw bedoelde personen in die hoedanigheid behoren te betrachten ten opzichte van de gedetineerde, met betrekking tot wiens gezondheidstoestand zij bijstand verlenen of hun bijstand is ingeroepen of wanneer er geen sprake is van enig ander handelen of nalaten in die hoedanigheid in strijd met het belang van een goede uitoefening van de individuele gezondheidszorg. Het enige verschil met de huidige regeling (zie artikel 28, eerste en tweede lid, van de Penitentiaire maatregel), is het gevolg dat aan een klacht wordt gegeven wanneer de beroepscommissie van de Raad voor strafrechtstoepassing en jeugdbescherming (verder: RSJ) oordeelt dat weliswaar sprake is van medisch handelen, maar niet van *onbehoorlijk* medisch handelen.

³⁰ Het voorgestelde artikel 71f, derde lid, Pbw bepaalt dat de uitspraak strekt tot gegrondverklaring van het beroep indien sprake is van:

- a. enig handelen in het kader van of nalaten in strijd met de zorg die de in artikel 71b bedoelde personen in die hoedanigheid behoren te betrachten ten opzichte van de gedetineerde, met betrekking tot wiens gezondheidstoestand zij bijstand verlenen of hun bijstand is ingeroepen;
- b. enig ander onder a bedoeld handelen of nalaten in die hoedanigheid in strijd met het belang van een goede uitoefening van de individuele gezondheidszorg.

³¹ Artikel 1 van de Wet op de beroepen in de individuele gezondheidszorg:

1. In deze wet en de daarop berustende bepalingen worden onder handelingen op het gebied van de individuele gezondheidszorg naast de in het tweede lid omschreven handelingen verstaan alle andere verrichtingen – het onderzoeken en het geven van raad daaronder begrepen –, rechtstreeks betrekking hebbende op een persoon en ertoe strekkende diens gezondheid te bevorderen of te bewaken.
2. In deze wet en de daarop berustende bepalingen worden onder handelingen op het gebied van de geneeskunst verstaan:
 - a. alle verrichtingen – het onderzoeken en het geven van raad daaronder begrepen –, rechtstreeks betrekking hebbende op een persoon en ertoe strekkende hem van een ziekte te genezen, hem voor het ontstaan van een ziekte te behoeden of zijn gezondheidstoestand te beoordelen, dan wel verloskundige bijstand te verlenen;
 - b. het bij een persoon afnemen van bloed of wegnemen van weefsel voor andere doeleinden dan die, bedoeld onder a (...).

³² Memorie van toelichting, Artikelsgewijze toelichting op artikel I, onder R en S.

³³ Idem.

³⁴ Dit geldt m.m. voor de voorgestelde regeling van medisch klachtrecht in de Bij.

In de huidige situatie moet de RSJ de klacht in dat geval niet-ontvankelijk verklaren; wanneer de voorgestelde wijziging in werking treedt, volgt een ongegrondverklaring. Het gaat om een juridisch wenselijk wijziging, die voor de gedetineerde geen feitelijke gevolgen zal hebben. De voorgestelde (juridische) wijziging wordt, blijkens het advies, onderschreven door de Afdeling advisering.

Ten aanzien van het medisch klachtrecht is van de gelegenheid gebruik gemaakt om in het thans bij de Eerste Kamer aanhangige wetsvoorstel houdende regels ter bevordering van de kwaliteit van zorg en de behandeling van klachten en geschillen in de zorg (Wet kwaliteit, klachten en geschillen zorg) (Kamerstukken I 2012/13, 32 402, E) te verhelderen dat de bepalingen over het medisch klachtrecht uit die wet niet van toepassing zijn in de justitiële setting, omdat daar een bijzondere klachtregeling geldt. Voor een nadere toelichting wordt verwezen naar de artikelsgewijze toelichting op artikel IV.

4. Redactionele kanttekeningen

De Afdeling verwijst naar de bij dit advies behorende redactionele bijlage.

4. Redactionele kanttekeningen

Aan de redactionele kanttekeningen van de Afdeling advisering is gevolg gegeven, met uitzondering van de derde redactionele kanttekening. In deze derde kanttekening adviseert de Afdeling advisering een zevende lid aan het voorgestelde artikel 77a van de Pbw (zie artikel I, onderdeel T) toe te voegen waaruit blijkt dat het zesde lid vervalft op het moment dat het in dat lid bedoelde wetsvoorstel is verworpen dan wel op het moment dat het wetsvoorstel tot wet is verheven en in werking treedt.

Uit de aard en het doel van het voorgestelde artikel 77a – het gaat om een bepaling die experimenten voor een beperkte duur mogelijk maakt – en de voorgestelde procedure voor parlementaire controle, volgt reeds dat de algemene maatregel van bestuur vervalft wanneer een wetsvoorstel dat voorziet in de wettelijke verankering van de regeling die daarin was opgenomen, wordt verworpen dan wel wordt aanvaard en in werking treedt.

De Afdeling advisering van de Raad van State geeft U in overweging het voorstel van wet te zenden aan de Tweede Kamer der Staten-Generaal, nadat met het vorenstaande rekening zal zijn gehouden.

*De vice-president van de Raad van State,
J.P.H. Donner*

De Minister van Veiligheid en Justitie,
I.W. Opstelten

Redactionele bijlage bij het advies van de Afdeling advisering van de Raad van State betreffende no. W03.13.0360/II

- In artikel I, onderdeel R, het voorgestelde artikel 71c, vierde lid, van de Penitentiaire Beginselenwet BW als laatste artikellid van artikel 71c op te nemen (vgl. artikel 29, zevende lid, van de Penitentiaire maatregel) en daarin te bepalen dat de ambtenaar of medewerker en de Medisch Adviseur de klacht slechts kunnen doorverwijzen naar de beklagcommissie, indien de klacht niet-medisch handelen betreft.
- Dit geldt ook ten aanzien van het voorgestelde artikel 76c, vierde lid, van de Beginselenwet justitiële jeugdinrichtingen.
- In artikel I, onderdeel T, in het voorgestelde artikel 77a, een zevende lid toevoegen, waaruit blijkt dat de regeling van het voorgestelde zesde lid vervalft op het moment dat het in dat lid bedoelde wetsvoorstel is verworpen dan wel op het moment dat het wetsvoorstel tot wet is verheven en in werking treedt. Eenzelfde toevoeging zou ook moeten worden opgenomen in artikel 80a van de Bjj.
- In artikel I, onderdeel T, in het voorgestelde artikel 77b, onderdeel b, «onder a» vervangen door: onderdeel a.