

Steunpunt Welzijn, Volksgezondheid en Gezin

Gesloten opvang van minderjarigen in de forensische kinder- en jeugdpsychiatrie in Vlaanderen: een rechtspositieregeling

Dr. Tim Ogenhaffen
Prof. dr. Johan Put
Prof. dr. Stefaan Pleysier



Steunpunt Welzijn, Volksgezondheid en Gezin
 Minderbroedersstraat 8 – B-3000 Leuven
 Tel 0032 16 37 34 32
 E-mail: swvg@kuleuven.be
 Website: <http://www.steunpuntwvg.be>



Publicatie nr. 2022/01

SWVG-Rapport 66

Steunpunt Welzijn, Volksgezondheid en Gezin

Titel rapport: Gesloten opvang van minderjarigen in de forensische kinder- en jeugdpsychiatrie in Vlaanderen: een rechtspositieregeling

Promotor: Prof. dr. Johan Put^{1,2}, prof. dr. Stefaan Pleysier²

Onderzoekers: Dr. Tim Opgenhaffen¹

¹ Instituut voor Sociaal Recht, KU Leuven

² LINC, KU Leuven

Dit rapport kwam tot stand met de steun van de Vlaamse Overheid. In deze tekst komen onderzoeksresultaten van de auteur(s) naar voor en niet die van de Vlaamse Overheid. De Vlaamse Overheid kan niet aansprakelijk gesteld worden voor het gebruik dat kan worden gemaakt van de meegedeelde gegevens.

Niets uit deze uitgave mag worden verveelvoudigd en/of openbaar gemaakt zonder uitdrukkelijk te verwijzen naar de bron.

No material may be made public without an explicit reference to the source.

Het consortium SWVG

<i>Deelnemende instellingen - Dagelijks bestuur</i>	
KU Leuven	
· LUCAS, Centrum voor zorgonderzoek en consultancy	Prof. dr. Chantal Van Audenhove
· Instituut voor Sociaal Recht	Prof. dr. Anja Declercq
· HIVA - Onderzoeksinstituut voor Arbeid en Samenleving	Prof. dr. Johan Put
· Leuvens Instituut voor Gezondheidsbeleid	Prof. dr. Tine Van Regenmortel
· Faculteit Economie en Bedrijfswetenschappen	Prof. dr. Erik Schokkaert
UGent	
· Vakgroep Marketing, Innovatie en Organisatie	Prof. dr. Paul Gemmel
· Vakgroep Publieke Governance, Management & Financiën	Prof. dr. Joris Voets
· Vakgroep Volksgezondheid en Eerstelijnszorg	Prof. dr. An De Sutter
Vrije Universiteit Brussel	
· Faculteit Psychologie en Educatiewetenschappen	Prof. dr. Dominique Verté
Universiteit Antwerpen	
· CRESC, UAntwerpen	Prof. dr. Peter Raeymaeckers
<i>Partnerinstellingen</i>	
Universiteit Hasselt	
· Centrum voor Statistiek	
Thomas More Hogeschool	
· Opleiding Toegepaste Psychologie	Dr. Peter De Graef
Arteveldehogeschool	
· Dienst onderzoek en dienstverlening	
Hogeschool Gent	
· Faculteit Mens en Welzijn	
UC Leuven-Limburg	
· Groep Gezondheid en Welzijn	
<i>Coördinatie en secretariaat</i>	
Coördinator SWVG	Dr. Kathleen De Cuyper
Administratieve ondersteuning	Manuela Schröder Lut Van Hoof

Rapport 66

Januari 2022

Gesloten opvang van minderjarigen in Vlaanderen: een rechtspositieregeling

Onderzoeker: Dr. Tim Opgenhaffen¹

Promotor: Prof. dr. Johan Put^{1,2}, prof. dr. Stefaan Pleysier²

¹ Instituut voor Sociaal Recht, KU Leuven

² LINC, KU Leuven

Samenvatting

Aanleiding en doelstelling van het onderzoek

In het najaar van 2020 verscheen in het kader van het Steunpunt Welzijn Volksgezondheid en Gezin een onderzoeksrapport over de rechtspositie van minderjarigen in de gesloten opvang in Vlaanderen. Dat onderzoek schept het internationaalrechtelijke kader, toetst de actuele rechtspositie in Vlaanderen en stelt verbeterpunten voor. Met het oog daarop wordt inspiratie gezocht in vandaag reeds bestaande regelingen in Nederland en de Franse gemeenschap.¹

De forensische afdelingen van de kinder- en jeugdpsychiatrie (For-K diensten) vallen buiten de scope van dat onderzoek. Door het afwijkende rechtskader en de bevoegdheidsrechtelijke vraagstukken zouden de analyses voor de For-K diensten te afwijkend zijn van de overige analyses, waardoor de aanbevelingen ook sterk zouden afwijken van de centrale aanbevelingen uit dit onderzoek. De For-K diensten in dit onderzoek betrekken was bijgevolg niet wenselijk.

Niettemin bestaat ook voor For-K diensten de nood om op gelijkaardige wijze de interne rechtspositie van minderjarigen af te stemmen op het (relevante) internationale mensen- en kinderrechtelijke kader. Het is onzeker of het huidige fragmentaire rechtskader de rechtspositie van minderjarigen op For-K diensten op toereikende wijze regelt. Zo komen grondrechtenbepalingen in de praktijk vaak voort uit afdelingsregels en praktijken waarvan de toelaatbaarheid en afdwingbaarheid bevestigbaar is.

Voorliggend onderzoek beoogt om – aanvullend op het onderzoeksrapport over de rechtspositie van minderjarigen in de gesloten opvang – een kader te creëren voor de regelgeving over de rechtspositie van minderjarigen in For-K diensten. Dat kader moet in overeenstemming zijn met het mensen- en kinderrechtelijke kader.

Het onderzoek heeft betrekking op de interne rechtspositie van minderjarigen – verdachten, delictplegers en minderjarigen in een verontrustende situatie – die vanuit het jeugdbeschermingsrecht

¹ J. CARLÉ, T. OPGENHAFFEN, J. PUT, S. PLEYSIER, *Gesloten opvang van minderjarigen in Vlaanderen: een rechtspositieregeling*, SWVG-Rapport 45, Leuven, Steunpunt Welzijn Volksgezondheid en Gezin, 2021, 354 p., www.steunpuntwvg.be/publicaties.

opgenomen worden in een gesloten afdeling van de kinder- en jeugdpsychiatrie. De bijzondere regels die gelden voor jongeren die zijn opgenomen in K-afdelingen op grond van de Wet bescherming persoon geesteszieke, komen in dit onderzoek niet aan bod.

Het onderzoek vormt een aanvulling op het eerder gevoerde onderzoek; het eerder ontwikkelde toetsingskader is ook op kinderen en jongeren in gesloten afdelingen van de kinder- en jeugdpsychiatrie van toepassing.

Omdat er vandaag echter geen wettelijk geregelde rechtspositie bestaat en de toetsing daarvan dus niet mogelijk is, wordt – anders dan in het eerdere onderzoek – de huidige situatie niet getoetst. In plaats daarvan legt dit onderzoek de nadruk op twee vraagstukken die van belang zijn bij de ontwikkeling van een toekomstige rechtspositie.

1. Het eerste is **bevoegdheidsrechtelijk** en gaat na welke wetgever bevoegd is om elk van de aspecten van de interne rechtspositie in forensische afdelingen van de kinder- en jeugdpsychiatrie te regelen. Forensische afdelingen van de kinder- en jeugdpsychiatrie bevinden zich immers in een bevoegdheidsrechtelijke schemerzone. Dit onderzoek brengt – voor wat de interne rechtspositie betreft – klaarheid.
2. Het tweede is **thematisch** en betreft specifieke rechtspositionele thema's die in de forensische afdelingen van de kinder- en jeugdpsychiatrie een centrale rol spelen. Het gaat met name om de medische (dwang)behandeling, afzondering en fixatie, en veiligheid en sancties. Voor elk van deze thema's wordt het internationale kader uitgebreid met bronnen die op de forensische geestelijke gezondheidszorg betrekking hebben en worden de knelpunten in het huidige fragmentaire regelgevende kader in Vlaanderen blootgelegd.

Daardoor heeft voorliggend onderzoek eerder oog voor de toekomst dan voor het heden.

Opbouw van het onderzoek en methodologie

Twee onderzoeksdoelstellingen vormen de grondslag voor dit onderzoek.

1. De **eerste onderzoeksdoelstelling** is om de bevoegdheidsverdeling inzake de interne rechtspositie in forensische afdelingen van de kinder- en jeugdpsychiatrie bloot te leggen. Daartoe wordt de vraag gesteld welke wetgever op grond van welke bevoegdheidsrechtelijke bepaling bevoegd is om elk van de aspecten van de interne rechtspositie te regelen.

Om deze vraag te beantwoorden wordt eerst in het algemeen ingegaan op de bevoegdheidsverdeling inzake gezondheidszorgbeleid. Vervolgens wordt voor elk van de thema's die in het eerdere onderzoek aan bod kwamen nagegaan of de federale wetgever dan wel de decreetgever bevoegd is (Basisprincipes; Opname, overplaatsing en transport; Infrastructuur; Personeel; Omkadering en tijdsbesteding; Persoonlijke levenssfeer; Sociale levenssfeer; Klachtrecht en recht op bijstand; Inspectie; Veiligheid; Sancties; Afzondering en fixatie).

Hierbij wordt de klassieke juridische methode gehanteerd, die gebaseerd is op de analyse van wetgeving, rechtspraak en rechtsleer. De analyse heeft in het bijzonder betrekking op de adviezen van de Raad van State en de arresten van het Grondwettelijk Hof over de bevoegdheidsverdeling inzake het gezondheidsbeleid. De systematische analyse van deze adviezen leidde tot de structuur en de invulling van het tweede hoofdstuk van dit onderzoek.

2. De **tweede onderzoeksdoelstelling** is om voor bepaalde rechtspositionele thema's die in forensische afdelingen in de kinder- en jeugdpsychiatrie centraal staan, het internationaalrechtelijke en nationaalrechtelijke kader verder uit te diepen. Het betreft de gedwongen medische behandeling; afzondering en fixatie; en veiligheid en sancties. Deze drie thema's werden door de stuurgroep van dit onderzoek naar voor geschoven. Voor elk van de thema's wordt de vraag gesteld aan welke internationale vereisten de regelgeving en het beleid in forensische afdelingen in de kinder- en jeugdpsychiatrie moet voldoen en hoe ze in Vlaanderen momenteel geregeld worden.

De ontwikkeling van het internationale kader bouwt daarbij telkens voort op het kader dat reeds eerder ontwikkeld werd in het onderzoek over de rechtspositie van minderjarigen in de gesloten opvang. Dat kader is immers ook op minderjarigen in forensische afdelingen in de kinder- en jeugdpsychiatrie van toepassing. Het kader wordt echter verder verfijnd met specifieke bronnen over en vraagstukken in de forensisch psychiatrische context. Daartoe wordt een beroep gedaan op de landenrapporten van het Europees Comité voor de Preventie van Foltering en Onmenselijke of Vernederende Behandeling of Bestrafing (hierna: CPT). Het CPT is een orgaan van de Raad van Europa dat in lidstaten bezoeken brengt aan plaatsen waar personen van hun vrijheid beroofd kunnen zijn, waaronder ook de forensische geestelijke gezondheidszorg. De rapporten die op deze bezoeken aan forensisch psychiatrische voorzieningen betrekking hebben, werden geanalyseerd. Hoewel de meeste van deze rapporten betrekking hebben op meerderjarigen, zijn de door het CPT geformuleerde aanbevelingen o.i. ook op minderjarigen van toepassing. De schaarsere rapporten over minderjarigen bevestigen dit.²

Wat het huidige rechtskader in Vlaanderen betreft, wordt de klassieke juridische methode gehanteerd. Deze is gebaseerd op de analyse van wetgeving, rechtspraak en rechtsleer.

Bevindingen

Het **eerste hoofdstuk** van dit onderzoek bevat een beknopte institutionele schets van de positie van For-k-bedden en crisisbedden in het huidige GGZ-landschap. Vervolgens gaat dit hoofdstuk na hoe kinderen en jongeren vanuit het jeugdbeschermingsrecht in dit landschap terecht kunnen komen. Op grond van het jeugddelinquentierecht zijn er daartoe drie wegen: als maatregel door de jeugdrechter; als sanctie door de jeugdrechtbank; en bij wijze van 'jeugdinternering'. Op grond van het jeugdhulprecht bestaat er één weg: de gerechtelijke maatregel ten aanzien van wie zich in een verontrustende situatie bevindt. Aan het einde van het hoofdstuk komen twee specifieke vraagstukken aan bod die zich op de wip tussen de externe en de interne rechtspositie bevinden. De eerste is de vraag in welke mate een K-dienst gesloten kan zijn en de tweede is de vraag in welke mate een opname vanuit het jeugdbeschermingsrecht vrijwillig dan wel onvrijwillig is. Een opname op een gesloten dienst is rechtvaardigbaar voor zover een rechtsgrond die opname op een gesloten dienst rechtvaardigt of voor zover de jongere met een verblijf op een gesloten dienst instemt. Het verblijf van de minderjarige die vanuit het jeugdbeschermingsrecht in een For-K terecht komt, is o.i. vanuit een juridisch oogpunt onvrijwillig. Het verblijf kan dan ook niet zonder meer door de minderjarige beëindigd worden.

Het **tweede hoofdstuk** gaat in op het bevoegdheidsvraagstuk dat met de regelgeving over de interne rechtspositie van de minderjarige in de gesloten kinder- en jeugdpsychiatrie gepaard gaat. De vraag daarbij is in welke mate de gemeenschappen, eenmaal de gesloten afdelingen zijn opgericht, bevoegd

² Bv. Polen, CPT/Inf(2018)39.

zijn om de interne rechtspositie van de minderjarige, i.e. hun rechten als bewoner van de voorziening, te regelen. Een eerste deel biedt een bevoegdheidsrechtelijke analyse die aantoonst dat de gemeenschappen een ruime bevoegdheid hebben, maar tegelijk een reeks voorbehouden formuleert. Ten eerste wordt deze bevoegdheid ingeperkt door de federale bevoegdheid om de financiering, de programmatie en de zgn. ‘organieke wetgeving’ met betrekking tot ziekenhuizen te bepalen. Ten tweede is ook de regelgeving over de uitoefening van de geneeskunde federale materie gebleven. Een tweede deel past deze analyse toe op de verschillende aspecten van de interne rechtspositie: Basisprincipes; Opname, overplaatsing en transport; Infrastructuur; Personeel; Omkadering en tijdsbesteding; Persoonlijke levenssfeer; Sociale levenssfeer; Klachtrecht en recht op bijstand; Inspectie; Veiligheid; Sancties; Afzondering en fixatie. Dat biedt een overzicht van wie voor elk van deze aspecten de bevoegde regelgever is.

Het **derde tot vijfde hoofdstuk** zijn thematisch en gaan dieper in op thema’s die in de gesloten kinderen jeugdpsychiatrie een belangrijke rol vervullen. Het gaat met name over de medische behandeling (en de vraag in welke mate dwang mogelijk is), over afzondering en fixatie en over veiligheidsmaatregelen en sancties. Voor elk van deze aspecten wordt het internationale toetsingskader verrijkt met de input van landenrapporten van het Europees Comité voor de Preventie van Folteringen en Onmenselijke of Vernederende Behandeling of Bestrafing. Vervolgens wordt de huidige rechtspositie van de jongere in Vlaanderen voor elk van deze thema’s onder de loep genomen. De belangrijkste vaststelling daarbij is dat – zeker wanneer het vrijheidsbeperkingen en dwang betreft – een (noodzakelijke) wettelijke regeling ontbreekt. Dat heeft als gevolg dat vrijheidsbeperkingen juridisch gezien niet mogen plaatsvinden en dat – indien ze in de praktijk toch plaatsvinden – het toezicht erop ontbreekt. Het is dan ook wenselijk om deze aspecten duidelijker te regelen.

Bij deze bevindingen benadrukken we dat voorliggend onderzoek een uitsluitend juridisch perspectief hanteert. Dergelijk ‘eenzijdig’ perspectief is ontoereikend om een materie die dermate complex is vorm te geven. Daarom vinden we het nodig dat, naast de inhoud van dit onderzoek, andere relevante analyses en perspectieven (bv. ethische, therapeutische, (ortho)pedagogische en praktijkrelevante perspectieven) worden betrokken. Op basis van dit ‘totaalbeeld’ kunnen dan concrete beleidskeuzes worden gemaakt, die vervolgens nog moeten worden geïmplementeerd a.d.h.v. de nodige passende voorlichting en opleiding.

Inhoud

Inleiding	9
Methodologie	11
Hoofdstuk 1 Institutioneel kader	13
1 De gesloten afdelingen van de kinder- en jeugdpsychiatrie	13
2 De weg van het jeugdbeschermingsrecht naar een gesloten afdeling van de kinder- en jeugdpsychiatrie	15
2.1 De weg vanuit het jeugddelinquentierecht	15
2.2 De weg vanuit het jeugdhulprecht	19
3 Knelpunten: Open of gesloten? Vrijwillig of onder dwang?	19
3.1 Open vs. gesloten	19
3.2 Vrijwillig vs. onvrijwillig	20
Hoofdstuk 2 Het bevoegdheidsrechtelijke vaarwater	23
1 Het gezondheidsbeleid in een notendop	24
1.1 Een eerste beperking: financiering, programmatie en organieke wetgeving	25
1.2 Een tweede beperking: De uitoefening van de geneeskunde	32
2 De toepassing op de interne rechtspositie	37
2.1 Basisprincipes	38
2.2 Opname, overplaatsing en transport	39
2.3 Infrastructuur	40
2.4 Personeel	40
2.5 Omkadering en tijdbesteding	42
2.6 Persoonlijke levenssfeer	42
2.7 Sociale levenssfeer	43
2.8 Klachtrecht en recht op bijstand	45
2.9 Inspectie voorzieningen	45
2.10 Veiligheid	45
2.11 Sancties	46
2.12 Afzondering en fixatie	46
3 Besluit	49
Hoofdstuk 3 Medische behandeling en dwang	51
1 Internationaal kader	52
2 De medische behandeling in Vlaanderen	56
2.1 De Wet Uitoefening Gezondheidszorgberoepen en de Wet Patiëntenrechten	56
2.2 Het recht om geïnformeerd toe te stemmen en de omvang daarvan	58
2.3 De geïnformeerde toestemming en minderjarigen	60
2.4 Afwijkingen op het recht op geïnformeerde toestemming	64
2.5 Een plek voor drang	67

3	Besluit	69
Hoofdstuk 4 Afzondering en fixatie		71
1	Internationaal kader	71
1.1	Straf	73
1.2	Ernstig en acuut gevaar	73
1.3	Overige toepassingen	74
2	Afzondering en fixatie in Vlaanderen	77
2.1	Straf	78
2.2	Ernstig en acuut gevaar	79
2.3	Overige toepassingen	80
3	Besluit	82
Hoofdstuk 5 Veiligheid en sancties		83
1	Internationaal kader	83
1.1	Veiligheid	83
1.2	Sancties	87
2	Veiligheid en sancties in Vlaanderen	88
2.1	Veiligheid	88
2.2	Sancties	91
3	Besluit	91

Inleiding

1. In het najaar van 2020 verscheen in het kader van het Steunpunt Welzijn Volksgezondheid en Gezin een onderzoeksrapport over de rechtspositie van minderjarigen in de gesloten opvang in Vlaanderen. Dat onderzoek schept het internationaalrechtelijke kader, toetst de actuele rechtspositie in Vlaanderen en stelt verbeterpunten voor. Met het oog daarop wordt inspiratie gezocht in vandaag reeds bestaande regelingen in Nederland en de Franse gemeenschap.³

De forensische afdelingen van de kinder- en jeugdpsychiatrie (For-K diensten) vallen buiten de scope van dat onderzoek. Doordat de For-K diensten in hoofdzaak psychiatrische hulpverlening aanbieden, is het Decreet Rechtspositie Minderjarige er niet (ten volle) van toepassing: de rechten van de minderjarige in deze setting worden in de eerste plaats geregeld door de Wet Patiëntenrechten die op belangrijke punten (rechtsbekwaamheid, omvang van het recht op toestemming, klachtregeling ...) van het Decreet Rechtspositie Minderjarige verschilt. Hiermee samenhangend speelt een belangrijk bevoegdheidsvraagstuk: de For-K diensten zijn federale proefprojecten. Vlaanderen is niet (volledig) bevoegd om de rechtspositie in deze setting te regelen.

Door het afwijkende rechtskader en de bevoegdheidsrechtelijke vraagstukken zouden de analyses voor de For-K diensten te afwijkend kunnen zijn van de analyses voor de andere voorzieningen, waardoor de aanbevelingen ook sterk zouden kunnen afwijken van de centrale aanbevelingen uit dat onderzoek. De For-K diensten in het voorgaande onderzoek betrekken was bijgevolg niet wenselijk.

Niettemin bestaat ook voor For-K diensten de nood om op gelijkaardige wijze de interne rechtspositie van minderjarigen af te stemmen op het (relevante) internationale mensen- en kinderrechtelijke kader. Ook minderjarigen die op For-K diensten verblijven hebben recht op bepaalde basiswaarborgen en moeten voldoende beschermd zijn wanneer ze met grondrechtenbeperkingen geconfronteerd worden. Het is onzeker of het huidige fragmentaire rechtskader de rechtspositie van minderjarigen op For-K diensten op toereikende wijze regelt. Zo komen grondrechtenbeperkingen in de praktijk vaak voort uit afdelingsregels en praktijken waarvan de toelaatbaarheid en afdwingbaarheid bevroegbaar is.

2. Voorliggend onderzoek beoogt om – aanvullend op het onderzoeksrapport over de rechtspositie van minderjarigen in de gesloten opvang – een kader te creëren voor de regelgeving over de rechtspositie van minderjarigen in For-K diensten. Dat kader moet in overeenstemming zijn met het mensen- en kinderrechtelijke kader.

Het onderzoek heeft betrekking op de interne rechtspositie van minderjarigen – verdachten, delictplegers en minderjarigen in een verontrustende situatie – die vanuit het jeugdbeschermingsrecht opgenomen worden in een gesloten afdeling van de kinder- en jeugdpsychiatrie. De bijzondere regels die gelden voor jongeren die zijn opgenomen in K-afdelingen op grond van de Wet bescherming persoon geesteszieke, komen in dit onderzoek niet aan bod.

³ J. CARLÉ, T. OPGENHAFFEN, J. PUT en S. PLEYSIER, *Gesloten opvang van minderjarigen in Vlaanderen: een rechtspositieregeling*, SWVG-Rapport 45, Leuven, Steunpunt Welzijn Volksgezondheid en Gezin, 2021, 354 p., www.steunpuntwvg.be/publicaties.

3. Voorliggend onderzoek is aanvullend op dat eerder gevoerde onderzoek; het eerder ontwikkelde toetsingskader is immers ook op kinderen en jongeren in gesloten afdelingen van de kinder- en jeugdpsychiatrie van toepassing.

Omdat er vandaag echter geen wettelijk geregelde rechtspositie bestaat en de toetsing daarvan dus niet mogelijk is, wordt – anders dan in het eerdere onderzoek – de huidige situatie niet getoetst. In plaats daarvan legt dit onderzoek de nadruk op twee vraagstukken die van belang zijn bij de ontwikkeling van een toekomstige rechtspositie.

1. Het eerste is **bevoegdheidsrechtelijk** en gaat na welke wetgever bevoegd is om elk van de aspecten van de interne rechtspositie in forensische afdelingen van de kinder- en jeugdpsychiatrie te regelen. Forensische afdelingen van de kinder- en jeugdpsychiatrie bevinden zich immers in een bevoegdheidsrechtelijke schemerzone. Dit onderzoek brengt – voor wat de interne rechtspositie betreft – klaarheid.
2. Het tweede is **thematisch** en betreft specifieke rechtspositionele thema's die in de forensische afdelingen van de kinder- en jeugdpsychiatrie een centrale rol spelen. Het gaat met name om de medische (dwang)behandeling, afzondering en fixatie, en veiligheid en sancties. Voor elk van deze thema's wordt het internationale kader uitgebreid met bronnen die op de forensische geestelijke gezondheidszorg betrekking hebben en worden de knelpunten in het huidige fragmentaire regelgevende kader in Vlaanderen blootgelegd.

Daardoor heeft voorliggend onderzoek eerder oog voor de toekomst dan voor het heden.

4. Tot slot merken we op dat voorliggend onderzoek een uitsluitend juridisch perspectief hanteert. Dergelijk 'eenzijdig' perspectief is ontoereikend om een materie die dermate complex is vorm te geven. Daarom vinden we het nodig dat, naast de inhoud van dit onderzoek, andere relevante analyses en perspectieven (bv. ethische, therapeutische, (ortho)pedagogische en praktijkrelevante perspectieven) worden betrokken. Op basis van dit 'totaalbeeld' kunnen dan concrete beleidskeuzes worden gemaakt, die vervolgens nog moeten worden geïmplementeerd a.d.h.v. de nodige passende voorlichting en opleiding.

Methodologie

5. De **eerste onderzoeksdoelstelling** is om de bevoegdheidsverdeling inzake de interne rechtspositie in forensische afdelingen van de kinder- en jeugdpsychiatrie bloot te leggen. Daartoe wordt de vraag gesteld welke wetgever op grond van welke bevoegdheidsrechtelijke bepaling bevoegd is om elk van de aspecten van de interne rechtspositie te regelen.

Om deze vraag te beantwoorden wordt eerst in het algemeen ingegaan op de bevoegdheidsverdeling inzake gezondheidszorgbeleid. Vervolgens wordt voor elk van de thema's die in het eerdere onderzoek aan bod kwamen nagegaan of de federale wetgever dan wel de decreetgever bevoegd is (Basisprincipes; Opname, overplaatsing en transport; Infrastructuur; Personeel; Omkadering en tijdsbesteding; Persoonlijke levenssfeer; Sociale levenssfeer; Klachtrecht en recht op bijstand; Inspectie; Veiligheid; Sancties; Afzondering en fixatie).

Hierbij wordt de klassieke juridische methode gehanteerd, die gebaseerd is op de analyse van wetgeving, rechtspraak en rechtsleer. De analyse heeft in het bijzonder betrekking op de adviezen van de Raad van State en de arresten van het Grondwettelijk Hof over de bevoegdheidsverdeling inzake het gezondheidsbeleid. De systematische analyse van deze adviezen leidde tot de structuur en de invulling van het tweede hoofdstuk van dit onderzoek.

6. De **tweede onderzoeksdoelstelling** is om voor bepaalde rechtspositionele thema's die in forensische afdelingen in de kinder- en jeugdpsychiatrie centraal staan, het internationaalrechtelijke en nationaalrechtelijke kader verder uit te diepen. Het betreft de gedwongen medische behandeling; afzondering en fixatie; en veiligheid en sancties. Deze drie thema's werden door de stuurgroep van dit onderzoek naar voor geschoven. Voor elk van de thema's wordt de vraag gesteld aan welke internationale vereisten de regelgeving en het beleid in forensische afdelingen in de kinder- en jeugdpsychiatrie moet voldoen en hoe ze in Vlaanderen momenteel geregeld worden.

De ontwikkeling van het internationale kader bouwt daarbij telkens voort op het kader dat reeds eerder ontwikkeld werd in het onderzoek over de rechtspositie van minderjarigen in de gesloten opvang. Dat kader is immers ook op minderjarigen in forensische afdelingen in de kinder- en jeugdpsychiatrie van toepassing. Het kader wordt echter verder verfijnd met specifieke bronnen over en vraagstukken in de forensisch psychiatrische context. Daartoe wordt een beroep gedaan op de landenrapporten van het Europees Comité voor de Preventie van Foltering en Onmenselijke of Vernederende Behandeling of Bestrafing (hierna: CPT). Het CPT is een orgaan van de Raad van Europa dat in lidstaten bezoeken brengt aan plaatsen waar personen van hun vrijheid beroofd kunnen zijn, waaronder ook de forensische geestelijke gezondheidszorg. De rapporten die op deze bezoeken aan forensisch psychiatrische voorzieningen betrekking hebben, werden geanalyseerd. Hoewel de meeste van deze rapporten betrekking hebben op meerderjarigen, zijn de door het CPT geformuleerde aanbevelingen o.i. ook op minderjarigen van toepassing. De schaarsere rapporten over minderjarigen bevestigen dit.⁴

Wat het huidige rechtskader in Vlaanderen betreft, wordt de klassieke juridische methode gehanteerd. Deze is gebaseerd op de analyse van wetgeving, rechtspraak en rechtsleer.

⁴ Zie bv. Polen, CPT/Inf(2018)39.

Hoofdstuk 1

Institutioneel kader

1 De gesloten afdelingen van de kinder- en jeugdpsychiatrie

7. Dit onderzoek heeft betrekking op de interne rechtspositie van minderjarigen – verdachten, delictplegers en minderjarigen in een verontrustende situatie – die vanuit het jeugdbeschermingsrecht opgenomen worden in een gesloten afdeling van de kinder- en jeugdpsychiatrie. Voor deze minderjarigen bestaan er binnen de K-diensten van een psychiatrisch ziekenhuis aparte intensieve behandel eenheden (IBE), aparte FOR-K-bedden en aparte crisisbedden. In wat volgt schetst dit onderzoek beknopt het kader waarbinnen deze bedden zijn ontstaan en vandaag bestaan. Voor een uitgebreidere analyse wordt verwezen naar het rapport van het Federaal Kenniscentrum voor de Gezondheidszorg, dat deze geschiedenis in detail beschrijft.⁵

8. K-diensten (officieel: dienst neuropsychiatrie voor observatie en behandeling van kinderen) zijn bestemd voor jonge patiënten die ofwel dringende hulp bij crisis, ofwel een observatie of actieve behandeling nodig hebben. K-diensten staan in voor hetzij dag- en nachtverpleging, hetzij dagverpleging, hetzij nachtverpleging. Een dienst omvat minimaal twintig en hoogstens zestig plaatsen, opgedeeld in leefeenheden van minimaal zes en maximaal tien patiënten. Tenzij daarvoor een tegenindicatie bestaat in het belang van de patiënt, worden adolescenten en kinderen van elkaar gescheiden.⁶

K-diensten kunnen een bijzondere erkenning genieten als dienst intensieve behandeling (IB-dienst, ‘intensieve behandel eenheid’) wanneer ze zich richten tot kinderen en jongeren met een sterk gedragsgestoorde en/of agressieve problematiek en/of tot kinderen en jongeren met een psychiatrische problematiek die een misdrijf hebben gepleegd.⁷ Op heden zijn er evenwel geen dergelijke diensten erkend.⁸

9. Binnen de (intensieve behandel eenheden van) K-diensten is een aantal plaatsen voorbehouden voor minderjarigen die vanuit het jeugdbeschermingsrecht worden opgenomen. Het gaat niet om door de federale overheid erkende plaatsen, maar om plaatsen die kaderen in een pilootproject, waartoe de federale overheid buiten de programmatie om overeenkomsten sloot met psychiatrische ziekenhuizen. Die overeenkomsten gaan onder meer in op de verplichtingen van de afdelingen (bv. inzake doelgroep en personeelsnormen).⁹ De overeenkomsten regelen daarmee wat klassiek in erkenningsnormen geregeld wordt.

⁵ P. MISTIAEN, M. DAUVIRIN, C. DE MEESTER, C. POUPEZ, I. VINCK, For-K, forensisch-psychiatrische intensieve behandel eenheden voor justitiële jongeren: aanbod, gebruik en behoefte, Brussel, KCE, 2021, 363 p.

⁶ Art. N17 (bijlage 17) KB 23 oktober 1964 tot bepaling van de normen die door de ziekenhuizen en hun diensten moeten worden nageleefd.

⁷ Art. N21 (bijlage 21), eerste lid, I, 1° KB 23 oktober 1964 tot bepaling van de normen die door de ziekenhuizen en hun diensten moeten worden nageleefd.

⁸ P. MISTIAEN, M. DAUVIRIN, C. DE MEESTER, C. POUPEZ, I. VINCK, For-K, forensisch-psychiatrische intensieve behandel eenheden voor justitiële jongeren: aanbod, gebruik en behoefte, Brussel, KCE, 2021, 34.

⁹ P. MISTIAEN, M. DAUVIRIN, C. DE MEESTER, C. POUPEZ, I. VINCK, For-K, forensisch-psychiatrische intensieve behandel eenheden voor justitiële jongeren: aanbod, gebruik en behoefte, Brussel, KCE, 2021, 154.

10. De voorbehouden plaatsen maken daarnaast het voorwerp uit van een protocolakkoord tussen de federale overheid en de deelstaten.¹⁰ Dat protocol beschrijft hoe (buiten de programmatie) de capaciteit in de residentiële geestelijke gezondheidszorg verhoogd wordt en hoe die verhoogde capaciteit voor te behouden is voor (in principe) een forensisch zorgtraject voor jeugddelinquenten. De capaciteitsverhoging heeft betrekking op intensieve behandel eenheden en reguliere k-diensten.

1. **Intensieve behandel eenheden.**¹¹ In de eerste plaats wordt de capaciteit op de intensieve behandel eenheden verhoogd. Een aantal bedden binnen deze verhoogde capaciteit zijn hervulbedden. Deze zijn bedoeld om jongeren die na een verblijf op een intensieve behandel eenheid doormoeten naar het reguliere circuit, opnieuw op te nemen indien dat nodig is. Bij de publicatie van het protocol was het de bedoeling om de verhoogde capaciteit op de intensieve behandel eenheden voor te behouden voor minderjarige verdachten en delictplegers; in een aanhangsel bij het protocol van 8 december 2008 wordt daarvan afgeweken. Hoewel de capaciteit bij voorkeur gebruikt wordt voor de oorspronkelijke doelgroep staan de bedden ook open voor jongeren met psychiatrische problemen die onderworpen zijn aan andere gerechtelijke beschermingsmaatregelen of die geplaatst worden op grond van de Wet Bescherming Persoon Geesteszieke.¹²
2. **Crisisbedden in reguliere K-diensten.**¹³ In de tweede plaats worden binnen de K-diensten een aantal bedden voorzien voor de crisisopvang van minderjarigen in een forensisch ggz-traject. Voor de publicatie van het aanhangsel bij het protocol stonden enkel deze crisisbedden ook open voor jongeren met een psychiatrische problematiek die onderworpen zijn aan een andere gerechtelijke maatregel.

¹⁰ Protocol 22 februari 2007 gesloten tussen de Federale Regering en de overheden bedoeld in de artikelen 128, 130, 135 en 138 van de Grondwet, over de organisatie van een zorgtraject voor jongeren met een psychiatrische problematiek die vallen onder de toepassing van artikel 36, 4° en artikel 52 van de wet van 8 april 1965 betreffende de jeugdbescherming, het ten laste nemen van minderjarigen die een als misdrijf omschreven feit hebben gepleegd en het herstel van de door dit feit veroorzaakte schade, als onderdeel van een globaal zorgprogramma voor kinderen en jongeren, *BS* 26 juni 2007.

¹¹ Hoofdstuk 2, Protocol 22 februari 2007 gesloten tussen de Federale Regering en de overheden bedoeld in de artikelen 128, 130, 135 en 138 van de Grondwet, over de organisatie van een zorgtraject voor jongeren met een psychiatrische problematiek die vallen onder de toepassing van artikel 36, 4° en artikel 52 van de wet van 8 april 1965 betreffende de jeugdbescherming, het ten laste nemen van minderjarigen die een als misdrijf omschreven feit hebben gepleegd en het herstel van de door dit feit veroorzaakte schade, als onderdeel van een globaal zorgprogramma voor kinderen en jongeren, *BS* 26 juni 2007.

¹² Aanhangsel van 8 december 2008 bij het protocol gesloten tussen de Federale Regering en de overheden bedoeld in de artikelen 128, 130, 135 en 138 van de Grondwet, over de organisatie van een zorgtraject voor jongeren met een psychiatrische problematiek die vallen onder de toepassing van artikel 36, 4° en artikel 52 van de wet van 8 april 1965 betreffende de jeugdbescherming, het ten laste nemen van minderjarigen die een als misdrijf omschreven feit hebben gepleegd en het herstel van de door dit feit veroorzaakte schade, als onderdeel van een globaal zorgprogramma voor kinderen en jongeren, *BS* 16 januari 2009; zie ook L. DRESER, "Gepaste zorg voor jongeren met psychiatrische problemen. Geen eenvoudig verhaal vanuit het perspectief van de jeugdrechtbank", *TJK* 2015/2, 189.

¹³ Hoofdstuk 2, Protocol 22 februari 2007 gesloten tussen de Federale Regering en de overheden bedoeld in de artikelen 128, 130, 135 en 138 van de Grondwet, over de organisatie van een zorgtraject voor jongeren met een psychiatrische problematiek die vallen onder de toepassing van artikel 36, 4° en artikel 52 van de wet van 8 april 1965 betreffende de jeugdbescherming, het ten laste nemen van minderjarigen die een als misdrijf omschreven feit hebben gepleegd en het herstel van de door dit feit veroorzaakte schade, als onderdeel van een globaal zorgprogramma voor kinderen en jongeren, *BS* 26 juni 2007.

Hoewel dit voor de uitvoering van het protocol vereist is, bestaat er vooralsnog geen definitief samenwerkingsakkoord. Wel werd een ontwerp van samenwerkingsakkoord toegevoegd aan het protocol. Dat ontwerp en een omzendbrief¹⁴ gaan dieper in op de modaliteiten van een opname en verblijf op een intensieve behandel eenheid of een crisisbed in een reguliere K-dienst. Een opvallende opnamemodaliteit in dat ontwerp is dat de jongere behoudens de toepassing van de Wet Bescherming Persoon Geestesziekte niet gedwongen kan worden om op een intensieve behandel eenheid te verblijven.

2 De weg van het jeugdbeschermingsrecht naar een gesloten afdeling van de kinder- en jeugdpsychiatrie

11. Naast de vrijwillige opname op grond van de Wet Patiëntenrechten en de gedwongen opname op grond van de Wet Bescherming Persoon Geestesziekte, die in dit rapport niet aan bod komen, zijn er ook vanuit het jeugdbeschermingsrecht verschillende bruggen naar de gesloten afdelingen van de kinder- en jeugdpsychiatrie. Deze vertrekken hetzij vanuit jeugddelinquentierecht, hetzij vanuit het jeugdhulprecht. In wat volgt komt eerst voor het jeugddelinquentierecht en vervolgens voor het jeugdhulprecht aan bod hoe kinderen en jongeren in residentiële GGZ-voorzieningen terecht komen.

2.1 De weg vanuit het jeugddelinquentierecht

12. Vanuit het jeugddelinquentierecht zijn er drie wegen naar gesloten afdelingen van de kinder- en jeugdpsychiatrie.¹⁵

1. **Maatregel door de jeugdrechter.** De jeugdrechter kan, wanneer dat na een psychiatrische expertise noodzakelijk blijkt, een minderjarige verdachte bij wijze van maatregel tijdens de voorbereidende rechtspleging, toevertrouwen aan een forensische kinder- en jeugdpsychiatrische afdeling.¹⁶ De invoering van de residentiële opname in een forensische kinder- en jeugdpsychiatrische afdeling kwam er naar aanleiding van een reparatie aan het Decreet Jeugddelinquentierecht door een decreet van 19 juni 2020¹⁷. Het oorspronkelijke decreet voorzag immers niet in de mogelijkheid om een verdachte of delictpleger bij wijze van reactie – hetzij als maatregel, hetzij als sanctie – te plaatsen in de gesloten context van een forensische kinder- en jeugdpsychiatrische afdeling. Doordat het Decreet Jeugddelinquentierecht de oorspronkelijke rechtsbasis

¹⁴ Omz. 1/2006; Ministeriële omzendbrief van 7 maart 2007 nr. 1/2007 met betrekking tot de wetten van 15 mei 2006 en 13 juni 2006 tot wijziging van de wetgeving met betrekking tot de bescherming van jongeren en de zorg voor minderjarigen die een misdrijf hebben gepleegd.

¹⁵ Terzijde merken we op dat het theoretisch mogelijk is dat een minderjarige delictpleger na uithandengeving op grond van de Interneringswet geïnterneerd wordt (zie ook B. DE SMET, *Het jeugddelinquentierecht in Vlaanderen*, Antwerpen, Intersentia, 2019, 96). Omdat het een eerder theoretische piste is die in de praktijk wellicht nauwelijks voorkomt en de uitvoering ervan wellicht niet binnen de gesloten kinder- en jeugdpsychiatrie plaatsvindt, gaan we niet verder op deze mogelijkheid in.

¹⁶ Art. 20, § 2, eerste lid, 3°/1 Decreet Jeugddelinquentierecht.

¹⁷ Decr.VI. 19 juni 2020 over maatregelen in geval van een civiele noodsituatie met betrekking tot de volksgezondheid in het kader van het decreet van 15 februari 2019 betreffende het jeugddelinquentierecht en tot wijziging van het decreet van het decreet van 15 februari 2019 betreffende het jeugddelinquentierecht, BS 26 juni 2020.

voor deze plaatsingen afschafte – het toevertrouwen aan een geschikte inrichting¹⁸ – bestond er voor deze plaatsingen niet langer een rechtsbasis.¹⁹

De residentiële opname moet worden opgelegd voor voordat de betrokkene de leeftijd van 18 jaar bereikt en kan uiterlijk tot de 19^e verjaardag lopen.²⁰ Dat laatste is een afwijking van de algemene regel waarbij maatregelen tot de leeftijd van 23 jaar kunnen doorlopen.²¹ Dat een verblijf op een FOR-K afdeling kan voortduren tot leeftijd van 19 jaar lijkt in strijd met de contracten tussen de FOR-K afdelingen en de federale overheid, waarin 18 jaar als maximumleeftijd gehanteerd wordt.²²

De opname is gericht op verdere diagnostiek en behandeling van een psychiatrische problematiek.²³ De duurtijd van de opname wordt door de jeugdrechter bepaald en is beperkt tot maximaal zes maanden. De maatregel kan evenwel tot twee maal verlengd worden met telkens maximaal drie maanden, als dat na psychiatrische evaluatie noodzakelijk blijkt.²⁴ Opvallend en problematisch vanuit het oogpunt van artikel 5, § 1, e EVRM is dat volgens de parlementaire voorbereiding de psychiatrische expertise doelt op de inschatting tijdens de intakefase door een psychiater die verbonden is aan de forensische kinder- en jeugdpsychiatrische afdeling zelf.²⁵ De maatregel gaat steeds gepaard met een ondertoezichtstelling door de sociale dienst.²⁶

- 2. Sanctie door de jeugdrechterbank.** De jeugdrechterbank kan bij wijze van sanctie beslissen om de minderjarige delictpleger toe te vertrouwen aan een forensische kinder- en jeugdpsychiatrische afdeling van een psychiatrisch ziekenhuis.²⁷ Deze plaatsing in een FOR-K als sanctie is vergelijkbaar met de hierboven beschreven plaatsing als maatregel. Het is eveneens een recente toevoeging aan het Decreet Jeugddelinquentierecht. De sanctie moet worden opgelegd voordat de betrokkene de leeftijd bereikt en kan uiterlijk tot de 19^e verjaardag lopen.²⁸ De duur van deze sanctie bedraagt maximaal zes maanden, éénmaal verlengbaar met maximaal zes maanden.²⁹ Indien de minderjarige delictpleger reeds bij wijze van maatregel in een FOR-K werd opgenomen, wordt de duur van deze opname toegerekend op de duur van de sanctie.³⁰

18 Oud art. 37, § 2, eerste lid, 7^o Jeugdbeschermingswet.

19 Voorstel van decreet over maatregelen in geval van een civiele noodsituatie met betrekking tot de volksgezondheid in het kader van het decreet van 15 februari 2019 betreffende het jeugddelinquentierecht en tot wijzigingen van het decreet van 15 februari 2019 betreffende het jeugddelinquentierecht, *Parl.St.* VI.Parl. 2019-20, nr. 364-1, 4-5.

20 Artikel 6, tweede lid Decreet Jeugddelinquentierecht.

21 Artikel 6, eerste lid Decreet Jeugddelinquentierecht.

22 P. MISTIAEN, M. DAUVIRIN, C. DE MEESTER, C. POUPEZ, I. VINCK, For-K, forensisch-psychiatrische intensieve behandel eenheden voor justitiële jongeren: aanbod, gebruik en behoefte, Brussel, KCE, 2021, 84.

23 Art. 25/1, eerste lid Decreet Jeugddelinquentierecht.

24 Art. 25/1, tweede lid Decreet Jeugddelinquentierecht

25 Voorstel van decreet van 16 juni 2020 over maatregelen in geval van een civiele noodsituatie met betrekking tot de volksgezondheid in het kader van het decreet van 15 februari 2019 betreffende het jeugddelinquentierecht en tot wijzigingen van het decreet van 15 februari 2019 betreffende het jeugddelinquentierecht, *Parl.St.* VI.Parl. 2019-20, nr. 364-1, 4.

26 Art. 20, § 2, eerste lid Decreet Jeugddelinquentierecht.

27 Art. 29, § 2, tweede lid, 5/1^o Decreet Jeugddelinquentierecht.

28 Artikel 6, tweede lid Decreet Jeugddelinquentierecht.

29 Art 34/1, tweede lid Decreet Jeugddelinquentierecht.

30 Art 34/1, derde lid Decreet Jeugddelinquentierecht.

3. **Jeugdinternering.** De jeugdrechtbank kan de minderjarige delictpleger ook toevertrouwen aan hetzij een open afdeling, hetzij een gesloten afdeling van een jeugdpsychiatrische dienst.³¹ Hoewel de decreetgever aangeeft dat deze plaatsing geen sanctie vormt, is de exacte doelstelling ervan in verhouding tot de eerder besproken maatregel en sanctie (alsook de beoogde doelgroep) onduidelijk.³² Onderscheidend is wellicht dat het oordeels- of beheersingsvermogen van de minderjarige ernstig moet zijn aangetast.³³ Doordat deze plaatsing eerder gericht is op beveiliging en bescherming³⁴, wordt ze vergelijkbaar geacht met de internering van meerderjarigen in het volwassenstrafrecht.³⁵

Artikel 39 van het Decreet Jeugddelinquentierecht bepaalt dat een plaatsing op een gesloten afdeling mogelijk is, maar regelt (anders dan voor de open afdeling) de toepassingsmodaliteiten van deze plaatsing niet. Daarvoor verwijst het naar de toepassing van artikel 43 van de Jeugdbeschermingswet, dat op zijn beurt naar de toepassing van de Wet Bescherming Persoon Geesteszieke verwijst. Verder regelt het Decreet Jeugddelinquentierecht slechts dat de minderjarige delictpleger halfjaarlijks verschijnt ter evaluatie van de beslissing.³⁶ Anders dan bij de maatregel en sanctie, bevat het Jeugddelinquentiedecreet bovendien geen uiterste leeftijdsgrenzen voor het toevertrouwen van de jongere aan een jeugdpsychiatrische dienst.³⁷ Ook de Wet Bescherming Persoon Geesteszieke – waarnaar het Decreet Jeugddelinquentierecht indirect verwijst – verschaft wat dat betreft geen duidelijkheid. Deze wet verwijst immers op zijn beurt naar het oude artikel 37 van de Jeugdbeschermingswet. Daarbij mag ervan worden uitgegaan artikel 39 van het Decreet Jeugddelinquentierecht de in artikel 37, § 1, 11° genoemde plaatsing in een gesloten jeugdpsychiatrische dienst vervangt – al is die bepaling nooit ook effectief in werking getreden. Zodoende kan de verwijzing naar de Jeugdbeschermingswet in de Wet Bescherming Persoon Geesteszieke gelezen worden als een verwijzing naar artikel 39 van het Decreet Jeugddelinquentierecht, wat ertoe leidt dat de jeugdrechter in geval van de toepassing van dat artikel ook na de meerderjarigheid bevoegd blijft.³⁸ De bal over de maximumleeftijd voor de beslissing tot plaatsing en de uitvoering ervan ligt daardoor opnieuw in het kamp van het Jeugddelinquentiedecreet, die deze kwestie niet regelt. Doordat artikel 39 van het Decreet Jeugddelinquentierecht enkel een plaatsing in een jeugdpsychiatrische dienst toelaat, wat samenvalt met een plaatsing op een K-dienst, biedt de ziekenhuisnormering een indirecte indicatie. K-diensten zijn immers

31 Art. 39 Decreet Jeugddelinquentierecht

32 Voorstel van decreet van 16 juni 2020 over maatregelen in geval van een civiele noodsituatie met betrekking tot de volksgezondheid in het kader van het decreet van 15 februari 2019 betreffende het jeugddelinquentierecht en tot wijzigingen van het decreet van 15 februari 2019 betreffende het jeugddelinquentierecht, *Parl.St.* VI.Parl., nr. 364-1 (2019-20), p. 3 en 5; Art 2, eerste lid, 19° Decreet Jeugddelinquentierecht.

33 Art 39, § 1, tweede lid Decreet Jeugddelinquentierecht.

34 Ontwerp van decreet van 25 juli 2018 betreffende het Jeugddelinquentierecht, *Parl.St.* VI.Parl, nr. 1670-1 (2017-18), p. 69.

35 J. PUT, "Het Vlaamse jeugddelinquentierecht in essentie", in J. PUT en J. LEENKNECHT, *Het Vlaams jeugddelinquentierecht*, Brussel, Larcier, 2019, 39; M. KERKHOF, "Een geesteszieke delictpleger: een antwoord in het jeugddelinquentierecht?", *TJK* 2019/2, 206; B. DE SMET, *Het jeugddelinquentierecht in Vlaanderen*, Antwerpen, Intersentia, 2019, 96.

36 Art 39, § 2, eerste lid Decreet Jeugddelinquentierecht, dat evenwel enkel betrekking heeft op het verblijf op een open afdeling.

37 Zie hierover ook J. PUT, *Handboek jeugdbeschermingsrecht*, Brugge, die Keure, 2021, 285.

38 Art. 1, § 2, eerste en tweede lid Wet Bescherming Persoon Geesteszieke.

enkel toegankelijk voor 'kinderen en adolescenten'.³⁹ Hoewel ook daaruit geen vaste maximumleeftijd volgt, lijken K-diensten uitsluitend bedoeld voor minderjarigen. Vanzelfsprekend is het aangewezen dat de decreetgever deze kwestie uitklaart.

Artikel 39 van het Decreet Jeugddelinquentierecht werd door de Raad van State problematisch bevonden omdat het via de Jeugdbeschermingswet in afwijkingen voorziet op het toepassingsgebied en de toepassingsmodaliteiten van de Wet Bescherming Persoon Geesteszieke. Op grond van artikel 5, § 1, II, 6), a) BWHI zijn de burgerrechtelijke regels over het statuut van de minderjarige en zijn familie, zoals ze vastgesteld zijn door het Burgerlijk Wetboek en aanvullende wetgeving, een federale bevoegdheid.⁴⁰ Hoewel de decreetgever vanuit zijn bevoegdheid inzake jeugddelinquentierecht een eigen specifieke interventie kan aannemen ten aanzien van geesteszieke minderjarige delictplegers, is hij – behoudens eventuele impliciete bevoegdheden⁴¹ – niet bevoegd om het toepassingsgebied van de Wet Bescherming Persoon Geesteszieke te wijzigen.⁴² Een samenwerkingsakkoord met de federale overheid is bijgevolg noodzakelijk, aldus de Raad van State.

Onduidelijk is of het Grondwettelijk Hof die interpretatie deelt. Een recent arrest van het Hof, waarin artikel 39 van het Jeugddelinquentiedecreet ter discussie stond, gaat niet expliciet in op die problematiek, maar stelt wel: "De decreetgever heeft redelijkerwijze kunnen oordelen dat een minderjarige delictpleger, ongeacht de aard van het gepleegde jeugddelict, voor plaatsing in [...] gesloten afdeling van een jeugdpsychiatrische dienst in aanmerking komt [...] indien voldaan is aan de voorwaarden voor een gedwongen opname overeenkomstig de wet van 26 juni 1990".⁴³ Door vervolgens niet in te gaan op de verhouding met deze wet, maar wel de procedure uit het Jeugddelinquentiedecreet te beschrijven (en te legitimeren), lijkt het er minstens op dat het Grondwettelijk Hof geen bevoegdheidsprobleem vaststelt.

De decreetgever zelf erkende voor de uitspraak van het Grondwettelijk Hof dat een samenwerkingsakkoord nodig is⁴⁴; in het Decreet Jeugddelinquentierecht bepaalt hij dat de Vlaamse Regering een samenwerkingsakkoord kan sluiten met de federale overheid.⁴⁵ Opvallend is echter dat deze bepaling enkel betrekking heeft op het verslag dat nodig is voor een plaatsing in een open afdeling, en niet op de plaatsing in een gesloten afdeling.

Het is *o.i.* bijgevolg onduidelijk of de jeugdrechtbank vandaag een beroep kan doen op deze 'jeugdinternering'.

³⁹ Bijlagen N17 KB 23 oktober 1964 tot bepaling van de normen die door de ziekenhuizen en hun diensten moeten worden nageleefd, BS 7 november 1964

⁴⁰ Adv. RvS 18 april 2018 over een voorontwerp van decreet van de Vlaamse Gemeenschap 'betreffende het jeugddelinquentierecht', nr. 62.779/3, nr. 18; Arrest GwH 22/2021 van 11 januari 2021 dat zich diende uit te spreken over artikel 39 van het Decreet Jeugddelinquentierecht gaat op dit punt niet in.

⁴¹ Art. 10 BWHI.

⁴² Adv. RvS 18 april 2018 over een voorontwerp van decreet van de Vlaamse Gemeenschap 'betreffende het jeugddelinquentierecht', nr. 62.779/3, nr. 18.

⁴³ GwH 22/2021, 12 februari 2021, B.71.1

⁴⁴ Ontwerp van decreet van 25 juli 2018 betreffende het Jeugddelinquentierecht, *Parl.St.* VI.Parl, nr. 1670-1 (2017-18), p. 69.

⁴⁵ Art 39, § 2, tweede lid Decreet Jeugddelinquentierecht.

2.2 De weg vanuit het jeugdhulprecht

13. Ook vanuit het jeugdhulprecht is er een weg naar de gesloten afdelingen van de kinder- en jeugdpsychiatrie. Een minderjarige die zich in een verontrustende situatie bevindt kan bij wijze van gerechtelijke maatregel voor ten hoogste één jaar worden toevertrouwd aan een psychiatrische inrichting als dat na psychiatrische expertise noodzakelijk blijkt.⁴⁶ Aan welke eisen deze expertise moet voldoen is niet geregeld. Het Decreet Integrale Jeugdhulp beschouwt de plaatsing als een gewone afdwingbare pedagogische maatregel waarop alle waarborgen uit het Decreet van toepassing zijn.⁴⁷ Dergelijke plaatsing eindigt wanneer de betrokkene 18 jaar wordt.

3 Knelpunten: Open of gesloten? Vrijwillig of onder dwang?

14. Hoewel dat eerder betrekking heeft op de externe rechtspositie, staan we aan het einde van dit hoofdstuk stil bij de vragen of (en in welke mate) een K-dienst gesloten kan zijn, en of (en in welke mate) de opname in een K-dienst onvrijwillig mag zijn. Dat zijn immers twee aspecten van de externe rechtspositie, die een grote impact hebben op de invulling (en de kwaliteit) van de interne rechtspositie.⁴⁸

3.1 Open vs. gesloten

15. K-diensten zijn niet per definitie gesloten; meer zelfs, het onderscheid tussen open en gesloten diensten volgt niet uit de regelgeving. Daardoor is het niet duidelijk wat er met ‘gesloten’ diensten bedoeld wordt.

Een vorm van geslotenheid in de geestelijke gezondheidszorg die *wel* geregeld wordt, is de dwangopname. Uit Wet Bescherming Persoon Geesteszieke kan worden afgeleid dat wie gedwongen opgenomen wordt, niet vrij is om de voorziening te verlaten en dat de bewegingsvrijheid van de patiënt kan worden beperkt tot de dienst waar hij is opgenomen.⁴⁹ K-diensten die bevoegd zijn om minderjarigen op te nemen op grond van de Wet Bescherming Persoon Geesteszieke zijn minstens ten aanzien van deze minderjarigen bijgevolg gesloten.⁵⁰ De rechtsleer merkt evenwel op dat in de praktijk niet elke patiënt die opgenomen wordt op grond van de Wet Bescherming Persoon Geesteszieke op een specifiek daartoe bevoegde afdeling verblijft.⁵¹

De Wet Bescherming Persoon Geesteszieke wekt de suggestie dat K-diensten in andere gevallen niet gesloten mogen zijn. Artikel 1 van deze wet stelt immers dat enkel de dwangopname op grond van de Wet Bescherming Persoon Geesteszieke en de internering op grond van de Interneringswet aanleiding

⁴⁶ Art. 48, § 1, eerste lid, 12° Decreet Integrale Jeugdhulp.

⁴⁷ Ontwerp van decreet van 19 maart 2013 betreffende de integrale jeugdhulp, *Parl.St.* VI.Parl. nr. 1952-1 (2012-13), p. 61.

⁴⁸ T. OPGENHAFFEN, *Vrijheidsbeperkingen in de zorg*, Antwerpen, Intersentia, 2020, 12-14.

⁴⁹ Bv. Art 3 Wet Bescherming Persoon Geesteszieke (*a contrario*); art. 11, tweede lid Wet Bescherming Persoon Geesteszieke

⁵⁰ Art. 36 Wet Bescherming Persoon Geesteszieke j° KB 18 juli 1991 ter uitvoering van artikel 36 van de wet van 26 juni 1990 betreffende de bescherming van de persoons van de geesteszieke, *BS* 26 juli 1991.

⁵¹ K. ROTTHIER en M. SERVAES, *Gedwongen opname van de geesteszieke. Handleiding bij de Wet Persoon Geesteszieke*, Brugge, die Keure, 2012, 309

kunnen geven tot vrijheidsbeperkingen bij de diagnose en de behandeling van psychische stoornissen.⁵² Bovendien moet wie zich vrij laat opnemen in een psychiatrische dienst deze te allen tijde kunnen verlaten.⁵³ Deze suggestie kent een doorvertaling in de FOR-K-protocollen gesloten tussen de federale overheid en de deelstaten.

~~16.~~ De suggestie die de Wet Bescherming Persoon Geesteszieke wekt, moet genuanceerd worden. Deze bepalingen sluiten immers niet uit dat een patiënt vrijwillig voor een verblijf op een gesloten afdeling kan kiezen, althans voor zover hij deze keuze steeds kan herroepen.⁵⁴ Bevraagbaar is of ook de vertegenwoordiger van de wilsonbekwame patiënt deze keuze kan maken. Hoewel de Wet Patiëntenrechten ook van toepassing is op de opname en de opname-modaliteiten, en deze dus bij wilsonbekwaamheid voor vertegenwoordiging vatbaar zijn, ontstaat een juridisch precaire zone, zeker wanneer uit de verplichte betrokkenheid van de minderjarige blijkt dat hij zich tegen een opname op een gesloten afdeling verzet.⁵⁵

3.2 Vrijwillig vs. onvrijwillig

17. Niet zozeer het feit dat de dienst gesloten is, maar wel het potentieel onvrijwillige karakter van een verblijf op grond van het jeugdbeschermingsrecht roept vragen op. Gezien het brede toepassingsgebied van het verbod op vrijheidsbeperking in de Wet Bescherming Persoon Geesteszieke, bestaat deze onduidelijkheid overigens niet enkel voor een opname in een gesloten dienst, maar geldt ze bij uitbreiding voor elke ambulante of residentiële opname in de geestelijke gezondheidszorg.

18. Een eerste mogelijke benadering is dat, behalve wanneer de Wet Bescherming Persoon Geesteszieke van toepassing is, het verblijf in een FOR-K-afdeling op vrijwilligheid berust.⁵⁶ Dat zou betekenen dat de jeugdrechter slechts tot een maatregel of sanctie in het jeugddelinquentierecht of een gerechtelijke maatregel bij een verontrustende situatie kan besluiten indien er eerst een wederzijds akkoord tussen de minderjarige (c.q. de vertegenwoordiger) en de voorziening bestaat. Bovendien zou de jongere in zo'n geval dat akkoord te allen tijde kunnen herroepen en zijn verblijf kunnen stopzetten.

Die benadering wordt op drie argumenten gestoeld.

1. De eerder genoemde ontwerp-omzendbrief (die geen juridische waarde heeft). Die stelt dat een plaatsing in intensieve behandel eenheid behoudens de toepassing van de Wet Bescherming Persoon Geesteszieke niet kan zonder de toestemming van de jongere.
2. Artikel 1, § 1 van de Wet Bescherming Persoon Geesteszieke. Een opname zonder toestemming kan volgens deze bepalingen immers enkel berusten op de Wet Bescherming Persoon Geesteszieke of de Interneringswet.

⁵² Art. 1, § 1 Wet Bescherming Persoon Geesteszieke.

⁵³ Art. 3 Wet Bescherming Persoon Geesteszieke.

⁵⁴ Art. 8 Wet Patiëntenrechten.

⁵⁵ Art. 12 Wet Patiëntenrechten; T. OPGENHAFFEN, *Vrijheidsbeperkingen in de zorg*, Antwerpen, Intersentia, 2020, 242-245.

⁵⁶ P. MISTIAEN, M. DAUVVIN, C. DE MEESTER, C. POUPEZ, I. VINCK, *For-K, forensisch-psychiatrische intensieve behandel eenheden voor justitiële jongeren: aanbod, gebruik en behoefte*, Brussel, KCE, 2021, 47-48.

3. De afwezigheid van een opnameplicht in hoofde van de voorziening. Behalve in het geval dat de Wet Bescherming Persoon Geesteszieke van toepassing is, hebben FOR-K-afdelingen (net als private voorzieningen in de jeugdhulp) geen opnameplicht.⁵⁷

Dat stemt (wellicht) niet overeen met de realiteit en de bedoeling van de decreetgever. Uit de memorie van toelichting van het Decreet Integrale Jeugdhulp blijkt immers duidelijk dat de bereidheid tot opname geen voorwaarde is.⁵⁸ De toelichting bij het Jeugddelinquentiedecreet spreekt zich hier niet expliciet over uit, maar allicht had ook hier de decreetgever geen bereidheidseis voor ogen.

19. De decreetgever had dan ook wellicht een tweede benadering voor ogen, waarbij het verblijf van de minderjarige juridisch onvrijwillig is en dan ook niet zonder meer door de minderjarige beëindigd kan worden. Deze benadering is – vertrekkende van de logica van het jeugdbeschermingsrecht – o.i. de correcte.

1. Ten eerste is rechtsverhouding tussen de overheid en de voorziening (en de daarin relevante vraag over de opnameplicht) te onderscheiden van de rechtsverhouding tussen de overheid en de minderjarige. Waar de voorziening in beginsel vrij is om over de opname te beslissen, heeft de minderjarige die vrijheid niet. Voor hem gaat het om een door de rechter opgelegde sanctie of maatregel.

Dat sluit niet uit dat er aan het opleggen van de maatregel of sanctie een inschatting van de slaagkansen ervan vooraf kan gaan. Dat is in het algemeen bijvoorbeeld het geval bij jongeren die het voorwerp uitmaken van een gerechtelijke maatregel ten gevolge van een verontrustende situatie. Het Decreet Integrale Jeugdhulp bepaalt immers dat de rechter voorafgaand aan de maatregel de vraag daartoe moet laten inschrijven op de intersectorale registratielijst van de intersectorale toegangspoort, waarna het team Jeugdhulpregie van deze toegangspoort nagaat wie deze maatregel kan uitvoeren.⁵⁹ De rechter kan met andere woorden een maatregel maar in zijn beslissing opnemen nadat het team Jeugdhulpregie eerst een plaats toewijst.⁶⁰ Dat is wellicht een geschikt moment om samen met de minderjarige de wenselijkheid en haalbaarheid van de maatregel af te toetsen. Omdat For-K afdelingen echter niet onder het toepassingsgebied van de integrale jeugdhulp vallen, wordt voor For-K plaatsingen deze procedure niet gebruikt, maar zijn het in de praktijk de consulenten van de Sociale Dienst Jeugdrechtbank die nagaan of er plaats is op een For-K afdeling. Ook daarbij lijkt het aftoetsen van de slaagkansen vanzelfsprekend. Hetzelfde geldt in het kader van in het jeugddelinquentierecht.

Dat aan de opname een inschattingsfase voorafgaat, sluit niet uit dat éénmaal de rechter de maatregel of sanctie uitspreekt, de minderjarige vanuit juridisch oogpunt onvrijwillig naar de voorziening gaat.

⁵⁷ Zie daarover uitvoerig in P. MISTIAEN, M. DAUVIRIN, C. DE MEESTER, C. POUPEZ, I. VINCK, *For-K, forensisch-psychiatrische intensieve behandel eenheden voor justitiële jongeren: aanbod, gebruik en behoefte*, Brussel, KCE, 2021, 50-51; zie ook A. VERSWEYVELT, A. en J. PUT, *De opname en begeleidingsplicht in de jeugdhulp en gehandicaptenzorg*, Leuven, Instituut voor Sociaal Recht KU Leuven, 2016

⁵⁸ Ontwerp van decreet van 19 maart 2013 betreffende de integrale jeugdhulp, *Parl.St.* VI.Parl. nr. 1952-1 (2012-13), p. 61.

⁵⁹ Art. 26, § 1, eerste lid, 1° en tweede lid Decreet Integrale Jeugdhulp., j° art. 55 Decreet Integrale Jeugdhulp.

⁶⁰ J. CARLÉ en J. PUT, “De relatie tussen de jeugdrechter en de overheid: op scherp gesteld?”, *TJK* 2020, 130.

2. Ten tweede is dit specifiek voor het verblijf in een FOR-K niet in strijd met artikel 1, § 1 van de Wet Bescherming Persoon Geesteszieke.

Doordat aan het wijzigingsdecreet van 19 juni 2020 bij het Jeugddelinquentiedecreet geen advies van de Raad van State voorafging, heeft de Raad zich voor wat het Jeugddelinquentiedecreet betreft niet over deze vraag kunnen uitspreken. Twee andere adviezen van de Raad van State bieden wel beperkte sturing.

In een eerste advies gaf de Raad bij de totstandkoming van het jeugddelinquentierecht advies over de verhouding tussen het jeugddelinquentiedecreet en de Wet Bescherming Persoon Geesteszieke wat de jeugdinternering betreft. De Raad bevestigde dat de decreetgever vanuit zijn bevoegdheid inzake jeugddelinquentierecht een eigen specifieke interventie kan aannemen ten aanzien van geesteszieke minderjarige delictplegers. Behoudens eventuele impliciete bevoegdheden⁶¹ is hij evenwel niet bevoegd om het toepassingsgebied van de Wet Bescherming Persoon Geesteszieke te wijzigen.⁶² De basisvraag is dan ook of het toevertrouwen van een minderjarige bij wijze van maatregel zonder dat deze (of zijn vertegenwoordiger) hiertoe bereid is, het toepassingsgebied van de Wet Bescherming Persoon Geesteszieke wijzigt, dan wel enkel inhoudt dat *naast* de Wet Bescherming Persoon Geesteszieke en de Interneringswet ook het Jeugddelinquentiedecreet via een eigen specifieke interventie tot een opname in de geestelijke gezondheidszorg kan verplichten. Zo niet kunnen enkel de impliciete bevoegdheden een uitweg bieden.

In een tweede advies valt op dat bij de totstandkoming van het Decreet Integrale Jeugdhulp in 2013 de Raad van State geen bevoegheidsbezwaren geformuleerd heeft bij een gelijkaardige bepaling op grond waarvan een minderjarige die zich in een verontrustende situatie bevindt bij wijze van gerechtelijke maatregel voor ten hoogste één jaar aan een psychiatrische inrichting kan worden toevertrouwd.⁶³ Nochtans blijkt uit de memorie van toelichting dat de bereidheid tot opname geen voorwaarde is.⁶⁴ Dit zou kunnen betekenen dat het ontwikkelen van deze verplichte maatregel, hetzij een toegestane eigen specifieke interventie in het jeugdhulp- of jeugddelinquentierecht vormt die het toepassingsgebied van de Wet Bescherming Persoon Geesteszieke niet wijzigt, hetzij binnen de impliciete bevoegdheden van de decreetgever valt.

⁶¹ Art. 10 BWHI.

⁶² Adv. RvS 18 april 2018 over een voorontwerp van decreet van de Vlaamse Gemeenschap 'betreffende het jeugddelinquentierecht', nr. 62.779/3, § 18.

⁶³ Art. 48, § 1, eerste lid, 12° Decreet Integrale Jeugdhulp.

⁶⁴ Ontwerp van decreet van 19 maart 2013 betreffende de integrale jeugdhulp, *Parl.St.* VI.Parl. nr. 1952-1 (2012-13), p. 61.

Hoofdstuk 2

Het bevoegdheidsrechtelijke vaarwater

20. Uit het voorgaande blijkt reeds dat plaatsingen vanuit het jeugdbeschermingsrecht in gesloten afdelingen van de kinder- en jeugdpsychiatrie zich in een complex bevoegdheidsrechtelijk vaarwater bevinden. Ten eerste maken de huidige plaatsen het voorwerp uit van protocolakkoorden met de federale overheid (*supra* hoofdstuk 1., afd. 1). Ten tweede bevinden de meeste wegen vanuit het jeugdbeschermingsrecht zich op een bevoegdheidsrechtelijk snijvlak (*supra* hoofdstuk 1, afd. 2). Het hoeft dan ook niet te verwonderen dat ook het speelveld waarbinnen de rechtspositieregeling in de gesloten opvang voor minderjarigen in de kinder- en jeugdpsychiatrie in Vlaanderen geregeld kan worden, complex is.

In wat volgt wordt dit speelveld verhelderd door een antwoord te zoeken op de vraag welke wetgever op grond van welke bepalingen bevoegd is om welk aspect van de interne rechtspositie van de minderjarige in de gesloten kinder- en jeugdpsychiatrie te regelen. De analyse betreft met andere woorden de interne rechtspositie van minderjarigen in gesloten opvang, i.e. hun rechten als ‘bewoner’ van de voorziening voor gesloten opvang. Dat staat tegenover de externe rechtspositie, die betrekking heeft op de rechten van de minderjarige m.b.t. de (externe) samenleving (o.a. mogelijkheid om de voorziening te verlaten, modaliteiten m.b.t. de plaatsing *an sich* (bv. elektronisch monitoring)).

21. De ontwikkeling van een interne rechtspositie voor minderjarigen die op gesloten afdelingen van de kinder- en jeugdpsychiatrie verblijven, kadert algemeen binnen het gezondheidsbeleid en de in dat domein geldende bevoegdheidsverdeling. Hoewel het leeuwendeel van het gezondheidsbeleid tot de bevoegdheid van de gemeenschappen behoort, leiden belangrijke uitzonderingen tot een sterk verstrengd bevoegdheidsdomein. De gevolgen daarvan komen verderop aan bod.

Een vraag bij aanvang is of de bevoegdheid inzake gezondheidsbeleid die in het algemeen geldt, ook het uitgangspunt vormt wanneer de gesloten opvang in de kinder- en jeugdpsychiatrie het gevolg is van een reactie in het jeugdbeschermingsrecht. Jeugdbescherming – hier begrepen als overheidsinterventies t.a.v. minderjarigen die zich hetzij in een problematische situatie bevinden, hetzij vervolgd worden wegens het plegen van feiten die in het volwassenenstrafrecht een misdrijf uitmaken⁶⁵ – is immers een afzonderlijk bevoegdheidsdomein. De bevoegdheidsverdeling verloopt bovendien een stuk éénduidiger. Behoudens enkele uitzonderingen – o.m. de burgerrechtelijke regels over het statuut van de minderjarige en van de familie, de organisatie van de jeugdgerichten en de strafuitvoering bij uithandengeving – zijn de gemeenschappen als enige bevoegd.⁶⁶

22. Hoewel de Raad van State erkent dat de gemeenschappen vanuit hun bevoegdheid inzake jeugdbescherming eigen specifieke interventies kunnen nemen ten aanzien van geesteszieke minderjarigen⁶⁷, lijkt een benadering die vertrekt vanuit het gezondheidsbeleid ons om drie redenen meer aangewezen.

1. Ten eerste stemt een benadering vanuit het gezondheidsbeleid meer overeen met de feitelijke situatie waarin minderjarigen verblijven in afdelingen van psychiatrische ziekenhuizen die als

⁶⁵ J. PUT, *Handboek jeugdbeschermingsrecht*, Brugge, die Keure, 2021, 120.

⁶⁶ Art. 5, § 1, II, 6° BWHI.

⁶⁷ Adv. RvS 18 april 2018 over een voorontwerp van decreet van de Vlaamse Gemeenschap ‘betreffende het jeugd-delinquentierecht’, nr. 62.779/3, nr. 18.

duddanig onder de ziekenhuiswetgeving vallen. Bovendien verblijven ze er vaak samen met minderjarigen die via andere gronden op dezelfde afdelingen zijn opgenomen. In dat opzicht is er *feitelijk* (nog) geen sprake van een eigen specifieke interventie.

2. Ten tweede beschouwt ook de decreetgever psychiatrische ziekenhuizen wanneer ze jeugdhulpgebruikers opvangen momenteel niet als jeugdhulpvoorzieningen; de erkenningsnormen inzake jeugdhulpvoorzieningen beschouwt hen bijvoorbeeld als “gelijkgestelde voorzieningen”.⁶⁸ In dat opzicht is er ook *juridisch* (nog) geen sprake van een eigen specifieke interventie binnen het jeugdhulprecht zelf.
3. Tot slot doet de bevoegdheid inzake jeugdbescherming niets af aan het feit dat de decreetgever niet bevoegd is voor de regeling van de rol van gezondheidszorgbeoefenaars ten aanzien van minderjarigen met een psychiatrische problematiek. Een benadering via de bevoegdheid inzake jeugdbescherming zal bijgevolg nog steeds in het vaarwater van het gezondheidsbeleid komen.

Dat de interne rechtspositie van kinderen en jongeren die op een gesloten afdeling van de kinder- en jeugdpsychiatrie verblijven momenteel via de bevoegdheid inzake gezondheidsbeleid wordt benaderd, staat in beginsel niet in de weg aan een toekomstige ‘inkanteling’ in de jeugdbescherming. Op punten waar dit relevant is, gaat dit onderzoek daarom in op de (on)mogelijkheid om via de bevoegdheid inzake jeugdbescherming aspecten die op grond van het gezondheidsbeleid niet geregeld kunnen worden, te regelen.

1 Het gezondheidsbeleid in een notendop

23. Het gezondheidsbeleid met inbegrip van de zorgverstrekkingen in en buiten verplegingsinrichtingen is als persoonsgebonden aangelegenheid in beginsel aan de gemeenschappen toegewezen. Belangrijk voor de interne rechtspositie is dat sinds de zesde staatshervorming ook de erkenningsnormen t.a.v. (psychiatrische) ziekenhuizen hiertoe principieel behoren.⁶⁹ Deze erkenningsnormen zullen een essentieel element vormen bij de ontwikkeling van een interne rechtspositie door de gemeenschappen.

Niettemin is de gemeenschapsbevoegdheid niet onbeperkt. Ten eerste moeten de gemeenschappen een deel van de financiering, de programmatie en de organieke ziekenhuiswetgeving overlaten aan de federale wetgever, ook al zijn ze principieel bevoegd voor zorgverstrekkingen in en buiten verplegingsinrichtingen.⁷⁰ Ten tweede blijft de federale wetgever residuaire bevoegd voor de uitoefening van de geneeskunde en het reglementeren van de gezondheidszorgberoepen.

Wat volgt gaat eerst in op beide beperkingen op de bevoegdheid van de gemeenschappen. Steeds komt aan bod in welke mate beide beperkingen een impact hebben op de bevoegdheid om (i.h.b. via erkenningsnormen) de interne rechtspositie te regelen.

⁶⁸ Art. 68, eerste lid, 3° B.VI.Reg. 5 april 2019 betreffende de erkenningsvoorwaarden en de subsidiënormen voor voorzieningen in de jeugdhulp.

⁶⁹ J. VAN NIEUWENHOVE, “Het gezondheidsbeleid” in B. SEUTIN en G. VAN HAEGENDOREN (eds.), *Bevoegdheidsverdeling van de Gemeenschappen*, Brugge, die Keure, 2017, 222.

⁷⁰ Art. 5, § 1, I, eerste lid, 1°, a tot d BWHI.

1.1 Een eerste beperking: financiering, programmatie en organieke wetgeving

24. De gemeenschapsbevoegdheid voor zorgverstrekkingen in (psychiatrische) ziekenhuizen wordt in de eerste plaats ingeperkt door de federale bevoegdheid om de financiering, de programmatie en de zgn. ‘organieke wetgeving’ met betrekking tot deze ziekenhuizen te bepalen.⁷¹

25. De federale overheid is bevoegd voor de **financiering** van de exploitatie wanneer deze geregeld is door de organieke wetgeving (i.h.b. art. 95-123 Ziekenhuiswet, uitgewerkt in KB van 25 april 2002⁷²), met uitzondering van de investeringskost van de infrastructuur en de medisch-technische diensten (i.e. de onderdelen A1 (investeringslasten en aanloopkosten) en A3 (investeringslasten van medisch-technische diensten) van het ziekenhuisbudget).⁷³

Dat de financiering van de exploitatie toebehoort aan de federale wetgever, sluit niet uit dat de gemeenschappen binnen hun materiële bevoegdheid maatregelen kunnen nemen die bijkomende uitgaven vereisen, voor zover deze uitgaven niet ten laste van de federale overheid komen en deze maatregelen geen substantiële impact hebben op de wijze waarop de federale overheid de exploitatie van de ziekenhuizen financiert.⁷⁴ Dat laatste zou bijvoorbeeld het geval kunnen zijn indien de gemeenschappen een ‘dienst informatiedokter’ inrichten die instaat voor de informatieverstrekking aan de patiënt zonder daaraan financiering te koppelen.⁷⁵ Heeft een gemeenschapsregeling alsnog een impact op de federale financiering, dan bestaat er sinds de zesde staats hervorming een procedure om de budgettaire gevolgen in te schatten en te behandelen in een overleg tussen de gemeenschapsregeringen en de federale overheid.⁷⁶

Het is in de andere richting niet ondenkbaar dat de federale overheid voorwaarden koppelt aan de toekenning van financiering. In zo’n geval komt de federale overheid in het vaarwater van de bevoegdheid van de gemeenschappen om erkenningsnormen uit te vaardigen. De Raad van State kant zich er nochtans niet tegen dat de federale wetgever inhoudelijke voorwaarden koppelt aan het ontvangen van financiering, voor zover hij hierbij het bevoegdheidsrechtelijke evenredigheidsbeginsel respecteert; *in casu* wil dat zeggen dat deze inhoudelijke bepalingen de gemeenschapsbevoegdheid inzake

⁷¹ Art. 5, § 1, I, 1°, a BWHI.

⁷² J. VAN NIEUWENHOVE, “Het gezondheidsbeleid” in B. SEUTIN en G. VAN HAEGENDOREN (eds.), *Bevoegdheidsverdeling van de Gemeenschappen*, Brugge, die Keure, 2017, 229; K. REYBROUCK en S. SOTTIAUX, *De federale bevoegdheden*, Antwerpen, Intersentia, 2019, 387.

⁷³ Zie voor een toepassing Adv.RvS 60.381/VR van 14 december 2016 over een ontwerp van koninklijk besluit ‘tot wijziging van het koninklijk besluit van 19 mei 1987 houdende vaststelling van de voorwaarden voor de toekenning van de schadeloosstelling voor de niet-uitvoering van projecten van ziekenhuisbouw en voor de sluiting en de niet-ingebruikname van ziekenhuisdiensten, evenals de wijze waarop de schadeloosstelling wordt berekend’, nr. 3-4; Adv.RvS 63.314/3 van 15 mei 2018 over een voorontwerp van wet ‘betreffende de gebundelde financiering van de ziekenhuisactiviteiten’, nr. 2.

⁷⁴ J. VAN NIEUWENHOVE, “Het gezondheidsbeleid” in B. SEUTIN en G. VAN HAEGENDOREN (eds.), *Bevoegdheidsverdeling van de Gemeenschappen*, Brugge, die Keure, 2017, 230. Zie wat dat betreft GwH 15 juli 1998, nr. 83/98, B.5.7. over het Decr.VI. 25 februari 1997 betreffende de integrale kwaliteitszorg in de verzorgingsvoorzieningen.

⁷⁵ Adv.RvS 33.060/3 van 8 januari 2003 over een voorstel van decreet “houdende de invoering van een informatiedokter in de ziekenhuizen”, nr. 3.2.

⁷⁶ Art. 5, § 1, I, derde tot achtste lid BWHI; zie in detail J. VAN NIEUWENHOVE, “Het gezondheidsbeleid” in B. SEUTIN en G. VAN HAEGENDOREN (eds.), *Bevoegdheidsverdeling van de Gemeenschappen*, Brugge, die Keure, 2017, 223-224.

erkenningnormen niet onevenredig mogen beperken of onmogelijk maken.⁷⁷ Het koppelen van inhoudelijk zeer gedetailleerde regels en bijhorend controlemechanisme aan de financiering voldoet daar bijvoorbeeld niet aan.⁷⁸

26. Daarnaast blijft de federale overheid bevoegd voor de basisregels over de **programmatie**.⁷⁹ Deze basisregels hebben tot doel om de maximale aantallen ziekenhuisdiensten, afdelingen, ziekenhuisfuncties, medische en medisch-technische diensten, zorgprogramma's, zware apparaten, enz. te bepalen, rekening houdend met onder meer de bevolkingscijfers, de leeftijdsstructuur, de morbiditeit en de verdeling tussen de deelstaten, en mits een mogelijke bijzondere regeling voor de universitaire ziekenhuizen.⁸⁰ Dat betreft de dwingende cijfermatige regels die het zorgaanbod en de zorgbehoefte op elkaar afstemmen, opdat overheidsmiddelen op een efficiënte wijze gealloceerd worden.⁸¹ Op grond van deze bevoegdheid kan de federale overheid bijvoorbeeld een tijdelijk verbod uitvaardigen om het aantal ziekenhuisbedden, -functies, -afdelingen en -diensten, medisch-technische diensten, zorgprogramma's en zware medische apparaten te verhogen.⁸²

Niettegenstaande de federale bevoegdheid inzake de basisregels over de programmatie, worden de criteria voor de geografische spreiding binnen een deelstaat en toewijzing vastgesteld door de deelstaten.⁸³ Bovendien kunnen de deelstaten bovenop de (federale) basisregels ook aanvullende programmatiecriteria formuleren voor zover ze de federale programmatiecriteria niet tenietdoen⁸⁴; dit komt *de facto* neer op het hanteren van strengere programmatiecriteria.⁸⁵

Er kan een spanning ontstaan tussen de federale bevoegdheid om de basisregels over de programmatie te bepalen en de gemeenschapsbevoegdheid inzake erkenningnormen. Een voorbeeld daarvan is een Vlaams ontwerpbesluit over de zorgstrategische planning. Daarin wordt een zorgstrategisch plan vereist als voorwaarde voor de toekenning van planningsvergunningen en voorlopige erkenningen. De vraag bestaat of dergelijke voorwaarde afbreuk doet aan de federale bevoegdheid inzake programmatie.⁸⁶

77 Adv.RvS 56.670/3 van 27 oktober 2014 over een ontwerp van koninklijk besluit 'tot wijziging van het koninklijk besluit van 25 april 2002 betreffende de vaststelling en de vereffening van het budget van financiële middelen van de ziekenhuizen', nr. 4; Adv.RvS 59.731/VR van 10 augustus 2016 over een ontwerp van koninklijk besluit 'tot wijziging van het koninklijk besluit van 25 april 2002 betreffende de vaststelling en de vereffening van het budget van financiële middelen van de ziekenhuizen', nr. 6.

78 Adv.RvS 62.563/3 van 19 december 2017 over een ontwerp van besluit van de Minister van Sociale Zaken en Volksgezondheid 'tot vaststelling van de voorwaarden van het budget van het jaar 2017 bedoeld in artikel 61, § 1, 4°, en § 2 van het koninklijk besluit van 25 april 2002 betreffende de vaststelling en de vereffening van het budget van financiële middelen van de ziekenhuizen', nr. 2.4.

79 Art. 5, § 1, l, eerste lid, 1°, c), BWHI.

80 Voorstel van 'bijzondere wet Zesde Staatshervorming', *Parl.St.* Senaat 2012-13, nr. 2232/1, 36-37.

81 J. VAN NIEUWENHOVE, "Het gezondheidsbeleid" in B. SEUTIN en G. VAN HAEGENDOREN (eds.), *Bevoegdheidsverdeling van de Gemeenschappen*, Brugge, die Keure, 2017, 234.

82 GwH 23 januari 2019, nr. 1/2019, B.13

83 Voorstel van 'bijzondere wet Zesde Staatshervorming', *Parl.St.* Senaat 2012-13, nr. 2232/1, 37.

84 Adv.RvS 62.814/3 van 12 februari 2018 over een ontwerp van besluit van de Vlaamse Regering 'tot bepaling van aanvullende programmatieregels voor bijkomende diensten waarin een magnetische resonantie tomograaf wordt opgesteld'.

85 J. VAN NIEUWENHOVE, "Het gezondheidsbeleid" in B. SEUTIN en G. VAN HAEGENDOREN (eds.), *Bevoegdheidsverdeling van de Gemeenschappen*, Brugge, die Keure, 2017, 235-236.

86 Zie Adv.RvS 60.134/3 van 18 oktober 2016 over een ontwerp van besluit van de Vlaamse Regering 'betreffende thematische zorgstrategische planning', § 4 en Adv.RvS 65.600/3, van 3 april 2019 over een ontwerp van besluit van de Vlaamse Regering 'betreffende zorgstrategische planning', nr. 3.

Althans wanneer de zorgstrategische planning niet tot gevolg heeft dat wordt ingegaan tegen de federale regels inzake programmatie, omdat enkel erkenningen kunnen worden verleend indien er nog ruimte is in die programmatie, behoort de regeling tot de bevoegdheid van de gemeenschappen.⁸⁷

27. Tot slot – en voor dit onderzoek het belangrijkste – blijft de federale wetgever bevoegd voor de **organieke wetgeving** met uitzondering van de wetgeving die betrekking heeft op de investeringskost van de infrastructuur en de medisch-technische diensten.⁸⁸ Een afbakening van het begrip ‘organieke wetgeving’ is noodzakelijk om de omvang van deze federale bevoegdheid te bepalen. De BWHI zelf definieert het begrip niet; de parlementaire voorbereiding bij de zesde staatshervorming biedt echter wel enkele belangrijke aanknopingspunten.

1. Ten eerste omschrijft de parlementaire voorbereiding de organieke wetgeving als “de basisregels en de krachtlijnen van het ziekenhuisbeleid, zoals deze onder meer vervat zitten in de ziekenhuiswet”.⁸⁹ Volgens de bijzondere wetgever strekken deze basisregels en krachtlijnen “[...] ertoe de minimale samenhang te waarborgen die per definitie noodzakelijk is tussen de programmatie, de erkenning en de financiering wil men op de verschillende niveaus op een werkbare manier een beleid kunnen voeren.”⁹⁰ Er bestaat met andere woorden een onlosmakelijke band tussen de zogenaamde ‘organieke wetgeving’ enerzijds en de zonet besproken bevoegdheden inzake de financiering van de exploitatie en inzake het bepalen van de basisregels over de programmatie anderzijds.⁹¹ De beperkende omschrijving van de ‘organieke wetgeving’ is een gevolg van het feit dat bij de zesde staatshervorming het federale bevoegdheidsvoorbehoud om nationale erkenningsnormen te regelen geschrapt werd. De gemeenschappen zijn nu over het algemeen bevoegd om de normen te definiëren waaraan de ziekenhuizen moeten beantwoorden om erkend te worden.⁹² De federale overheid kan slechts nog erkenningsnormen vaststellen wanneer ze verband houden met de organieke wetgeving.⁹³
2. Ten tweede geeft de bijzondere wetgever een oplistings van wat hij beschouwt als organiek (federale bevoegdheid) en als niet-organiek (gemeenschapsbevoegdheid).⁹⁴

⁸⁷ Adv.RvS 65.600/3 van 3 april 2019 over een ontwerp van besluit van de Vlaamse Regering ‘betreffende zorgstrategische planning’, nr. 4.

⁸⁸ Art. 5, § 1, I, 1°, b-c BWHI.

⁸⁹ Voorstel van ‘bijzondere wet Zesde Staatshervorming’, *Parl.St.* Senaat 2012-13, nr. 2232/1, 35.

⁹⁰ Art. 5, § 1, I, 1°, b-c BWHI.

⁹¹ Zie ook Adv.RvS 59.468/VR van 11 juli 2016 over een ontwerp van koninklijk besluit ‘tot wijziging van het koninklijk besluit van 27 april 1998 houdende vaststelling van de normen waaraan een functie ‘gespecialiseerde spoed-gevallen zorg’ moet voldoen om erkend te worden’, nr. 2.

⁹² Voorstel van ‘bijzondere wet Zesde Staatshervorming’, *Parl.St.* Senaat 2012-13, nr. 2232/1, 3.

⁹³ J. VAN NIEUWENHOVE, “Het gezondheidsbeleid” in B. SEUTIN en G. VAN HAEGENDOREN (eds.), *Bevoegdheidsverdeling van de Gemeenschappen*, Brugge, die Keure, 2017, 222.

⁹⁴ Voorstel van ‘bijzondere wet Zesde Staatshervorming’, *Parl.St.* Senaat 2012-13, nr. 2232/1, 36-37.

Organiek	Niet organiek
<p>a) Basiskenmerken van de</p> <ul style="list-style-type: none"> i. ziekenhuizen, psychiatrische ziekenhuizen, universitaire ziekenhuizen (o.a. de ziekenhuisgebonden prestaties, uitsplitsing over verschillende vestigingsplaatsen, minimaal activiteitsniveau) ii. ziekenhuisdiensten, afdelingen, ziekenhuisfuncties, medische en medisch-technische diensten, zorgprogramma's, zware apparaten, netwerken en zorgcircuits. Zo kunnen basiskenmerken vernoemd worden die een direct verband vertonen met de programmatie en/of financiering alsook een structureel karakter vertonen (bijvoorbeeld noodzakelijke apparatuur, de aard van de verleende zorg binnen een ziekenhuis of ziekenhuisdienst of de doelgroep, het minimale personeelskader) iii. samenwerkingsverbanden tussen ziekenhuizen 	<p>a) het vaststellen van voorwaarden waaraan moet worden voldaan of het bepalen van aangelegenheden waarop de normen minimaal betrekking moeten hebben (dit valt onder de erkenningsnormen), met inbegrip van de regels met betrekking tot de kwaliteit van de ziekenhuisdienst, -instelling of -organisatie</p>
<p>b) de regels met betrekking tot het beheer en de besluitvorming in de ziekenhuizen, met inbegrip van de interne adviesorganen</p>	<p>b) de procedures en uitvoeringsbesluiten met betrekking tot de bevoegdheden die niet tot de federale overheid zullen behoren (bijvoorbeeld de erkenningsprocedures (voorlopige erkenning, opschortend beroep ...))</p>
<p>c) het statuut van de ziekenhuisarts en de betrokkenheid bij de besluitvorming van ziekenhuisartsen en andere gezondheidszorgberoepen⁹⁵</p>	<p>c) in het kader van de overgedragen bevoegdheden, de regelgeving met betrekking tot de kwaliteitstoetsing en het uitwerken van de kwaliteitsevaluatie (dit interfereert sterk met de erkenningsnormen). De kenmerken van de zorg die te maken hebben met het proces en het resultaat (outcome) moeten — zo nodig — ingebed kunnen worden in de erkenningsnormen)</p>

⁹⁵ Zie ook GwH 28 februari 2019, nr. 35/2019, B.4.4.

Organiek	Niet organiek
d) de algemene regels met betrekking tot de structurering van de verpleegkundige en medische activiteiten	d) de bepaling van de medisch-sociale inrichtingen, de plaatsen beschut wonen, en door-gangstehuizen en de categorale (Sp en G) ziekenhuizen
e) de regels inzake de boekhouding, de financiële controle en de mededeling van gegevens	
f) de implicaties van het al dan niet voldoen aan de basisregels inzake programmatie of maximum aantal diensten, functies, enz., of aan de bepalingen van de organieke wetgeving	
g) de algemene regels inzake de gevolgen van het al dan niet voldoen aan de erkenningsnormen van de diensten, functies ..., of de toelatingen tot het opstellen van zware apparaten	

28. Ondanks bovenstaande verduidelijking bestaat er sinds de zesde staatshervorming een grijze zone tussen enerzijds de gemeenschapsbevoegdheid om de erkenningsnormen voor ziekenhuizen te definiëren en anderzijds de federale bevoegdheid om de basisregels en de krachtlijnen van het ziekenhuisbeleid (i.e. ‘organieke wetgeving’) vast te leggen. Op basis van de adviespraktijk van de Raad van State is het evenwel mogelijk volgende krachtlijnen te formuleren.

1. **De (meeste) erkenningsnormen t.a.v. ziekenhuizen zijn een gemeenschapsbevoegdheid.** De gemeenschappen zijn in principe bevoegd voor de erkenningsnormen t.a.v. ziekenhuizen. De organieke wetgeving vormt de uitzondering op de regel.⁹⁶ In dat opzicht valt het bijvoorbeeld op dat de Raad van State niet aanvaardt dat de federale wetgever bepalingen die tot zijn residuaire bevoegdheid behoren en niet organiek zijn, via erkenningsnormen regelt.⁹⁷ Bovendien kunnen de gemeenschappen via de erkenningsnormen aan ziekenhuizen verplichtingen opleggen over zaken die inhoudelijk nauw aansluiten bij de federale residuaire bevoegdheden⁹⁸ of die aanleunen bij de federale organieke wetgeving. Zo is de decreetgever bevoegd om de deelname van ziekenhuizen aan een regionaal overlegplatform als erkenningsnorm op te

⁹⁶ Adv.RvS 65.665/3 van 15 april 2019 over een ontwerp van besluit van de Regering van de Duitstalige Gemeenschap ‘zur Abänderung des Königlichen Erlasses vom 23. Oktober 1964 zur Festlegung der Normen, denen Krankenhäuser und ihre Dienste entsprechen müssen’, nr. 5.

⁹⁷ Adv.RvS 64.330/3 van 12 november 2018 over een ontwerp van koninklijk besluit ‘houdende de bereiding en de aflevering van geneesmiddelen, en het gebruik, en de distributie van medische hulpmiddelen, binnen de verzorgingsinstellingen’, nr. 3.2; Adv.RvS 61.521/3 van 14 juni 2017 over een ontwerp van koninklijk besluit ‘tot wijziging van het koninklijk besluit van 23 oktober 1964 tot bepaling van de normen die door de ziekenhuizen en hun diensten moeten worden nageleefd’, nr. 3.

⁹⁸ Adv.RvS 64.330/3 van 12 november 2018 over een ontwerp van koninklijk besluit ‘houdende de bereiding en de aflevering van geneesmiddelen, en het gebruik, en de distributie van medische hulpmiddelen, binnen de verzorgingsinstellingen’, nr. 3.2.

leggen.⁹⁹ De gemeenschappen hoeven zich wat dat betreft dus niet terughoudend op te stellen; wanneer de memorie van toelichting van het ontwerp van het Vlaamse decreet GGZ voorzichtigheidshalve ziekenhuizen uitsluit als een netwerkpartner in de GGZ-samenwerking, wijst de Raad van State erop dat – hoewel de bevoegdheid van de gemeenschappen t.a.v. ziekenhuizen minder ver gaat dan t.a.v. andere zorginstellingen – de decreetgever via de erkenningsnormen over de ruimte beschikt om via de erkenningsnormen aan de ziekenhuizen verplichtingen op te leggen.¹⁰⁰ Via deze weg kan de decreetgever aan ziekenhuizen samenwerkingsverplichtingen opleggen, zonder dat hiervoor een samenwerkingsakkoord met de federale wetgever noodzakelijk is.¹⁰¹

2. **De Ziekenhuiswet is niet per se federaal.** Een ander gevolg van de zesde staats hervorming is dat tal van erkenningsnormen die tot de bevoegdheid van de gemeenschappen behoren, zich nog bevinden in van oorsprong federale regelgeving.¹⁰² Bovendien krijgt sommige regelgeving, zoals de Ziekenhuiswet, hierdoor een gemengd karakter.¹⁰³
3. **De gemeenschappen kunnen basiskennmerken verder aanvullen.** De federale organieke regels beperken zich tot de beginselen, bijvoorbeeld dat er medische permanentie in een ziekenhuisfunctie moet zijn¹⁰⁴ of dat ziekenhuizen over een noodplan moeten beschikken.¹⁰⁵ De concrete

⁹⁹ Adv.RvS 65.966/3 van 10 mei 2019 over een ontwerp van besluit van het Verenigd College van de Gemeenschappelijke Gemeenschapscommissie ‘betreffende de Ondersteuningsstructuur voor de eerstelijnszorg in het tweetalige gebied Brussel-Hoofdstad’, nr. 6; Adv.RvS 64.944/3 van 24 januari 2019 over een voorontwerp van decreet van de Vlaamse Gemeenschap ‘betreffende de organisatie van de eerstelijnszorg, de regionale zorgplatformen en de ondersteuning van de eerstelijnszorgaanbieders’, nr. 5.2.

¹⁰⁰ Adv.RvS 64.790/3 van 17 januari 2019 over een voorontwerp van decreet van de Vlaamse Gemeenschap ‘betreffende de geestelijke gezondheid’, nr. 5.2.1.

¹⁰¹ Adv.RvS 64.790/3 van 17 januari 2019 over een voorontwerp van decreet van de Vlaamse Gemeenschap ‘betreffende de geestelijke gezondheid’, nr. 5.2.2.

¹⁰² Zie bv. Adv.RvS 64.935/3 van 9 januari 2019 over een ontwerp van besluit van de Vlaamse Regering ‘tot wijziging van artikel 20 van het koninklijk besluit van 10 juli 1990 houdende vaststelling van de normen voor de erkenning van samenwerkingsverbanden van psychiatrische instellingen en diensten en artikel 9 van het koninklijk besluit van 8 juli 2003 houdende vaststelling van de voorwaarden waaraan de ombudsfunctie in de ziekenhuizen moet voldoen, wat betreft het jaarverslag’, nr. 3.

¹⁰³ J. VAN NIEUWENHOVE, “Het gezondheidsbeleid” in B. SEUTIN en G. VAN HAEGENDOREN (eds.), *Bevoegdheidsverdeling van de Gemeenschappen*, Brugge, die Keure, 2017, 227.

¹⁰⁴ Adv.RvS 59.468/VR van 11 juli 2016 over een ontwerp van koninklijk besluit ‘tot wijziging van het koninklijk besluit van 27 april 1998 houdende vaststelling van de normen waaraan een functie ‘gespecialiseerde spoedgevallenzorg’ moet voldoen om erkend te worden’, nr. 5; Adv.RvS 61.859/1/V van 24 augustus 2017 over een ontwerp van besluit van het Verenigd College van de Gemeenschappelijke Gemeenschapscommissie van Brussel-Hoofdstad ‘tot wijziging van het koninklijk besluit van 27 april 1998 houdende vaststelling van de normen waaraan een functie ‘gespecialiseerde spoedgevallenzorg’ moet voldoen om erkend te worden, voor wat betreft de medische permanentie’, nr. 5; Adv.RvS 61.321/3 van 5 mei 2017 over een ontwerp van besluit van de Regering van de Duitstalige Gemeenschap ‘zur Abänderung des Königlichen Erlasses vom 27. April 1998 zur Festlegung der Normen, denen eine Funktion ‘Spezialisierte Notfallpflege’ entsprechen muss, um zugelassen zu werden’, nr. 5; Adv.RvS 61.090/3, van 4 april 2017 over een ontwerp van besluit van de Vlaamse Regering ‘tot wijziging van het koninklijk besluit van 27 april 1998 houdende vaststelling van de normen waaraan een functie ‘gespecialiseerde spoedgevallenzorg’ moet voldoen om erkend te worden’, nr. 5.

¹⁰⁵ Adv.RvS 65.665/3 van 15 april 2019 over een ontwerp van besluit van de Regering van de Duitstalige Gemeenschap ‘zur Abänderung des Königlichen Erlasses vom 23. Oktober 1964 zur Festlegung der Normen, denen Krankenhäuser und ihre Dienste entsprechen müssen’, nr. 5; Adv.RvS 64.961/3 van 9 januari 2019 over een ontwerp van besluit van de Vlaamse Regering ‘houdende wijziging van de bijlage bij het koninklijk besluit van 23 oktober 1964 tot bepaling van de normen die door de ziekenhuizen en hun diensten moeten worden nageleefd, betreffende het ziekenhuisnoodplan’, nr. 5; Adv.RvS 63.650/VR van 26 september 2018 over een ontwerp van besluit

invulling van deze beginselen behoort daarentegen aan de gemeenschappen toe. Zo zijn het de gemeenschappen die bepalen op welke categorieën van artsen een beroep gedaan kan worden om de medische permanentie te verzekeren¹⁰⁶ en die bepalen hoe het ziekenhuisnoodplan wordt uitgewerkt.¹⁰⁷ Dat zijn immers geen structurele aspecten en dus geen basiskenmerken. Bovendien houden ze geen verband met de financiering van de exploitatie en de basisregels inzake programmatie. De gemeenschappen zijn met andere woorden bevoegd om voor een structuur die federaal in het leven wordt geroepen, een erkenningsregeling uit te werken.¹⁰⁸ Zo behoort de oprichting van loco-regionale ziekenhuisnetwerken tot de federale bevoegdheid en is het de federale wetgever (en niet de decreetgever) die de ziekenhuizen kan verplichten om aan deze netwerken deel te nemen¹⁰⁹, maar zijn de gemeenschappen wel bevoegd om ten aanzien van deze structuren in een erkenningsregeling te voorzien. Via deze erkenningsregeling kunnen ze bepalen aan welke voorwaarden (bv. met betrekking tot de rechtsvorm) een loco-regionaal ziekenhuisnetwerk moet voldoen.¹¹⁰

van het Verenigd College van de Gemeenschappelijke Gemeenschapscommissie 'houdende wijziging van de bijlage bij het koninklijk besluit van 23 oktober 1964 tot bepaling van de normen die door de ziekenhuizen en hun diensten moeten worden nageleefd, betreffende het ziekenhuisnoodplan', nr. 5.

- 106 Adv.RvS 59.468/VR van 11 juli 2016 over een ontwerp van koninklijk besluit 'tot wijziging van het koninklijk besluit van 27 april 1998 houdende vaststelling van de normen waaraan een functie 'gespecialiseerde spoedgevallenzorg' moet voldoen om erkend te worden', nr. 5; Adv.RvS 61.859/1/V van 24 augustus 2017 over een ontwerp van besluit van het Verenigd College van de Gemeenschappelijke Gemeenschapscommissie van Brussel-Hoofdstad 'tot wijziging van het koninklijk besluit van 27 april 1998 houdende vaststelling van de normen waaraan een functie 'gespecialiseerde spoedgevallenzorg' moet voldoen om erkend te worden, voor wat betreft de medische permanentie', nr. 5; Adv.RvS 61.321/3 van 5 mei 2017 over een ontwerp van besluit van de Regering van de Duitstalige Gemeenschap 'zur Abänderung des Königlichen Erlasses vom 27. April 1998 zur Festlegung der Normen, denen eine Funktion 'Spezialisierte Notfallpflege' entsprechen muss, um zugelassen zu werden', nr. 5; Adv.RvS 61.090/3, van 4 april 2017 over een ontwerp van besluit van de Vlaamse Regering 'tot wijziging van het koninklijk besluit van 27 april 1998 houdende vaststelling van de normen waaraan een functie 'gespecialiseerde spoedgevallenzorg' moet voldoen om erkend te worden', nr. 5.
- 107 Adv.RvS 65.665/3 van 15 april 2019 over een ontwerp van besluit van de Regering van de Duitstalige Gemeenschap 'zur Abänderung des Königlichen Erlasses vom 23. Oktober 1964 zur Festlegung der Normen, denen Krankenhäuser und ihre Dienste entsprechen müssen', nr. 5; Adv.RvS 64.961/3 van 9 januari 2019 over een ontwerp van besluit van de Vlaamse Regering 'houdende wijziging van de bijlage bij het koninklijk besluit van 23 oktober 1964 tot bepaling van de normen die door de ziekenhuizen en hun diensten moeten worden nageleefd, betreffende het ziekenhuisnoodplan', nr. 5; Adv.RvS 63.650/VR van 26 september 2018 over een ontwerp van besluit van het Verenigd College van de Gemeenschappelijke Gemeenschapscommissie 'houdende wijziging van de bijlage bij het koninklijk besluit van 23 oktober 1964 tot bepaling van de normen die door de ziekenhuizen en hun diensten moeten worden nageleefd, betreffende het ziekenhuisnoodplan', nr. 5.
- 108 Adv.RvS 63.313/2, van 22 juni 2018 over een voorontwerp van wet "tot wijziging van de gecoördineerde wet van 10 juli 2008 op de ziekenhuizen en andere verzorgingsinrichtingen, wat de klinische netwerking tussen ziekenhuizen betreft", nr. 3.
- 109 Adv.RvS 63.313/2, van 22 juni 2018 over een voorontwerp van wet "tot wijziging van de gecoördineerde wet van 10 juli 2008 op de ziekenhuizen en andere verzorgingsinrichtingen, wat de klinische netwerking tussen ziekenhuizen betreft", nr. 3; Adv.RvS advies 67.340/3 van 5 juni 2020 over een voorontwerp van ordonnantie "tot wijziging van de ordonnantie van 4 april 2019 betreffende de erkenning, de programmatie en de erkenningsprocedures van de ziekenhuizen, vormen van samenwerkingsverbanden tussen ziekenhuizen of ziekenhuisactiviteiten, om de samenwerking mogelijk te maken tussen ziekenhuizen waarbij een publiekrechtelijke rechtspersoon betrokken is zoals bedoeld in hoofdstuk XIIbis van de organieke wet van 8 juli 1976 betreffende de openbare centra voor maatschappelijk welzijn", nr. 4.
- 110 Adv.RvS advies 67.340/3 van 5 juni 2020 over een voorontwerp van ordonnantie "tot wijziging van de ordonnantie van 4 april 2019 betreffende de erkenning, de programmatie en de erkenningsprocedures van de ziekenhuizen, vormen van samenwerkingsverbanden tussen ziekenhuizen of ziekenhuisactiviteiten, om de samenwerking

1.2 Een tweede beperking: De uitoefening van de geneeskunde

29. Bij de ontwikkeling van een interne rechtspositie moeten de gemeenschappen niet enkel rekening houden met de federale organieke wetgeving, de financiering en de programmatie. Ook de federaal gebleven residuaire bevoegdheid inzake de uitoefening van de geneeskunde vormt een aandachtspunt.¹¹¹

30. De inhoudelijke invulling van de uitoefening van de geneeskunde wordt door het Grondwettelijk Hof afgebakend aan de hand van de Wet Uitoefening Gezondheidszorgberoepen en behelst elke handeling die “tot doel heeft of wordt voorgesteld tot doel te hebben, bij een menselijk wezen onder meer, het onderzoeken van de gezondheidstoestand, het opsporen van ziekten en gebreken, het stellen van de diagnose of het instellen of uitvoeren van een behandeling van een fysieke of psychische, werkelijke of vermeende pathologische toestand”.¹¹² Dat betekent evenwel niet dat het bevoegdheidsdomein ‘uitoefening van de geneeskunde’ zou samenvallen met de Wet Uitoefening Gezondheidszorgberoepen; ook handelingen die aan bod komen in andere federale regelgeving (bv. het KB dat de Orde der artsen regelt¹¹³) vallen onder deze residuaire bevoegdheid.¹¹⁴ In de andere richting kunnen ook bepalingen in de Wet Uitoefening Gezondheidszorgberoepen onder de bevoegdheid van de gemeenschappen vallen.¹¹⁵

31. Binnen de uitoefening van de geneeskunde verdient de regeling van de gezondheidszorgberoepen bijkomende aandacht. De reglementering van gezondheidszorgberoepen vormt een belangrijk onderdeel van de residuaire, en dus federale, bevoegdheid inzake de uitoefening van de geneeskunde. Het betreft de regels over de toegang tot en de uitoefening van de geneeskunde en de paramedische beroepen, en de daarbij horende erkenningsvoorwaarden.¹¹⁶ Sinds de zesde staatshervorming behoort de erkenning van de beoefenaars van een gezondheidsberoep zelf daarentegen tot de bevoegdheid van de gemeenschappen.¹¹⁷ Erkenning moet functioneel begrepen worden als het verlenen van een vergunning door de overheid om een beroep te kunnen uitoefenen of een titel te kunnen dragen. Ook

mogelijk te maken tussen ziekenhuizen waarbij een publiekrechtelijke rechtspersoon betrokken is zoals bedoeld in hoofdstuk XIIbis van de organieke wet van 8 juli 1976 betreffende de openbare centra voor maatschappelijk welzijn”, nr. 4.

¹¹¹ Voorstel van ‘bijzondere wet Zesde Staatshervorming’, *Parl.St.* Senaat 2012-13, nr. 2232/1, 35.

¹¹² GwH 20 oktober 2009, nr 165/2009, B.5; GwH 12 november 1992, nr. 69/92, B.5; GwH 15 juli 1998, nr. 83/98, B.5.11.

¹¹³ KB nr. 79 van 10 november 1967 betreffende de Orde der artsen, *BS* 14 november 1967.

¹¹⁴ J. VAN NIEUWENHOVE, “Het gezondheidsbeleid” in B. SEUTIN en G. VAN HAEGENDOREN (eds.), *Bevoegdheidsverdeling van de Gemeenschappen*, Brugge, die Keure, 2017, 272.

¹¹⁵ Zie hierover Adv.RvS. 47.996/VR/3, van 27 februari 2015 over een ontwerp van coördinatie van het koninklijk besluit nr. 78 van 10 november 1967 “betreffende de uitoefening van de gezondheidszorgberoepen”, nrs. 2-7.

¹¹⁶ Voorstel van ‘bijzondere wet Zesde Staatshervorming’, *Parl.St.* Senaat 2012-13, nr. 2232/1, 46; J. VAN NIEUWENHOVE, “Het gezondheidsbeleid” in B. SEUTIN en G. VAN HAEGENDOREN (eds.), *Bevoegdheidsverdeling van de Gemeenschappen*, Brugge, die Keure, 2017, 273-274.

¹¹⁷ Art. 5 § 1 I, eerste lid, 7° a) BWHI; Adv.RvS. 58.418/3/VR van 11 december 2015 over een ontwerp van besluit van de Vlaamse Regering “betreffende de erkenning van de bijzondere beroepstitels en bijzondere beroepsbekwaamheden voor de beoefenaars van de verpleegkunde en de registratie als zorgkundige”, nr. 3; Adv. RvS. 67.407/2 van 20 mei 2020 over een ontwerp van bijzonderemachtenbesluit van het Verenigd College van de Gemeenschappelijke Gemeenschapscommissie nr. 2020/006 “tot het organiseren van het gezondheidskundig contactonderzoek in het kader van de strijd tegen de COVID-19-pandemie”, nr. 4.1.

‘registratie’ van zorgkundigen dient daaronder te worden begrepen.¹¹⁸ De federale overheid is ook bevoegd om de handelingen die gezondheidszorgbeoefenaars kunnen stellen, te bepalen.¹¹⁹

32. Net als bij de afbakening van de organieke wetgeving tegenover de erkenningsnormen (*supra* randnr. 28), geeft de adviespraktijk van de Raad van State een richting bij de afbakening van de uitoefening van de geneeskunde tegenover de erkenningsnormen.

1. **De gemeenschappen kunnen binnen hun materiële bevoegdheid (in)direct verplichtingen opleggen aan beroepsbeoefenaars in de gezondheidszorg.** Als het aspecten betreft waarvoor de gemeenschappen materieel bevoegd zijn (waaronder de erkenningsnormen in ziekenhuizen, maar ook het jeugdbeschermingsrecht), kunnen zij verplichtingen opleggen aan beroepsbeoefenaars in de gezondheidszorg, althans voor zover ze door het opleggen van deze verplichtingen niet het medisch handelen zelf regelen.¹²⁰ Het opleggen van zo’n plichten kan zowel direct als indirect. Een advies waarin de Raad van State het opleggen van een verplichting aan artsen niet problematisch achtte, is het Vlaamse Preventiedecreet. Op grond van dat decreet zijn artsen verplicht om gevallen van besmettelijke ziekten te melden, iets waar de Raad van State geen bevoegdheidsvoorbehoud bij formuleerde.¹²¹ Andere voorbeelden van een directe verplichting zijn de verplichting voor het multidisciplinair team en de psychiater in een Centrum voor Geestelijke Gezondheidszorg om een handelingsplan op te stellen¹²² en de verplichting aan de arts in het CLB om bij te dragen aan het multidisciplinair dossier.¹²³

Vaak gebeurt het opleggen van verplichtingen en regels aan gezondheidszorgberoepen echter indirect, doordat regels die t.a.v. een zorgvoorziening geformuleerd worden een impact hebben op de beroepsbeoefenaars die er werkzaam zijn. De erkenningsnormen t.a.v. voorzieningen vormen daarbij een belangrijk instrument. Een voorbeeld zijn de erkenningsnormen in de ouderenzorg die op tal van plekken beroep doen op beroepsbeoefenaars in de gezondheidszorg en die hun handelingsruimte sturen.

De vraag is vanaf wanneer de gemeenschappen bij het uitoefenen van hun materiële bevoegdheid raken aan het medisch handelen van de beroepsbeoefenaars. Wat dat betreft stelt de Raad van State dat “maatregelen die geen verplichting of verbod inhouden om bepaalde medische of verpleegkundige handelingen te stellen, en die voor het overige ook geen afbreuk doen aan de diagnostische en therapeutische vrijheid van de arts en aan de beoordelingsvrijheid van de

¹¹⁸ Adv.RvS. 58.418/3/VR van 11 december 2015 over een ontwerp van besluit van de Vlaamse Regering “betreffende de erkenning van de bijzondere beroepstitels en bijzondere beroepsbekwaamheden voor de beoefenaars van de verpleegkunde en de registratie als zorgkundige”, nr. 4.2.

¹¹⁹ J. VAN NIEUWENHOVE, “Het gezondheidsbeleid” in B. SEUTIN en G. VAN HAEGENDOREN (eds.), *Bevoegdheidsverdeling van de Gemeenschappen*, Brugge, die Keure, 2017, 274.

¹²⁰ J. VAN NIEUWENHOVE, “Het gezondheidsbeleid” in B. SEUTIN en G. VAN HAEGENDOREN (eds.), *Bevoegdheidsverdeling van de Gemeenschappen*, Brugge, die Keure, 2017, 275.

¹²¹ Art 45, § 3 Vlaams Preventiedecreet; Adv.RvS 34.339/AV van 29 april 2014 over een voorontwerp van decreet van de Vlaamse Overheid “betreffende het preventieve gezondheidsbeleid”; J. VAN NIEUWENHOVE, “Het gezondheidsbeleid” in B. SEUTIN en G. VAN HAEGENDOREN (eds.), *Bevoegdheidsverdeling van de Gemeenschappen*, Brugge, die Keure, 2017, 275.

¹²² Adv.RvS 28.561/3 van 10 december 1998 over een voorontwerp van decreet “betreffende de geestelijke gezondheidszorg”.

¹²³ Adv.RvS 44.799/1 van 18 juli 2008 over een voorontwerp van de Vlaamse regering “betreffende het multidisciplinaire dossier in de centra voor leerlingenbegeleiding”, nr. 6.

verpleegkundige, kunnen passen in de bevoegdheidssfeer van de decreetgever”.¹²⁴ De bedoeling van de decreetgever en de impact op het medisch handelen blijken belangrijke aanknopingspunten.

Wat ten eerste de bedoeling van de regelgeving betreft, spraken zowel de Raad van State als het Grondwettelijk Hof zich uit tegen een decreet dat aan beroepsbeoefenaars – in een latere versie aan ‘eenheden’ – de plicht oplegt om risicovolle medische praktijken uitgevoerd buiten een erkend ziekenhuis te melden. Bij deze melding moet de beroepsbeoefenaar (c.q. de eenheid) aangeven hoe de kwaliteit van de zorg en de veiligheid van de patiënt gegarandeerd worden.¹²⁵ De voorgestelde regelgeving voorzag ook in de mogelijkheid om kwaliteitsnormen op te leggen en te handhaven, wat zelfs de hoofdbedoeling leek van de voorgestelde regelgeving. Zowel het Grondwettelijk Hof als de Raad van State oordeelden dat de decreetgever zich daarmee op het terrein van (de kwaliteitscontrole op) de uitoefening van de geneeskunde begeeft en ingrijpt in de medische activiteit op zich.¹²⁶

Wat ten tweede de impact op het medisch handelen betreft, lijkt deze impact in de eerste plaats **direct** te moeten zijn. Alles wat het medisch handelen ‘omkadert’ en alle niet-medische randvoorwaarden behoren *niet* tot de residuaire federale bevoegdheid, ook al hebben ze indirect een impact op de beroepsbeoefenaar.¹²⁷ Voorbeelden hiervan zijn het onthaal, de administratieve afhandeling, de relatie met niet-medische beroepsbeoefenaars en het patiëntendossier (voor zover het niet het medisch dossier betreft).¹²⁸ Daarentegen raken het patiëntendossier, de continuïteit in de permanentie, de taakverdeling tussen individuele beoefenaars van een gezondheidszorgberoep en de omkadering van de kwaliteitsvolle zorg in de relatie tussen de beroepsbeoefenaar en de patiënt wel direct aan het medisch handelen.¹²⁹ Niettemin bevinden ook sommige van deze maatregelen met directe impact zich in een schemerzone; de kwaliteit in de patiëntrelatie en de kwaliteit in de voorziening zijn immers niet strikt van elkaar te scheiden. Zoals verderop aan bod komt, zullen de dubbelaspectleer en het bevoegheidsrechtelijke evenredigheidsbeginsel in deze grijze zone een belangrijke rol spelen.¹³⁰ In de tweede plaats lijkt er vooral een probleem te bestaan wanneer de regelgeving van de gemeenschappen een **negatieve**

124 Adv.RvS 42.544/VR van 2 oktober 2007 over een voorontwerp van decreet "betreffende de zorg- en bijstandsverleners en de opleidingscentra voor polyvalente verzorgenden", nr. 4.

125 Ontwerp van decreet van 20 april 2012 houdende verplichte melding van risicovolle praktijken, *Parl.St.* VI.Parl. 1568(2011-2012), nr. 1, 12-13.

126 Adv.RvS 49.739/VR van 28 juni 2011 over een voorontwerp van decreet "houdende verplichte melding van risicovolle medische praktijken", nr. 5; Adv.RvS. 50.825/3 van 24 januari 2012 over een voorontwerp van decreet "houdende verplichte melding van risicovolle praktijken", nr. 5; GwH 19 december 2013, nr. 170/2013; Zie ook J. VAN NIEUWENHOVE, "Het gezondheidsbeleid" in B. SEUTIN en G. VAN HAEGENDOREN (eds.), *Bevoegdheidsverdeling van de Gemeenschappen*, Brugge, die Keure, 2017, 280-281; K. REYBROUCK en S. SOTTIAUX, *De federale bevoegdheden*, Antwerpen, Intersentia, 2019, 368-369.

127 Adv.RvS 56.317/2 van 24 september 2014 over een voorontwerp van wet "inzake de praktijkvoering in de gezondheidszorg", nr.2; Adv.RvS 42.544/VR van 2 oktober 2007 over een voorontwerp van decreet "betreffende de zorg- en bijstandsverleners en de opleidingscentra voor polyvalente verzorgenden", nr. 4.

128 Adv.RvS 49.739/VR van 28 juni 2011 over een voorontwerp van decreet "houdende verplichte melding van risicovolle medische praktijken", nr. 6; Adv.RvS 56.317/2 van 24 september 2014 over een voorontwerp van wet "inzake de praktijkvoering in de gezondheidszorg", nr. 2.

129 Adv.RvS 64.331/2 van 22 oktober 2018 over een voorontwerp van wet "inzake de kwaliteitsvolle praktijkvoering in de gezondheidszorg", nr. 2.1.

130 Adv.RvS 64.331/2 van 22 oktober 2018 over een voorontwerp van wet "inzake de kwaliteitsvolle praktijkvoering in de gezondheidszorg", nr. 2.1.

impact heeft op het medisch handelen en de therapeutische en diagnostische vrijheid.¹³¹ Dat is bijvoorbeeld het geval wanneer een handeling verboden wordt of aan gedetailleerde voorwaarden onderworpen wordt. Daartegenover staat dat gemeenschappen in een aangelegenheid die tot hun bevoegdheid behoort, bepaalde juridische of administratieve gevolgen kunnen voorhouden aan medische handelingen gesteld door beroepsbeoefenaars die voldoen aan de bijzondere vereisten die door de betrokken gemeenschap in de bedoelde materie zijn opgelegd.¹³² Zo kan een gemeenschap binnen haar bevoegdheid de functie van keuringsarts in de sportsector of informatiearts in ziekenhuizen ontwikkelen en regelen welke medische handelingen zij in deze hoedanigheid moeten stellen.¹³³

2. **Het formuleren van “patiëntenrechten” is niet geheel uitgesloten.** De federale overheid is residuair bevoegd om de rechtsverhouding tussen de patiënt en de gezondheidszorgbeoefenaar te regelen.¹³⁴ Dat betekent evenwel niet dat een gemeenschapsbevoegdheid inzake patiëntenrechten onbestaande is. Volgens de Raad van State behoren de rechten van de patiënt tot de bevoegdheid van de federale overheid of de gemeenschappen, naargelang zij betrekking hebben op een aspect van het gezondheidsbeleid waarvoor de federale overheid dan wel de gemeenschappen bevoegd zijn.¹³⁵

Dat brengt met zich mee dat de gemeenschappen een groot deel van de bevoegdheid hebben om de rechten van de patiënt in de verhouding met de zorgvoorziening te regelen. Het betreft onder meer bepalingen die verband houden met de wijze waarop gezondheidszorgvoorzieningen hun patiënten moeten behandelen, rekening houdende met de eerbiediging van de persoonlijke levenssfeer en het zelfbeschikkingsrecht, evenals bepalingen inzake klachtenbemiddeling en -behandeling, informatie en inspraak van de patiënt. Deze bepalingen vallen onder het gezondheidsbeleid en zijn niet organiek.¹³⁶ Zo kan een federale regeling niet bepalen dat een ziekenhuis aansprakelijk is voor de niet naleving van de patiëntenrechten wanneer het louter administratieve aangelegenheden of diensten verstrekt door niet beroepsbeoefenaars in de gezondheidszorg betreft (bv. de poetsdiensten).¹³⁷

Ten tijde van de totstandkoming van de Wet Patiëntenrechten oordeelde de Raad van State dat de bevoegdheid om de rechtsverhouding tussen de patiënt en de voorziening te regelen niet onbepert is: al wat betrekking heeft op de medische en verpleegkundige aspecten van de rechtsverhouding met het ziekenhuis behoort (i.t.t. de administratieve aspecten) tot de

131 Adv.RvS 33.060/3 van 8 januari 2003 over een voorstel van decreet "houdende de invoering van een informatiedokter in de ziekenhuizen", nr. 2.2.

132 Adv.RvS 42.544/VR van 2 oktober 2007 over een voorontwerp van decreet "betreffende de zorg- en bijstandsverleners en de opleidingscentra voor polyvalente verzorgenden", nr. 3.

133 J. VAN NIEUWENHOVE, "Het gezondheidsbeleid" in B. SEUTIN en G. VAN HAEGENDOREN (eds.), *Bevoegdheidsverdeling van de Gemeenschappen*, Brugge, die Keure, 2017, 275-276; Adv.RvS 33.060/3 van 8 januari 2003 over een voorstel van decreet "houdende de invoering van een informatiedokter in de ziekenhuizen", nr. 2 & 5; Adv.RvS 44.799/1 van 18 juli 2008 over een voorontwerp van de Vlaamse regering "betreffende het multidisciplinaire dossier in de centra voor leerlingenbegeleiding", nr. 6.

134 K. REYBROUCK en S. SOTTIAUX, *De federale bevoegdheden*, Antwerpen, Intersentia, 2019, 359.

135 Adv.RvS 32.299/3 van 4 december 2001 over voorontwerp van wet "betreffende de rechten van de patiënt", nr. 3.3.5.

136 Adv.RvS 32.299/3 van 4 december 2001 over voorontwerp van wet "betreffende de rechten van de patiënt", nr. 3.3.1.

137 Adv.RvS 32.299/3 van 4 december 2001 over voorontwerp van wet "betreffende de rechten van de patiënt", nr. 3.3.4.

residuaire federale bevoegdheid.¹³⁸ Daarop is ook de uitbreiding van de Wet Patiëntenrechten tot de ziekenhuizen gebaseerd.¹³⁹ Het is niet duidelijk in welke mate deze beperking van de gemeenschapsbevoegdheid vandaag nog bestaat. Dat hangt af van waarop ze destijds berustte: indien ze berustte op de residuaire federale bevoegdheid inzake de uitoefening van de geneeskunde, bestaat ze vandaag nog steeds. Was ze echter gebaseerd op het bevoegdheidsvoorbehoud inzake organieke regelgeving, dan is deze beperking sinds zesde staatshervorming – die organieke wetgeving restrictiever invult – minder omvangrijk. Omdat het hier de rechtsverhouding met de voorziening betreft, en de medische en verpleegkundige aspecten van de rechtsverhouding met het ziekenhuis niet automatisch de uitoefening van de geneeskunde predetermineren, lijkt de laatste houding de meest waarschijnlijke.

3. **De gemeenschappen mogen geen medische handelingen toevertrouwen aan door hen ontwikkelde functies.** Hoewel de gemeenschappen vanuit een aan hen toegewezen bevoegdheidsdomein (bv. bijstand aan personen) functies mogen ontwikkelen die instaan voor psychosociale, pedagogische en agogische ondersteuning en bepaalde handelingen inzake lichamelijke zorg, mag de decreetgever daarbij niet raken aan handelingen die op grond van de uitoefening van de geneeskunde voorbehouden zijn aan beroepsbeoefenaars in de gezondheidszorg. De decreetgever mag bijvoorbeeld wel de functie zorg- en bijstandsverlener in het leven roepen, maar mag hem geen handelingen toevertrouwen die behoren tot de lijst met handelingen die aan verpleegkundigen en zorgkundigen zijn voorbehouden.¹⁴⁰ Dat is in het bijzonder relevant voor het toedienen van medicatie, en afzondering en fixatie, wat handelingen zijn die aan beoefenaars van een gezondheidszorgberoep zijn toevertrouwd (*infra* randnummer 71).¹⁴¹
4. **Het belang van een evenredige uitoefening van bevoegdheden.** De slotsom van veel bevoegdheidsrechtelijke vraagstukken is dat ze zich ondanks het bevoegdheidsrechtelijke exclusiviteitsbeginsel in een grijze zone bevinden, waarbinnen eenzelfde regel afhankelijk van het perspectief tot de bevoegdheid van de gemeenschappen ('zorgverstrekkingen door voorzieningen en instellingen') dan wel tot de bevoegdheid van de federale wetgever ('individuele gezondheidszorgbeoefenaars') behoort.¹⁴² Zo kan het medisch dossier zowel benaderd worden vanuit de rechtsverhouding tussen de patiënt en de beroepsbeoefenaar en het medisch handelen dat eruit voortvloeit, als vanuit de doelmatige en kwaliteitsvolle werking van het ziekenhuis.¹⁴³ Een ander voorbeeld is een regeling over de bereiding en aflevering van geneesmiddelen door een ziekenhuisapotheek. Afhankelijk van het perspectief kan zo'n regeling deel uitmaken van de residuaire federale bevoegdheid inzake de uitoefening van de geneeskunde, of kan ze worden opgenomen

138 Adv.RvS 32.299/3 van 4 december 2001 over voorontwerp van wet "betreffende de rechten van de patiënt", nr. 3.3.3.

139 Art. 30, eerste lid gecoördineerde wet van 10 juli 2008 op de ziekenhuizen en andere verzorgingsinrichtingen, BS 7 november 2008.

140 Adv.RvS 42.544/VR van 2 oktober 2007 over een voorontwerp van decreet "betreffende de zorg- en bijstandsverleners en de opleidingscentra voor polyvalente verzorgenden", nr. 4.

141 Zie evenwel afzondering i.k.v. de preventie van de verspreiding van de het coronavirus, dat wel als een gemeenschapsbevoegdheid wordt gezien; Adv. RvS. 67.407/2 van 20 mei 2020 over een ontwerp van bijzonderemachtenbesluit van het Verenigd College van de Gemeenschappelijke Gemeenschapscommissie nr. 2020/006 "tot het organiseren van het gezondheidskundig contactonderzoek in het kader van de strijd tegen de COVID-19-pandemie", nr. 4.1.

142 J. VAN NIEUWENHOVE, "Het gezondheidsbeleid" in B. SEUTIN en G. VAN HAEGENDOREN (eds.), *Bevoegdheidsverdeling van de Gemeenschappen*, Brugge, die Keure, 2017, 273.

143 J. VAN PRAET, *De latente staatshervorming*, Brugge, die Keure, 2011, 137.

in de erkenningsnormen van de gemeenschappen.¹⁴⁴ Vaak is er dan ook sprake van zogenaamde gedeelde exclusieve bevoegdheden waarop de dubbelaspectleer van toepassing is. Dat betekent dat twee entiteiten elk een bepaalde materie kunnen regelen vanuit de aan hen toegewezen bevoegdheden.¹⁴⁵

Dat het vaak om een kwestie van perspectief gaat, brengt met zich mee dat het bevoegdheidsrechtelijke evenredigheidsbeginsel een belangrijke rol speelt. Uit dat beginsel volgt dat een overheid bij het voeren van het aan haar toevertrouwde beleid geen maatregelen mag nemen die het voor een andere overheid onmogelijk of overdreven moeilijk maken om het aan haar toevertrouwde beleid doelmatig uit te voeren.¹⁴⁶ Wanneer de federale overheid bijvoorbeeld bij het regelen van de kwaliteitsvereisten voor medische handelingen en het controleren van de kwaliteit ervan, ook gedetailleerde regels zou ontwikkelen die (onrechtstreeks) betrekking hebben op de goede omkadering ervan in het ziekenhuis, dan komt het evenredigheidsbeginsel in het gedrang.¹⁴⁷

Het bevoegdheidsrechtelijke evenredigheidsbeginsel legt de grenzen vast waarbinnen de gemeenschappen via de erkenningsnormen regels kunnen uitvaardigen over aspecten van het gezondheidsbeleid waarvoor ze materieel niet bevoegd zijn.¹⁴⁸

2 De toepassing op de interne rechtspositie

33. Behoudens het eerder onwaarschijnlijke geval waarin de gemeenschappen zelf bij wijze van eigen specifieke interventie ten aanzien van geesteszieke minderjarigen voorzieningen (laten) oprichten vanuit hun bevoegdheid inzake jeugdbescherming, hoeft het geen betoog dat gesloten afdelingen van de kinder- en jeugdpsychiatrie niet kunnen worden opgericht zonder tussenkomst van de federale wetgever. De federale bevoegdheid voor de financiering van de exploitatie, de basisregels van de programmering en de organieke regels spelen immers een belangrijke rol.

De vraag in dit onderzoek is evenwel in welke mate de gemeenschappen, eenmaal de gesloten afdelingen zijn opgericht, bevoegd zijn om de interne rechtspositie van de minderjarige, i.e. zijn rechten als bewoner van de voorziening, te regelen. Bovenstaande bevoegdheidsrechtelijke analyse vanuit het perspectief van het gezondheidsbeleid toont wat dat betreft aan dat de gemeenschappen een ruime

¹⁴⁴ Adv.RvS. 64.330/3 van 12 november 2018 over een ontwerp van koninklijk besluit “houdende de bereiding en de aflevering van geneesmiddelen, en het gebruik, en de distributie van medische hulpmiddelen, binnen de verzorgingsinstellingen”, nr. 3.2.

¹⁴⁵ J. VANPRAET, *De latente staatshervorming*, Brugge, die Keure, 2011, 128.

¹⁴⁶ GwH 25 februari 1988, nr. 47, 6.B.4.; GwH 28 februari 2019, nr. 35/2019, B9.1-9.3; K. REYBROUCK en S. SOTTIAUX, *De federale bevoegdheden*, Antwerpen, Intersentia, 2019, 24; zie voor een toepassing i.k.v. financiering: Adv.RvS 62.563/3 van 19 december 2017 over een ontwerp van besluit van de Minister van Sociale Zaken en Volksgezondheid ‘tot vaststelling van de voorwaarden van het budget van het jaar 2017 bedoeld in artikel 61, § 1, 4°, en § 2 van het koninklijk besluit van 25 april 2002 betreffende de vaststelling en de vereffening van het budget van financiële middelen van de ziekenhuizen’.

¹⁴⁷ Adv.RvS 56.317/2 van 24 september 2014 over een voorontwerp van wet “inzake de praktijkvoering in de gezondheidszorg”, nr. 2; Adv.RvS 64.331/2 van 22 oktober 2018 over een voorontwerp van wet “inzake de kwaliteitsvolle praktijkvoering in de gezondheidszorg”, nr. 2.1.

¹⁴⁸ Adv.RvS 64.330/3 van 12 november 2018 over een ontwerp van koninklijk besluit ‘houdende de bereiding en de aflevering van geneesmiddelen, en het gebruik, en de distributie van medische hulpmiddelen binnen de verzorgingsinstellingen’, nrs. 3.2-3.3.

bevoegdheid hebben, maar formuleert tegelijk een reeks voorbehouden, in het bijzonder met betrekking tot de organieke wetgeving en de uitoefening van de geneeskunde.

34. In wat volgt wordt aan de hand van bovenstaande bevoegdheidsrechtelijke analyse én het eerder ontwikkelde (thematische) internationale toetsingskader¹⁴⁹ nagegaan waarmee de decreetgever rekening moet houden indien hij in de toekomst de interne rechtspositie van minderjarigen die vanuit het jeugdbeschermingsrecht opgenomen worden in een gesloten afdeling van de kinder- en jeugdpsychiatrie, zou regelen. Ook wordt nagegaan in welke mate de betrokkenheid van de federale wetgever noodzakelijk is.

Omdat een regeling *de lege ferenda* gepaard gaat met diverse mogelijke beleids- en inhoudelijke keuzes die op dit moment niet te voorzien zijn, beperkt deze bespreking zich tot de algemene principes en belangrijke aandachtspunten. Dat sluit niet uit dat er bij uitwerking van een gedetailleerde regeling bijkomende specifieke bevoegdheidsvraagstukken kunnen opduiken.

2.1 Basisprincipes

35. Volgens het internationale kader¹⁵⁰ moet het verblijf op een gesloten afdeling van de kinder- en jeugdpsychiatrie een gerechtvaardigd doel nastreven, met name het **verlenen van zorg**. Hoewel dat al ten dele blijkt uit de context en de daarop van toepassing zijnde regelgeving (i.h.b. de Wet Patiëntenrechten), is het aan te bevelen om dat doel verder te expliciteren in de erkenningsnormen, wat voor private voorzieningen voor beveiligend verblijf en de GES+ vandaag reeds het geval is. Het lijkt ons tot de bevoegdheid van de gemeenschappen te behoren om het doel van een verblijf op een gesloten afdeling van de kinder- en jeugdpsychiatrie verder te beschrijven, i.h.b. wanneer dat verblijf voortvloeit uit een beslissing inzake jeugdbescherming. Dat het restrictieve karakter van het verblijf afneemt doorheen de tijd kan deel uitmaken van die doelstellingen.

Essentieel in het kader daarvan is een **individueel zorgplan** dat samen met de minderjarige wordt opgesteld en regelmatig wordt herzien. Dat zorgplan omschrijft de te behalen doelen en de middelen en het personeel dat daarvoor nodig is. Het heeft onder meer betrekking op het zelfstandig leven, het ontwikkelen van capaciteiten, contacten met de buitenwereld en de beoogde therapieën.

Wat betreft het belang van het kind kan verwezen worden naar artikel 22*bis* van de Grondwet, dat ook in andere sectoren niet verder geconcretiseerd wordt. Het is evenwel aangewezen om in de regelgeving het belang van het kind verder te specificeren. Ook dat lijkt tot de bevoegdheid van de gemeenschappen te behoren, hetzij via de erkenningsnormen, hetzij op grond van de bevoegdheid inzake jeugdbeschermingsrecht.

¹⁴⁹ J. CARLÉ, T. OPGENHAFFEN, J. PUT, S. PLEYSIER, *Gesloten opvang van minderjarigen in Vlaanderen. Een Rechtspositieregeling*, Leuven, Steunpunt Welzijn Volksgezondheid en Gezin, 2021.

¹⁵⁰ J. CARLÉ, T. OPGENHAFFEN, J. PUT, S. PLEYSIER, *Gesloten opvang van minderjarigen in Vlaanderen. Een Rechtspositieregeling*, Leuven, Steunpunt Welzijn Volksgezondheid en Gezin, 2021, 46-49.

2.2 Opname, overplaatsing en transport¹⁵¹

36. Veel aspecten die met de opname, overplaatsing en transport te maken hebben, bevinden zich op de grens tussen de interne en de externe rechtspositie, en kunnen daardoor benaderd worden vanuit de bevoegdheid inzake jeugdbeschermingsrecht. Dat geldt bijvoorbeeld voor het principe dat de minderjarige op één vaste plaats verblijft en dat overplaatsing slechts kan voor zover dat in de wet voorzien is en het voorwerp uitmaakt van een passend gerechtelijk of administratief onderzoek.

37. Het **onthaal** binnen de voorziening behoort goeddeels tot de bevoegdheden van de gemeenschappen.¹⁵² Het bezorgen van informatie bij aankomst, het meedelen van de voorzieningsregels in een voor de minderjarige begrijpbare taal, het afficheren van deze regels, kunnen dus door de erkenningsnormen geregeld worden. Hetzelfde geldt voor het aanbieden van ontvangst- en introductieprogramma's.

38. Wel een aandachtspunt zijn de door het internationale kader vereiste onderzoeken bij aankomst.

1. Ten eerste is er binnen 24 uur na aankomst een **medisch onderzoek** vereist. Dat onderzoek richt zich op de algemene noden op het vlak van gezondheid en behandeling; eventuele voorgaande onmenselijke behandeling; psychologische of andere vormen van stress ten gevolge van de opname; besmettelijke ziekten indien daar aanwijzingen voor zijn; fitheid om te werken, en sport en andere activiteiten te beoefenen. Het onderzoek is zo min mogelijk invasief en onderworpen aan het medisch beroepsgeheim. De conclusies van het onderzoek worden schriftelijk geregistreerd.

Dergelijk onderzoek is een medische handeling. De vraag bestaat dus in welke mate de decreetgever deze medische handeling kan opleggen en omkaderen. Hoger kwam aan bod dat de residuaire bevoegdheid inzake gezondheidszorg aan de federale wetgever toevertrouwd werd, maar dat de decreetgever binnen zijn materiële bevoegdheden verplichtingen kan opleggen aan de beroepsbeoefenaars in de gezondheidszorg, ook al is hij voor de uitoefening van de geneeskunde niet bevoegd (*supra* randnr. 32). Een basisvraag is dan ook of dit onderzoek kan kaderen binnen de gemeenschapsbevoegdheid inzake gezondheidsbeleid en de mogelijkheid om daarover erkenningsnormen te formuleren. Dat is bijvoorbeeld het geval wanneer dat medisch onderzoek niet benaderd wordt als een recht van de patiënt t.a.v. beroepsbeoefenaars in de gezondheidszorg, maar wel als een element van de kwaliteit van de ziekenhuisorganisatie dat als dusdanig in de erkenningsnormen wordt opgenomen¹⁵³ of als een beschermingsprincipe ingevoerd vanuit het jeugdbeschermingsrecht. Dat die erkenningsnormen of de regels in het jeugdbeschermingsrecht daartoe beroepsbeoefenaars in de gezondheidszorg inschakelen is op zichzelf niet problematisch voor zover het medisch handelen zelf niet geregeld wordt. Doordat regels over een medisch onderzoek bij opname beroepsbeoefenaars in de gezondheidszorg niet verbieden om bepaalde medische handelingen te stellen (of de uitvoering ervan aan strikte verplichtingen te onderwerpen), maar hen slechts inschakelt in het kwaliteitsbeleid van de

¹⁵¹ J. CARLÉ, T. OPGENHAFFEN, J. PUT, S. PLEYSIER, *Gesloten opvang van minderjarigen in Vlaanderen. Een Rechtspositieregeling*, Leuven, Steunpunt Welzijn Volksgezondheid en Gezin, 2020, 60-61.

¹⁵² Adv.RvS 49.739/VR van 28 juni 2011 over een voorontwerp van decreet "houdende verplichte melding van risicovolle medische praktijken", nr. 6; Adv.RvS 56.317/2 van 24 september 2014 over een voorontwerp van wet "inzake de praktijkvoering in de gezondheidszorg", nr. 2.

¹⁵³ Zie wat dat betreft het hoger geciteerde Voorstel van 'bijzondere wet Zesde Staatshervorming', *Parl.St Senaat* 2012-13, nr. 2232/1, 36-37.

voorzieningen of beschermingsprincipe in het jeugdbeschermingsrecht, lijkt een regeling door de gemeenschappen mogelijk, mits het bevoegdheidsrechtelijke evenredigheidsbeginsel gerespecteerd wordt.

2. Ten tweede is een psychosociaal onderzoek vereist. Dat onderzoek is eerder veiligheidsgerelateerd, maar omvat ook aandacht voor aspecten van educatieve aard. Het lijkt dan ook eerder aan te sluiten bij een jeugdbeschermingsrechtelijke logica en zou ook vanuit dat perspectief door de gemeenschappen geregeld kunnen worden. Voor zover bij dat onderzoek beroepsbeoefenaars in de gezondheidszorg betrokken worden, geldt t.a.v. hen dezelfde analyse als bij het medisch onderzoek.

39. Uit het internationaal kader volgen ook regels inzake **overplaatsing en transport**.¹⁵⁴ Daarbij vormt de continuïteit van zorg een aandachtspunt. Zeker wanneer het een overplaatsing tussen andere jeugdhulpvoorzieningen en een psychiatrisch ziekenhuis betreft maakt de continuïteit deel uit van de gemeenschapsbevoegdheid inzake jeugdbescherming (en dossiervorming en informatie-uitwisseling binnen die sector). Ook bij een benadering vanuit het gezondheidsbeleid volgt dat minstens het niet-medisch dossier van de minderjarige onder de bevoegdheid van de gemeenschappen valt.¹⁵⁵ Zowel bij een benadering vanuit de jeugdbescherming als vanuit het gezondheidsbeleid bestaat de vraag of de gemeenschappen ook bevoegd zijn voor de overdracht van het medisch dossier. Het antwoord op deze vraag is positief voor zover deze overdracht kadert binnen de materiële bevoegdheid van de gemeenschappen (in dit geval jeugdbeschermingsrecht) en hiermee geen federale regels over de dossiervorming gewijzigd worden en niet aan de uitoefening van de geneeskunde geraakt wordt.

2.3 Infrastructuur

40. De infrastructuur en faciliteiten¹⁵⁶ brengen geen bijzondere moeilijkheden met zich mee. De meeste aspecten zijn immers organisatorisch van aard, zonder dat ze organiek zijn. Zo kunnen de inbedding van de voorziening in de gemeenschap, de opdeling in kleine gedecentraliseerde units met gemeenschappelijke ruimtes, de brandveiligheid, de vereisten voor de kamer en het sanitair en de maaltijdzorg aspecten zijn die door de gemeenschappen in erkenningsnormen geregeld kunnen worden. Ook voor de financiering van de infrastructuur zijn de gemeenschappen bevoegd.

2.4 Personeel

41. In het internationale kader wordt veel belang gehecht aan aspecten die betrekking hebben op het personeel van de voorziening.¹⁵⁷ Het gaat onder meer over het personeelsbeleid, de opleiding, de

¹⁵⁴ J. CARLÉ, T. OPGENHAFFEN, J. PUT, S. PLEYSIER, *Gesloten opvang van minderjarigen in Vlaanderen. Een Rechtspositieregeling*, Leuven, Steunpunt Welzijn Volksgezondheid en Gezin, 2020, 61.

¹⁵⁵ Adv.RvS 49.739/VR van 28 juni 2011 over een voorontwerp van decreet "houdende verplichte melding van risicovolle medische praktijken", nr. 6; Adv.RvS 56.317/2 van 24 september 2014 over een voorontwerp van wet "inzake de praktijkvoering in de gezondheidszorg", nr. 2.

¹⁵⁶ J. CARLÉ, T. OPGENHAFFEN, J. PUT, S. PLEYSIER, *Gesloten opvang van minderjarigen in Vlaanderen. Een Rechtspositieregeling*, Leuven, Steunpunt Welzijn Volksgezondheid en Gezin, 2020, 74-77.

¹⁵⁷ J. CARLÉ, T. OPGENHAFFEN, J. PUT, S. PLEYSIER, *Gesloten opvang van minderjarigen in Vlaanderen. Een Rechtspositieregeling*, Leuven, Steunpunt Welzijn Volksgezondheid en Gezin, 2020, 90-94.

aanwerving en selectie, hun statuut en arbeidsvoorwaarden, de personeelssamenstelling en personeelsbezetting en de wijze waarop het werk georganiseerd wordt.

De ontwikkeling van normen over het personeel roept bevoegdheidsrechtelijke vragen op, omdat bepaalde aspecten ervan organiek zijn of mogelijk raken aan de uitoefening van de geneeskunde.

42. Het onderdeel personeel bevat twee van elkaar te onderscheiden aspecten.

1. Een eerste aspect zijn de personeelsnormen. Die bepalen hoeveel personeel er in de voorziening minimaal aanwezig moet zijn en over welke kwalificaties ze moeten beschikken. Tijdens de voorbereiding van de zesde staatshervorming beschouwde de bijzondere wetgever het minimale personeelskader als een basiskenmerk dat tot de organieke wetgeving behoort en daardoor federaal geregeld moet worden.¹⁵⁸ Dat stemt ook overeen met de reeds bestaande praktijk van de FOR-K-overeenkomsten tussen de federale overheid en de ziekenhuizen, waarvan het minimale personeelskader een onderdeel uitmaakt.¹⁵⁹

Tegenover het minimale personeelskader staan tal van specifiekere mensenrechtelijke eisen met betrekking hebben op de aard (bv. vrouwelijk personeel op afdelingen voor vrouwelijke minderjarigen) en de bijkomende kwalificaties van het personeel. Dergelijke aspecten lijken uitgesloten van het begrip organiek.

2. Ten tweede leggen de mensenrechten verschillende eisen op die de kwaliteitsvolle omvang van het personeel met de minderjarigen moet verzekeren. Het gaat om een gedragscode over de omgang met minderjarigen, permanente vorming over het verlenen van zorg aan en het omgaan met de betrokken doelgroep, regels over multidisciplinair overleg enz. Die aspecten kunnen deel uitmaken van het kwaliteitsbeleid van de afdeling en zijn daartoe door de gemeenschappen te regelen via de erkenningsnormen.¹⁶⁰

Tal van mensenrechtelijke eisen zijn relevant voor, of specifiek gericht op, beroepsbeoefenaars in de gezondheidszorg. Zo gelden de opleidings- en omgangsvereisten ook voor hen en is het vanuit mensenrechtelijk oogpunt bijvoorbeeld niet wenselijk dat medisch personeel van de voorziening (vanuit een ordeperspectief) meewerkt aan de fouillering van zorggebruikers. Voor zover die erkenningsnormen een impact hebben op beroepsbeoefenaars van de gezondheidszorg, bevinden ze zich in de grijze zone tussen het regelen van de kwaliteit van de voorziening (een gemeenschapsbevoegdheid) en de kwaliteit van de patiëntrelatie (een federale bevoegdheid). Althans voor zover de kwaliteit van de zorg op de afdeling centraal staat (bv. bejegening, creatie van een veilige leefomgeving ...) en de impact op het geneeskundig handelen beperkt is, lijkt het optreden van gemeenschappen ons – mede gelet op de dubbelaspectleer en het evenredigheidsbeginsel niet problematisch.

¹⁵⁸ Voorstel van 'bijzondere wet Zesde Staatshervorming', *Parl.St.* Senaat 2012-13, nr. 2232/1, 36-37.

¹⁵⁹ P. MISTIAEN, M. DAUVIRIN, C. DE MEESTER, C. POUPPEZ, I. VINCK, For-K, forensisch-psychiatrische intensieve behandel eenheden voor justitiële jongeren: aanbod, gebruik en behoefte, Brussel, KCE, 2021, 146.

¹⁶⁰ Voorstel van 'bijzondere wet Zesde Staatshervorming', *Parl.St.* Senaat 2012-13, nr. 2232/1, 36-37.

2.5 Omkadering en tijdbesteding

43. Dagbesteding, onderwijs, beroepsopleiding, werk, sport en fysieke activiteiten en andere vrijetijdsbestedingen worden door het internationale kader als belangrijk naar voren geschoven.¹⁶¹ Bevoegdheidsrechtelijk zijn deze aspecten weinig problematisch: niet enkel via de bevoegdheden in het gezondheidsbeleid en de mogelijkheid om daarover erkenningsnormen te formuleren, maar ook via andere bevoegdheidsdomeinen (bv. onderwijs) kunnen de deelstaten die aspecten realiseren. De mogelijkheid tot onderwijs bestaat vandaag bijvoorbeeld ook al via de ziekenhuisscholen (buitengewoon onderwijs type 5).

2.6 Persoonlijke levenssfeer

44. Het recht op persoonlijke levenssfeer omvat diverse elementen¹⁶²: het dragen van kledij en bij zich houden van persoonlijke bezittingen; persoonlijke hygiëne; diverse aspecten van de geneeskunde; het dossier, vertrouwelijkheid en de omgang met persoonsgegevens; en het recht op vrijheid van geweten. Het gaat om een brede verzameling van rechten die zowel t.a.v. de voorziening als ten aanzien van de beroepsbeoefenaars in de gezondheidszorg kunnen gelden. Daardoor bestaat de vraag of het om rechten t.a.v. de voorziening (goedgevoerd een gemeenschapsbevoegdheid) of ten aanzien van de beroepsbeoefenaars in de gezondheidszorg gaat (goedgevoerd een federale bevoegdheid).

45. Betreft het een recht t.a.v. de voorziening, dan kunnen de gemeenschappen dat regelen, althans voor zover ze daarmee niet op het terrein van het medische handelen zelf komen. In dat opzicht lijken de principes en algemene regels over kledij, bezitting, en de persoonlijke hygiëne en de vrijheid van geweten, tot de bevoegdheid van de gemeenschappen te behoren. Een regeling van de beginselen terzake, en zelfs van beperkingen in het belang van de werking van de voorziening of de veiligheid van anderen, raken in de meeste gevallen niet aan het medisch handelen. Doen ze dat uitzonderlijk toch, dan moet rekening gehouden worden met de residuaire federale bevoegdheid inzake de uitoefening van de geneeskunde.

46. De bevoegdheid over de aspecten van de geneeskunde die door het internationale kader genoemd worden, zijn verspreid over verschillende bevoegdheidsdomeinen. Waar de vereiste van preventieve gezondheidszorg aansluit bij een gemeenschapsbevoegdheid en ook bepaalde principes zoals toegang tot onafhankelijke en bekwame beoefenaars van gezondheidszorgberoepen, kwaliteit van zorg en adequate medicatie door de gemeenschappen geregeld kunnen worden, zal voor de concrete invulling van het medisch handelen in de relatie tussen de betrokkene en de beroepsbeoefenaar in de gezondheidszorg, de federale wetgever bevoegd zijn. Hetzelfde geldt voor aspecten als toestemming (en dwang) in de behandelingsrelatie.

¹⁶¹ J. CARLÉ, T. OPGENHAFFEN, J. PUT, S. PLEYSIER, *Gesloten opvang van minderjarigen in Vlaanderen. Een Rechtspositieregeling*, Leuven, Steunpunt Welzijn Volksgezondheid en Gezin, 2020, 354 p., 110-113.

¹⁶² J. CARLÉ, T. OPGENHAFFEN, J. PUT, S. PLEYSIER, *Gesloten opvang van minderjarigen in Vlaanderen. Een Rechtspositieregeling*, Leuven, Steunpunt Welzijn Volksgezondheid en Gezin, 2020, 130-135.

47. Tot slot wordt ook de bevoegdheid over het dossier van de betrokkene gedeeld tussen de gemeenschappen en de federale wetgever. Waar de gemeenschappen bevoegd zijn voor het niet-medische dossier, is het medische dossier een federale bevoegdheid.¹⁶³

2.7 Sociale levenssfeer

48. Binnen de sociale levenssfeer wordt een onderscheid gemaakt tussen interne en externe contacten.

49. Bij interne contacten¹⁶⁴ vereist het internationale kader dat bepaalde categorieën van elkaar gescheiden worden, zoals de scheiding van meerderjarigen en minderjarigen of de scheiding van delinquente en niet-delinquente minderjarigen. Bij de zesde staatshervorming werd gesteld dat het bepalen van de doelgroep van een afdeling organiek is en daardoor aan de federale wetgever toebehoort.¹⁶⁵ Voor zover de scheiding van categorieën een impact heeft op het bepalen van de doelgroep van een afdeling, gaat het om een federale bevoegdheid. Dat sluit o.i. niet uit dat de scheiding van categorieën indirect ook via het jeugdbeschermingsrecht gerealiseerd kan worden door ze te koppelen aan de externe rechtspositie en daarbij te bepalen dat een maatregel of sanctie slechts op een welbepaalde afdeling kan worden uitgevoerd.

50. Het luik externe contacten¹⁶⁶ heeft betrekking op bezoek, communicatie, het uitgangrecht en de omgang met de advocaat. De internationaalrechtelijke vereisten over dit onderdeel gaan in op zowel collectieve aspecten van positieve (bv. het voorzien van bepaalde faciliteiten) en van negatieve aard (bv. collectieve beperkingen op het ontvangen van bezoek d.m.v. bezoeken) als op geïndividualiseerde aspecten (bv. individuele bezoekbeperkingen). Het recht op bezoek, communicatie en uitgang geldt zowel tegenover de voorziening waar de betrokkene verblijft, als ten aanzien van de beroepsbeoefenaar die in deze voorziening werkzaam is. Dat plaatst die aspecten op de hoger beschreven bevoegdheidsrechtelijke wip (*Supra*, randnummer 31).

Wat de basisbeginselen en de collectieve aspecten betreft, geldt het uitgangspunt dat de gemeenschappen de rechtsverhouding met het ziekenhuis kunnen regelen, en daarbij zelfs (indirect) verplichtingen kunnen opleggen aan beroepsbeoefenaars in de gezondheidszorg, zolang ze het medisch handelen zelf niet regelen. Dat uitgangspunt indachtig, lijken de gemeenschappen in deze materie in ruime mate bevoegd. Minstens kunnen zij vanuit dat oogpunt op structurele wijze voorzien in faciliteiten en rechten inzake externe contacten en kunnen zij structureel ook beperkingen opleggen in het belang van de veiligheid in en de vlotte werking van de voorziening. Wel komen de gemeenschappen o.i. in het vaarwater van de residuaire federale bevoegdheid inzake de uitoefening van de geneeskunde indien de gemeenschappen een kader zouden scheppen voor collectieve regels over hoe (en in welke mate) externe contacten beperkt kunnen worden in het belang van de behandeling van de betrokkenen.

¹⁶³ Adv.RvS 49.739/VR van 28 juni 2011 over een voorontwerp van decreet “houdende verplichte melding van risicovolle medische praktijken”, nr. 6; Adv.RvS 56.317/2 van 24 september 2014 over een voorontwerp van wet “inzake de praktijkvoering in de gezondheidszorg”, nr. 2.

¹⁶⁴ J. CARLÉ, T. OPGENHAFFEN, J. PUT, S. PLEYSIER, *Gesloten opvang van minderjarigen in Vlaanderen. Een Rechtspositieregeling*, Leuven, Steunpunt Welzijn Volksgezondheid en Gezin, 2020, 151-153.

¹⁶⁵ Voorstel van ‘bijzondere wet Zesde Staatshervorming’, *Parl.St.* Senaat 2012-13, nr. 2232/1, 36-37.

¹⁶⁶ J. CARLÉ, T. OPGENHAFFEN, J. PUT, S. PLEYSIER, *Gesloten opvang van minderjarigen in Vlaanderen. Een Rechtspositieregeling*, Leuven, Steunpunt Welzijn Volksgezondheid en Gezin, 2020, 153-156.

Wat individuele beperkingen op de sociale contacten betreft, is de bevoegdheidsverdeling o.i. complexer. Een onderscheid kan gemaakt worden naargelang het doel van de beperking. Is de regelgeving over de individuele beperkingen bedoeld om de veiligheid in de voorziening te vrijwaren, dan kan de bevoegdheid van de decreetgever beargumenteerd worden, voor zover dat de betrokkenheid van beoefenaars van een gezondheidszorgberoep betreft en het evenredigheidsbeginsel gerespecteerd wordt. Is de regelgeving er evenwel op gericht om door individuele beperkingen de medische behandeling zelf te bevorderen (bv. het beperken van communicatie met de buitenwereld omdat dat de medische behandeling bevordert), dan kadert o.i. dat element in de uitoefening van de geneeskunde, waardoor het aan de federale wetgever toebehoort.

51. Een bijzondere vraag inzake externe contacten is tot wiens bevoegdheid het behoort om de bewegingsvrijheid van de betrokkene te regelen. Die vraag is samen te lezen met de eerder behandelde vraag of de decreetgever bevoegd is om een onvrijwillig verblijf in een GGZ-voorziening op te leggen (*Supra*, randnummers 17-19).

Hoger kwam aan bod dat de gemeenschappen o.i. bevoegd zijn om bij wijze van maatregel of sanctie een onvrijwillig verblijf in de GGZ op te leggen en dat ze in het Decreet Integrale Jeugdhulp en het Jeugddelinquentedecreet van die bevoegdheid gebruik gemaakt hebben. Het uitgangspunt is bijgevolg dat de betrokkene de voorziening niet mag verlaten. Uitzonderingen op dat principe zijn vandaag niet geregeld, wat niet enkel de vraag oproept wie in de praktijk bevoegd is om over uitzonderingen te beslissen, maar ook welke wetgever bevoegd is om de contouren van deze uitzonderingen te regelen. Wat dat laatste betreft, lijkt het o.i. zo dat niet enkel het verbod om de voorziening te verlaten, maar ook de eventuele uitzonderingen daarop inherent zijn aan externe rechtspositie van de betrokkene, waardoor het vanzelfsprekend is dat de regelgever die voor de externe rechtspositie bevoegd is, ook de contouren van dat uitgangsverbod kan regelen. Een koppeling tussen de externe rechtspositie en de inherente gevolgen voor de interne rechtspositie is vanuit internationaalrechtelijk oogpunt niet ongewoon.¹⁶⁷ Voor zover de decreetgever daarbij het bevoegdheidsrechtelijk evenredigheidsbeginsel in acht neemt, lijkt het o.i. geen bezwaar dat hij hierbij een (beoordelings- of beslissings)rol toekent aan medische beroepsbeoefenaars.¹⁶⁸

De analyse is evenwel anders indien de betrokkene vrijwillig in de voorziening verblijft en de decreetgever niet bevoegd zou zijn om een onvrijwillig verblijf in een GGZ-voorziening op te leggen. In dat geval is het aan de federale wetgever om als element van de residuaire bevoegdheid over de uitoefening van de geneeskunde eventuele aspecten van onvrijwilligheid tijdens dat verblijf of beperkingen op de bewegingsvrijheid te regelen.

¹⁶⁷ EHRM 17 juli 2012, nr. 2913/06, *Munjaz/Verenigd Koninkrijk*, § 82; EHRM 31 januari 2019, nr. 78103/14, *Fernandes de Oliveira/Portugal* (GC), § 124.

¹⁶⁸ Adv.RvS 33.060/3 van 8 januari 2003 over een voorstel van decreet "houdende de invoering van een informatiedokter in de ziekenhuizen", nrs. 2 en 5; Adv.RvS 44.799/1 van 18 juli 2008 over een voorontwerp van de Vlaamse regering "betreffende het multidisciplinaire dossier in de centra voor leerlingenbegeleiding", nr. 6.

2.8 Klachtrecht en recht op bijstand

52. De betrokkene heeft het recht om klachten te formuleren t.a.v. een intern en extern klachtorgaan.¹⁶⁹ Opnieuw gaat het om een patiëntenrecht dat zowel geldt t.a.v. de voorziening als ten aanzien van de beroepsbeoefenaar.

Het is gemeengoed dat de decreetgever bevoegd is voor de oprichting en organisatie van de klachtorganen in en voor psychiatrische ziekenhuizen, wat indirect ook een impact kan hebben op de uitoefening van de geneeskunde.¹⁷⁰ De decreetgever moet er zich evenwel voor hoeden om via het klachtrecht in te grijpen in het medische handelen zelf of om toe te laten er een oordeel over te vellen. Dat behoort o.i. aan de federale wetgever toe.

53. Naast een klachtrecht heeft de betrokkene ook een recht op bijstand van een advocaat en van een vertrouwenspersoon.¹⁷¹ Dat recht bevindt zich op de wip tussen de externe en interne rechtspositie; het bestaan van deze figuren wordt via het jeugdbeschermingsrecht zelf gerealiseerd. Het aspect van interne rechtspositie bestaat er veeleer in om binnen de voorziening de toegang tot deze figuren te garanderen. Dat principe is iets dat de decreetgever o.i. in de erkenningsnormen kan regelen. Wat het regelen van beperkingen op dat principe betreft, wordt naar de bespreking over de sociale contacten verwezen (*supra*, randnummer 49-51).

2.9 Inspectie voorzieningen

54. Het internationale kader vereist dat zowel de overheid als een onafhankelijke instantie de voorzieningen inspecteert.¹⁷²

Wat inspectie door de overheid betreft, staat de bevoegdheid van de gemeenschappen om toezicht te houden op de naleving van de erkenningsnormen en het door de voorziening gehanteerde kwaliteitskader niet ter discussie. De bevoegdheid om daar verdere regels over te formuleren, behoort dan ook aan de gemeenschappen toe. Voor toezicht t.a.v. individuele beroepsbeoefenaars in de gezondheidszorg zijn de gemeenschappen evenwel niet bevoegd. Toezicht door een onafhankelijke instantie verloopt via dezelfde bevoegdheidsrechtelijke lijnen, waarbij de gemeenschappen het toezicht t.a.v. de voorzieningen kunnen regelen en de federale wetgever het toezicht t.a.v. beoefenaars van een gezondheidszorgberoep.

2.10 Veiligheid

55. Het internationale kader vereist in het algemeen dat de voorziening een veilig leef- en behandelklimaat biedt en vereist vanuit dat perspectief dat er toezicht wordt gehouden op de individuele

169 J. CARLÉ, T. OPGENHAFFEN, J. PUT, S. PLEYSIER, *Gesloten opvang van minderjarigen in Vlaanderen. Een Rechtspositieregeling*, Leuven, Steunpunt Welzijn Volksgezondheid en Gezin, 2020, 190.

170 Adv.RvS 32.299/3 van 4 december 2001 over voorontwerp van wet "betreffende de rechten van de patiënt", nr. 3.3.1.

171 J. CARLÉ, T. OPGENHAFFEN, J. PUT, S. PLEYSIER, *Gesloten opvang van minderjarigen in Vlaanderen. Een Rechtspositieregeling*, Leuven, Steunpunt Welzijn Volksgezondheid en Gezin, 2020, 191-192.

172 J. CARLÉ, T. OPGENHAFFEN, J. PUT, S. PLEYSIER, *Gesloten opvang van minderjarigen in Vlaanderen. Een Rechtspositieregeling*, Leuven, Steunpunt Welzijn Volksgezondheid en Gezin, 2020, 209-211.

veiligheid.¹⁷³ Over hoe dat concreet moet gebeuren en welke grenzen er daarbij zijn, is het internationale kader weinig specifiek. Enkel voor fouillering en drugs gelden er zeer concrete aanbevelingen; voor het overige (bv. de verhouding tussen bezoek en veiligheid) gaat het veelal om een waardenafweging aan de hand van de algemene mensenrechtelijke criteria (aanwezigheid van een rechtsgrond; voorzienbaarheid; legitimiteit van het doel; noodzakelijkheid, proportionaliteit en effectiviteit van de beperking op de betrokkene).

56. Algemeen hoeft er weinig discussie over te bestaan dat het ontwikkelen van regels over de veiligheid in de voorziening tot de bevoegdheid van de gemeenschappen behoort. Vanuit het perspectief van gezondheidsbeleid maakt veiligheid immers deel uit van de kwaliteit binnen de voorziening en de rechten van de betrokkene t.a.v. deze voorziening. Het kan daarbij niet als organiek beschouwd worden. Dat het veiligheidsbeleid een indirecte impact heeft op de in de voorziening werkzame beroepsbeoefenaars in de gezondheidszorg is o.i. niet problematisch. Ook het inschakelen van beroepsbeoefenaars in de gezondheidszorg op vlakken waar dat mensenrechtelijk gerechtvaardigd (of vereist) is, kan – voor zover het evenredigheidsbeginsel gerespecteerd wordt – kaderen binnen deze bevoegdheid.

Aandacht is wel vereist opdat regelgevend optreden over de veiligheid (van de betrokkene) in de voorziening niet vermengd wordt met regelgevend handelen over de (medische) behandeling van de betrokkene. Regels over hoe een betrokkene die een gevaar betekent voor zichzelf (medisch) behandeld moet worden, vallen o.i. onder de residuaire bevoegdheid inzake uitoefening van de geneeskunde.

2.11 Sancties

57. Uit het internationale toetsingskader volgde dat indien als onderdeel van de interne rechtspositie sancties worden toegepast, dat binnen een duidelijk wettelijk kader gebeuren.¹⁷⁴

Specifiek voor de geestelijke gezondheidszorg zijn de internationale bronnen over het algemeen echter weigerachtig zijn over sanctionerend optreden als onderdeel van de interne rechtspositie. De sanctie is immers nooit volledig los te koppelen van de problematiek waarvoor de jongere behandeld wordt (*Infra*, randnr. 109). Daarom is het o.i. niet toelaatbaar (of minstens: niet wenselijk) om eventuele regelgeving over sancties uit te vaardigen binnen de ontwikkeling van een interne rechtspositie. Sanctionerend optreden kan wel binnen de externe rechtspositie en is dan gekoppeld aan de bevoegdheid inzake jeugdbescherming.

2.12 Afzondering en fixatie

58. Uit het internationale kader ontwikkeld in het project over de “rechtspositieregeling voor de gesloten opvang” volgde dat met het gebruik van afzondering of fixatie verschillende doelen beoogd kunnen worden.¹⁷⁵ Naast de meest gangbare doelstelling om een acuut en ernstig veiligheidsgevaar het hoofd te bieden werden ook afzondering als sanctie – wat volgens het internationale kader in de GGZ niet

¹⁷³ J. CARLÉ, T. OPGENHAFFEN, J. PUT, S. PLEYSIER, *Gesloten opvang van minderjarigen in Vlaanderen. Een Rechtspositieregeling*, Leuven, Steunpunt Welzijn Volksgezondheid en Gezin, 2020, 223-225.

¹⁷⁴ J. CARLÉ, T. OPGENHAFFEN, J. PUT, S. PLEYSIER, *Gesloten opvang van minderjarigen in Vlaanderen. Een Rechtspositieregeling*, Leuven, Steunpunt Welzijn Volksgezondheid en Gezin, 2020, 237-239.

¹⁷⁵ J. CARLÉ, T. OPGENHAFFEN, J. PUT, S. PLEYSIER, *Gesloten opvang van minderjarigen in Vlaanderen. Een Rechtspositieregeling*, Leuven, Steunpunt Welzijn Volksgezondheid en Gezin, 2020, 247-260.

toelaatbaar is –, als ordemaatregel (preventie van veiligheidsgevaar) en als zorghandeling onderscheiden. Over de laatste twee doelen is het internationale kader weinig expliciet, zodat het onderzoeksrapport concludeerde dat het nog te voeren interdisciplinaire onderzoek in het kader van de “multidisciplinaire richtlijn afzondering en fixatie in de brede jeugdhulp” beide doelen concreter moest maken.¹⁷⁶

Zoals verderop wordt toegelicht leidde ook het onderzoek in het kader van de multidisciplinaire richtlijn tot weinig bijkomende inzichten (*infra*, randnr. 93-95). Dat is te wijten aan het ontbreken van wetenschappelijke literatuur over deze doelen én aan een gebrek aan intersectorale evidentie over de toelaatbaarheid van afzondering of fixatie als ordemaatregel of zorgbehandeling. Enkel voor personen met een verstandelijke handicap kon het onderzoek concluderen dat de toepassing van afzondering of fixatie om die redenen toelaatbaar is, althans voor zover de betrokkene (desgevallend zijn vertegenwoordiger) ermee toestemt. Wel leidde het multidisciplinaire onderzoek ertoe dat de laatste twee doelstellingen een andere invulling kregen die beter aansluit bij het klinisch en orthopedagogisch perspectief. Daardoor staat niet langer de met de maatregel te beschermen persoon voorop (de betrokkene zelf (zorghandeling) vs. derden (ordemaatregel)), maar verschuift de nadruk naar het te bereiken doel (ontwikkelings-/ontplooingskansen vs. veiligheid).¹⁷⁷

Gesloten opvang van minderjarigen in Vlaanderen. Een rechtspositieregeling	
Ontwikkeling van een intersectorale richtlijn voor de preventie en toepassing van afzondering en fixatie in de brede jeugdhulp	
Veiligheidsmaatregel	Maatregel bij acuut en ernstig gevaar voor de persoon of anderen
Sanctie	Straf
Zorghandeling	Maatregel ter bevordering van ontwikkelings-/ontplooingskansen van de persoon of anderen of
Ordemaatregel	Maatregel bij potentieel gevaar, ter preventie van acuut en ernstig gevaar voor de persoon of anderen

Wat volgt gaat in op de bevoegdheidsrechtelijke principes en aandachtspunten voor elk van deze doelstellingen.

59. Het gebruik van afzondering of fixatie **als straf** is internationaalrechtelijk niet toelaatbaar in een GGZ-context. Indien de wetgever dat wil verankeren, zijn er daartoe meerdere mogelijkheden. Naast een gemeenrechtelijke regeling via het strafrecht zoals dat voor fixatie het geval is (federale bevoegdheid), is een verbod via de erkenningsnormen t.a.v. voorzieningen een logische weg (bevoegdheid gemeenschappen). Dat verbod zou zowel afzondering als fixatie expliciet kunnen verbieden.

¹⁷⁶ J. CARLÉ, T. OPGENHAFFEN, J. PUT, S. PLEYSIER, *Gesloten opvang van minderjarigen in Vlaanderen. Een rechtspositieregeling*, Leuven, Steunpunt Welzijn Volksgezondheid en Gezin, 2020, 248.

¹⁷⁷ In detail in D. Beeckmans, G. Droogmans, N. Mertens, T. Opgenhaffen, J. Vanhoof, B. Maes, T. van Achterberg, S. Nijs, J. Put, C. Van Audenhove & K. De Cuyper, *De ontwikkeling van een intersectorale richtlijn voor de preventie en toepassing van afzondering en fixatie in de brede residentiële jeugdhulp*, Leuven, Steunpunt Welzijn, Volksgezondheid en Gezin, 2021, 57-60.

60. Afzondering of fixatie mag wel gebruikt worden als laatste redmiddel **bij ernstig en acuut gevaar**. Het gebruik ervan moet in dat geval wel zorgvuldig geregeld zijn. Zoals verderop blijkt, is dat op heden niet het geval en berust het gebruik ervan op de gemeenrechtelijke noodtoestand. Het is onduidelijk of de bestaande specifiekere regelgeving, die bepaalde aspecten van de toepassing van afzondering of fixatie regelt (bv. wie bevoegd is om het toe te passen), van toepassing is wanneer afzondering en fixatie op de noodtoestand berust (*infra*).

De ontwikkeling van een omvattend kader is bevoegdheidsrechtelijk is niet vanzelfsprekend. Het internationale kader gaat er immers vanuit dat wanneer in een medische context, zoals een psychiatrisch ziekenhuis, een veiligheidsincident aanleiding geeft tot de toepassing van afzondering en fixatie, de beoordelings- en uitvoeringsbevoegdheid in de handen ligt van beroepsbeoefenaars in de gezondheidszorg (i.h.b. artsen). Dat brengt met zich mee dat – hoewel de principes, de uitgangspunten, algemene kwaliteitsnormen op voorzieningsniveau, centrale registratie, extern toezicht, infrastructuur ... door de decreetgever geregeld kunnen worden¹⁷⁸ – het niet vanzelfsprekend is dat de decreetgever ook een kader ontwikkelt voor de concrete toepassing van afzondering en fixatie. De mate van detail die door het internationale kader vereist wordt (bv. inzake de wijze waarop het toezicht verloopt of de maatregel moet worden herzien) vooronderstelt immers duidelijke regels over wat beroepsbeoefenaars in de gezondheidszorg moeten doen en niet mogen doen. De mogelijke redenering dat de therapeutische en diagnostische vrijheid daardoor niet beperkt wordt omdat afzondering en fixatie vanuit mensenrechtelijk oogpunt nooit therapeutische maatregelen zijn, is o.i. weinig overtuigend, te meer omdat de handelingen die gesteld worden tijdens de uitvoering van een afzondering of fixatie in een medische context reeds vandaag door de (federale) wetgever als medische handeling gekwalificeerd (en voorbehouden) worden.

61. Het internationale kader is weinig expliciet over het gebruik van afzondering en fixatie met een **zelfontplooiend of** met een **preventief doel**, maar lijkt het gebruik daarvan toelaatbaar te achten als de betrokkene ermee toestemt. Vanuit de intersectorale methode in het kader van de ontwikkeling van de multidisciplinaire richtlijn over de preventie en toepassing van afzondering en fixatie is er evenwel geen consensus over de toelaatbaarheid van afzondering of fixatie in deze gevallen, waardoor het gebruik ervan te vermijden is.¹⁷⁹ Indien de wetgever het gebruik ervan toch verder wil regelen, lijkt de toepassing ervan vanuit internationaalrechtelijk oogpunt als een medische handeling te moeten worden beschouwd. De hierboven gemaakte bevoegdheidsrechtelijke analyse in het kader van ernstig en acuut gevaar, geldt ook bij deze twee doelstellingen.

¹⁷⁸ Dat gebeurt ook vandaag reeds in Omz.VI. 24 oktober 1990 betreffende afzondering van patiënten opgenomen in psychiatrische ziekenhuizen en in psychiatrische afdelingen van algemene ziekenhuizen.

¹⁷⁹ D. BEECKMANS, G. DROOGMANS, N. MERTENS, T. OPGENHAFFEN, J. VANHOOF, B. MAES, T. VAN ACHTERBERG, S. NIJS, J. PUT, C. VAN AUDENHOVE & K. DE CUYPER, *De ontwikkeling van een intersectorale richtlijn voor de preventie en toepassing van afzondering en fixatie in de brede residentiële jeugdhulp*, Leuven, Steunpunt Welzijn, Volksgezondheid en Gezin, 2021, 41-43.

3 Besluit

62. Dit hoofdstuk ging in op de bevoegdheidsrechtelijke aspecten van de interne rechtspositie van voor minderjarigen die op gesloten afdelingen van de kinder- en jeugdpsychiatrie verblijven. Het zwaartepunt van de analyse lag op de bevoegdheidsverdeling inzake het gezondheidsbeleid. Aan bod kwam hoe de gemeenschappen in beginsel een ruime bevoegdheid hebben om de interne rechtspositie te regelen, maar dat deze bevoegdheid op twee vlakken begrensd wordt: ten eerste door de (restrictief ingevulde) federale bevoegdheid inzake financiering, programmatie en organieke wetgeving en ten tweede door de residuaire federale bevoegdheid inzake de uitoefening van de geneeskunde.

Toegepast op de specifieke thema's binnen de interne rechtspositie, blijkt vooral deze laatste beperking een rem te plaatsen op de gemeenschapsbevoegdheid. Twee vaststellingen staan daarbij centraal.

1. Hoewel de gemeenschappen de meeste aspecten die de behandeling omkaderen, kunnen regelen, valt regelgevend optreden over de behandeling zelf buiten hun bevoegdheid. Zo zullen regels over een behandeling onder dwang – ook in subtiele vormen, bijvoorbeeld waarbij de erkenningsnormen verplichten om aan therapieën deel te nemen – niet uit de pen van de decreetgever kunnen vloeien. Hetzelfde geldt voor regels die medische taken toevertrouwen aan anderen dan de beroepsbeoefenaars in de gezondheidszorg.
2. Het opleggen van verplichtingen aan beroepsbeoefenaars in de gezondheidszorg bevindt zich in een grijze zone. Zo'n verplichtingen kunnen aanvaardbaar zijn voor zover ze kaderen binnen een gemeenschapsbevoegdheid en geen verregaande (directe en negatieve) impact hebben op wat beroepsbeoefenaars in de gezondheidszorg kunnen doen. Het evenredigheidsbeginsel bepaalt in dit geval de handelingsruimte.

Voor jongeren die vanuit het jeugdbeschermingsrecht in een GGZ-voorziening terecht komen, kan deze analyse worden aangevuld via de bevoegdheid inzake jeugdbescherming. Doordat het knelpunt in de bevoegdheidsverdeling zich veelal situeert op het vlak van de residuaire bevoegdheid inzake de uitoefening van de geneeskunde en die bevoegdheid ook vanuit de gemeenschapsbevoegdheid inzake jeugdbescherming gerespecteerd moet worden, zal het resultaat veelal hetzelfde zijn. Ook hier speelt bij een eventuele afweging het evenredigheidsbeginsel een scheidsrechterlijke rol.

Hoofdstuk 3

Medische behandeling en dwang

63. Het eerder ontwikkelde internationale toetsingskader besteedt veel aandacht aan de persoonlijke levenssfeer van de jongere.¹⁸⁰ De gezondheid van de jongere en zijn toegang tot medische diensten nemen daarbij een belangrijke plaats in.

Waar in andere vormen van gesloten opvang medische dienstverlening accessoir is aan het verblijf, vormt deze bij een opname op een gesloten afdeling van kinder- en jeugdpsychiatrie het belangrijkste element. Ook wanneer de opname plaatsvindt vanuit het jeugdbeschermingsrecht is de noodzaak van een behandeling de hoofdreden voor een verblijf in dit specifieke type van voorziening. Om deze noodzaak te beoordelen vindt een psychiatrische expertise plaats. Deze psychiatrische expertise behoort tot de externe rechtspositie en komt daardoor in dit onderzoek niet aan bod.¹⁸¹ Wel merken we terzijde op dat een verblijf in een FOR-K o.i. een vrijheidsberoving op grond van geestesziekte is in de zin van artikel 5 EVRM. Of een opname vrijheidsberovend is, hangt niet enkel af van het statuut van de betrokkene, maar van een hele reeks criteria waaronder het type, de duur, de aard van de maatregel en de wijze waarop deze wordt toegepast.¹⁸² Een beperking van de bewegingsvrijheid gedurende langere tijd (bv. door middel van een uitgangsverbod), is vrijheidsberovend.¹⁸³ Een vrijheidsberoving moet gepaard gaan met een betrouwbare en objectieve psychiatrische expertise¹⁸⁴ Anders dan het Jeugddelinquentiedecreet voorziet, mag de medische expertise niet louter afkomstig zijn van de partij die de opname zal uitvoeren.¹⁸⁵

64. In dit hoofdstuk staan de regels centraal die betrekking hebben op de medische behandeling van de jongere die op grond van het jeugdbeschermingsrecht in een psychiatrisch ziekenhuis verblijft. Deze regels volgen niet uit het jeugdbeschermingsrecht zelf; het gaat (veelal) om de gemeenrechtelijke regels die de rechten en plichten inzake medische behandeling omlijnen. Deze gemeenrechtelijke regels gaan uit van vrijwilligheid. Eerst wordt het internationale kader over de medische behandeling aangevuld; vervolgens wordt nagegaan welke regels de medische behandeling in België omkaderen.

¹⁸⁰ J. CARLÉ, T. OPGENHAFFEN, J. PUT, S. PLEYSIER, *Gesloten opvang van minderjarigen in Vlaanderen. Een Rechtspositieregeling*, Leuven, Steunpunt Welzijn Volksgezondheid en Gezin, 2020, 130-135

¹⁸¹ Zie ook P. MISTIAEN, M. DAUVIRIN, C. DE MEESTER, C. POUPEZ, I. VINCK, For-K, forensisch-psychiatrische intensieve behandel eenheden voor justitiële jongeren: aanbod, gebruik en behoefte, Brussel, KCE, 2021.

¹⁸² EHRM 8 June 1976, nrs. 5100/71 en 5101/71 en 5102/71 en 5354/72 en 5370/72, Engel e.a./ Oostenrijk, § 57; EHRM 6 november 1980, nr. 7367/76, Guzzardi/Italië, § 92; EHRM 28 november 1988, nr. 10929/84, Nielsen/Denemarken, § 67; EHRM 16 september 2014, nr. 50131/08, Atudorei/Roemenië, § 127.

¹⁸³ EHRM 16 oktober 2012, nr. 45026/07, Kędzior/Polen, § 57; EHRM 17 januari 2012, nr. 36760/06, Stanev/Bulgarije, § 125; EHRM 22 januari 2013, nr. 35939/10, Mihailovs/Letland, § 131.

¹⁸⁴ Voor meer over de criteria zie T. OPGENHAFFEN, *Vrijheidsbeperkingen in de zorg*, Antwerpen, Intersentia, 2020, 184-187; EHRM 11 oktober 2011, nr. 30951/10, Gorobet/Moldavië, § 41-42; EHRM 12 juni 2003, nr. 44672/98, Herz/Duitsland, § 44 en § 54; EHRM 27 maart 2008, nr. 44009/05, Shtukaturv/Rusland, § 115; EHRM 28 september 2006, nr. 56272/00, Kayadjieva/Bulgarije, § 35; EHRM 5 oktober 2009, nr. 31365/96, Varbanov/Bulgarije, § 48.

¹⁸⁵ EHRM 11 december 2008, nr. 34449/03, Shulepova/Rusland, § 42; EHRM 19 april 2012, nr. 2452/04, M./Ukraine, § 59.

1 Internationaal kader

65. Het eerder ontwikkelde internationale kader over medische behandeling is ook in deze context van toepassing.¹⁸⁶ Dat de algemene beginselen (toegang tot een arts, toestemming en vertrouwelijkheid, de aanwezigheid van preventieve gezondheidszorg, professionele onafhankelijkheid en bekwaamheid, en *equivalence of care*) ook in deze context gelden, wordt door het CPT expliciet bevestigd.¹⁸⁷ Wat het beginsel van *equivalence of care* betreft, moet in het bijzonder de kwaliteit van zorg bij een gedwongen verblijf gelijk zijn aan die in de vrijwillige zorg.¹⁸⁸

Tegelijk is een psychiatrisch ziekenhuis een medische behandelingscontext, waardoor de behandeling centraler staat dan in andere contexten van geslotenheid. Dat brengt met zich mee dat op basis van CPT-landenrapporten over de (forensische) GGZ enkele aanvullingen kunnen worden aangebracht.

66. De behandeling van de jongere staat in een (forensische) GGZ-voorziening centraal. Daartoe moet een gevarieerd aanbod van rehabilitatieve (gericht op een terugkeer in de samenleving), therapeutische en recreatieve aard beschikbaar zijn. Het gaat hierbij niet alleen om medische behandelingen in de strikte zin, maar ook om ergotherapie, groepstherapie, sport ...¹⁸⁹ Ergotherapie moet vooral inzetten op de motivatie van de jongere, zijn ontwikkelingskansen, leervaardigheden en relationele vaardigheden, en zijn zelfbeeld.¹⁹⁰ Daarbij wordt best zo veel mogelijk aangesloten bij het in de samenleving reeds beschikbare aanbod.¹⁹¹

Eén therapeutische activiteit per dag is een absoluut minimum.¹⁹²

Een aandachtspunt is het omzichtig gebruik van medicatie. Hoewel medicatie in een behandeling een plaats kan hebben, mag een behandeling niet louter farmacotherapeutisch zijn.¹⁹³

67. Het beschikbare aanbod moet worden omgezet in een geïndividualiseerd zorg- en behandelplan, dat multidisciplinair van aard is.¹⁹⁴ Voor forensische jongeren moet dat plan ook aandacht besteden aan het onder controle houden van de symptomen van de aandoening en het verminderen van het hervalrisico.¹⁹⁵ Dat plan wordt op regelmatige tijdstippen opnieuw beoordeeld.¹⁹⁶ De jongere (en desgevallend zijn vertegenwoordiger) moet bij het opstellen en het herzien van dat plan betrokken worden.¹⁹⁷

¹⁸⁶ J. CARLÉ, T. OPGENHAFFEN, J. PUT, S. PLEYSIER, *Gesloten opvang van minderjarigen in Vlaanderen. Een Rechtspositieregeling*, Leuven, Steunpunt Welzijn Volksgezondheid en Gezin, 2020, 45-47.

¹⁸⁷ CPT/Inf(98)12-part, Involuntary placement in psychiatric establishments, § 25-26.

¹⁸⁸ CPT/Inf(98)12-part, Involuntary placement in psychiatric establishments, § 32.

¹⁸⁹ CPT/Inf(98)12-part, Involuntary placement in psychiatric establishments, § 37; Noord-Macedonië, CPT/Inf(2021)08, § 137; Portugal, CPT/Inf(2020)33, § 90

¹⁹⁰ Portugal, CPT/Inf(2020)33, § 90; Bulgarije, CPT/Inf(2018)15, § 125; Portugal, CPT/Inf(2018)/6, § 111; Polen, CPT/Inf(2018)39, § 123.

¹⁹¹ Polen, CPT/Inf(2018)39, § 123.

¹⁹² Noord-Macedonië, CPT/Inf(2021)08, § 137.

¹⁹³ CPT/Inf(98)12-part, Involuntary placement in psychiatric establishments, § 38.

¹⁹⁴ CPT/Inf(98)12-part, Involuntary placement in psychiatric establishments, § 37.

¹⁹⁵ Moldavië, CPT/Inf(2020)27; Armenië, CPT/Inf(2021)10, § 81.

¹⁹⁶ CPT/Inf(98)12-part, Involuntary placement in psychiatric establishments, § 40.

¹⁹⁷ Noord-Macedonië, CPT/Inf(2021)08, § 137.

Naast een geïndividualiseerd zorg- en behandelplan is ook regelmatig multidisciplinair overleg vereist.¹⁹⁸

68. Bij het verlenen van zorg vormt de geïnformeerde toestemming steeds het uitgangspunt. De wilsbekwame betrokkene heeft dus te allen tijde het recht om een behandeling of medicatie te weigeren, ongeacht zijn opnamestatus (vrijwillig/gedwongen/forensisch) of zijn juridische bekwaamheid (wilsbekwaam/wilsonbekwaam).¹⁹⁹ Opdat hij dit recht op een zinvolle wijze kan uitoefenen, moet de jongere regelmatig informatie ontvangen over zijn gezondheidstoestand, zijn behandeling en de gevolgen daarvan en over het recht op herroeping zelf.²⁰⁰

Het recht op geïnformeerde toestemming geldt ook bij wilsonbekwaamheid, zij het dat in dat geval de vertegenwoordiger van de jongere betrokken wordt. De vertegenwoordiger ontvangt daartoe informatie en geeft (al dan niet) toestemming.²⁰¹ Uitgangspunt is dat de vertegenwoordiger zich laat leiden door wat de jongere gewild zou hebben.²⁰² Wat dat betreft, bestaat de vraag wat er moet gebeuren indien de jongere zich verzet tegen (de uitvoering van) een beslissing genomen door de vertegenwoordiger. Aan standvastig verzet tegen een handeling door een wilsonbekwame patiënt moet waarde worden gehecht.²⁰³ Het internationale kader formuleert echter weinig concrete richtlijnen over hoe verzet beoordeeld moet worden en welk gevolg eraan gegeven moet worden. In recente landenrapporten beveelt het CPT aan een onafhankelijke *second opinion* in te winnen wanneer een patiënt zich verzet tegen een behandeling waarmee de vertegenwoordiger toestemt.²⁰⁴

Dat de patiënt het recht heeft zich tegen een behandeling te verzetten, betekent allerminst dat medisch personeel terughoudend moet zijn en de jongere niet mag motiveren; het CPT verwacht immers van hen dat ze jongeren aansporen en motiveren om aan therapeutische activiteiten deel te nemen.²⁰⁵ Aansporen en motiveren mag zich evenwel niet vertalen in dwang of mag er niet toe leiden dat het weigeringsrecht vervalft. Enige druk wordt door het EHRM aanvaard, voor zover het drukkingsmiddel legitiem is.²⁰⁶

198 CPT/Inf(98)12-part, Involuntary placement in psychiatric establishments, § 45; Noord-Macedonië, CPT/Inf(2021)08, § 137.

199 Noord-Macedonië, CPT/Inf(2021)08, § 154; Moldavië, CPT/Inf(2020)27, § 147; Albanië, CPT/Inf(2019)28, § 136; Tsjechië, CPT/Inf(2019)23, § 146; Montenegro, CPT/Inf(2019)/2, § 108; Albanië, CPT/Inf(2018)18, § 43.

200 Noord-Macedonië, CPT/Inf(2021)/08, § 154; Moldavië, CPT/Inf(2020)27, § 147; Albanië, CPT/Inf(2019)28, § 136; Tsjechië, CPT/Inf(2019)23, § 146; Malta, CPT/Inf(2016)25, § 132.

201 Noord-Macedonië, CPT/Inf(2021)08, § 154; Moldavië, CPT/Inf(2020)27, § 147; Albanië, CPT/Inf(2019)28, § 136; Tsjechië, CPT/Inf(2019)23, § 146.

202 EHRM 22 januari 2013, nr. 35939/10, Mihailovs/Letland, § 145; Recommendation Rec(2003)24 of the Committee of Ministers of the Council of Europe on the Organisation of Palliative Care (12 november 2003), CM/Rec(2003)24, IIX.

203 EHRM 14 februari 2012, 13469/06, D.D./Litouwen, § 118; EHRM 17 januari 2012, nr. 36760/06, Stanev/Bulgarije; EHRM 14 februari 2012, 13469/06, D.D./Litouwen, § 150; EHRM 22 januari 2013, nr. 35939/10, Mihailovs/Letland, § 143; EHRM 15 juni 2005, nr. 61603/00, Storck/Duitsland, § 75; EHRM 26 februari 2002, nr. 39187/98, H.M./Zwitserland, § 46.

204 Noord-Macedonië, CPT/Inf(2021)08, § 154; Moldavië, CPT/Inf(2020)27, § 147; Albanië, CPT/Inf(2019)28, § 136; Tsjechië, CPT/Inf(2019)23, § 146.

205 Noord-Macedonië, CPT/Inf(2021)08, § 137.

206 EHRM 6 november 2014, nr. 12927/13, Dvořáček /Tsjechië, § 101-104. Voor een bespreking zie T. OPGENHAFFEN, *Vrijheidsbeperkingen in de zorg*, Antwerpen, Intersentia, 2020, 287.

Het weigeren van een behandeling of medicatie mag niet gesanctioneerd worden.²⁰⁷

69. Een dwangbehandeling is niet toegestaan, tenzij er een wettelijke basis voor bestaat en de toepassing ervan strikt is afgebakend.²⁰⁸ 'Dwangbehandeling' mag niet te beperkend begrepen worden: ook bijvoorbeeld opgelegde individuele beperkingen op bezoek wanneer dat noodzakelijk is voor de behandeling van de betrokkene, vallen onder het begrip dwangbehandeling.²⁰⁹

De rechtvaardiging van een dwangbehandeling gebeurt in principe door een wet in de formele zin die de toepassingsvoorwaarden voor, en procedure en rechtswaarborgen bij een dwangbehandeling expliciteert.²¹⁰ Ze moet bijdragen aan de voorzienbaarheid van de dwangbehandeling, onder meer door het uittekenen van de procedure die vastlegt wanneer een behandeling mogelijk is, hoe ver ze kan gaan, wie ze uitvoert en wanneer ze ophoudt. Ook de voorziening kan bij het voorzienbaar maken van de dwangbehandeling een belangrijke rol spelen, in het bijzonder bij het opmaken van individuele zorg- en behandelplannen.²¹¹

Een (impliciete) rechtsgrond voor dwangbehandeling mag dus niet afgeleid worden uit het juridisch statuut van een dwangopname of forensische opname. Bovendien moet de rechtsgrond die de dwangbehandeling regelt voldoende onderscheid maken tussen de dwangopname enerzijds en de dwangbehandeling anderzijds.²¹² Administratieve praktijken die ontstaan bij gebrek aan wettelijk kader, zijn uit den boze.²¹³

Het internationale kader is niet eenduidig over de vraag of algemene rechtsfiguren die toelaten om in te grijpen bij ernstig en dreigend gevaar voor een hoger rechtsgoed (in België: de noodtoestand, *infra*, randnr. 82) een gepaste rechtsgrond zijn voor een dwangbehandeling. Waar Rec(2004)10 van de Raad van Europa dergelijke rechtsgronden bij korte dwangbehandelingen (24 of 48 uur²¹⁴) aanvaardt voor

207 Polen, CPT/Inf(2018)39, § 36; Duitsland, CPT/Inf(2017)13, § 126.

208 CPT/Inf(98)12-part, Involuntary placement in psychiatric establishments, § 41; Noord-Macedonië, CPT/Inf(2021)08, § 154; Moldavië, CPT/Inf(2020)/27, § 147; Albanië, CPT/Inf(2019)28, § 136; Tsjechië, CPT/Inf(2019)23, § 146.

209 Nederland, CPT/Inf(2017)1, § 145.

210 Art. 20 Recommendation Rec(2004)10 of the Committee of Ministers of the Council of Europe Concerning the Protection of the Human Rights and Dignity of Persons with Mental Disorder (22 september 2004), CM/Rec(2004)10; Zie ook art. 7 Convention for the protection of Human Rights and Dignity of the Human Being with regard to the Application of Biology and Medicine: Convention on Human Rights and Biomedicine (4 april 1997), ETS N° 164; Explanatory Memorandum of Recommendation Rec(2004)10 of the Committee of Ministers of the Council of Europe Concerning the Protection of the Human Rights and Dignity of Persons with Mental Disorder (22 september 2004), CM/Rec(2004)10, § 151-159.

211 Art. 19, § 1 en § 2 Recommendation Rec(2004)10 of the Committee of Ministers of the Council of Europe Concerning the Protection of the Human Rights and Dignity of Persons with Mental Disorder (22 september 2004), CM/Rec(2004)10.

212 Slovenië, CPT/Inf(2017)27, § 125.

213 Italië, CPT/Inf(2017)23, § 128.

214 Explanatory Memorandum of Recommendation Rec(2004)10 of the Committee of Ministers of the Council of Europe Concerning the Protection of the Human Rights and Dignity of Persons with Mental Disorder (22 september 2004), CM/Rec(2004)10, § 160-163.

zover beroep mogelijk is²¹⁵, wijzen andere organen de toepassing ervan af.²¹⁶ Minstens voor verre- gaande of langdurige behandelingen is de noodtoestand geen geschikte rechtsgrond.²¹⁷

Zowel het wettelijke kader als de toepassing in de praktijk moeten de dwangbehandeling restrictief be- naderen. Een dwangbehandeling is slechts aanvaardbaar indien de betrokkene geestesziek is en daar- door een gevaar vormt voor zijn eigen gezondheid of voor die van derden. Bovendien is er geen andere manier om dat gevaar te doen wijken en wordt de mening van de betrokkene (desgevallend zijn verte- genwoordiger) beluisterd en in de afweging meegenomen.²¹⁸ De toepassing ervan moet specifiek en doelmatig zijn.²¹⁹ De dwangbehandeling mag bovendien niet gebruikt worden met als hoofdbedoeling om gedrag te corrigeren.²²⁰

De rechtsgrond moet ook voorzien in een onafhankelijk (rechterlijk) orgaan dat de beslissing neemt of dat toezicht houdt op de door artsen genomen beslissing.²²¹ In het laatste geval moet de jongere zich tot dat orgaan kunnen richten.²²² Ook andere waarborgen, bijvoorbeeld een *second opinion*, kunnen de dwangbehandeling procedureel omkaderen.²²³

-
- 215 Art. 21 Recommendation Rec(2004)10 of the Committee of Ministers of the Council of Europe Concerning the Protection of the Human Rights and Dignity of Persons with Mental Disorder (22 september 2004), CM/Rec(2004)10.
- 216 Report by Nils Muižnieks, the Commissioner for Human Rights of the Council of Europe following his visit to Nor- way from 19 to 23 Januari 2015 (18 mei 2015), CommDH(2015)9, § 43; Concluding observations of the Committee on Economic, Social and Cultural Rights on the Fifth Periodic Report of Norway (13 december 2013), *UN Doc. E/C.12/NOR/CO/5* (2013), § 19.
- 217 Report by Nils Muižnieks, the Commissioner for Human Rights of the Council of Europe following his visit to Nor- way from 19 to 23 Januari 2015 (18 mei 2015), CommDH(2015)9, § 43; Concluding observations of the Committee against Torture on the combined sixth and seventh periodic reports of Norway (13 december 2012), *UN Doc. CAT/C/NOR/CO/6-7*, § 15.
- 218 Art. 18 Recommendation Rec(2004)10 of the Committee of Ministers of the Council of Europe Concerning the Protection of the Human Rights and Dignity of Persons with Mental Disorder (22 september 2004), CM/Rec(2004)10; Report by Nils Muižnieks, the Commissioner for Human Rights of the Council of Europe follow- ing his visit to Norway from 19 to 23 Januari 2015 (18 mei 2015), CommDH(2015)9, § 31; Concluding Observations of the Human Rights Committee on the Third Periodic Report of Latvia (11 april 2014), *UN Doc. CCPR/C/LVA/CO/3* (2014), § 16; Concluding Observations of the Human Rights Committee on the Fourth Periodic Report of the United States of America (23 april 2014), *UN Doc. CCPR/C/USA/CO/4*, § 18; Approach of the Subcommittee on Prevention on Torture and Other Cruel, Inhuman or Degrading Treatment or Punishment Regarding the Rights of Persons Institutionalized and Treated Medically without Informed Consent (26 januari 2016), *UN Doc. CAT/OP/27/2* (2016), § 17; Art. 7 Convention for the protection of Human Rights and Dignity of the Human Being with regard to the Application of Biology and Medicine: Convention on Human Rights and Biomedicine (4 april 1997), ETS N° 164.
- 219 Art. 19 Recommendation Rec(2004)10 of the Committee of Ministers of the Council of Europe Concerning the Protection of the Human Rights and Dignity of Persons with Mental Disorder (22 september 2004), CM/Rec(2004)10.
- 220 Report of the Special Rapporteur on the Right of Everyone to the Enjoyment of the Highest Attainable Standard of Physical and Mental Health (10 augustus 2009), *UN Doc. A/64/272* (2009), § 73.
- 221 Resolution 1460 (2005) of the Parliamentary Assembly of the Council of Europe on Improving the Response to Mental Health Needs in Europe (24 juni 2005), PA/Res1460(2005), § 14.
- 222 Recommendation 1245 (1994) of the Parliamentary Assembly of the Council of Europe on Psychiatry and Human Rights (12 april 1994), PA/Rec1235(1994), § 7.2.c; CPT Checklist for Visits in Social Care Institutions where Persons may be Deprived from their Liberty (22 mei 2015), CPT/Inf(2015)23, G.
- 223 Report by Nils Muižnieks, the Commissioner for Human Rights of the Council of Europe following his visit to Nor- way from 19 to 23 Januari 2015 (18 mei 2015), CommDH(2015)9, § 43. Klassiek zijn bijkomende waarborgen voor verre- gaande behandelingen zoals ECT. Over hoe deze waarborgen eruit moeten zien bestaat geen consensus. Zie

70. Zoals ook verder zal blijken (*infra*, randnr. 105), is de verhouding tussen zorg en veiligheid precair. Toch moet een voorziening er steeds over waken dat de behandeling voorop blijft staan en dat er geen bewakingscultuur ontstaat.²²⁴

2 De medische behandeling in Vlaanderen

2.1 De Wet Uitoefening Gezondheidszorgberoepen en de Wet Patiëntenrechten

71. Zoals besproken, wordt de medische behandeling en de rechtsverhouding met de beroepsbeoefenaar in de gezondheidszorg goeddeels door de federale wetgever geregeld. Uitgangspunten daarbij zijn de Wet Uitoefening Gezondheidszorgberoepen en de Wet Patiëntenrechten.

1. De **Wet Uitoefening Gezondheidszorgberoepen** regelt onder meer de kwalificatie en bevoegdheden van beoefenaars van een gezondheidszorgberoep. Het betreft artsen, tandartsen, apothekers, kinesitherapeuten, verpleegkundigen, zorgkundigen, vroedvrouwen, hulpverleners-ambulanciers, klinisch psychologen (incl. de psychotherapie), klinisch orthopedagogen en wettelijk erkende paramedische beroepen. Dat zijn onder meer bandagisten, ergotherapeuten, logopedisten en podologen.²²⁵ Zoals gezegd gaat het niet om exclusief federale regelgeving (*supra*, randnr. 30).

Een voor dit onderzoek belangrijk element is dat deze wet de uitoefening van de gezondheidszorg – *i.e.* handelingen met een preventief, diagnostisch of therapeutisch doel – voorbehoudt aan wie een gezondheidszorgberoep uitoefent.²²⁶ De wet regelt immers een monopolie op medische handelingen en behoudt de toepassing daarvan voor aan artsen. Andere gezondheidszorgberoepen krijgen specifieke bevoegdheden. Zo zijn de verstrekkingen en handelingen die een verpleegkundige mag uitvoeren, en de daarbij geldende voorwaarden, opgenomen in een

bijvoorbeeld Recommendation 1245 (1994) of the Parliamentary Assembly of the Council of Europe on Psychiatry and Human Rights (12 april 1994), PA/Rec1235(1994), § 7.2.b v. Report by Nils Muižnieks, the Commissioner for Human Rights of the Council of Europe following his visit to Finland from 11 to 13 June 2012 (25 september 2012), CommDH(2012)27, § 68.

²²⁴ Finland, CPT/Inf(2021)05, § 70.

²²⁵ Voor de volledige lijst zie art. 1 KB 2 juli 2009 tot vaststelling van de lijst van de paramedische beroepen, BS 17 augustus 2009.

²²⁶ Art. 122-124 Wet Uitoefening Gezondheidszorgberoepen; vb. Cass. 20 juni 1990, *Arr.Cass.* 1989-90, 1342; F. BLOCKX, "Het misdrijf van onwettige uitoefening van de geneeskunde" in F. DEWALLENS en T. VANSWEEVELT (eds.), *Handboek gezondheidsrecht*, I, Antwerpen, Intersentia, 2014, 662-664; T. GOFFIN, *De professionele autonomie van de arts. De rechtspositie van de arts in de arts-patiëntrelatie*, Brugge, die Keure, 2011, 79; H. NYS, *Geneeskunde. Recht en medisch handelen*, Mechelen, Kluwer, 2015, 20-21.

koninklijk besluit.²²⁷ Een verpleegkundige mag bijvoorbeeld geen medicatie toedienen zonder voorschrift van een arts.²²⁸

De monopolisering van het medische handelen heeft twee belangrijke gevolgen. Ten eerste mag wie daartoe niet bevoegd is geen medische handelingen stellen. Zo niet oefent hij onwettig de geneeskunde uit.²²⁹ Dat beperkt de handelingsruimte van de gemeenschappen om nieuwe functies in de geestelijke gezondheidszorg in het leven te roepen of om via de erkenningsnormen in te grijpen in het medisch handelen.²³⁰ Ten tweede heeft dit tot gevolg dat (behoudens wettelijke uitzonderingen) alle medisch handelen aan de toepassing van de Wet Patiëntenrechten onderworpen is.

2. De **Wet Patiëntenrechten** is het uitgangspunt in de rechtsverhouding tussen de zorggebruiker en zorgverleners die beroepsbeoefenaar zijn in de gezondheidszorg. Ook het psychiatrisch ziekenhuis zelf is verplicht de Wet Patiëntenrechten toe te passen voor wat de medische, verpleegkundige en andere gezondheidszorgberoepsmatige aspecten van het ziekenhuisbeleid betreft.²³¹ Op grond van de eerder gemaakte bevoegdheidsrechtelijke analyse rijst de vraag of deze bepaling, die het toepassingsgebied van de Wet Patiëntenrechten uitbreidt, nog tot de federale bevoegdheid behoort (*supra*, randnr. 32). Een negatief antwoord op deze vraag sluit niet uit dat de Wet Patiëntenrechten *de lege lata* niet van toepassing zou zijn op de rechtsverhouding tussen de zorggebruiker en de voorziening, maar betekent wel dat de decreetgever daar *de lege ferenda* wijzigingen in kan aanbrengen.

Bovendien rijst de vraag of de bepalingen van de Ziekenhuiswet – en dus ook de bepaling over de toepassing van de Wet Patiëntenrechten – strikt genomen wel van toepassing is op FOR-K-bedden, die buiten de programmatie en de erkenningsnormen vallen.

72. Hoewel het Decreet Rechtspositie Minderjarigen vandaag nog niet van toepassing is op psychiatrische ziekenhuizen die in gesloten opvang voorzien, is het m.o.o. eventuele toekomstige initiatieven nodig stil te staan bij de (huidige) verhouding tussen dat decreet en de Wet Patiëntenrechten.

227 KB 18 juni 1990 houdende vaststelling van de lijst van de technische verpleegkundige verstrekkingen en de lijst van de handelingen die door een arts aan beoefenaars van de verpleegkunde kunnen worden toevertrouwd, alsmede de wijze van uitvoering van die verstrekkingen en handelingen en de kwalificatievereisten waaraan de beoefenaars van de verpleegkunde moeten voldoen, *BS* 26 juli 1990. Zie *idem* voor zorgkundigen in KB 12 januari 2006 tot vaststelling van de verpleegkundige activiteiten die de zorgkundigen mogen uitvoeren en de voorwaarden waaronder de zorgkundigen deze handelingen mogen stellen, *BS* 3 februari 2006.

228 Punt 1.7, Bijlage I KB 18 juni 1990 houdende vaststelling van de lijst van de technische verpleegkundige verstrekkingen en de lijst van de handelingen die door een arts aan beoefenaars van de verpleegkunde kunnen worden toevertrouwd, alsmede de wijze van uitvoering van die verstrekkingen en handelingen en de kwalificatievereisten waaraan de beoefenaars van de verpleegkunde moeten voldoen, *BS* 26 juli 1990.

229 F. BLOCKX, “Het misdrijf van onwettige uitoefening van de geneeskunde” in F. DEWALLENS en T. VANSWEEVELT (eds.), *Handboek gezondheidsrecht*, I, Antwerpen, Intersentia, 2014, 661 e.v.; H. NYS, *Geneeskunde. Recht en medisch handelen*, Mechelen, Kluwer, 2015, 20-21; T. OPGENHAFFEN, *Vrijheidsbeperkingen in de zorg*, Antwerpen, Intersentia, 2020, 373-378.

230 H. NYS en E. VANERMEN, “De wet op de uitoefening van de gezondheidszorgberoepen ontspoord” in VRG ALUMNI (red.), *Recht in beweging. 23ste VRG-Alumnidag 2016*, Antwerpen, Maklu, 2016, 164, vn. 90; . VAN NIEUWENHOVE, “Het gezondheidsbeleid” in B. SEUTIN en G. VAN HAEGENDOREN (eds.), *Bevoegdheidsverdeling van de Gemeenschappen*, Brugge, die Keure, 2017, 207; Adv.RvS. nr. 42.544/VR/3 betreffende ontwerp van decreet betreffende de zorg- en bijstandsverlening, *Parl.St.* VI.Parl. 2007-2008, nr. 1708-1, 41.

231 Art. 30 Gec.Wet 10 juli 2008 op de ziekenhuizen en andere verzorgingsinrichtingen, *BS* 7 november 2008.

Wanneer de Wet Patiëntenrechten en het Decreet Rechtspositie Minderjarigen van elkaar afwijken, verleent artikel 3, § 1 van het Decreet voorrang aan de Wet Patiëntenrechten. Vanuit bevoegdheidsrechtelijk oogpunt is dat althans wat de rechtsverhouding met beroepsbeoefenaars in de gezondheidszorg betreft, een terechte keuze. Voor wat de verhouding met de voorziening betreft zou dit (zoals hoger aangegeven) in de toekomst kunnen worden herzien, althans voor zover het Decreet Rechtspositie Minderjarigen de medische en verpleegkundige aspecten van de rechtsverhouding aan de federale wetgever overlaat.

De voorrang van de Wet Patiëntenrechten heeft twee belangrijke implicaties.

1. Ten eerste zal de bekwaamheid van de minderjarige (en de daaruit voortvloeiende vertegenwoordiging) moeten worden beoordeeld vanuit de artikelen 12 en 15 van de Wet Patiëntenrechten en niet vanuit artikel 4, § 2 van het Decreet rechtspositie minderjarige. Daardoor geldt er geen vermoeden van wilsbekwaamheid vanaf de leeftijd van twaalf jaar.
2. Ten tweede geldt de uitsluiting van het recht op vrije toestemming in het jeugddelinquentierecht en de gerechtelijke jeugdhulp niet wanneer deze maatregel een medische (be)handeling betreft.²³² Het recht op geïnformeerde toestemming uit de Wet Patiëntenrechten gaat immers voor. De zorgverlener (en de zorgvoorziening) zullen met andere woorden het recht op geïnformeerde toestemming uit artikel 8 van de Wet Patiëntenrechten moeten respecteren, tenzij een andere rechtsgrond dan het Decreet Rechtspositie Minderjarigen daarop een uitzondering voorziet.

2.2 Het recht om geïnformeerd toe te stemmen en de omvang daarvan

73. Het internationale kader plaatst geïnformeerde toestemming voorop. Dat stemt overeen met het (nationale) patiëntenrecht om voorafgaand aan elke tussenkomst vrij en geïnformeerd toe te stemmen.²³³ Het recht op geïnformeerde toestemming in de zin van de Wet Patiëntenrechten houdt in dat de patiënt, naast alle informatie die over zijn gezondheidstoestand gaat²³⁴, ook alle relevante informatie krijgt over de medische handelingen die hij mogelijk zal ondergaan.²³⁵ Het gaat onder meer over de aard van de tussenkomst, de graad van urgentie, de duur en frequentie van de behandeling en de nazorg.²³⁶ Voor zover ze relevant zijn, moeten ook tegenaanwijzingen, nevenwerkingen en risico's genoemd worden.²³⁷ De beroepsbeoefenaar moet ook de (behandelings)alternatieven voor en kosten van de behandeling duiden.²³⁸

74. De toepassing van het recht op geïnformeerde toestemming op gesloten afdelingen van de kinderen jeugdpsychiatrie roept twee vragen op.

²³² Art 3, § 1, tweede lid Decreet Rechtspositie Minderjarige.

²³³ Art 8, § 1, eerste lid Wet Patiëntenrechten.

²³⁴ Art. 7, § 1 Wet Patiëntenrechten.

²³⁵ Art. 8, § 2 Wet Patiëntenrechten.

²³⁶ Luik 27 september 2006, *RGAR* 2009, afl. 2, nr. 14479; Gent 13 november 2014, *T.Gez.* 2016-17, afl. 2, 109, noot X; Brussel 4 februari 2014, *T.Gez.* 2015-16, afl. 1, 74, noot EGGERMONT, M; Bergen 28 oktober 2011, *T.Gez.* 2012-13, afl. 3, 234, noot VANSWEEVELT, T. en Luik 22 januari 2009, *JLMB* 2009, afl. 25, 1161, noot GENICOT, G.

²³⁷ Antwerpen 10 november 2008, *T.Gez.* 2011-12, afl. 1, 29, noot R.M., R.V.

²³⁸ Rb. Brugge 19 januari 1998, *RW* 1999-00, 717; Rb. Brussel 9 oktober 2001, *T.Gez.* 2002-03, afl. 3, 174; Rb. Kortrijk 24 juni 2010, *TGR-TWVR* 2011, afl. 2, 81, noot -; Vred. Gent 14 juli 2008, *T.Vred.* 2012, 248, noot GENICOT, G.

1. De eerste vraag is wat de omvang van het recht op geïnformeerde toestemming is. Deze vraag is van belang om te bepalen waarmee de jongere tijdens een verblijf moet kunnen toestemmen enerzijds en wat door de voorziening of de er aanwezige beroepsbeoefenaars kan worden opgelegd anderzijds (bv. middels huisregels).

Het recht om geïnformeerd toe te stemmen valt samen met het toepassingsgebied van de Wet Patiëntenrechten zelf: het verstekken van diensten met het oog op het bevorderen, vaststellen, behouden, herstellen of verbeteren van de gezondheidstoestand van de patiënt.²³⁹ De wetgever gaf daaraan bewust een ruime invulling²⁴⁰, met als gevolg dat elke dienst geleverd door een beroepsbeoefenaar die gericht is op de gezondheidstoestand van de patiënt erdoor gevat wordt. Dat geldt ook voor (veiligheids)maatregelen die bedoeld zijn om minderjarigen tegen zichzelf te beschermen. In dat opzicht vormt de Wet Patiëntenrechten een belangrijke 'gezondheidsgrens' bij het organiseren van de orde en veiligheid in de voorziening (*infra*, hoofdstuk 111).

2. De tweede vraag is hoe de geïnformeerde toestemming gegeven kan worden. Anders dan het begrip doet vermoeden, moet de geïnformeerde toestemming uit de Wet Patiëntenrechten niet vanuit een contractuele bril worden bekeken. De (hoofd)bedoeling van de geïnformeerde toestemming is niet om een contractuele relatie tot stand te brengen tussen de beroepsbeoefenaar en de patiënt. De geïnformeerde toestemming is eerder gekoppeld aan de persoonlijkheidsrechten (ook wel: private grondrechten) van de patiënt, in het bijzonder zijn recht op integriteit.²⁴¹ Met een geïnformeerde toestemming geeft de patiënt aan de beroepsbeoefenaar in de gezondheidszorg de toelating om zich in zijn persoonlijkheid te mengen. Voor zover die inmenging het voorwerp zou uitmaken van het misdrijf slagen en verwondingen, biedt de toelating bovendien een rechtvaardigingsgrond.²⁴² Anders dan bij een contract – waar de toestemming vooraf gegeven wordt – moet bij de inmenging van persoonlijkheidsrechten de toelating steeds specifiek zijn en op het moment zelf beoordeeld worden.²⁴³

75. De combinatie van het eerste en het tweede antwoord heeft belangrijke gevolgen voor de organisatie van een FOR-K. Twee aspecten zijn in het bijzonder van belang.

²³⁹ Art. 2, 2° Wet Patiëntenrechten.

²⁴⁰ Wetsontwerp betreffende de rechten van de patiënt. Verslag namens de Commissie voor de sociale aangelegenheden, *Parl.St. Senaat* 2001-02, nr. 2-1250/3, 46.

²⁴¹ E. GULDIX, *De persoonlijkheidsrechten, de persoonlijke levenssfeer en het privéleven in onderling verband*, onuitg. doctoraatsthesis VUB, 1986, 45; L. DIERCKX, *Recht op Afbeelding*, Antwerpen, Intersentia, 2005, 212 en 224-225; T. GOFFIN, "Toestemming in het medisch recht. Een nieuwe lezing van een oud probleem", *RW* 2007-2008, 1312-1313.

²⁴² H. NYS, "De ontwikkeling van het gezondheidsrecht in 2007 en 2008", *T.Gez.* 2009-10, 95; A. DIERICKX, *Toestemming en strafrecht. Een strafrechtsdogmatische analyse van de toestemming en de strafrechtelijke bescherming van lijf en leven*, Antwerpen, Intersentia, 2006, 69 en 247-286.

²⁴³ T. GOFFIN, "Toestemming in het medisch recht. Een nieuwe lezing van een oud probleem", *RW* 2007-2008, 1312-1313; M. VAN QUICKENBORNE, "De instemming van de patiënt in de therapeutische relatie", *RW* 1986-87, 2402-2414; J. VELAERS, "Het menselijk lichaam en de grondrechten" in P. REYNAERT, J. TAELS en G. VANHEESWIJCK, *Over zichzelf beschikken? Juridische en ethische bijdragen over het leven, het lichaam en de dood*, Antwerpen – Apeldoorn, Maklu, 1996, 192-198.

1. Het eerste betreft collectieve behandelafspraken en door de voorziening uitgestippelde standaard-behandelingstrajecten. Vaak maakt een voorziening, vanuit een bepaalde visie op zorg, keuzes over hoe de behandeling eruit moet zien en leidt dat tot vaste stappen in een behandelingstraject (bv. het toekennen van vrijheden naargelang de opnameduur) en tot huisregels die dat standaardtraject moeten bevorderen (bv. huisregels die verplichten om medicatie te nemen, huisregels die bezoek verbieden wanneer dat bezoek een negatieve impact heeft op de behandeling, huisregels die de afwezigheid op therapiemomenten sanctioneren).

Die aangehaalde regels en collectieve afspraken vallen onder het toepassingsgebied van de Wet Patiëntenrechten en zouden dan ook het voorwerp moeten uitmaken van de geïnformeerde toestemming.²⁴⁴ Dat wil niet enkel zeggen dat de jongere informatie ontvangt, maar ook dat hij ermee moet toestemmen of zijn toestemming kan weigeren. Het verdient dan ook de aanbeveling om die aspecten zo veel mogelijk individueel af te spreken. Voor zover dat niet mogelijk of wenselijk is, moet er minstens over worden gewaakt dat de zorggebruiker steeds het recht behoudt om de toepassing van (een aspect uit) het behandelingstraject vrij te weigeren, d.w.z. zonder voor hem nadelige gevolgen. Hij moet bovendien van dat recht op de hoogte zijn.

2. Het tweede betreft de uitvoerbaarheid van vooraf gemaakte afspraken met de jongere. Het is vanuit het internationale kader noodzakelijk om vooraf met de jongere af te spreken hoe zijn medische behandeling zal verlopen en welke beperkingen op de vrijheid nodig of wenselijk zijn om de behandeling te doen slagen. Daartoe wordt een geïndividualiseerd zorg- en behandelingsplan opgesteld.

Gelet het recht op geïnformeerde toestemming en het in bijzonder het feit dat de toestemming actueel (d.i. op het moment van de (be)handeling) en herroepbaar moet zijn, zijn deze afspraken niet onder dwang uitvoerbaar. De vooraf gemaakte afspraken sluiten niet uit dat de toestemming beoordeeld moet worden op het moment van de uitvoering ervan. Dat wil zeggen dat de minderjarige op het moment van de uitvoering de vooraf gemaakte afspraak kan herroepen.²⁴⁵ Dat de herroeping moet worden gerespecteerd binnen de interne rechtspositie, sluit niet uit dat op het vlak van de externe rechtspositie het nut van een verblijf in een psychiatrisch ziekenhuis opnieuw beoordeeld kan worden en aanleiding kan geven tot een herziening van de maatregel of sanctie.

2.3 De geïnformeerde toestemming en minderjarigen

76. Ook jongeren hebben het recht om geïnformeerd toe te stemmen. Voor zover ze daartoe wilsbekwaam zijn, oefenen ze dat recht bovendien zelf uit. Wilsbekwaam wil zeggen dat de jongere in de voorliggende situatie in staat is om de informatie die tot zijn beslissing aanleiding geeft, te begrijpen en de

²⁴⁴ M. NOTELTEIRS en T. OPGENHAFFEN, "Huisregels in de residentiële geestelijke gezondheidszorg. Orde op zaken gesteld.", *T. Gez.* 2019-20, 182-183; T. OPGENHAFFEN, *Vrijheidsbeperkingen in de zorg*, Antwerpen, Intersentia, 2020, 346-347 en 391-393.

²⁴⁵ M. VAN QUICKENBORNE, "De instemming van de patiënt in de therapeutische relatie", *RW* 1986-87, 2402-2414; J. VELAERS, "Het menselijk lichaam en de grondrechten" in P. REYNAERT, J. TAELS en G. VANHEESWIJCK, *Over zichzelf beschikken? Juridische en ethische bijdragen over het leven, het lichaam en de dood*, Antwerpen – Apeldoorn, Maklu, 1996, 192-198.

gevolgen van zijn beslissing kan inschatten.²⁴⁶ Dat is steeds een feitelijk gegeven: of een specifieke minderjarige wilsbekwaam is, kan per beslissing en per moment verschillen.²⁴⁷

In het jeugdbeschermingsrecht creëert het Decreet Rechtspositie Minderjarigen een vermoeden van wilsbekwaamheid vanaf 12 jaar.²⁴⁸ Dat is niet zo in de Wet Patiëntenrechten. Die wet hanteert geen wettelijke vermoedens over de wilsbekwaamheid, wat niet uitsluit dat er – voor zover dat binnen het wettelijke kader gebeurt – feitelijke vermoedens gebruikt kunnen worden.

77. Er bestaan verschillende instrumenten om de wilsbekwaamheid te beoordelen.²⁴⁹ Die instrumenten – die veelal uit de medische wetenschappen en de ethiek afkomstig zijn – komen in dit werk niet aan bod. Wel staat vast dat een oordeel over de wilsbekwaamheid in de meeste gevallen geen zwart-wit resultaat geeft. Vele jongeren zijn in een bepaalde mate in staat om informatie te begrijpen en te verwerken, zij het niet steeds voldoende om volledig zelfstandig een beslissing te kunnen nemen.

Om die grijze zone te kunnen vatten onderscheidt de rechtsleer drie groepen: [1] minderjarigen die niet in staat zijn om aan de besluitvorming deel te nemen; [2] minderjarigen die aan het besluitvormingsproces kunnen deelnemen, maar niet zelfstandig een beslissing kunnen nemen; [3] minderjarigen die in staat zijn om zelfstandig een beslissing te nemen.²⁵⁰ In wat volgt bespreken we de gevolgen van de wils(on)bekwaamheid voor elk van deze groepen.

78. Minderjarigen die niet in staat zijn om aan de besluitvorming deel te nemen, vormen de eerste groep. Zij zijn geheel wilsbekwaam omdat ze in het specifieke geval niet (of slechts in zeer beperkte mate) in staat zijn om informatie te begrijpen en te verwerken. Soms worden deze minderjarigen ook benoemd als “niet-mature minderjarigen”; die benaming verdient evenwel nuance, omdat niet enkel de maturiteit, maar ook een specifiek voorval (bv. een acute psychose) aanleiding kan geven tot deze situatie.

²⁴⁶ C.L. CHARLAND, “Decision-Making Capacity” in E.N. ZALTA (ed.), *The Stanford Encyclopedia of Philosophy*, Stanford, Center for the Study of Language and Information (CSLI), Stanford University, 2015, <http://plato.stanford.edu/archives/fall2015/entries/decision-capacity>; T. GRISSO en P.S. APPELBAUM, “Comparison of Standards for Assessing Patients' Capacities to Make Treatment Decisions”, *The American Journal of Psychiatry* 1995, 1033; DE HERT en M. WAMPERS, “Juridische aspecten in België” in I. HEIN en A. HONDIUS (eds.), *Wilsbekwaamheid in de medische praktijk*, Utrecht, De tijdstroom, 2018, 33-35.

²⁴⁷ T. OPGENHAFFEN, *Vrijheidsbeperkingen in de zorg*, Antwerpen, Intersentia, 2020, 116; Wetsontwerp betreffende de rechten van de patiënt, *Parl.St. Kamer 2001-02*, nr. 50-1642/001, 40-42.

²⁴⁸ Art 4, § 2 decreet rechtspositie minderjarige; J. PUT, *Handboek jeugdbeschermingsrecht*, Brugge, die Keure, 2021, 636-638.

²⁴⁹ Voor een overzicht zie: L.B. DUNN, M.A. NOWRANGI, B.W. PALMER, D.V. JESTE en E.R. SAKS, “Assessing Decisional Capacity for Clinical Research or Treatment. A Review of Instruments”, *American Journal of Psychiatry* 2006, 1323-1334. Voor een voorbeeld zie P.S. APPELBAUM en T.S. GRISSO, “The MacArthur Treatment Competency Study. I. Mental Illness and Competence to Consent to Treatment”, *Law and Human Behaviour* 1995, 105-126; T.S. GRISSO, P.S. APPELBAUM, E.P. MULVEY en K. FLETCHER, “The MacArthur Treatment Competence Study. II. Measures and Abilities Related to Competence to Consent to Treatment”, *Law and Human Behavior* 1995, 126-148; T.S. GRISSO en P.S. APPELBAUM, “The MacArthur Treatment Competence Study. III. Abilities of Patient's to Consent to Psychiatric and Medical Treatment”, *Law and Human Behavior* 1995, 149-174; een ander voorbeeld is A. LIÉGEOIS, “Een relationeel ethisch model voor het evalueren van beslissingsbekwaamheid in de psychiatrie”, *Tijdschrift voor Psychiatrie* 2018, 29-36.

²⁵⁰ C. LEMMENS, “Minderjarigen” in F. DEWALLENS en T. VANSWEEVELT (eds.), *Handboek gezondheidsrecht*, II, Antwerpen, Intersentia, 2014, 825-826; H. NYS, *Geneeskunde. Recht en medisch handelen*, Mechelen, Kluwer, 2015, 256-264.

Indien een minderjarige niet in staat is om aan de besluitvorming deel te nemen, wordt hij vertegenwoordigd door zijn ouders of voogd.²⁵¹ De hogergenoemde regels over geïnformeerde toestemming (*supra*, randnr. 73-74) worden door de zorgverlener ten aanzien van hen toegepast. Dat geeft aanleiding tot twee vragen: [1] wie vertegenwoordigt de minderjarige en [2] wat als de zorgverlener het oneens is met de beslissing van de vertegenwoordiger?

1. **De eerste vraag is wie de minderjarige vertegenwoordigt.** Dat zijn de ouder(s) of de voogd van de minderjarige. Vier situaties zijn mogelijk.

De eerste situatie is die waarin *beide ouders* samen het ouderlijk gezag uitoefenen over de minderjarige. Die situatie vormt juridisch het uitgangspunt, maar doet in de praktijk de meeste vragen rijzen. Beide ouders vertegenwoordigen de minderjarige immers samen en moeten het dus onderling eens zijn over de toestemming (of weigering). Bestaat er onenigheid, dan kan de zorgverlener – behalve bij een spoedgeval – niet optreden. De tussenkomst van de familierechtbank – of indien de zaak er aanhangig is en samenhangt met de door de bevolen maatregel: de jeugdrechtbank²⁵² – biedt in zo’n geval een uitweg.²⁵³ Dat beide ouders het ouderlijk gezag samen uitoefenen, roept de vraag op of de hulpverlener steeds beide ouders moet consulteren, dan wel of hij ervan uit mag gaan dat de ene ouder zich akkoord verklaart met de beslissing die door de andere ouder genomen wordt. De rechtsleer aanvaardt tot op zekere hoogte het laatste: de zorgverlener die door één ouder geconsulteerd wordt, mag vermoeden dat de andere ouder daarmee akkoord gaat.²⁵⁴ Dat vermoeden is echter niet onbegrensd en moet voorzichtig gehanteerd worden: wanneer er indicaties zijn dat er onenigheid zou kunnen bestaan (bv. de gezinssituatie) of wanneer de te nemen beslissing belangrijk is (bv. de beslissing tot opname in een voorziening en de krachtlijnen van de behandeling), moet de zorgverlener de toestemming van de ene ouder ook bij de andere ouder afoetsen.²⁵⁵

De tweede situatie is die waarin één van de ouders naar aanleiding van een rechterlijke beslissing het ouderlijke gezag geheel of gedeeltelijk alleen uitoefent. In dat geval is enkel de toestemming van die ouder vereist; de andere ouder moet (en mag) niet betrokken worden in het besluitvormingsproces. Wel behoudt de ouder die het ouderlijk gezag niet uitoefent het recht op informatie over (de gezondheidstoestand van) zijn kind.²⁵⁶

De derde situatie is die waarin er slechts één ouder is, bijvoorbeeld omdat de andere ouder overleden is, of de afstamming slechts t.a.v. één persoon vaststaat. In dat geval is de ene ouder de vertegenwoordiger van de jongere.

251 Art. 15 Wet Patiëntenrechten.

252 Art. 7 en 7/1 wet van 8 april 1965 betreffende de jeugdbescherming, het ten laste nemen van minderjarigen die een als misdrijf omschreven feit hebben gepleegd en het herstel van de door dit feit veroorzaakte schade, BS 15 april 1965.

253 Art. 572bis. Ger. W.; voor een toepassing ORDE DER ARTSEN, “Medische zorg verstrekt aan minderjarigen – Instemming van beide ouders”, *Advies Nationale Raad* 6 februari 2010.

254 Art. 373, eerste lid BW en art. 374 eerste lid BW; H. NYS, *Geneeskunde. Recht en medisch handelen*, Mechelen, Kluwer, 2015, 258.

255 ORDE DER ARTSEN, “Medische zorg verstrekt aan minderjarigen – Instemming van beide ouders”, *Advies Nationale Raad* 6 februari 2010; C. LEMMENS, “Minderjarigen” in F. DEWALLENS en T. VANSWEEVELT (eds.), *Handboek gezondheidsrecht*, II, Antwerpen, Intersentia, 2014, 851 en 855.

256 Art. 374, vierde lid BW; Orde der Artsen, 1996; Orde der Artsen, 2008^b; C. LEMMENS, “Minderjarigen” in F. DEWALLENS en T. VANSWEEVELT (eds.), *Handboek gezondheidsrecht*, II, Antwerpen, Intersentia, 2014, 854.

De vierde situatie is die waarin het gezag over het kind toevertrouwd werd aan een voogd. Dat roept in de praktijk geen bijkomende vragen op.

2. De tweede vraag is over welke ruimte de zorgverlener beschikt indien hij de beslissing van de vertegenwoordiger onwenselijk vindt. Hoewel de Wet Patiëntenrechten daar niet expliciet op ingaat, mag worden aangenomen dat de vertegenwoordiger een beslissing neemt die in het belang is van de jongere. Het is volgens de Wet Patiëntenrechten niet aan de beroepsbeoefenaar om de beslissing van de vertegenwoordiger te beoordelen en desgevallend aan de kant te schuiven. Daarop bestaat één uitzondering: indien de beslissing van de vertegenwoordiger niet in het belang is van de minderjarige patiënt en een bedreiging vormt voor zijn leven of een ernstige aantasting van zijn gezondheid betekent, moet de beroepsbeoefenaar, in voorkomend geval na multidisciplinair overleg, ervan afwijken.²⁵⁷ De impact van die uitzondering verschilt nogal naargelang het gaat om het niet ingaan op een vraag dan wel het doorbreken van een weigering: waar de arts op grond van zijn therapeutische vrijheid het recht heeft om bepaalde handelingen waartoe de ouders beslissen niet uit te voeren, is zijn handelingsmarge zeer beperkt wanneer hij een (be)handeling wenselijk vindt die door de ouders geweigerd wordt.

Enmaal er een vertegenwoordiger is die in zijn vertegenwoordigingsbevoegdheid erkend wordt, is de ruimte waarover de beroepsbeoefenaar beschikt dus marginaal. Vragen rijzen evenwel soms ook eerder. Wat bijvoorbeeld indien de ouders hun vertegenwoordigingsbevoegdheid niet (behoorlijk) uitoefenen of indien de ouders het onderling oneens zijn over de te nemen beslissingen? Op die vragen biedt de Wet Patiëntenrechten geen antwoord; de wet voorziet in de regel niet in de mogelijkheid dat de beroepsbeoefenaar in zo'n geval zelf een beslissing neemt of partij kiest voor de ene of andere ouder. Bij onenigheid kan de beroepsbeoefenaar een bemiddelende rol spelen; indien dat niet tot een oplossing leidt, is een rechterlijke tussenkomst nodig. Als afwijking op dat uitgangspunt mag een beroepsbeoefenaar wel ingrijpen indien een tussenkomst noodzakelijk is in het onmiddellijke belang van de gezondheid van de jongere (het zgn. 'spoedgeval', *infra* randnr. 82).

79. Minderjarigen die aan het besluitvormingsproces kunnen deelnemen, maar niet zelfstandig een beslissing kunnen nemen, vormen de tweede groep. Het gaat om minderjarigen die – eventueel met ondersteuning – in meer of mindere mate in staat zijn om op basis van de informatie die ze krijgen inschattingen te maken en voorkeuren te uiten, zij het zonder dat ze hun belangen op een redelijke manier kunnen afwegen en tot een geïnformeerde beslissing kunnen komen. In dat geval gelden veelal dezelfde regels als voor de eerste groep – de ouder(s) of voogd zijn juridisch degenen die de beslissing nemen – met als belangrijke verschil dat artikel 12, § 2 Wet Patiëntenrechten in werking treedt. Dat artikel bepaalt dat de minderjarige betrokken wordt naarmate zijn maturiteit en leeftijd dat toelaten. Hoe meer wilsbekwaam de minderjarige is, hoe groter zijn betrokkenheid en impact op de besluitvorming moet zijn. De minderjarige wordt met andere woorden een belangrijk aanspreekpunt, maar neemt de finale beslissing niet zelf. De vertegenwoordiger blijft de juridische verantwoordelijke, maar moet bij het besluitvormingsproces rekening houden met de voorkeuren van de minderjarige.²⁵⁸

²⁵⁷ Art. 15, § 2 Wet Patiëntenrechten.

²⁵⁸ C. LEMMENS, "Minderjarigen" in F. DEWALLENS en T. VANSWEEVELT (eds.), *Handboek gezondheidsrecht*, II, Antwerpen, Intersentia, 2014, 843-847; H. NYS, *Geneeskunde. Recht en medisch handelen*, Mechelen, Kluwer, 2015, 260-262.

Naast de twee vragen die ook bij de eerste groep aan bod kwamen – wie vertegenwoordigt en wat bij onwenselijke beslissingen – duikt er bij deze groep een derde vraag op. Wat indien de beslissing die de vertegenwoordiger neemt, ingaat tegen de voorkeuren van de minderjarige, en deze laatste zich tegen de uitvoering ervan verzet? De Wet Patiëntenrechten stelt enkel dat de wilsonbekwame minderjarige patiënt betrokken moet worden rekening houdend met zijn leeftijd en maturiteit; er is geen regelgeving over de omgang met zulk verzet. Ook de rechtsleer (die zich voornamelijk op meerderjarigen focust) is het er niet over eens. Een deel van de rechtsleer stelt dat elk verzet dat zich specifiek tegen een behandeling richt gerespecteerd moet worden;²⁵⁹ een ander deel van de rechtsleer hanteert een meer contextuele benadering waarbij o.m. de aard en ernst van de beslissing, de mate van wilsonbekwaamheid en de gevolgen van het (respecteren van) het verzet beoordeeld moeten worden.²⁶⁰ Beide standpunten hebben evenwel met elkaar gemeen dat verzet een bindende betekenis kan hebben, en dus steeds beoordeeld moet worden. Dat gebeurt in de eerste plaats door de beroepsbeoefenaar, al is toegang tot de rechter niet uitgesloten. Dat is in overeenstemming met het internationale kader. Het verdient echter de aanbeveling om de omgang met verzet ook wettelijk te verankeren en om – in navolging van recentere CPT-landenrapporten – bij verzet een onafhankelijke *second opinion* van een andere beroepsbeoefenaar in de gezondheidszorg in te roepen.

80. Minderjarigen die in staat zijn om zelfstandig een beslissing te nemen vormen een derde groep. Zij zijn wilsbekwaam en moeten daarom op dezelfde wijze behandeld worden als (wilsbekwame) meerderjarigen: zij nemen hun beslissingen zelf zonder de (verplichte) tussenkomst van een vertegenwoordiger.²⁶¹ De ouder(s) of voogd speelt geen vertegenwoordigende rol meer, en kan daarom maar betrokken worden voor zover de minderjarige dat zelf wil.²⁶² Bepaalde rechtsleer neemt aan dat minderjarigen die in staat zijn om zelfstandig een beslissing kunnen nemen, ook zelf een machtigingsverklaring kunnen opstellen waarin ze een vertegenwoordiger aanduiden voor in geval ze niet langer wilsbekwaam zouden zijn.²⁶³

2.4 Afwijkingen op het recht op geïnformeerde toestemming

81. Het geldende rechtskader plaatst de autonomie en geïnformeerde toestemming van de minderjarige centraal en vereist de tussenkomst van de vertegenwoordiger van de minderjarige wanneer deze laatste niet in staat is om zelf over de medische behandeling te oordelen. De regelgeving in het jeugdbeschermingsrecht voorziet daarop geen uitzonderingen. De decreetgever is daartoe overigens niet bevoegd. Ook de federale wetgever heeft niet voorzien in een rechtskader voor dwangbehandeling, zodat in principe elke medische behandeling met toestemming dient te gebeuren.

²⁵⁹ F. SWENNEN, *Geestesgestoorden in het burgerlijk recht*, Antwerpen – Groningen, Intersentia, 2000, 652-653.

²⁶⁰ E. DELBEKE, *Juridische aspecten van zorgverlening aan het levenseinde*, Antwerpen, Intersentia, 2012, 726; C. LEMMENS, *Voorafgaande wilsverklaringen met betrekking tot het levenseinde*, Antwerpen, Intersentia, 2014, 703-708. Zie daarover ook T. OPGENHAFFEN, *Vrijheidsbeperkingen in de zorg*, Antwerpen, Intersentia, 2020, 141.

²⁶¹ Art. 12, § 2 Wet Patiëntenrechten.

²⁶² E. VANLINTHOUT, E. COPPENS, T. OPGENHAFFEN, S. SCHEVENEELS, J. PUT en C. VAN AUDENHOVE, *De ontwikkeling van een multidisciplinaire richtlijn voor het betrekken van de context in de geestelijke gezondheidszorg*, Leuven, Steunpunt Welzijn, Volksgezondheid en Gezin, 2020, 162.

²⁶³ C. LEMMENS, "Minderjarigen" in F. DEWALLENS en T. VANSWEEVELT (eds.), *Handboek gezondheidsrecht*, II, Antwerpen, Intersentia, 2014, 889; T. GOFFIN, *De professionele autonomie van de arts. De rechtspositie van de arts in de arts-patiëntrelatie*, Brugge, die Keure, 2011, 140.

82. Op dat principe van (vervangende) toestemming gelden evenwel enkele beperkte uitzonderingen.
1. **Het spoedgeval** laat toe om zonder toestemming tussen te komen wanneer dat noodzakelijk is in het onmiddellijke belang van de gezondheid van de jongere en er op dat moment geen (eventueel vooraf geuite) wil van de jongere of zijn vertegenwoordiger bekend is.²⁶⁴ Het spoedgeval is niet bedoeld voor dwangbehandelingen of handelingen die ingaan tegen wat de jongere wil, maar biedt een rechtsgrond om in dringende situaties waarin de wil van de jongere niet gekend is, in te grijpen.²⁶⁵ Het is per definitie een kortdurende bewarende maatregel en geen rechtsgrond voor langdurige interventies: na de eerste bewarende interventies (die *noodzakelijk* moeten zijn *en onmiddellijk* in het belang moeten zijn van de gezondheid van de betrokkene) moet zo snel mogelijk naar het door de Wet Patiëntenrechten vooropgestelde normaal teruggekeerd worden. Is de jongere wilsonbekwaam, dan betekent dit zijn wettelijke vertegenwoordiger zo snel mogelijk moet tussenkomen.²⁶⁶
 2. Indien de beslissing genomen door de ouders/voogd van een wilsonbekwame jongere een bedreiging inhoudt voor zijn leven of een ernstige aantasting van zijn gezondheid betekent (hierna **gekwalificeerd ernstig nadeel**), moet de beroepsbeoefenaar in de gezondheidszorg van die beslissing afwijken.²⁶⁷ De lat ligt hoog: niet elke beslissing van de vertegenwoordiger die objectief niet in het belang is van de jongere of waarvan de beroepsbeoefenaar vindt dat ze niet aansluit bij wat de wilsonbekwame zelf zou willen, geeft daartoe aanleiding.²⁶⁸ Een grote mate van ernst is steeds vereist.
 3. Tot slot kan een beroep worden gedaan op **de noodtoestand**. De noodtoestand is een algemene rechtvaardigingsgrond in het strafrecht en situeert zich dus buiten de Wet Patiëntenrechten. Hij biedt een rechtvaardiging aan gedrag dat strafbaar is – medische handelingen zonder toestemming vallen daar in vele gevallen onder – voor zover dat gedrag plaatsvindt vanuit de ogenblikkelijke noodzaak om een rechtsgoed veilig te stellen dat vanuit rechtsmaatschappelijk oogpunt minstens even belangrijk is als het beschermde goed (*in casu* de autonomie).²⁶⁹

Om van een noodtoestand te kunnen spreken moet ten eerste het rechtsgoed dat beschermd wordt rechtsmaatschappelijk hoger of minstens evenwaardig gewaardeerd worden als de autonomie van de jongere.²⁷⁰ Dat is bijvoorbeeld het geval voor de fysieke, morele, psychische en

²⁶⁴ Art. 8, § 5 Wet Patiëntenrechten.

²⁶⁵ P. MUYLAERT, “La responsabilité des hôpitaux dans la mise en oeuvre des mesures de contraintes physiques et de contention”, *Con.M.* 2013, 79.

²⁶⁶ Wetsontwerp betreffende de rechten van de patiënt, *Parl.St.* Kamer 2001-02, nr. 50-1642/001, 29.

²⁶⁷ Art. 15, § 2 Wet Patiëntenrechten ; Wetsontwerp betreffende de rechten van de patiënt, *Parl.St.* Kamer 2001-02, nr. 50-1642/001, 47.

²⁶⁸ C. LEMMENS, *Voorafgaande wilsverklaringen met betrekking tot het levenseinde*, Antwerpen, Intersentia, 2014, 555.

²⁶⁹ A. DIERICKX, “Over de putatieve noodtoestand”, *NC* 2007, (395) 395.; T. OPGENHAFFEN, “Het behandelingsaspect. De patiëntenrechten tijdens de gedwongen opname”, in F. SWENNEN en T. WUYTS (eds.), *Beschermde personen in recht en praktijk*, Larcier, Brussel, 2020, 227-230.

²⁷⁰ A. DIERICKX, “Over de putatieve noodtoestand”, *NC* 2007396-397.

seksuele integriteit van derden²⁷¹, maar niet voor goederen.²⁷² Ten tweede moet het gevaar voor het hoger rechtsgoed actueel, zeker en ernstig zijn.²⁷³ Het mag zich dus niet in de verre toekomst of in het verleden bevinden.²⁷⁴ Ten derde geldt een eis van proportionaliteit en subsidiariteit. Dat brengt met zich mee dat de minst verregaande behandeling gekozen wordt en dat deze onmiddellijk beëindigd wordt wanneer het gevaar dat tot de noodtoestand aanleiding gaf, geweken is. In dat opzicht is de toepassing van de noodtoestand – ook omwille van de bovengenoemde internationaalrechtelijke onenigheid over de bruikbaarheid van deze rechtsgrond bij dwangbehandelingen (*supra*, randnr. 69) – steeds kortdurend.

De noodtoestand kan gebruikt worden om kortdurend en proportioneel in te grijpen zonder de toestemming van de jongere (of in voorkomend geval zijn vertegenwoordiger) wanneer de jongere een actueel, zeker en ernstig gevaar betekent voor specifieke personen en dat ingrijpen de enige manier is om dat gevaar te doen wijken. Of de noodtoestand ook gebruikt kan worden om bij een wilsbekwame jongere in te grijpen wanneer hij enkel zichzelf in gevaar brengt, is betwist. Die situatie wordt immers reeds door de Wet Patiëntenrechten zelf opgelost en bepleit in het voordeel van het zelfbeschikkingsrecht. Veel rechtsleer stelt dat de noodtoestand dan niet gebruikt kan worden, omdat een andere wet de belangenafweging al maakt.²⁷⁵ Dat moet o.i. genuanceerd worden; essentieel aan de noodtoestand is dat het toelaat om wetten aan de kant te schuiven met het oog op een hoger belang. Wie voorrang geeft aan de Wet Patiëntenrechten doet dat dan ook niet *omdat* de Wet Patiëntenrechten de situatie regelt, maar *omdat* niet langer aan de subsidiariteitseis van de noodtoestand is voldaan. Hoewel dat meestal de correcte conclusie zal zijn, is de toepassing van de noodtoestand o.i. in extreme gevallen wel rechtvaardigbaar. Zo niet zouden beroepsbeoefenaars in de gezondheidszorg moeten ondergaan dat een wilsbekwame patiënt die de wil heeft om te sterven, zich daadwerkelijk van het leven berooft, terwijl anderen die geen gezondheidszorgberoep uitoefenen in zo'n geval net de plicht hebben om in te grijpen.²⁷⁶

83. Uit het voorgaande blijkt dat er een zeer beperkte ruimte bestaat om te handelen zonder toestemming. De situatie voor wie vanuit het jeugdbeschermingsrecht op een gesloten afdeling voor kinder- en jeugdpsychiatrie terecht komt, is daardoor vergelijkbaar met die bij een dwangopname. Ook de Wet bescherming persoon geesteszieke regelt enkel hoe de persoon met de geestesziekte op een gesloten afdeling van een psychiatrisch ziekenhuis terecht komt, maar niet hoe hij daar medisch behandeld wordt. De medische behandeling steunt op de Wet Patiëntenrechten en gaat daardoor uit van

271 Cass. 13 mei 1987, *Arr.Cass.* 1986-87, 1203; KI Luik 22 januari 1987, *JL* 1987, 217; KI Bergen 22 november 1996, *Rev.dr.pén.* 1997, 575; KI Antwerpen 26 maart 2012, *NC* 2012, 487, noot L. HUYBRECHTS; A. DE NAUW, "La consécration jurisprudentielle de l'état de nécessité" (noot onder Cass. 13 mei 1987), *RCJB* 1989, 602.

272 Brussel 13 januari 2015, *AM* 2015, 290.

273 A. DIERICKX, "Over de putatieve noodtoestand", *NC* 2007, (395) 396-397; Zie bv. Luik 25 mei 2009, *T.Gez.* 2009-10, 44, noot N.C.B.

274 Gent 23 december 2014, *RW* 2015-16, 464.

275 M.N. VEYS, *De Wet Patiëntenrechten in de psychiatrie*, Brussels, Larcier, 2008, 137; C. LEMMENS, "De dwangopneming van geesteszieken" in T. VANSWEEVELT en F. DEWALLENS (eds.), *Handboek gezondheidsrecht. Deel II.*, Antwerpen, Intersentia, 2014, (979) 1045; E. DELBEKE, *Juridische aspecten van Zorgverlening aan het levende*, Antwerpen – Cambridge, 2012, 310-311; Zie meer in detail hierover T. OPGENHAFFEN, "Vrijheidsbeperking in de kinderpsychiatrie. Een juridische aanvulling bij het werk van Zorginspectie", *RW* 2017-2018, 92-93.

276 Corr. West-Vlaanderen (afd. Brugge) 17 december 2018, *NJW* 2019, 88, noot S. ROYER en F. VERBRUGGEN.

vrijwilligheid. Dat brengt praktische moeilijkheden met zich mee wanneer de zorggebruiker elke vorm van zorg weigert.

In het kader van de dwangopname bestaat er rechtsleer die deze beperkte ruimte op ethische gronden verruimt.²⁷⁷ Toonaangevend is een advies van het Raadgevend comité voor bio-ethiek over gedwongen anticonceptie.²⁷⁸ In dat advies lag de vraag voor of anticonceptie onder dwang kan worden toegediend aan een patiënte waarbij zwangerschap onwenselijk wordt geacht. Het comité stelt in dat advies dat wanneer de gedwongen opgenomen patiënt elke zinvolle behandeling weigert, deze toch onder dwang kan worden uitgevoerd als ze zich richt op de behandeling van de ziekte die aanleiding gaf tot de opname en er consensus over bestaat dat de behandeling doeltreffend is. Verder geldt een aantal bijkomende criteria, zoals de proportionaliteit, de minimale impact, het autonomiebevorderende karakter van de behandeling en het beogen van een rechtstreeks gezondheidsvoordeel.²⁷⁹

Die benadering is evenwel vanuit internationaalrechtelijk oogpunt moeilijk te verantwoorden. Hoewel de gehanteerde principes zoals het *last resort*-karakter en de proportionaliteit ook in de mensenrechten voorop geschoven worden als criteria bij een dwangbehandeling, vereisen deze mensenrechten dat elke dwangbehandeling op een duidelijke rechtsgrond gebaseerd is.²⁸⁰ De argumentatie dat de rechtsgrond voor de dwangbehandeling impliciet volgt uit de rechtsgrond voor de dwangopname zelf, wordt door de mensenrechten afgewezen. Behoudens spoedgeval, gekwalificeerd ernstig nadeel (i.g.v. van vertegenwoordiging) of noodtoestand is de toestemming van de jongere (desgevallend zijn ouders/voogd) dus steeds vereist.

2.5 Een plek voor drang

84. Tot slot bestaat de vraag in welke mate de minderjarige (in voorkomend geval zijn vertegenwoordiger) onder druk kan worden geplaatst om zijn toestemming te geven. Uit het internationale kader volgt dat een jongere aangespoord en gemotiveerd mag worden om een behandeling te volgen, maar ‘echte’ dwang – behoudens in de wet geregelde uitzonderingen – niet gebruikt mag worden.

²⁷⁷ K. ROTTHIER en M. SERVAES, *Gedwongen opname van de geesteszieke. Handleiding bij de Wet Persoon Geesteszieke*, Brugge, die Keure, 2012, 278-279; J. PUT, M. ROM en I. VAN DER STRAETE, *Geesteszieke minderjarigen en dwang. Vrijheidsberoving, dwangopname, vrijheidsbeperking en dwangbehandeling van geesteszieke minderjarigen*, Brussel, Larcier, 2007, 76; J. DE FRUYT, K. DEMYTTENAERE en J. VANDENBERGHE, “Wet betreffende de bescherming van de persoon van de geesteszieke: een medisch perspectief” in G. BENOIT, J. DE FRUYT, H. NYS, G. ROMMEL, G. STEEGEN, P. VAN PETEGHEM en J. VAN SPEYBROECK (eds.), *De bescherming van de persoon van de geesteszieke: ethische, medische en juridische perspectieven*, Brugge, die Keure, 2010, 132-134; D. MINTEN, *Gezondheidsrecht toegepast*, Antwerpen, Intersentia, 2011, 145; I. JEANDARME en J. VANDENBERGHE, “Gedwongen opname” in T. DEAMS en S. PARMENTIER (eds.), *Europa waakt. Vrijheidsbeneming onder het toezicht van het Europese antifoltercomité*, Leuven, Universitaire Pers Leuven, 2018, 191.

²⁷⁸ BELGISCH RAADGEVEND COMITÉ VOOR BIO-ETHIEK, *Advies over de gedwongen behandeling bij de gedwongen opname*, 10 maart 2003, 9.

²⁷⁹ BELGISCH RAADGEVEND COMITÉ VOOR BIO-ETHIEK, *Advies over de gedwongen behandeling bij de gedwongen opname*, 10 maart 2003, 9.

²⁸⁰ T. OPGENHAFFEN, *Vrijheidsbeperkingen in de zorg*, Antwerpen, Intersentia, 2020, 402; C. LEMMENS, “De dwangopneming van Geesteszieken” in F. DEWALLENS en T. VANSWEEVELT (eds.), *Handboek gezondheidsrecht*, II, Antwerpen, Intersentia, 2014, 1039-1040; H. NYS en J. HANTSON, “Art. 1 Wet Geesteszieke” in P. SENAËVE, F. SWENNEN en G. VERSCHULDEN (eds.), *Personen- en familierecht. Artikelsgewijze commentaar met overzicht van rechtspraak en rechtsleer*, III, *Bijzondere wetgevingen*, Mechelen, Kluwer, losbl., 93.

Het nationale rechtskader biedt geen verdere invulling, waardoor het gebruik van ‘drang’, waarbij aan het niet accepteren van een behandeling bepaalde gevolgen gekoppeld worden, zich in een grijze zone bevindt. Wanneer in deze grijze zone kleur gebracht wordt, is drang o.i. slechts aanvaardbaar indien de behandeling die wordt opgedrongen medisch verantwoord is en de regels inzake toestemming en vertegenwoordiging worden gerespecteerd, én indien de drang zelf rechtvaardigbaar is. Wat dat laatste betreft spelen het legitieme doel, de noodzakelijkheid en proportionaliteit een belangrijke rol.²⁸¹

85. Twee doelen kunnen worden onderscheiden.

1. Het eerste is de orde in de voorziening en de veiligheid van anderen. Met inachtneming van de noodzakelijkheid en proportionaliteit mag de voorziening o.i. van de zorggebruiker verwachten dat hij die medische handelingen aanvaardt die strikt nodig zijn om de orde in de voorziening te waarborgen of om het gevaar voor derden te vermijden. Bv. gedragsbeïnvloedende medicatie om agressie en escalatie t.a.v. medebewoners te vermijden. Daartoe kunnen individuele afspraken worden gemaakt over het doel (orde en veiligheid) dat bereikt kan worden en kan drang gebruikt worden voor zover de behandeling noodzakelijk en proportioneel is.
2. Het tweede is de behandeling en de bescherming van de betrokkene zelf. Op dat vlak is grotere terughoudendheid vereist, omdat de afweging tussen autonomie en veiligheid reeds in de Wet Patiëntenrechten zelf gemaakt wordt, en deze wet de autonomie voorop plaatst. Drang kan o.i. dan ook slechts gekoppeld worden aan die behandelingen die noodzakelijk zijn om het verblijf in de voorziening zinvol te maken. (Bv. het volgen van behandelingen voor de problematiek die aan de oorsprong van de opname ligt).

Tot slot mag druk slechts uitgeoefend worden met die middelen die binnen het wettelijke kader uitvoerbaar zijn.²⁸² Een sanctie (bv. afzondering op de kamer, contactverbod ...) mag bijvoorbeeld niet als drukkingsmiddel gebruikt worden, omdat de voorziening niet over een rechtsgrond beschikt om zulke sancties uit te voeren. Wel legitiem zijn bijvoorbeeld het drukkingsmiddel dat de externe rechtspositie (i.e. het verblijf in de voorziening) opnieuw aan een rechterlijk oordeel zal worden onderworpen omdat het verblijf van de jongere in de voorziening, hetzij door het orde- en veiligheidsgevaar, hetzij door het gebrek aan zinvolle behandeling, niet langer te rechtvaardigen is. Wanneer het recht op uitgang aan een medisch oordeel onderworpen wordt (*infra*, hoofdstuk 5) is het ook legitiem om het inhouden van een uitgangsvergunning als drukkingsmiddel te gebruiken, voor zover er door het niet volgen van de behandeling een veiligheidsgevaar voor de jongere of anderen zou bestaan.

²⁸¹ Zie uitvoerig in T. OPGENHAFFEN, *Vrijheidsbeperkingen in de zorg*, Antwerpen, Intersentia, 2020, 407-410.

²⁸² T. OPGENHAFFEN, *Vrijheidsbeperkingen in de zorg*, Antwerpen, Intersentia, 2020, 213; F. SWENNEN, *Geestesgeeststoorden in het burgerlijk recht*, Antwerpen – Groningen, Intersentia, 2000, 657; M. VEYS, *De Wet Patiëntenrechten in de psychiatrie*, Gent, Larcier, 2008, 147-148; H. NYS, K. VANHAUWAERT en P. CLAEYS, “De wet betreffende de rechten van de patiënt en de ombudsfunctie” in G. BENOIT, J. DE FRUYT, H. NYS, G. ROMMEL, G. STEEGEN, P. VAN PETEGHEM en J. VAN SPEYBROECK (eds.), *De bescherming van de persoon van de geesteszieke: ethische, medische en juridische perspectieven*, Brugge, die Keure, 2010, 105; C. LEMMENS, “De dwangopneming van geesteszieken” in F. DEWALLENS en T. VANSWEEVELT (eds.), *Handboek gezondheidsrecht*, II, Antwerpen, Intersentia, 2014, 997.

3 Besluit

86. Vanuit internationaalrechtelijk oogpunt verdient de (medische) behandeling de nodige aandacht. Behandeling is ruim te interpreteren en is van rehabilitatieve, therapeutische en recreatieve aard. De behandeling is geïndividualiseerd en opgenomen in een zorg- en behandelingsplan dat samen met de jongere (desgevallend zijn vertegenwoordiger) opgesteld en herzien wordt. De toepassing van behandelingen berust bovendien op geïnformeerde toestemming, tenzij een rechtsgrond in de mogelijkheid van een dwangbehandeling voorziet.

87. Het kader in Vlaanderen, dat federaal van aard is, ademt dezelfde principes uit. Vertrekkende vanuit de Wet Uitoefening Gezondheidszorgberoepen en de Wet Patiëntenrechten is al wat met de behandeling te maken heeft – de formulering van dit begrip is ook hier ruim – geïndividualiseerd en onderhevig aan geïnformeerde toestemming. Bij wilsonbekwaamheid wordt deze toestemming door de vertegenwoordiger gegeven. De omgang met het verzet van de jongere is een aandachtspunt.

De regelgeving die vertrekt van vrijwilligheid is in overeenstemming met het internationale kader; de vraag is evenwel of dat kader werkbaar is en in de praktijk ook gerealiseerd wordt. In Vlaanderen is de ruimte voor een behandeling onder dwang immers beperkt. Enkel bij noodtoestand – waarvan het gebruik ten dele betwist wordt en die met weinig rechtswaarborgen gepaard gaat – en gekwalificeerd ernstig nadeel lijkt de behandeling onder dwang (beperkt) mogelijk. Bovendien is het internationale kader niet eenduidig over de vraag of een rechtsfiguur als de noodtoestand geschikt is om een dwangbehandeling te rechtvaardigen. Daarnaast laat ook het spoedgeval behandelingen zonder toestemming toe wanneer de wil van de jongere (of zijn vertegenwoordiger) niet gekend is, al is in dat geval strikt genomen van dwang geen sprake.

Hoofdstuk 4

Afzondering en fixatie

1 Internationaal kader

88. Afzondering en fixatie is een thema dat uitvoerig aan bod komt in eerdere onderzoeken in opdracht van het Steunpunt Welzijn Volksgezondheid en Gezin. In het onderzoek naar aanleiding van de ontwikkeling van een richtlijn voor de preventie en toepassing van afzondering en fixatie in de brede jeugdhulp komt aan bod dat er diverse redenen bestaan voor het gebruik van afzondering en fixatie.²⁸³ Gangbaar zijn mensenrechtelijke over afzondering en fixatie als **veiligheidshandeling** bij ernstig en acuut gevaar door agressie en escalatie en als **straf** voor een inbreuk op de interne orde. Daarnaast zijn er voorzichtige indicaties dat afzondering en fixatie ook gebruikt kan worden wanneer daarmee de veiligheid van de jongere en of van anderen behouden wordt (ter **preventie van ernstig en acuut gevaar**) of wanneer er daardoor mogelijkheden tot **ontwikkeling en ontplooiing** ontstaan. Deze laatste twee motieven komen vooral aan bod in bronnen over de zorg voor personen met een handicap.²⁸⁴

89. De toepassing van afzondering of fixatie is niet om elk van deze redenen in alle contexten toelaatbaar. De forensische jeugdhulp komt in de mensenrechtelijke bronnen als context nagenoeg niet aan bod. Wel zijn er veel bronnen over de geestelijke gezondheidszorg enerzijds en over jongeren in de jeugdhulp anderzijds.

- In op de **geestelijke gezondheidszorg** gerichte bronnen – die veelal betrekking hebben op volwassenen – is de algemene teneur dat afzondering en fixatie veiligheidshandelingen zijn bij ernstig en acuut gevaar die slechts mogen worden toegepast bij gebrek aan elk ander zinvol alternatief.²⁸⁵ De betrokkenheid van medische beroepen – in het bijzonder artsen – staat centraal.²⁸⁶ Een toepassing om andere redenen wordt in algemene bewoordingen afgewezen.²⁸⁷ Deze afwijzing wordt expliciet herhaald voor de toepassing voor het gebruik van afzondering en fixatie als straf.²⁸⁸ Voor de andere motieven bestaat er minder eenduidigheid.²⁸⁹

²⁸³ D. BEECKMANS, G. DROOGMANS, N. MERTENS, T. OPGENHAFFEN, J. VANHOOF, B. MAES, T. VAN ACHTERBERG, S. NIJS, J. PUT, C. VAN AUDENHOVE & K. DE CUYPER, *De ontwikkeling van een intersectorale richtlijn voor de preventie en toepassing van afzondering en fixatie in de brede residentiële jeugdhulp*, Leuven, Steunpunt Welzijn, Volksgezondheid en Gezin, 2021, 57-60.

²⁸⁴ D. BEECKMANS, G. DROOGMANS, N. MERTENS, T. OPGENHAFFEN, J. VANHOOF, B. MAES, T. VAN ACHTERBERG, S. NIJS, J. PUT, C. VAN AUDENHOVE & K. DE CUYPER, *De ontwikkeling van een intersectorale richtlijn voor de preventie en toepassing van afzondering en fixatie in de brede residentiële jeugdhulp*, Leuven, Steunpunt Welzijn, Volksgezondheid en Gezin, 2021, 44.

²⁸⁵ Zie bv. Standards of the European Committee for the Prevention of Torture and Inhuman or Degrading Treatment or Punishment on Means of Restraint in Psychiatric Establishments for adults (21 maart 2017), CPT/Inf(2017)6.

²⁸⁶ Zie hierover J. CARLÉ, T. OPGENHAFFEN, J. PUT, S. PLEYSIER, *Gesloten opvang van minderjarigen in Vlaanderen. Een Rechtspositieregeling*, Leuven, Steunpunt Welzijn Volksgezondheid en Gezin, 2020, 251-252.

²⁸⁷ Standards of the European Committee for the Prevention of Torture and Inhuman or Degrading Treatment or Punishment on Means of Restraint in Psychiatric Establishments for adults (21 maart 2017), CPT/Inf(2017)6, § 1.1 en 1.6.

²⁸⁸ Bv. Finland, CPT/Inf (2021) 7, § 87; Rusland, CPT/Inf(2019)26, § 64; Georgië; CPT/Inf (2019) 16, § 134.

²⁸⁹ Zie uitvoerig in D. BEECKMANS, G. DROOGMANS, N. MERTENS, T. OPGENHAFFEN, J. VANHOOF, B. MAES, T. VAN ACHTERBERG, S. NIJS, J. PUT, C. VAN AUDENHOVE & K. DE CUYPER, *De ontwikkeling van een intersectorale richtlijn*

- De bronnen over **jongeren in de jeugdhulp** schetsen een ander beeld.²⁹⁰ Ook in deze bronnen worden afzondering en fixatie hoofdzakelijk beschouwd als veiligheidshandelingen bij ernstig en acuut gevaar, maar wordt de toepassing ervan net niet aan medisch personeel toevertrouwd. Het oordeel over de toepassing ervan behoort toe aan de voorziening en de toepassing gebeurt door daartoe opgeleid begeleidend en veiligheidspersoneel. Bovendien is dit niet de enige toelaatbare reden voor afzondering en fixatie. Het CPT aanvaardt immers – anders dan vele andere mensenrechtenorganen²⁹¹ – dat uitzonderlijk afzondering ook als straf mag worden gebruikt, althans ten aanzien van jongeren die een misdrijf pleegden en als gevolg daarvan in een detentiecontext verblijven.²⁹² Hetzelfde geldt niet voor fixatie.²⁹³ Wat betreft het gebruik van afzondering ter preventie van ernstig en acuut gevaar en ter ontwikkeling en ontplooiing zijn de bronnen opnieuw niet eenduidig.²⁹⁴

90. Hoewel de jongeren die het voorwerp uitmaken van dit onderzoek zich op de wip tussen de geestelijke gezondheidszorg en de jeugdhulp bevinden (en dus binnen beide kaders kunnen passen), moeten ze omwille van het internationale kader voor wat afzondering en fixatie betreft vanuit hun ggz-problematiek beoordeeld worden. Dat betekent in het bijzonder dat de beslissing om de jongere al dan niet af te zonderen of te fixeren bij een acuut en ernstig gevaar voortvloeit uit een medisch oordeel en dat de toepassing ervan als straf niet toelaatbaar is.

Dat het perspectief vanuit de geestelijke gezondheidszorg voorop staat, volgt uit twee vaststellingen.

1. De eerste is dat wat volwassenen betreft de forensische geestelijke gezondheidszorg door het CPT beoordeeld wordt als onderdeel van de GGZ en niet als een detentiesetting waarop de standaarden voor gevangenen van toepassing zijn of als een tussenvorm.²⁹⁵ Hoewel het profiel van (sommige van) de bewoners aanleiding kan geven tot een hoger beveiligingsniveau (zie

voor de preventie en toepassing van afzondering en fixatie in de brede residentiële jeugdhulp, Leuven, Steunpunt Welzijn, Volksgezondheid en Gezin, 2021, 78-86.

²⁹⁰ J. CARLÉ, T. OPGENHAFFEN, J. PUT, S. PLEYSIER, *Gesloten opvang van minderjarigen in Vlaanderen. Een Rechtspositieregeling*, Leuven, Steunpunt Welzijn Volksgezondheid en Gezin, 2020, 251-252.

²⁹¹ Peru 2013, 09/08/2011, Subcommittee on Prevention of Torture and Other Cruel, Inhuman or Degrading Treatment or Punishment, CAT/OP/PER/1, § 102; General comment nr. 24 bij het Verdrag van 20 november 1989 inzake de rechten van het kind., § 95; Resolutie 45/113 van de Algemene Vergadering van de Verenigde Naties (14 december 1990), *UN Doc. A/RES/45/113* (1990), § 67; Resolutie 70/175 van de Algemene Vergadering van de Verenigde Naties (8 januari 2016), *UN Doc. A/RES/70/175* (2016), § 45.1; Aanbeveling van het Comité van Ministers (2008)11 van 5 november 2008 inzake 'European Rules for juvenile offenders subject to sanctions or measures', § 95.2.

²⁹² CPT/Inf(2015)1-part rev1, *Juveniles deprived of their liberty under criminal legislation*, § 128; Moldavië CPT/Inf (2018)49, § 56; Montenegro CPT/Inf(2019)2, § 170; Spanje CPT/Inf(2017)34, § 133; Verenigd Koninkrijk CPT/Inf(2017)9, § 98.

²⁹³ Polen, CPT/Inf(2018)39, § 105; Moldavië CPT/Inf (2018) 49, § 58; Resolutie 40/33 van de Algemene Vergadering van de Verenigde Naties (29 november 1985), *UN Doc. A/RES/40/33* (1985), § 17.3; Aanbeveling van het Comité van Ministers (2008)11 van 5 november 2008 inzake 'European Rules for juvenile offenders subject to sanctions or measures', § 72.1.

²⁹⁴ Zie uitvoerig in D. BEECKMANS, G. DROOGMANS, N. MERTENS, T. OPGENHAFFEN, J. VANHOOF, B. MAES, T. VAN ACHTERBERG, S. NIJS, J. PUT, C. VAN AUDENHOVE & K. DE CUYPER, *De ontwikkeling van een intersectorale richtlijn voor de preventie en toepassing van afzondering en fixatie in de brede residentiële jeugdhulp*, Leuven, Steunpunt Welzijn, Volksgezondheid en Gezin, 2021, 78-86.

²⁹⁵ Inleiding van Standards of the European Committee for the Prevention of Torture and Inhuman or Degrading Treatment or Punishment on Means of Restraint in Psychiatric Establishments for adults (21 maart 2017), CPT/Inf(2017)6; voor een voorbeeld zie Zweden, CPT/Inf(2021)20; Griekenland, CPT/Inf(2019)4; Albanië, CPT/Inf (2018)18.

infra hoofdstuk 5), staat in een forensisch psychiatrische context de (nood aan een) medische behandeling voorop. In een behandelklimaat – zo stelt het CPT – is bestraffend optreden ontoelaatbaar.²⁹⁶

2. De tweede vaststelling is dat – zelfs al zou men een jeugdhulpbenadering hanteren – bronnen over jeugdhulpvoorzieningen afwijken van de basisregels wanneer de jongere een GGZ-problematiek heeft. Zo mag afzondering nooit gebruikt worden als straf wanneer een GGZ-problematiek aanleiding geeft tot het gedrag waarvoor de jongere gestraft wordt²⁹⁷ en vallen afzondering en fixatie als reactie op ernstig en acuut gevaar ook in jeugdhulpvoorzieningen onder de bevoegdheid van een arts indien het veiligheidsrisico gepaard gaat met een nood aan medische zorg.²⁹⁸ Dit lijkt het geval te zijn wanneer er risico's bestaan voor de gezondheidstoestand van de jongere (bv. risico op veiligheid, risico op pijn) waardoor deze beschermd dient te worden en/of er medisch (technische) expertise vereist is.

1.1 Straf

91. Naast fixatie - dat in de gesloten opvang voor minderjarigen nooit als straf gebruikt mag worden²⁹⁹ – is ook het gebruik van afzondering als straf in de forensische kinder- en jeugdpsychiatrie niet toelaatbaar. Een bestraffingslogica past volgens het CPT immers niet binnen een therapeutisch leefklimaat.³⁰⁰ Het CPT beschouwt dit als een algemeen principe waar niet van kan worden afgeweken, zelfs niet indien de voorziening alvorens te straffen zou nagaan of de jongere schuldbequaam is en het gedrag hem dus kan worden aangerekend.³⁰¹ Uit het principe volgt eveneens dat voorzieningen ervoor moeten zorgen dat de toepassing van afzondering en fixatie niet als straf ervaren wordt. Duidelijke procedures, communicatie en debriefing zijn hiertoe belangrijke instrumenten.³⁰²

1.2 Ernstig en acuut gevaar

92. Afzondering en fixatie zijn toelaatbaar bij ernstig en dreigend gevaar, zij het dat mechanische fixatie bij minderjarigen in principe niet gebruikt mag worden.³⁰³ Het eerder ontwikkelde internationale kader over afzondering en fixatie is ook in deze context van toepassing.³⁰⁴

²⁹⁶ Portugal, CPT/Inf (2020)33, § 113.

²⁹⁷ Moldavië, CPT/Inf (2018) 49, § 58; Spanje, CPT/Inf(2017)34, § 135; Zie ook Nelson Mandela rules, § 39.1.

²⁹⁸ Roemenië, CPT/Inf(2003)25, § 168; Montenegro, CPT/Inf(2019)2, § 164-165; Polen, CPT/Inf(2018)39, § 105, Spanje, CPT/Inf(2017)34, § 131; Duitsland, CPT/Inf(2003)20, § 89.

²⁹⁹ Polen 2017, CPT/Inf(2018)39, § 105; Moldavië 2018, CPT/Inf (2018)) 49, § 58; Resolutie 40/33 van de Algemene Vergadering van de Verenigde Naties (29 november 1985), *UN Doc. A/RES/40/33* (1985), § 17.3; Aanbeveling van het Comité van Ministers (2008)11 van 5 november 2008 inzake 'European Rules for juvenile offenders subject to sanctions or measures', § 72.1. Zie J. CARLÉ, T. OPGENHAFFEN, J. PUT, S. PLEYSIER, *Gesloten opvang van minderjarigen in Vlaanderen. Een Rechtspositieregeling*, Leuven, Steunpunt Welzijn Volksgezondheid en Gezin, 2020, 248-249.

³⁰⁰ Duitsland, CPT/Inf(2017)3, § 123-125.

³⁰¹ Portugal, CPT/Inf(2020)33, § 114.

³⁰² Rusland, CPT/Inf(2019)26, § 66 ; Polen, CPT/Inf(2018)39, § 134.

³⁰³ Ierland 2019, CPT/Inf (2020) 37, § 114; Kroatië 2017, CPT/Inf (2018) 44, § 153; Polen, CPT/Inf(2018)39, § 134.

³⁰⁴ J. CARLÉ, T. OPGENHAFFEN, J. PUT, S. PLEYSIER, *Gesloten opvang van minderjarigen in Vlaanderen. Een Rechtspositieregeling*, Leuven, Steunpunt Welzijn Volksgezondheid en Gezin, 2020, 251-259.

Dat toetsingskader maakt een onderscheid naargelang afzondering en fixatie al dan niet medisch beoordeeld moeten worden. In de forensische kinder- en jeugdpsychiatrie moet het gebruik van afzondering en fixatie steeds vanuit medisch oogpunt beoordeeld worden. Dat betekent in het bijzonder dat de beslissing om afzondering of fixatie te gebruiken door een arts genomen wordt of – indien dat niet tijdijk kan – zo snel mogelijk na een medisch onderzoek door de arts bevestigd wordt; dat de uitvoering ervan onder medisch toezicht gebeurt; dat bij mechanische fixatie geen metalen handboeien gebruikt worden³⁰⁵ en dat veiligheidspersoneel in beginsel niet betrokken wordt.³⁰⁶ De betrokkenheid van veiligheidspersoneel is in de forensische geestelijke gezondheidszorg hoogst uitzonderlijk toelaatbaar: bij zeer acute en gevaarlijke situaties zoals een gijzeling of wapenbezit.³⁰⁷ Hetzelfde geldt voor het inzetten van medisch personeel in volle veiligheidsuitrusting.³⁰⁸

1.3 Overige toepassingen

93. In eerder onderzoek kwam aan bod dat er schaarse en diffuse bronnen zijn die andere toepassingen van afzondering en fixatie beschrijven en toelaatbaar achten. Deze werden in het onderzoek over de rechtspositie van minderjarigen in de gesloten opvang benoemd als ‘ordemaatregel’ (afzondering of fixatie in het belang van veiligheid van anderen en/of de werking van de voorziening) en ‘zorghandeling’ (afzondering of fixatie in het belang van de veiligheid en de gezondheid van de minderjarige).³⁰⁹ Naar aanleiding van het onderzoek ter voorbereiding van de multidisciplinaire richtlijn over de preventie van afzondering en fixatie in de brede jeugdhulp werden deze motieven heringedeeld als afzondering en fixatie om de veiligheid van de jongere en/of van anderen te waarborgen (ter **preventie van ernstig en acuut gevaar**) of om mogelijkheden tot **ontwikkeling en ontplooiing** te bieden.³¹⁰

Ongeacht de indeling stellen beide onderzoeken vast dat het CPT en andere mensenrechtenorganen over deze toepassingen weinig helderheid verschaffen. In het rapport dat de multidisciplinaire richtlijn over de preventie en toepassing van afzondering en fixatie in de brede jeugdhulp onderbouwt wordt een zo concreet mogelijk kader geschetst.³¹¹ Vier krijtlijnen – die in dat rapport uitvoerig toegelicht worden – staan daarbij centraal:

³⁰⁵ Duitsland, CPT/Inf(2017)/3, § 111.

³⁰⁶ Zie uitvoerig in J. CARLÉ, T. OPGENHAFFEN, J. PUT, S. PLEYSIER, *Gesloten opvang van minderjarigen in Vlaanderen. Een Rechtspositieregeling*, Leuven, Steunpunt Welzijn Volksgezondheid en Gezin, 2020, 251-259 en D. BEECKMANS, G. DROOGMANS, N. MERTENS, T. OPGENHAFFEN, J. VANHOOF, B. MAES, T. VAN ACHTERBERG, S. NIJS, J. PUT, C. VAN AUDENHOVE & K. DE CUYPER, *De ontwikkeling van een intersectorale richtlijn voor de preventie en toepassing van afzondering en fixatie in de brede residentiële jeugdhulp*, Leuven, Steunpunt Welzijn, Volksgezondheid en Gezin, 2021, 64.

³⁰⁷ Duitsland, CPT/Inf(2017)3, § 123; Griekenland, CPT/Inf(2019)4, § 57.

³⁰⁸ Verenigd Koninkrijk, CPT/Inf(2017)9, § 171.

³⁰⁹ J. CARLÉ, T. OPGENHAFFEN, J. PUT, S. PLEYSIER, *Gesloten opvang van minderjarigen in Vlaanderen. Een Rechtspositieregeling*, Leuven, Steunpunt Welzijn Volksgezondheid en Gezin, 2020, 251.

³¹⁰ D. BEECKMANS, G. DROOGMANS, N. MERTENS, T. OPGENHAFFEN, J. VANHOOF, B. MAES, T. VAN ACHTERBERG, S. NIJS, J. PUT, C. VAN AUDENHOVE & K. DE CUYPER, *De ontwikkeling van een intersectorale richtlijn voor de preventie en toepassing van afzondering en fixatie in de brede residentiële jeugdhulp*, Leuven, Steunpunt Welzijn, Volksgezondheid en Gezin, 2021, 58-59.

³¹¹ D. BEECKMANS, G. DROOGMANS, N. MERTENS, T. OPGENHAFFEN, J. VANHOOF, B. MAES, T. VAN ACHTERBERG, S. NIJS, J. PUT, C. VAN AUDENHOVE & K. DE CUYPER, *De ontwikkeling van een intersectorale richtlijn voor de preventie en toepassing van afzondering en fixatie in de brede residentiële jeugdhulp*, Leuven, Steunpunt Welzijn, Volksgezondheid en Gezin, 2021, 78-86.

1. De preventieve of op ontplooiing gerichte toepassing van afzondering en fixatie onder dwang is in principe niet toelaatbaar.
2. Van dat principe kan – mits daartoe een rechtsgrond bestaat en de nodige waarborgen aanwezig zijn – in bepaalde contexten en specifieke toepassingsgevallen worden afgeweken indien afzondering of fixatie de enige mogelijkheid is om de veiligheid en goede werking in de voorziening te garanderen en de voorziening de meest geschikte verblijfplaats is voor de minderjarige.
3. Voor het overige lijken tal van bronnen van het CPT te aanvaarden dat de jongere vrijwillig kan toestemmen met het gebruik van afzondering en fixatie indien zo een gevaar vermeden wordt of een ontplooiingskans ontstaat. Hierbij moeten de nodige waarborgen aanwezig zijn, in het bijzonder om te garanderen dat de toestemming vrij van dwang gegeven wordt en te allen tijde herroepbaar is. Ook sluit de toestemming van de betrokkene een verdere zoektocht naar alternatieven niet uit.
4. Bovendien lijkt het aanvaardbaar dat indien de jongere wilsonbekwaam is – en dus zelf niet in staat is om toe te stemmen – een vertegenwoordiger deze beslissing in de plaats van de jongere kan nemen. De vertegenwoordiger moet hierbij wel rekening houden met wat de jongere gewild zou hebben en moet aandacht hebben voor het verbaal en non-verbaal verzet van de jongere. Opnieuw moeten er waarborgen bestaan, in het bijzonder om te garanderen dat de vertegenwoordiger zijn taak effectief en onafhankelijk uitvoert.

Het op basis van deze principes ontwikkelde toetsingskader³¹² is ook op de forensische kinder- en jeugdpsychiatrie van toepassing.

94. Een vraagstuk dat daarbij bijkomende aandacht verdient, houdt verband met de tweede krijtlijn. Bepaalde CPT-landenrapporten wijzen in specifieke contexten op de mogelijkheid om afzondering en fixatie langduriger onder dwang toe te passen wanneer het gevaar niet ernstig en acuut is, maar wel de enige mogelijkheid is om aan een concreet veiligheidsgevaar in de voorziening het hoofd te bieden.

Ook in de forensische geestelijke gezondheidszorg voor *volwassenen* bestaan dergelijke bronnen.

In een recent rapport over Rusland formuleert het CPT duidelijke aanbevelingen over deze preventieve toepassing van afzondering onder dwang. Deze aanbevelingen kwamen er naar aanleiding van een bezoek aan een voorziening waar patiënten langdurig (soms jaren) afgezonderd worden omdat ze een veiligheidsgevaar vormen. Het CPT benoemt deze praktijk (en de wijze waarop ze wordt uitgevoerd) als mensonterend. Tegelijk erkent het dat een preventieve langdurige afzondering op hoogbeveiligde afdelingen uitzonderlijk toelaatbaar kan zijn – in het bijzonder na een afzondering wegens ernstig en acuut gevaar. Dergelijke preventieve afzondering moet dan wel berusten op een geïndividualiseerd klinisch oordeel en biedt een antwoord op een met duidelijke criteria onderbouwd risico. Bovendien zijn toezichts- en herzieningsprocedures essentieel en moeten er actief maatregelen worden genomen om de schadelijke gevolgen van langdurige isolatie te vermijden.³¹³

³¹² D. BEECKMANS, G. DROOGMANS, N. MERTENS, T. OPGENHAFFEN, J. VANHOOF, B. MAES, T. VAN ACHTERBERG, S. NIJS, J. PUT, C. VAN AUDENHOVE & K. DE CUYPER, *De ontwikkeling van een intersectorale richtlijn voor de preventie en toepassing van afzondering en fixatie in de brede residentiële jeugdhulp*, Leuven, Steunpunt Welzijn, Volksgezondheid en Gezin, 2021, 84-86.

³¹³ Rusland, CPT/Inf(2019)26, § 60.

Het CPT benoemt in hetzelfde rapport acht concrete criteria waaraan moet zijn voldaan³¹⁴:

1. De toepassing berust op een medisch oordeel over de toestand van de patiënt met multidisciplinaire input, waarbij het concrete veiligheidsrisico centraal staat. Dit moet deel uitmaken van het dossier en zorgplan van de patiënt, waarin ook therapieën tijdens deze afzondering zijn opgenomen.
2. Er bestaat een duidelijk plan over hoe de patiënt terug in de voorziening geïntegreerd wordt.
3. Er is regelmatig (minstens dagelijks) betekenisvol menselijk contact. Er wordt bovendien in betekenisvolle activiteiten voorzien en het contact met de buitenwereld (door bezoek en telefoon) blijft behouden. Wat betekenisvolle activiteiten betreft, werd reeds in eerdere landenrapporten onderstreept dat de patiënt in alle gevallen één uur per dag in de buitenlucht moet kunnen verblijven.³¹⁵
4. De gezondheidstoestand van de patiënt wordt dagelijks gemonitord en wekelijks volgt er een multidisciplinair overleg over de noodzaak van de maatregel.
5. Indien de toepassing langdurig is – het CPT spreek hier over enkele maanden – wordt de patiënt ook extern opgevolgd en wordt extern mee naar alternatieven gezocht.
6. De patiënt heeft het recht om tegen de maatregel in beroep te gaan.
7. Er bestaat een apart register.
8. De maatregel wordt met een duidelijk beleid omkaderd. De patiënt is van dat beleid op de hoogte.

De door het CPT in dit rapport geformuleerde handvatten lijken een bevestiging van reeds eerdere (diffusere) rapporten.³¹⁶ Bovendien formuleerde het CPT in een recent landenrapport over een toepassing van preventieve afzondering die aan deze criteria voldoet, geen opmerkingen. In dat landenrapport beschrijft het CPT hoe in een Zweedse forensische GGZ-voorziening patiënten gedurende langere tijd (max. 72 uur) worden afgezonderd op de eigen kamer wanneer ze een groot veiligheidsrisico vormen. De beslissing daartoe wordt door een arts genomen en vloeit voort uit een geïndividualiseerde risico-inschatting. Bovendien is de toepassing ervan ‘op maat’ van de patiënt en hebben de meeste patiënten overdag toegang tot activiteiten.³¹⁷

De hier gehanteerde principes – die enkel op afzondering van toepassing zijn en met een duidelijke rechtsgrond gepaard moeten gaan – zijn o.i. ook in de forensische kinder- en jeugdpsychiatrie hanteerbaar. Bij de concrete toepassing ervan moet echter rekening gehouden worden met de grotere kwetsbaarheid van minderjarigen een daaraan gekoppeld kinderrechtelijk perspectief; de principes zijn dan wel hanteerbaar, maar bij de uitwerking ervan moeten ze scherper worden ingevuld, zeker wat de contacten (nr. 3) en de duur (nr. 5) betreft.

95. Een andere vraag die specifiek in de forensische geestelijke gezondheidszorg gesteld wordt is of vanuit veiligheidsoverwegingen de kamerdeuren 's nachts systematisch gesloten mogen worden. In

³¹⁴ Rusland, CPT/Inf(2019)26, § 60.

³¹⁵ Verenigd Koninkrijk, CPT/Inf(2017)9, § 158; Duitsland, CPT/Inf(2017)3, § 130.

³¹⁶ Bijvoorbeeld Verenigd Koninkrijk, CPT/Inf(2017)9, § 150-158; Duitsland, CPT/Inf(2017)3, § 129-130; Noorwegen, CPT/Inf(2011)33, § 94

³¹⁷ Zweden, CPT/Inf(2021)20, § 72.

forensische voorzieningen voor volwassenen verzet het CPT zich tegen de systematische toepassing hiervan onder meer omwille van de angstgevoelens die hierdoor bij sommige bewoners kunnen worden opgewekt.³¹⁸ Net als bij de eerder omschreven preventieve dwangmaatregel is het sluiten van de deuren tijdens de nacht slechts toelaatbaar na een geïndividualiseerde klinisch onderbouwde risico-inschatting.³¹⁹ De hierboven geformuleerde principes lijken dan ook op deze situatie van toepassing. Bovendien moet de patiënt ook 's nachts toiletfaciliteiten ter beschikking hebben.³²⁰

96. Het is belangrijk om op te merken dat dit onderzoek de overige toepassingen van afzondering en fixatie bespreekt vanuit mensenrechtelijk perspectief. Daaruit blijkt – zij het minder duidelijk dan bij ernstig en acuut gevaar – dat afzondering en fixatie in deze overige toepassingen onder bepaalde voorwaarden toelaatbaar zijn. Het mensenrechtelijke perspectief is echter één van vele perspectieven, en niet vanuit alle perspectieven worden deze andere toepassingen van afzondering en fixatie toelaatbaar geacht. Dat blijkt ook uit het onderzoek ter voorbereiding van de multidisciplinaire richtlijn over de preventie van afzondering en fixatie in de brede jeugdhulp. In dat onderzoek, dat via de zogenaamde intersectorale methode het juridische perspectief combineert met een klinisch en orthopedagogisch perspectief, bestond er geen consensus over de toelaatbaarheid van afzondering of fixatie in deze gevallen, waardoor het gebruik ervan te vermijden is.³²¹

2 Afzondering en fixatie in Vlaanderen

97. Er bestaat in Vlaanderen geen eenduidige rechtsbasis die de toepassing van afzondering en fixatie in gesloten afdelingen van de kinder- en jeugdpsychiatrie legitimeert en die de toepassingsvoorwaarden ervan regelt. Anders dan het Decreet Rechtspositie Minderjarigen – dat in deze context niet van toepassing is – kent het medisch recht geen specifieke rechtsgrond.

De meest coherente wijze om afzondering en fixatie in deze context juridisch te vatten is via de hoger beschreven regels over de medische behandeling. Deze benadering wordt ook gesuggereerd door het koninklijk besluit dat de technische verstrekkingen regelt die verpleegkundigen mogen stellen. Op grond van dat koninklijk besluit kunnen verpleegkundigen zonder voorschrift afzondering, fysieke interventie en mechanische fixatie toepassen om de zorggebruiker van fysieke letsels te behoeden³²² en kunnen ze mits het voorschrift van een arts medicamenteuze fixatie gebruiken.³²³ Verpleegkundigen kunnen deze handelingen binnen hun zorgequipe verder delegeren aan zorgkundigen die onder hun toezicht

³¹⁸ Duitsland, CPT/Inf(2017)3, § 129.

³¹⁹ Duitsland, CPT/Inf(2017)3, § 129.

³²⁰ Portugal, CPT/Inf (2013)4, § 110

³²¹ D. BEECKMANS, G. DROOGMANS, N. MERTENS, T. OPGENHAFFEN, J. VANHOOF, B. MAES, T. VAN ACHTERBERG, S. NIJS, J. PUT, C. VAN AUDENHOVE & K. DE CUYPER, *De ontwikkeling van een intersectorale richtlijn voor de preventie en toepassing van afzondering en fixatie in de brede residentiële jeugdhulp*, Leuven, Steunpunt Welzijn, Volksgezondheid en Gezin, 2021, 41-43.

³²² Punt 5, Bijlage I KB van 18 juni 1990 houdende vaststelling van de lijst van de technische verpleegkundige verstrekkingen en de lijst van de handelingen die door een arts aan beoefenaars van de verpleegkunde kunnen worden toevertrouwd, alsmede de wijze van uitvoering van die verstrekkingen en handelingen en de kwalificatievereisten waaraan de beoefenaars van de verpleegkunde moeten voldoen, BS 26 juli 1990.

³²³ Punt 1.7, Bijlage I KB van 18 juni 1990 houdende vaststelling van de lijst van de technische verpleegkundige verstrekkingen en de lijst van de handelingen die door een arts aan beoefenaars van de verpleegkunde kunnen worden toevertrouwd, alsmede de wijze van uitvoering van die verstrekkingen en handelingen en de kwalificatievereisten waaraan de beoefenaars van de verpleegkunde moeten voldoen, BS 26 juli 1990.

staan.³²⁴ Deze regelgeving doet besluiten dat afzondering en fixatie, zeker wanneer ze in een medische context zoals de geestelijke gezondheidszorg worden toegepast, medische handelingen zijn. Dat heeft twee gevolgen.³²⁵ Ten eerste zijn ze daardoor voorbehouden aan specifieke beoefenaars in de gezondheidszorg. Het gaat in de eerste plaats om artsen, die een algemene bevoegdheid hebben, en in de tweede plaats om verpleegkundigen en zorgkundigen. Of ook andere beoefenaars van een gezondheidszorgberoep (bijvoorbeeld psychologen) bevoegd zijn is niet duidelijk.³²⁶ Ten tweede moeten beroepsbeoefenaars die afzondering en fixatie toepassen daarbij de Wet Patiëntenrechten respecteren. Dat betekent dat afzondering en fixatie – zoals andere medische behandelingen – niet onder dwang kunnen worden toegepast (*supra*, randnr. 73-74).

In uitzonderlijke situaties kan de noodtoestand het gebruik van afzondering en fixatie legitimeren. Zoals eerder beschreven is de noodtoestand een algemene regel in het recht die proportioneel ingrijpen onder dwang toelaat vanuit de ogenblikkelijke noodzaak om een rechtsgoed veilig te stellen dat vanuit rechtsmaatschappelijk oogpunt minstens even belangrijk is als het beschermde goed (*in casu* de autonomie) (*supra*, randnr. 82).³²⁷ Anders dan de benadering vanuit de medische behandeling, is de toepassing ervan niet aan specifieke beroepsbeoefenaars in de gezondheidszorg gebonden – iedereen kan zich op de noodtoestand beroepen. Nochtans zal de combinatie van de subsidiariteits- en proportionaliteits-eisen met de mensenrechtelijke eisen over afzondering en fixatie ertoe leiden dat bij voorrang artsen over de maatregel beslissen en artsen, verpleegkundigen en zorgkundigen de maatregel uitvoeren.³²⁸

2.1 Straf

98. Hoewel afzondering en fixatie in de forensische kinder- en jeugdpsychiatrie niet expliciet verboden zijn, lijkt zo'n verbod impliciet uit algemene beginselen (geen straf zonder wet; verbod op private sanctie) en algemene rechtsnormen te volgen. Zo is vanuit medisch-rechtelijk oogpunt een straf niet verzoenbaar met de Wet Patiëntenrechten en de Wet Uitoefening Gezondheidszorgberoepen en kan vanuit strafrechtelijk oogpunt de toepassing van afzondering of fixatie als straf raken aan bepaalde misdrijf-kwalificaties.³²⁹ Gezien het reeds bestaande impliciete verbod is een expliciete wettelijke verankering niet strikt noodzakelijk, al lijkt ze ons omwille van de in de praktijk bestaande grijze zones wel wenselijk. Bovendien moet er in de praktijk over worden gewaakt dat afzondering en fixatie niet als straf worden toegepast of dat toepassingen van afzondering en fixatie als straf worden aangevoeld.

³²⁴ Bijlage bij KB 12 januari 2006 tot vaststelling van de verpleegkundige activiteiten die de zorgkundigen mogen uitvoeren en de voorwaarden waaronder de zorgkundigen deze handelingen mogen stellen, *BS* 3 februari 2006.

³²⁵ T. OPGENHAFFEN, *Vrijheidsbeperkingen in de zorg*, Antwerpen, Intersentia, 2020, 371-382.

³²⁶ Zie daarover D. Beeckmans, G. Droogmans, N. Mertens, T. Opgenhaffen, J. Vanhoof, B. Maes, T. van Achterberg, S. Nijs, J. Put, C. Van Audenhove & K. De Cuyper, *De ontwikkeling van een intersectorale richtlijn voor de preventie en toepassing van afzondering en fixatie in de brede residentiële jeugdhulp*, Leuven, Steunpunt Welzijn, Volksgezondheid en Gezin, 2021, 67.

³²⁷ A. DIERICKX, "Over de putatieve noodtoestand", *NC* 2007, (395) 395.; T. OPGENHAFFEN, "Het behandelingsaspect. De patiëntenrechten tijdens de gedwongen opname", in F. SWENNEN en T. WUYTS (eds.), *Beschermde personen in recht en praktijk*, Larcier, Brussel, 2020, 227-230.

³²⁸ Zie daarover D. Beeckmans, G. Droogmans, N. Mertens, T. Opgenhaffen, J. Vanhoof, B. Maes, T. van Achterberg, S. Nijs, J. Put, C. Van Audenhove & K. De Cuyper, *De ontwikkeling van een intersectorale richtlijn voor de preventie en toepassing van afzondering en fixatie in de brede residentiële jeugdhulp*, Leuven, Steunpunt Welzijn, Volksgezondheid en Gezin, 2021, 67,70-71.

³²⁹ T. OPGENHAFFEN, *Vrijheidsbeperkingen in de zorg*, Antwerpen, Intersentia, 2020, 355-385.

2.2 Ernstig en acuut gevaar

99. Ernstig en acuut gevaar is vanuit mensenrechtelijk oogpunt de voornaamste reden voor de toepassing van afzondering en fixatie. Nationaalrechtelijk dienen zich in dit geval zowel de Wet Patiëntenrechten als de noodtoestand aan als mogelijke rechtsgrond. De toepassingsmodaliteiten van elk van beide rechtsgronden werden eerder in dit onderzoek uitvoerig beschreven (*supra*, hoofdstuk 3.2). Voor de concrete toepassing op afzondering en fixatie wordt verwezen naar het rapport over de multidisciplinaire richtlijn over de preventie en toepassing van afzondering en fixatie in de brede jeugdhulp.³³⁰ Omwille van de aard en ernst van de situatie is de noodtoestand in de meeste gevallen wellicht de meest voor de hand liggende rechtsgrond.

Naast de Wet Patiëntenrechten en de noodtoestand, die dienst doen als rechtsbasis voor afzondering en fixatie, omkaderen nog andere normen het gebruik van afzondering en (in mindere mate) fixatie. Zo moeten K-diensten op basis van erkenningsnormen voor ziekenhuizen beschikken over een afzonderruimte. Deze ruimte moet zich dicht bij een wachtpost bevinden en moet voldoen aan bepaalde eisen inzake verlichting, verluchting en comfort en moet zo worden ingericht dat de veiligheid van de jongere gewaarborgd is.³³¹ Ook de vaak geciteerde omzendbrief Weckx legt een reeks bijkomende voorwaarden inzake o.m. comfort en veiligheid op.³³² Voor een volledig overzicht van deze omkaderende normen wordt verwezen naar het rapport over de multidisciplinaire richtlijn over de preventie en toepassing van afzondering en fixatie in de brede jeugdhulp.³³³

100. De voorliggende regelgeving werd geëvalueerd in het rapport over de rechtspositie van minderjarigen in de gesloten opvang. Daarbij werd in het bijzonder vastgesteld dat de huidige regelgeving (of eerder het gebrek daaraan) niet voldoet aan de uitvoerige mensenrechtelijke eisen. De in dat rapport geformuleerde aanbevelingen tot verbetering zijn ook op de forensische kinder- en jeugdpsychiatrie van toepassing. Dat betekent in het bijzonder dat;

1. afzondering en fixatie moeten berusten op een specifieke rechtsgrond die regelt welke maatregelen gebruikt mogen worden en welk toepassingscriterium er geldt. Deze regelgeving moet bovendien het uitzonderlijke en *last resort*-karakter van afzondering wettelijk waarborgen en moet de maximale toepassingsduur vastleggen.
2. de toepassing van afzondering en fixatie gepaard gaat met een omvattend beleid.
3. er voldoende waarborgen bestaan dat de beslissing tot afzondering of fixatie genomen wordt door een arts of – indien de tijd daarvoor ontbreekt – een arts onmiddellijk na de start van de maatregel de jongere onderzoekt en de maatregel al dan niet bevestigt.

³³⁰ D. BEECKMANS, G. DROOGMANS, N. MERTENS, T. OPGENHAFFEN, J. VANHOOF, B. MAES, T. VAN ACHTERBERG, S. NIJS, J. PUT, C. VAN AUDENHOVE & K. DE CUYPER, *De ontwikkeling van een intersectorale richtlijn voor de preventie en toepassing van afzondering en fixatie in de brede residentiële jeugdhulp*, Leuven, Steunpunt Welzijn, Volksgezondheid en Gezin, 2021, 66-72.

³³¹ KB van 23 oktober 1964 tot bepaling van de normen die door de ziekenhuizen en hun diensten moeten worden nageleefd, BS 7 november 1964.

³³² Omz. VI. 24 oktober 1990 betreffende afzondering van patiënten opgenomen in psychiatrische ziekenhuizen en in psychiatrische afdelingen van algemene ziekenhuizen.

³³³ D. BEECKMANS, G. DROOGMANS, N. MERTENS, T. OPGENHAFFEN, J. VANHOOF, B. MAES, T. VAN ACHTERBERG, S. NIJS, J. PUT, C. VAN AUDENHOVE & K. DE CUYPER, *De ontwikkeling van een intersectorale richtlijn voor de preventie en toepassing van afzondering en fixatie in de brede residentiële jeugdhulp*, Leuven, Steunpunt Welzijn, Volksgezondheid en Gezin, 2021, 71-72.

4. de maatregel afgestemd wordt op maat van de jongere, onder meer door rekening te houden met voorgaande ervaringen en door de jongere maximaal te betrekken.
5. de gekozen maatregel veilig is en de autonomie zo weinig mogelijk beperkt en de uitvoering ervan menswaardig verloopt.
6. enkel bevoegd personeel betrokken wordt bij de besluitvorming over en de uitvoering van de maatregel.
7. de autonomie, basisbehoeften en rechten van de jongere tijdens de uitoefening maximaal gevrijwaard blijven.
8. de maatregel gepaard gaat met voortdurend toezicht en op geregelde tijdstippen herzien wordt.
9. er een debriefing plaatsvindt.
10. de maatregel behoorlijk geregistreerd wordt.
11. de jongere toegang heeft tot een klachtorgaan.³³⁴

2.3 Overige toepassingen

101. Wat overige toepassingen betreft kan de Wet Patiëntenrechten gebruikt worden om afzondering en fixatie toe te passen met de toestemming van de jongere (of zijn vertegenwoordiger). Wat hoger besproken werd over Wet Patiëntenrechten en het recht om geïnformeerd toe te stemmen is ook hier van toepassing. Dat betekent in de eerste plaats dat de beslissing over afzondering en fixatie voorbehouden is aan zorgverstrekkers (met name: artsen, verpleegkundigen en zorgkundigen) en in de tweede plaats dat deze zorgverstrekkers de regels over geïnformeerde toestemming uit de Wet Patiëntenrechten toepassen. Is de betrokkene wilsonbekwaam, dan kan deze toestemming door een vertegenwoordiger gegeven worden. Bij minderjarigen zijn dit veelal de ouders.

De Wet Patiëntenrechten voldoet, indien de jongere wilsbekwaam is, qua rechtsgrond aan de mensenrechtelijke eisen. Ook de geïnformeerde toestemming in de zin van de Wet Patiëntenrechten moet immers voorafgaand aan de handelingen vrij van dwang gegeven worden. De toestemming is bovendien specifiek en te allen tijde herroepbaar. Een uitdaging is om de principes die door deze algemene rechtsgrond worden aangebracht ook in de praktijk te realiseren. Is de jongere wilsonbekwaam en wordt hij vertegenwoordigd, dan is er een voorbehoud te formuleren. De Wet Patiëntenrechten voorziet immers niet in regels over hoe de wil van de betrokkene moet worden achterhaald en in welke mate ook het objectieve belang van de zorggebruiker bij vertegenwoordiging in rekening mag worden gebracht. Bovendien zijn er geen regels over de omgang met verzet en is het mogelijk dat beroepsbeoefenaars (bij afwezigheid van een vertegenwoordiger) zelf de belangen van de zorggebruiker behartigen, wat in het geval van afzondering en fixatie o.i. niet wenselijk is.³³⁵

³³⁴ Zie meer in detail in J. CARLÉ, T. OPGENHAFFEN, J. PUT, S. PLEYSIER, *Gesloten opvang van minderjarigen in Vlaanderen. Een Rechtspositieregeling*, Leuven, Steunpunt Welzijn Volksgezondheid en Gezin, 2020, 290-293.

³³⁵ Zie ook D. BEECKMANS, G. DROOGMANS, N. MERTENS, T. OPGENHAFFEN, J. VANHOOF, B. MAES, T. VAN ACHTERBERG, S. NIJS, J. PUT, C. VAN AUDENHOVE & K. DE CUYPER, *De ontwikkeling van een intersectorale richtlijn voor de preventie en toepassing van afzondering en fixatie in de brede residentiële jeugdhulp*, Leuven, Steunpunt Welzijn, Volksgezondheid en Gezin, 2021, 87.

Naast een duidelijke rechtsgrond zijn er op grond van het eerder ontwikkelde toetsingskader³³⁶ nog andere waarborgen nodig. Deze lopen veelal gelijk met de waarborgen voor afzondering en fixatie bij ernstig en acuut gevaar. De daar geformuleerde aanbevelingen zijn ook hier van toepassing.

Dat de overige toepassingen van afzondering en fixatie in Vlaanderen juridisch mogelijk zijn mits de Wet Patiëntenrechten gerespecteerd wordt (en dus geen dwang gebruikt wordt), moet met de nodige omzichtigheid gelezen worden. Niet enkel is het onduidelijk of de wetgever dergelijk gebruik van de Wet Patiëntenrechten beoogd heeft, maar ook is er – zoals hoger reeds aan bod kwam (*supra*, randnr. 61 en 96) – vanuit eerder onderzoek in het kader van de ontwikkeling van de multidisciplinaire richtlijn over de preventie en toepassing van afzondering en fixatie gehanteerd werd, geen consensus over de toelaatbaarheid van afzondering of fixatie in deze gevallen, waardoor het gebruik ervan te vermijden is.³³⁷

102. Hoger kwam aan bod dat de mensenrechtelijke bronnen aanvaarden dat in de forensische geestelijke gezondheidszorg afzondering op klinische indicatie onder dwang gebruikt wordt t.a.v. specifieke personen die een reëel gevaar vormen voor de orde en veiligheid in de voorziening, zonder dat dit gevaar ernstig en acuut is. Aan bod kwamen zowel een geïndividualiseerd veiligheidsregime als het 's nachts sluiten van de kamerdeur bij bepaalde patiënten.

Er is in Vlaanderen geen duidelijke rechtsgrond die de dwangtoepassing van deze preventieve maatregelen kan rechtvaardigen. Doordat er geen ernstig en dreigend gevaar is, kan op de noodtoestand geen beroep gedaan worden. De Wet Patiëntenrechten voorziet evenmin in de mogelijkheid om dwang te gebruiken. Ook indien de patiënt wilsonbekwaam is, moet zijn vertegenwoordigde wil gerespecteerd worden (*supra*, randnr. 78-80).

Op basis van de mensenrechtelijke bronnen is het niet geheel duidelijk hoe specifiek de rechtsgrond moet zijn. Dat roept de vraag op of het feit dat de jongere op een gerechtvaardigde wijze in een forensisch psychiatrische afdeling geplaatst is en het feit dat die afdelingen een verhoogd veiligheidsniveau hanteren, op zichzelf niet kan volstaan als wettelijke basis voor de toepassing van deze veiligheidsmaatregelen. De mogelijkheid van een afzondering om veiligheidsredenen zou in deze redenering inherent zijn aan de aard van het verblijf. De houding dat bepaalde vrijheidsbeperkingen inherent kunnen zijn aan bepaalde opnamecontexten wordt – zeker wanneer het veiligheidsthema's betreft – mensenrechtelijk aanvaard. Vrijheidsbeperkingen die logischerwijze voortvloeien uit de aard van de opname en er onlosmakelijk mee verbonden zijn behoeven geen specifieke rechtsgrond.³³⁸ De hamvraag is dan ook in welke mate (de mogelijkheid van) een preventieve afzondering als een onlosmakelijk onderdeel van een verblijf in een forensische voorziening beschouwd kan worden. Wat dat betreft oordeelde het Europees Hof voor de Rechten van de Mens reeds dat een (intense) langdurige afzondering van een forensisch psychiatrische patiënt om veiligheidsredenen niet als inherent aan het verblijf kan worden beschouwd

³³⁶ D. BEECKMANS, G. DROOGMANS, N. MERTENS, T. OPGENHAFFEN, J. VANHOOF, B. MAES, T. VAN ACHTERBERG, S. NIJS, J. PUT, C. VAN AUDENHOVE & K. DE CUYPER, *De ontwikkeling van een intersectorale richtlijn voor de preventie en toepassing van afzondering en fixatie in de brede residentiële jeugdhulp*, Leuven, Steunpunt Welzijn, Volksgezondheid en Gezin, 2021, 84-86.

³³⁷ D. BEECKMANS, G. DROOGMANS, N. MERTENS, T. OPGENHAFFEN, J. VANHOOF, B. MAES, T. VAN ACHTERBERG, S. NIJS, J. PUT, C. VAN AUDENHOVE & K. DE CUYPER, *De ontwikkeling van een intersectorale richtlijn voor de preventie en toepassing van afzondering en fixatie in de brede residentiële jeugdhulp*, Leuven, Steunpunt Welzijn, Volksgezondheid en Gezin, 2021, 41-43.

³³⁸ EHRM 17 juli 2012, nr. 2913/06, Munjaz/Verenigd Koninkrijk, § 80; EHRM 3 november 2011, nr. 5193/09, X en Y/Kroatië, § 125; zie ook Recommendation R(92)6 of the Committee of Ministers of the Council of Europe on a Coherent Policy for People with Disabilities (9 april 1992), CM/R(92)6, appendix, 2.

en dus juridisch afzonderlijk beoordeeld moet worden.³³⁹ Deze rechtspraak sluit niet uit dat minder verregaande afzonderingen – bijvoorbeeld het op indicatie sluiten van de kamerdeur tijdens de nacht – wel als inherent zou kunnen worden beschouwd.

Hoe dan ook is een duidelijke rechtsgrond wenselijk, mede omwille van het feit dat de betrokkene het recht moet hebben om de maatregel aan te vechten en de toepassing ervan gepaard moet gaan met bepaalde waarborgen die best wenselijk te regelen zijn (o.m. de bevoegdheid om de beslissing te nemen, de registratie, de herziening ...).

3 Besluit

103. De toepassing van afzondering en fixatie vereist – voor zover ze mensenrechtelijk toelaatbaar is – een duidelijke wettelijke basis die de menswaardige, veilige en proportionele toepassing ervan waarborgt en die toelaat om waar nodig handhavend op te treden. Reeds in eerdere onderzoeken kwam meermaals aan bod dat het kader in Vlaanderen – dat opnieuw veelal federaal van aard is – hieraan niet voldoet. De in eerdere onderzoeken geformuleerde aanbevelingen t.a.v. de wetgever gelden ook voor de forensische kinder- en jeugdpsychiatrie.³⁴⁰

³³⁹ EHRM 17 juli 2012, nr. 2913/06, Munjaz/Verenigd Koninkrijk, § 82.

³⁴⁰ Zie in het bijzonder T. PEETERS, K. DE CUYPER, T. OPGENHAFFEN, I. BUYCK, J. PUT en C. VAN AUDENHOVE, De ontwikkeling van een multidisciplinaire richtlijn voor de preventie en toepassing van afzondering en fixatie in de residentiële geestelijke gezondheidszorg, Leuven, Steunpunt Welzijn Volksgezondheid en Gezin, 2019, 145-150. Zie ook J. CARLÉ, T. OPGENHAFFEN, J. PUT, S. PLEYSIER, Gesloten opvang van minderjarigen in Vlaanderen. Een Rechtspositieregeling, Leuven, Steunpunt Welzijn Volksgezondheid en Gezin, 2020, 273-294; zie recent ook D. BEECKMANS, G. DROOGMANS, N. MERTENS, T. OPGENHAFFEN, J. VANHOOF, B. MAES, T. VAN ACHTERBERG, S. NIJS, J. PUT, C. VAN AUDENHOVE & K. DE CUYPER, De ontwikkeling van een intersectorale richtlijn voor de preventie en toepassing van afzondering en fixatie in de brede residentiële jeugdhulp, Leuven, Steunpunt Welzijn, Volksgezondheid en Gezin, 2021, 89-90.

Hoofdstuk 5

Veiligheid en sancties

1 Internationaal kader

1.1 Veiligheid

104. Het eerder ontwikkelde internationale kader over veiligheid is ook in deze context van toepassing.³⁴¹ In dat kader kwam aan bod dat de jongere recht heeft op een veilige leefomgeving. Op de overheid en op de voorziening rust een veiligheidsverplichting, die zich in het algemeen uit in de verplichting om op regelmatige wijze onopvallend toezicht te houden. Daarnaast kunnen specifieke maatregelen nodig zijn ten aanzien van jongeren met een verhoogd veiligheidsgevaar. Wat dat laatste betreft gaat het internationale toetsingskader in detail in op foullering en het beleid over drugs.

Het valt op dat er in de mensenrechtelijke bronnen die voor het onderzoek over de rechtspositie van de minderjarige in de gesloten opvang geconsulteerd werden, relatief weinig aandacht besteed wordt aan het aspect veiligheid. Nochtans is veiligheid een belangrijk element, zeker in een context als de forensische kinder- en jeugdpsychiatrie. Naar aanleiding van voorliggend onderzoek werd dat bronnenkader aangevuld met de input uit landenrapporten van het CPT, specifiek voor deze sector. Over foullering en drugs werden geen bijkomende bronnen gevonden; de algemene krachtlijnen van het veiligheidsbeleid in de voorziening kunnen wel verder worden uitgediept.

105. De nadruk in dit onderzoek ligt op de beperkingen van de vrijheid van de jongere in het belang van de veiligheid. Uit de algemene mensenrechtelijke beginselen vloeit voort dat zo'n beperking slechts aanvaardbaar is voor zover er een (voldoende duidelijke) rechtsgrond voor bestaat, de beperking een legitiem doel nastreeft en bovendien proportioneel en noodzakelijk is.³⁴²

Hoewel het CPT dat onderscheid niet expliciet maakt, kan er voor wat de legitieme doelen betreft een onderscheid worden gemaakt tussen drie vormen van bescherming. Hoewel ze in de praktijk kunnen samenvallen, zijn ze conceptueel van elkaar te onderscheiden.

1. **De bescherming van de veilige leefomgeving en therapeutisch leefklimaat.** Er bestaat een band tussen veiligheid en de ruimere orde in de voorziening. Deze orde is erop gericht om in de eerste plaats een veilige leefomgeving en in de tweede plaats een therapeutisch leefklimaat te bieden.

Dat jongeren recht hebben op een veilige leefomgeving, betekent dat collectieve maatregelen genomen moeten worden om hen waar nodig te beschermen.³⁴³ Wat dat betreft zijn een voldoende hoge personeelsbezetting, ook 's nachts, en duidelijke procedures belangrijk.³⁴⁴ Ook

³⁴¹ J. CARLÉ, T. OPGENHAFFEN, J. PUT, S. PLEYSIER, *Gesloten opvang van minderjarigen in Vlaanderen. Een Rechtspositieregeling*, Leuven, Steunpunt Welzijn Volksgezondheid en Gezin, 2020, 223-225.

³⁴² Zie deze criteria in detail in J. CARLÉ, T. OPGENHAFFEN, J. PUT, S. PLEYSIER, *Gesloten opvang van minderjarigen in Vlaanderen. Een Rechtspositieregeling*, Leuven, Steunpunt Welzijn Volksgezondheid en Gezin, 2020, 35.

³⁴³ CPT/Inf(98)12-part, Involuntary placement in psychiatric establishments, § 29; Portugal, CPT/Inf(2018)6, § 99.

³⁴⁴ CPT/Inf(98)12-part, Involuntary placement in psychiatric establishments, § 29.

de door het mensenrechtelijke kader vereiste scheiding van categorieën (in een welzijnscontext: minderjarigen van meerderjarigen en delinquente van niet-delinquente minderjarigen (tenzij ze gelijk behandeld worden)³⁴⁵) kan vanuit deze veiligheidsverplichting begrepen worden.³⁴⁶ Naast deze positieve maatregelen, kan de noodzaak van een veilige leefomgeving ook aanleiding geven tot collectieve beperkingen van infrastructurele aard (bv. hoogbeveiligde afdelingen) of operationele aard (bv. toezicht op wie de jongere bezoekt), voor zover dat noodzakelijk en proportioneel is.

Daarnaast moet de voorziening een therapeutisch leefklimaat kunnen bieden. Ook dat gebeurt bij voorkeur door positieve maatregelen, zoals het voorzien van kleine leefgroepen³⁴⁷, maar kan ook door de vrijheid van de jongere te beperken. Dat kan een impact hebben op bijvoorbeeld de wijze waarop het recht op bezoek, het recht op bewegingsvrijheid binnen de voorziening en het recht op contact met de buitenwereld georganiseerd worden. De beperkingen die hier ontstaan zijn veelal collectief.

Het standpunt van het CPT lijkt dat ordebeperkingen de kern van de rechten van gebruikers niet mogen aantasten (bv. geen recht op contact met de buitenwereld, verplichte deelname aan therapieën)³⁴⁸, maar dat proportionele beperkingen wel aanvaardbaar zijn. Helaas wordt de vraag naar wat proportioneel en disproportioneel is door het CPT zelden behandeld. Waar dat wel gebeurde, achtte het CPT het dagelijkse gebruik van betaaltelefoons en een mogelijkheid tot bezoek gedurende twee uur per dag op een forensische afdeling voor volwassenen bijvoorbeeld redelijk.³⁴⁹ Hetzelfde geldt voor de mogelijkheid om één uur per dag in de buitenlucht te verblijven.³⁵⁰ In een forensische voorziening voor adolescenten acht het CPT het aanvaardbaar dat buitenruimten niet toegankelijk zijn op momenten dat er therapieën plaatsvinden (zonder dat hierdoor een deelnameplicht ontstaat).³⁵¹ Uit sommige landenrapporten kan ook impliciet worden afgeleid dat het CPT het aanvaardbaar acht dat de jongere in de voorziening geen eigen GSM mag bezitten.³⁵² Dat sluit niet uit dat het CPT het wel wenselijker acht dat deze beperking niet geldt.³⁵³

Orde – het creëren van structuur en een vlotte werking – is geen doel op zich maar een middel om een veilige leefomgeving en een therapeutisch leefklimaat te bieden. De organisatie van de zorg in de voorziening is een element daarvan, maar valt er niet mee samen. In dat opzicht roept het CPT op om huisregels kritisch te bevragen. Huisregels die wel structuur creëren, maar het therapeutisch leefklimaat niet bevorderen, zijn volgens het CPT niet toelaatbaar.³⁵⁴

³⁴⁵ J. CARLÉ, T. OPGENHAFFEN, J. PUT, S. PLEYSIER, *Gesloten opvang van minderjarigen in Vlaanderen. Een Rechtspositieregeling*, Leuven, Steunpunt Welzijn Volksgezondheid en Gezin, 2020, 151-152.

³⁴⁶ Rusland, CPT/Inf(2019)26, § 57; Azerbeidzjan, CPT/Inf(2018)35, § 159.

³⁴⁷ Polen, CPT/Inf (2018)39, § 120.

³⁴⁸ Moldavië, CPT/Inf(2020)27, § 148.

³⁴⁹ Slovenië, CPT/Inf(2017) 17, § 186.

³⁵⁰ Duitsland, CPT/Inf (2017) 3, § 130.

³⁵¹ Polen, CPT/Inf (2018)39, § 125; *idem* voor meerderjarigen in Armenië, CPT/Inf (2021)10, Bulgarije, CPT/Inf(2018)15, § 125; Lithouwen (2018)2, § 132.

³⁵² Bv. Armenië, CPT/Inf (2019)10, § 89; Zie in reguliere psychiatrische ziekenhuizen bijvoorbeeld: Bulgarije, CPT/Inf (2020)39, § 53-54 en Noord-Ierland, CPT/Inf (2018)47, § 116.

³⁵³ Tsjechië, CPT/Inf(2019)26, § 119.

³⁵⁴ CPT/Inf(98)12-part, Involuntary placement in psychiatric establishments, § 31; Duitsland, CPT/Inf(2017/13), § 186.

- 2. De bescherming van de jongere tegen anderen.** Aansluitend bij de veilige leefomgeving moet de voorziening ook optreden tegen jongeren die de veiligheid van anderen in gevaar brengen. De veiligheidsverplichting laat het toe om proportioneel in te grijpen in acute situaties en om wanneer dat noodzakelijk is preventieve maatregelen te nemen. Zo'n preventieve maatregel kan zich specifiek tot één patiënt richten, bijvoorbeeld het beperken van contacten met de buitenwereld en de uitsluiting van bepaalde activiteiten voor zover dat voor de veiligheid van anderen noodzakelijk is.³⁵⁵
- 3. De bescherming van de jongere tegen zichzelf.** Zeker wanneer een verblijf van overheidswege wordt opgelegd of aanbevolen, heeft de voorziening ook de plicht om de jongere tegen zichzelf te beschermen.³⁵⁶ Dat kan door infrastructurele ingrepen, maar ook door de vrijheid van de jongere te beperken.

Wanneer de jongere zichzelf in gevaar brengt, is het evenwicht tussen zijn veiligheid en zijn vrijheid precair. Het staat buiten kijf dat een voorziening mag (en zelfs moet) ingrijpen wanneer dat gevaar bijzonder ernstig is. Bij latenter gevaar is een grotere terughoudendheid vereist, in bijzonder omdat de oorzaak van het veiligheidsgevaar en de psychiatrische problematiek van de jongere veelal met elkaar verweven zijn. Veiligheidsmaatregelen om de jongere tegen zichzelf te beschermen zijn daardoor niet los te koppelen van zijn medische behandeling, die – zoals hoger aan bod kwam – in principe zonder dwang plaatsvindt. Niettemin lijkt het CPT bepaalde beperkingen aanvaardbaar te achten, mits het gevaar voldoende ernstig is, er een wettelijke basis voor bestaat en de beperkingen met waarborgen omkaderd zijn (bv. geïndividualiseerde medische beslissing, rechterlijke beslissing, een rechterlijke toets). Dat is bijvoorbeeld het geval voor een tijdelijk verbod op toegang tot buitenruimten³⁵⁷ of op sociale contacten³⁵⁸.

Het verdient de aanbeveling om bij de ontwikkeling en evaluatie van een veiligheidsbeleid in een voorziening, de verschillende legitieme doelen van elkaar te onderscheiden en na te gaan of een beperking binnen dat doel proportioneel en noodzakelijk is.

Het voorbeeld van regels en maatregelen over bezoek kan dit duiden; beperkingen kunnen uit elk van de legitieme doelen voortvloeien. Dat wil echter niet zeggen dat elke beperking vanuit elk legitiem doel rechtvaardigbaar is. Om een therapeutisch leefklimaat te garanderen kan een voorziening er bijvoorbeeld voor kiezen om bezoek slechts toe te laten buiten de therapiemomenten, maar is het vanuit dat doel niet rechtvaardigbaar dat de voorziening bepaalde bezoekers verbiedt. Dat kan eventueel wel rechtvaardigbaar zijn vanuit de twee andere doelen.

106. De vraag bestaat in welke mate beperkingen met regelgeving en juridische waarborgen onderbouwd moeten worden. Een duidelijk antwoord daarop bestaat niet. Hoger in dit onderzoek kwam reeds aan bod dat bepaalde vrijheidsbeperkingen inherent kunnen zijn aan bepaalde opnamecontexten (*supra*, randnrs. 51 en 102). Wanneer een vrijheidsbeperking logischerwijze voortvloeit uit de aard van de

³⁵⁵ Georgië, CPT/Inf(2019)16, § 144; Polen, CPT/Inf(2018)39, § 125; Nederland, CPT/Inf(2017)1, § 145; Azerbeidzjan, CPT/Inf(2018)35, § 184.

³⁵⁶ Bv. EHRM 13 maart 2012, nr. 2694/08, Reynolds/United Kingdom, § 60; voor de vrijwillige zorg zie ook EHRM 28 maart 2017, nr. 78103/14, Fernandes de Oliveira/Portugal, § 73-74.

³⁵⁷ Polen, CPT/Inf (2018)39, § 125.

³⁵⁸ Nederland, CPT/Inf(2017)1, § 145; Azerbeidzjan, CPT/Inf(2018)35, § 184.

opname en er onlosmakelijk mee verbonden is, is geen specifieke rechtsgrond vereist.³⁵⁹ Andere waarborgen, zoals een duidelijk omschreven procedure en informatie t.a.v. de jongere zijn dat o.i. wel.

De vraag wat inherent is en dus geen bijkomende rechtsgrond behoeft, kan op grond van de mensenrechtelijke bronnen niet duidelijk beantwoord worden. Vanuit algemene principes lijken ons volgende handreikingen mogelijk.

1. Beperkingen op de bewegingsvrijheid buiten de voorziening/de afdeling zijn inherent aan een gedwongen verblijf op een forensisch psychiatrische eenheid. Het spreekt voor zich dat de jongere de afdeling niet mag verlaten, waardoor het niet nodig is om dat wettelijk te verankeren. Ook het feit dat een afdeling daartoe infrastructureel en operationeel sterker beveiligd wordt dan een klassieke psychiatrische afdeling en dat daardoor bepaalde rechten collectief meer beperkt worden (bv. camerabewaking, proportionele toegangscontroles, proportionele controles op het bezit van wapens), lijkt vanuit dat oogpunt inherent.
2. De meeste maatregelen die noodzakelijk zijn om een veilige leefomgeving en een therapeutisch leefklimaat te creëren (zeker wanneer ze voor alle jongeren hetzelfde zijn), zijn o.i. inherent. Dat betekent dat ze geen aparte wettelijke basis behoeven en dat het volstaat om ze intern duidelijk te regelen. Wel essentieel zijn (1) een evenwicht tussen de vrijheid van de jongere enerzijds en het doel van een veilige leefomgeving en een therapeutisch leefklimaat anderzijds, en (2) toezicht op dat evenwicht.
3. Geïndividualiseerde maatregelen die tot doel hebben de veiligheid van anderen te vrijwaren, bevinden zich o.i. op de wip. Voor zover ze de vrijheid niet verregaand beperken lijken ze inherent te kunnen zijn (bv. individuele controle op wapens n.a.v. verhoogd veiligheidsrisico³⁶⁰). Wanneer ze evenwel een grote impact hebben op de vrijheid van de jongere (bv. tijdelijk bezoekverbod) gaan ze o.i. verder dan wat inherent is, en is een aparte rechtsbasis nodig.
4. Geïndividualiseerde maatregelen die tot doel hebben om de jongere tegen zichzelf te beschermen, zijn o.i. niet inherent; daarvoor is een bijkomende wettelijke basis steeds vereist. Dat blijkt ook uit de CPT-bronnen die deze situatie beschrijven en een wettelijke basis voor deze maatregelen vereisen.³⁶¹ Dat sluit bovendien aan bij de vaststelling dat in een therapeutische context de bescherming van de jongere tegen zichzelf niet kan worden losgekoppeld van de psychiatrische problematiek die tot het verblijf aanleiding geeft. De behandeling van deze problematiek gebeurt – ook in een gedwongen context – in principe op basis van geïnformeerde toestemming. Afwijkingen hierop moeten aldus een wettelijke basis hebben.

107. Tot slot merken we op dat het CPT veel aandacht heeft voor de rol van de personeelsleden van de voorziening. Het zijn immers zij die het therapeutisch leefklimaat en de veiligheid bewaken.

Essentieel in een psychiatrische voorziening is de aanwezigheid van voldoende medisch personeel. Dat geldt niet enkel vanuit behandelooipunt, maar ook vanuit het veiligheidsoogpunt. Een forensisch psychiatrische voorziening is een behandelcontext, waardoor de verantwoordelijkheid voor de veiligheid

³⁵⁹ EHRM 17 juli 2012, nr. 2913/06, *Munjaz/Verenigd Koninkrijk*, § 80; EHRM 3 november 2011, nr. 5193/09, *X en Y/Kroatië*, § 125; zie ook Recommendation R(92)6 of the Committee of Ministers of the Council of Europe on a Coherent Policy for People with Disabilities (9 april 1992), CM/R(92)6, appendix, 2.

³⁶⁰ Zie bv. *Ierland, CPT/inf (2020)37*, § 133 voor kamerzoekingen en fouilleringen in een psychiatrisch ziekenhuis.

³⁶¹ *Bv. Nederland, CPT/Inf(2017)1*, § 145; *Azerbeidzjan, CPT/Inf(2018)35*, § 184.

op het medisch personeel rust.³⁶² Dat oefent veiligheidstaken in de eerste plaats zelf uit. De wijze waarop ze optreden mag er evenwel niet toe leiden dat jongeren hen als bewakers gaan beschouwen.³⁶³ Een beveiligingslogica mag het therapeutisch leefklimaat dan ook niet overschaduwen.

Voor zover dat gelet op de aard van de voorziening noodzakelijk is, kan medisch personeel aangevuld worden met personeel met veiligheidstaken. Dat personeel moet opgeleid zijn om met psychiatrische patiënten om te gaan en moet onder toezicht en gezag van het medisch personeel staan.³⁶⁴ Indien camerabewaking gebruikt wordt, is de monitoring daarvan voorbehouden aan medisch personeel.³⁶⁵ Personeel met veiligheidstaken (en externe ordehandhavers) mogen geen centrale rol spelen op een forensisch psychiatrische afdeling. Veiligheid moet wat dat betreft eerder voortvloeien uit de infrastructuur dan uit het inzetten van personeel met veiligheidstaken.³⁶⁶ Dat personeel is bovendien niet gewapend³⁶⁷ en mogen geen medische handelingen uitvoeren. In dat opzicht mogen ze – wanneer ze daartoe zijn opgeleid – wel fysieke holding, maar geen mechanische of chemische fixatie gebruiken.³⁶⁸

1.2 Sancties

108. Veiligheid in de voorziening wordt vaak gekoppeld aan sancties. Ook sancties kwamen in het eerdere toetsingskader reeds aan bod. Daarin werd voor minderjarigen in de gesloten opvang in het algemeen gesteld dat sancties (slechts) toelaatbaar zijn indien daarvoor een rechtsgrond en een duidelijke procedure bestaat en indien de beginselen van proportionaliteit en billijkheid gerespecteerd worden.³⁶⁹ Bovendien zijn bepaalde sancties (bv. lijfstraffen, bezoekverbod) per definitie niet toelaatbaar.

109. Het is een algemeen beginsel dat sancties slechts toelaatbaar zijn voor zover de jongere schuldbe kwaam is.³⁷⁰ Hierbij speelt niet enkel de leeftijd een rol; ook de geestestoestand van de jongere kan zijn schuldbe kwaamheid beïnvloeden. Een jongere die de orde in de voorziening verstoort of in gevaar brengt ten gevolge van een psychiatrische problematiek, mag daar niet voor gesanctioneerd worden. Dat roept de vraag op of sancties in een (forensisch) psychiatrische voorziening als dusdanig wel toelaatbaar zijn.

Het CPT neemt in landenrapporten systematisch het standpunt in dat bestraffen niet thuishoort in een psychiatrische voorziening, zelfs wanneer deze voorziening bedoeld is voor forensisch psychiatrische patiënten. De reden daartoe is niet enkel de schuldbe kwaamheid *an sich* (een jongere met een

³⁶² Rusland, CPT/Inf(2019)26, § 45.

³⁶³ Finland, CPT/Inf(2021) 05, § 70.

³⁶⁴ CPT/Inf(98)12-part, Involuntary placement in psychiatric establishments, § 28; Moldavië, CPT/Inf(2020)27, § 132; Montenegro, CPT/Inf(2019)2, § 108; Polen, CPT/Inf(2018)39, § 128.

³⁶⁵ Moldavië, CPT/Inf(2020)27, § 132.

³⁶⁶ Griekenland, CPT/Inf(2019)4, § 57.

³⁶⁷ Italië, CPT/Inf(2017)23, § 132; zie ook J. CARLÉ, T. OPGENHAFFEN, J. PUT, S. PLEYSIER, *Gesloten opvang van minderjarigen in Vlaanderen. Een Rechtspositieregeling*, Leuven, Steunpunt Welzijn Volksgezondheid en Gezin, 2020, 224.

³⁶⁸ Polen, CPT/Inf(2018)39, § 128.

³⁶⁹ J. CARLÉ, T. OPGENHAFFEN, J. PUT, S. PLEYSIER, *Gesloten opvang van minderjarigen in Vlaanderen. Een Rechtspositieregeling*, Leuven, Steunpunt Welzijn Volksgezondheid en Gezin, 2020, 237-239.

³⁷⁰ Voor een toepassing: Portugal, CPT/Inf(2020)33, § 114.

forensisch psychiatrische problematiek is niet per definitie schuldonbekwaam), maar ook (en vooral) het feit dat bestraffing niet te rijmen valt met een therapeutisch leefklimaat.³⁷¹

Twee aandachtspunten zijn hierbij aan de orde.

1. Toelaatbare ordemaatregelen en ontoelaatbare sancties moeten duidelijk van elkaar onderscheiden worden. Het bewaren van de orde en veiligheid in de voorziening kan aanleiding geven tot bepaalde maatregelen ten aanzien van een specifieke patiënt of een groep van patiënten; dat mag evenwel niet leiden tot een sanctie.³⁷² De noodzakelijkheid van de maatregel in het licht van de orde en veiligheid is hierbij de scheidingslijn.
2. Ten tweede moet het koppelen van gevolgen aan het al dan niet volgen van de behandeling in de voorziening kritisch beoordeeld worden. Dat geldt in twee richtingen.

Gevolgen van het weigeren van behandelingen. Wanneer negatieve gevolgen gekoppeld worden aan het weigeren van een behandeling, gaat het *de facto* over sancties die bovendien het recht op vrije en geïnformeerde toestemming onder druk plaatsen.³⁷³ Uit het weigeren van een behandeling mogen maar vrijheidsbeperkingen (bv. uitgangsverbod, bezoekverbod, verbod om aan ontspanningsactiviteiten deel te nemen) voortvloeien voor zover de jongere door de behandelingsweigering de orde in de voorziening in gevaar brengt.

Gevolgen van het volgen van behandelingen. Ook het koppelen van gevolgen aan het volgen van behandelingen moet met een kritische blik bekeken worden. Vaak gaat het immers om een beloning, die net als een straf het recht op vrije en geïnformeerde toestemming onder druk plaatst.³⁷⁴

2 Veiligheid en sancties in Vlaanderen

2.1 Veiligheid

110. Er zijn in Vlaanderen geen duidelijke sectorale regels over het te voeren veiligheidsbeleid in de gesloten opvang voor minderjarigen in een psychiatrisch ziekenhuis. Er zijn wel beperkte aanknopingspunten. Zo volgt uit de ziekenhuiswetgeving dat bezoekbeperkingen (bv. bezoektijden) mogelijk zijn³⁷⁵ en hebben personeels- en infrastructuurnormen een impact op de veiligheid. Een algemeen kader is er evenwel niet. Ook regelgeving die huisregels verplicht stelt en toezicht houdt op de inhoud ervan expliciet mogelijk maakt, is er – anders dan bij de gedwongen opname³⁷⁶ – niet.

Wel biedt de rechtspraak over het aansprakelijkheidsrecht een aanknopingspunt. Deze stelt immers dat op de psychiatrische voorzieningen een veiligheids- en bewakingsverplichting rust.³⁷⁷ Deze verplichting

³⁷¹ Portugal, CPT/Inf (2020) 33, § 114 ; Polen, CPT/Inf(2018) 39, § 136 ; Duitsland, CPT/Inf(2017)3, § 125.

³⁷² Portugal, CPT/Inf (2020) 33, § 114.

³⁷³ Duitsland, CPT/Inf(2017)3, § 126 ; Polen, CPT/Inf(2018) 39, § 136.

³⁷⁴ Duitsland, CPT/Inf(2017)3, § 99.

³⁷⁵ Bijlage II, 4° KB 23 oktober 1964 tot bepaling van de normen die door de ziekenhuizen en hun diensten moeten worden nageleefd, BS 7 november 1964.

³⁷⁶ Art. 32, § 2, tweede lid Wet bescherming persoon geesteszieke.

³⁷⁷ Gent 18 april 1985, *VI.T.Gez.* 1987, 438, noot R. HEYLEN; Luik 5 januari 2012, *T.Verz.* 2013, 223; Bergen 13 mei 2013, *RGAR* 2014, nr. 15105, noot; Rb. Antwerpen 8 november 2006, *T.Verz.* 2008, 198 (niet bewezen); Corr.

houdt een inspanningsverbintenis in, die strenger wordt naarmate het veiligheidsrisico voorspelbaarder is.³⁷⁸ Deze veiligheids- en bewakingsverplichting leidt ertoe dat de voorziening en de erin werkzame beroepsbeoefenaars aansprakelijk gesteld kunnen worden voor schade die ontstaat ten gevolge van een gebrekkige veiligheid en bewaking.³⁷⁹ Tegelijk moet het aansprakelijkheidsrecht tot zijn juiste proporties herleid worden: het aansprakelijkheidsrecht verplicht de voorziening om de veiligheid van de jongere te beschermen en in het kader daarvan zorgvuldig om te gaan met de veiligheid en waar nodig proportionele maatregelen te nemen. Deze maatregelen moeten passen binnen het huidige wetgevende kader en mogen bestaande rechtsregels niet met de voeten treden.³⁸⁰ Bijgevolg mag de veiligheidsverplichting niet gebruikt worden om bijvoorbeeld een medische behandeling te legitimeren die niet aan de voorwaarden van de Wet Patiëntenrechten voldoet.

111. De beperkte juridische aanknopingspunten leiden ertoe dat er op de voorziening een veiligheidsverplichting rust die – voor zover ze niet nader in sectorale regelgeving gespecificeerd wordt – voortvloeit uit een algemene zorgvuldigheidsnorm. Dat kan aanleiding geven tot beperkingen, voor zover algemeen geldende rechtsregels (bv. de Wet Patiëntenrechten) niet met de voeten getreden worden.

Toegepast op de drie uit het internationale kader afgeleide doelstellingen, worden volgende handreikingen voorgesteld.

1. **Veilige leefomgeving en therapeutisch leefklimaat.** Uit het mensenrechtenkader volgt dat de voorziening maatregelen moet nemen om een veilige leefomgeving te creëren en een therapeutisch leefklimaat te bieden. Dat kan door positieve maatregelen, maar ook door middel van (veelal collectieve) beperkingen. Voor zover ze noodzakelijk en proportioneel zijn, moeten ze als inherent aan de opnamecontext beschouwd worden.

Dat inherentiecriteria lijken te kunnen worden doorgetrokken naar het nationale recht, waardoor voorzieningen het recht (en zelfs de plicht) hebben om maatregelen te nemen, ook al bestaat daartoe geen expliciete rechtsgrond. Huisregels zijn hierbij een geschikt instrument. Zij moeten gericht zijn op de orde in de voorziening en moeten noodzakelijk (i.e. nodig, proportioneel en pertinent) zijn om een veilige leefomgeving en therapeutisch leefklimaat te bereiken. De noodzakelijkheid sluit niet uit dat de voorzieningen over een appreciatiemarge beschikken waarin ze het evenwicht tussen vrijheid en veiligheid afwegen. Huisregels moeten bovendien duidelijk, voorzienbaar en toegankelijk zijn, mogen geen sancties bevatten.³⁸¹

Het is vanuit dat opzicht bijvoorbeeld mogelijk dat huisregels een beleid over bezoek en communicatie bevatten, met daarin bepaalde beperkingen (bv. bezoektijden, noodzakelijke veiligheidscontroles, locatie van bezoek, ...) en kan ook een beleid over alcohol, drugs en gevaarlijke voorwerpen deel uitmaken van de huisregels. De huisregels kunnen het bezit ervan verbieden en – voor zover dat gelet op de populatie noodzakelijk is – in algemene controles voorzien (bv.

Brussel 24 februari 2014, *T.Gez.* 2014-15, 230, noot B. FOSSEPREZ; Rb. Antwerpen 8 november 2006, *T.Verz.* 2008, 198; T. VANSWEEVELT, “De aansprakelijkheid van de arts en het ziekenhuis voor eigen gedrag” in F. DEWALLENS en T. VANSWEEVELT (eds.), *Handboek gezondheidsrecht*, I, Antwerpen, Intersentia, 2014, 1302.

³⁷⁸ Antwerpen 22 mei 1996, *T.Gez.* 1998-99, 386.

³⁷⁹ Bijvoorbeeld RB Tongeren 15 mei 1995, *RW* 1996-97, 362, noot; Gent 14 oktober 2010, *T.Gez.* 2013-14, 185, noot W. VAN NOPPEN.

³⁸⁰ T. OPGENHAFFEN, *Vrijheidsbeperkingen in de zorg*, Antwerpen, Intersentia, 2020, 333-334.

³⁸¹ Zie in detail M. NOTELTEIRS en T. OPGENHAFFEN, “Huisregels in de residentiële geestelijke gezondheidszorg. Orde op zaken gesteld”, *T.Gez.* 2019, 169-188.

kamercontrole, tassencontrole, ...). Daarnaast kunnen huisregels ook duiden hoe er met gevonden verboden middelen wordt omgegaan (bv. overhandiging aan politie, teruggave bij ontslag).
382

Er zijn een aantal absolute grenzen waarmee moet worden rekening gehouden. Ten eerste mag een huisregel de kern van een recht niet aantasten. Een huisregel die bijvoorbeeld alle bezoek verbiedt of zeer ernstige beperkingen oplegt is – naast niet noodzakelijk – in strijd met deze grens. Ten tweede mag een huisregel niet afwijken van geldende rechtsregels. Een huisregel die bijvoorbeeld het recht op geïnformeerde toestemming uit de Wet Patiëntenrechten beknot – bijvoorbeeld door aanwezigheid op therapieën verplicht te stellen – is daarmee in strijd.

2. **Bescherming van anderen.** Verdergaande individuele beperkingen kunnen rechtvaardigbaar zijn voor zover de jongere anderen in gevaar brengt. Zoals aangegeven kunnen individuele maatregelen voor zover ze de autonomie van de jongere niet al te ver beperken, als inherent beschouwd worden. Substantiële beperkingen op een recht of inbreuken op de fysieke integriteit van de jongere (bv. een (geheel/gedeeltelijk) bezoekverbod, een fouillering of een bloedonderzoek) hebben echter een specifieke rechtsgrond nodig. Zo'n specifieke rechtsgrond bestaat in Vlaanderen niet. Opnieuw moeten algemene juridische principes raad brengen. Het meest geschikt – maar slechts toepasbaar in heel uitzonderlijke gevallen – is de noodtoestand. Zoals eerder geduïd laat deze toe om wanneer een hoger rechtsgoed ernstig in gevaar is kortdurend en proportioneel in te grijpen (*supra*, randnr. 82). In principe is het in minder ernstige gevallen ook mogelijk dat de jongere toestemt met de maatregel en zo een beperking op zijn grondrechten toelaat. Deze toestemming is gelijkaardig aan de geïnformeerde toestemming in de zin van de Wet Patiëntenrechten en is dus te allen tijde herroepbaar.³⁸³ Niet enkel is de toestemming dus precair; ook bestaat de vraag in welke mate ze – wanneer ze op de bescherming van anderen gericht is – vrij gegeven kan worden.
3. **Bescherming van jongere tegen zichzelf.** Wanneer de jongere een gevaar voor zichzelf betekent, bestaat er een onlosmakelijk verband tussen het veiligheidsgevaar en zijn medische behandeling. Dat volgt ook zo uit het ruime toepassingsgebied van de Wet Patiëntenrechten. Bijgevolg zijn – behoudens noodtoestand, dat een beperkte interventie onder dwang toelaat – de onder de medische behandeling beschreven regels uit de Wet Patiëntenrechten ook hier van toepassing (*supra*, hoofdstuk 3). Dat betekent bijvoorbeeld dat wanneer het bezoek ten aanzien van een specifieke jongere beperkt wordt om hem te beschermen of wanneer een drugstest wordt vereist, een beroep op de Wet Patiëntenrechten of de noodtoestand noodzakelijk is.

Gezien de huidige juridische onduidelijkheid lijkt het ons wenselijk om voor zover de veiligheidsverplichting tot dwanghandelingen leidt, in een specifiek regelgevend kader te voorzien.

³⁸² Zie in detail M. NOTELTEIRS en T. OPGENHAFFEN, "Huisregels in de residentiële geestelijke gezondheidszorg. Orde op zaken gesteld", *T.Gez.* 2019, 169-188.

³⁸³ E. GULDIX, *De persoonlijkheidsrechten, de persoonlijke levenssfeer en het privéleven in onderling verband*, onuitg. doctoraatsthesis VUB, 1986; L. DIERCKX, *Recht op Afbeelding*, Antwerpen, Intersentia, 2005, 224-225; J. VELAERS, "Het menselijk lichaam en de grondrechten" in P. REYNAERT, J. TAELS en G. VANHEESWIJCK, *Over zichzelf beschikken? Juridische en ethische bijdragen over het leven, het lichaam en de dood*, Antwerpen – Apeldoorn, Maklu, 1996, 192-198.

2.2 Sancties

112. Er is geen regelgeving die toelaat dat jongeren die in de forensische kinder- en jeugdpsychiatrie verblijven, gestraft kunnen worden. Tegelijk is er geen regelgeving die het gebruik van straffen expliciet verbiedt. Dat straffen niet gebruikt mogen worden volgt impliciet uit algemene beginselen (geen straf zonder wet; verbod op private sanctie) en algemene rechtsnormen (de Wet Patiëntenrechten, het strafrecht ...) (*supra*, randnr. 98).

Waar het *o.i.* niet noodzakelijk is om een verbod expliciet in de regelgeving te verankeren, is het *o.i.* wel noodzakelijk om toe te zien op het reeds vandaag bestaande impliciete verbod. Het belangrijkste aandachtspunt is dat aan de niet-naleving van orderegels of behandelafspraken geen *de facto* bestraffend gevolg gegeven mag worden. Wanneer een jongere bijvoorbeeld weigert zijn medicatie te nemen, mag de voorziening hem bijvoorbeeld hiervoor niet *de facto* sanctioneren door hem automatisch de deelname aan bepaalde ontspanningsactiviteiten te ontzeggen. Dergelijke maatregel zou slechts gerechtvaardigd zijn indien de jongere door de niet-inname van zijn medicatie een veiligheidsgevaar betekent die de deelname aan de ontspanningsactiviteit onmogelijk maakt. Ook het belonen van jongeren met bijkomende privileges indien ze de behandelafspraken naleven, is vanuit dezelfde logica niet toelaatbaar.

3 Besluit

113. Hoewel er op de voorziening internationaalrechtelijk een veiligheidsverplichting rust, is een afweziging met andere belangen (i.h.b. de autonomie van de jongere) steeds noodzakelijk. Uit het internationale kader volgt dat vrijheidsbeperkingen vanuit veiligheidsoverwegingen steeds beoordeeld moeten worden vanuit hun doelstelling (veilig leefklimaat en therapeutische leefomgeving; bescherming van anderen; bescherming van de jongere tegen zichzelf). Nationaalrechtelijk zijn de contouren van de veiligheidsverplichting niet geregeld, waardoor vrijheidsbeperkingen veelal in een grijze zone plaatsvinden. Een wettelijke regeling is – zeker wanneer het verregaandere maatregelen betreft – noodzakelijk.

