Artikel

Vertegenwoordigingsregelingen voor wilsonbekwamen in het Nederlandse recht in het licht van het VN-Verdrag Handicap en het EVRM

Dr. mr. C. Blankman en mr. K. Vermariën*

16

1. Inleiding

In de aanloop naar de ratificatie door Nederland van het Internationaal Verdrag inzake de Rechten van Personen met een Handicap (IVRPH) is een aantal vertegenwoordigingsregelingen in het familie- en het gezondheidsrecht nader onderzocht op conformiteit met dit VN-Verdrag. Daar was alle aanleiding toe, want volgens het VN-Comité bij dit verdrag, is op grond van artikel 12 van dit verdrag vertegenwoordiging van personen met een handicap niet meer toegestaan; personen met een handicap zouden al dan niet met ondersteuning in staat moeten zijn zelf beslissingen te nemen. De tekst van de eerste vier leden van artikel 12 IVRPH luidt:

‘Artikel 12

Gelijkheid voor de wet

1. De staten die partij zijn bevestigen opnieuw dat personen met een handicap overal als persoon erkend worden voor de wet.
2. De staten die partij zijn erkennen dat personen met een handicap op voet van gelijkheid met anderen in alle aspecten van het leven handelingsbekwaam zijn.

3. De staten die partij zijn nemen passende maatregelen om personen met een handicap toegang te verschaffen tot de ondersteuning die zij mogelijk behoeven bij de uitoefening van hun handelingsbekwaamheid.

4. De staten die partij zijn waarborgen dat alle maatregelen die betrekking hebben op de uitoefening van handelingsbekwaamheid, voorzien in passende en doeltreffende waarborgen in overeenstemming met het internationale recht inzake de mensenrechten om misbruik te voorkomen. Deze waarborgen dienen te verzekeren dat maatregelen met betrekking tot de uitoefening van handelingsbekwaamheid de rechten, wil en voorkeuren van de desbetreffende persoon respecteren, vrij zijn van conflicterende belangen of onbehoorlijke beïnvloeding, proportioneel zijn en toegesneden op de omstandigheden van de persoon in kwestie, van toepassing zijn gedurende een zo kort mogelijke periode en onderworpen zijn aan een regelmatige beoordeling door een bevoegde, onafhankelijke en onpartijdige autoriteit of gerechtelijke instantie. De waarborgen dienen evenredig te zijn aan de mate waarin deze maatregelen van invloed zijn op de rechten en belangen van de persoon in kwestie.’

De interpretatie door het VN-Comité van artikel 12 die is neergelegd in een zogenoemd General Comment,¹ is omstreden; een aantal juristen en een deel van de bij het VN-Verdrag aangesloten staten huldigen de opvatting

* Dr. mr. C. (Kees) Blankman is als universitair docent verbonden aan de Juridische Faculteit van de VU te Amsterdam. Mr. Karen Vermariën is werkzaam als wetenschappelijk docent aan de Erasmus Universiteit Rotterdam.

1. Zie www.ohchr.org/EN/HRBodies/CRPD/Pages?DGCArticles12And9.aspx.

dat ook onder het verdrag beschermingsmaatregelen voor mensen met een handicap zijn toegestaan waarbij door de rechter een vertegenwoordiger wordt benoemd en waarbij de handelingsbekwaamheid wordt beperkt. Ook sluit artikel 12 niet uit dat er regelingen zijn waarbij naaste familieleden of door de rechter benoemde vertegenwoordigers bevoegd worden tot vertegenwoordigen. In de interpretatie van het VN-Comité kan echter de handelingsbekwaamheid van personen met een handicap niet worden aangetast en worden met ‘maatregelen die betrekking hebben op de uitoefening van handelingsbekwaamheid’ in lid 4 alleen ondersteunende maatregelen bedoeld en niet maatregelen die leiden tot beperking van de handelingsbekwaamheid van de persoon met de handicap. Het in artikel 12 centrale begrip ‘handelingsbekwaamheid’ kan worden omschreven als de bevoegdheid om zelf rechtshandelingen te kunnen verrichten.

De Nederlandse wetgeving kent een aantal regelingen die als kenmerk hebben dat een niet zelf gekozen vertegenwoordiger namens de betrokken persoon beslissingen neemt; in enkele regelingen wordt de persoon zelfs expliciet handelingsonbekwaam of onbevoegd verklaard. Het onverkort overnemen van de interpretatie die wordt verdedigd door het VN-Comité bij dit verdrag, zou moeten leiden tot een fundamentele wijziging van een aantal vertegenwoordigingsregelingen in ons recht.

De onduidelijkheid over de wijze waarop de doorwerking van artikel 12 in ons recht gestalte moet krijgen vormde de aanleiding voor het onderzoek dat in opdracht van het College voor de Rechten van de Mens is uitgevoerd door twee aan de Vrije Universiteit Amsterdam verbonden jurist-onderzoekers. Het College voor de Rechten van de Mens is belast met het bevorderen en monitoren van de uitvoering van dit mensenrechtenverdrag. In het onderzoek zijn zeven regelingen in het Nederlandse recht getoetst aan de normen die uit artikel 12 IVRPH kunnen worden gedestilleerd. In het familierecht betrof het de regelingen van de curatele, het beschermingsbewind en het mentorschap (hierna CBM). De gezondheidsrechtelijke regelingen inzake vertegenwoordiging van wilsonbekwame patiënten en cliënten die in het onderzoek werden betrokken, waren afkomstig uit de WGBO, de Wet Bopz en de wetsvoorstellen Verplichte GGz en Zorg en dwang.² Het uitspreken van een curatele resulteert in handelingsonbekwaamheid van de onder curatele gestelde persoon. Personen voor wie een beschermingsbewind of mentorschap is ingesteld, zijn als gevolg van deze door de rechter uitgesproken maatregel onbevoegd en dat impliceert een beperking van hun handelingsbekwaamheid. De aantasting van de handelingsbekwaamheid in de vier onderzochte gezondheidsrechtelijke regelingen bestaat daarin dat bij wilsonbekwaamheid van de cliënt of patiënt de curator of mentor dan wel de partner of de naaste

familieleden bevoegd worden tot vertegenwoordigen. Ook hiermee wordt de eigen handelingsbekwaamheid van de cliënt of patiënt aangetast. De regelingen zijn niet specifiek geschreven voor personen met een handicap, maar in een aantal gevallen zal de wilsonbekwaamheid een gevolg zijn van de handicap. Wilsonbekwaamheid betreft anders dan handelingsonbekwaamheid niet een niet-mogen, maar een feitelijk niet-kunnen; wilsonbekwaam is een persoon als hij bij het nemen van een bepaalde beslissing niet in staat is tot een redelijke afweging van zijn belangen en de mogelijke gevolgen ervan niet overziet. Hij kan de beslissing niet nemen. Voorbeelden zijn een persoon met een ernstige verstandelijke beperking of een persoon die in coma verkeert. In het General Comment betreffende artikel 12 overweegt het VN-Comité in paragraaf 13 dat wilsonbekwaamheid niet op een correcte wijze kan worden vastgesteld en dat het aantasten van de handelingsbekwaamheid op grond van wilsonbekwaamheid discriminatie in de zin van het VN-Verdrag oplevert en niet is toegestaan.

Omdat de indruk bestond dat de uit het VN-Verdrag voortvloeiende normen zouden schuren met de normen die door het Europese Hof voor de Rechten van de Mens te Straatsburg zijn ontwikkeld, werd besloten ook de conformiteit met het EVRM en de verhouding tussen het VN-Verdrag en het EVRM op dit punt in het onderzoek mee te nemen.

In de paragrafen hieronder komen de belangrijkste uitkomsten en aanbevelingen van de onderzoekers aan de orde. Paragraaf 2 besteedt aandacht aan de 4 leden van artikel 12 van het verdrag en twee algemene uitkomsten en aanbevelingen van het onderzoek. Hierna volgen twee paragrafen over de conformiteit van het VN-Verdrag met de CBM-regelingen en met de vertegenwoordigingsregelingen in de vier onderzochte gezondheidsrechtelijke regelingen. De paragrafen 5 en 6 handelen over de normen die uit de EHRM-jurisprudentie kunnen worden gedestilleerd en over de relatie tussen het VN-Verdrag en het EVRM tegen de achtergrond van de opvatting van het Hof van Justitie van de Europese Unie. Paragraaf 7 bevat de conclusie en enkele vragen voor de toekomst.

2. Artikel 12, het leidend beginsel bij vertegenwoordiging en de niet-benoembaarheid van vertegenwoordigers

Uit het eerste en tweede lid van artikel 12 volgt dat het hebben van een handicap op zich geen reden mag zijn om de handelingsbekwaamheid van een persoon te beperken. Op dat punt zijn de onderzochte regelingen niet in strijd met het VN-Verdrag. Waar sprake is van een niet door de persoon zelf benoemde vertegenwoor-

2. De afkortingen staan voor Wet op de Geneeskundige Behandelingsovereenkomst, Wet bijzondere opnemingen in psychiatrische ziekenhuizen en de wetsvoorstellen 32399 (Verplichte GGz) en 31996 (Zorg en dwang psychogeriatrische en verstandelijk gehandicapte cliënten), zoals de tekst luidt na de op 8 juli 2016 aan de Tweede Kamer aangeboden tweede nota van wijziging (*Kamerstukken II 2015/16, 32399, 25*).

diger vloeit deze bevoegdheid tot vertegenwoordigen niet voort uit het feit dat de te vertegenwoordigen persoon een handicap heeft. De grond voor toekenning van deze bevoegdheid is dat de persoon niet in staat is tot een redelijke behartiging van zijn belangen ter zake, waarbij dit niet in staat zijn een gevolg kan zijn van een handicap. De CBM-regelingen formuleren als grond voor een maatregel dat de persoon op grond van zijn lichamelijke of geestelijke toestand zijn belangen niet goed kan behartigen.³ Het derde lid verplicht de aangesloten staten om personen met een handicap te ondersteunen bij het uitoefenen van hun handelingsbekwaamheid. De voor het onderzoek belangrijkste bepaling is artikel 12, lid 4, IVRPH. Dit artikellid formuleert een aantal eisen waaraan 'maatregelen die betrekking hebben op de uitoefening van handelingsbekwaamheid' moeten voldoen. Bij deze maatregelen kan het gaan om vormen van ondersteuning waardoor de persoon met de handicap zelf beslist, maar ook om maatregelen waarbij een vertegenwoordiger de beslissing neemt. De bevoegdheid tot vertegenwoordiging ontstaat soms rechtstreeks uit de wet (bijvoorbeeld in de WGBO), soms omdat de vertegenwoordiger door de persoon met de handicap is benoemd (volmacht of levenstestament) en soms omdat een rechter de vertegenwoordiger heeft benoemd (CBM-regelingen). Er moeten effectieve waarborgen zijn om misbruik te voorkomen. Ook moet worden gewaarborgd dat bij deze maatregelen de rechten, wil en voorkeuren van de persoon met de handicap worden gerespecteerd, dat er geen sprake is van 'conflicterende belangen of onbehoorlijke beïnvloeding'. Daarnaast vereist dit vierde lid dat de maatregelen proportioneel zijn en op maat, dat ze zo kort mogelijk worden toegepast en dat er een regelmatig toezicht is door een onafhankelijke instantie.

In de zeven onderzochte regelingen ontbreekt een expliciet criterium voor de vertegenwoordiger dat hij in acht moet nemen bij de invulling van zijn taak. De regeling van het mentorschap kent de zorg van een goed mentor en in de WGBO is er de zorg van een goed vertegenwoordiger, maar een algemeen leidend beginsel ontbreekt.⁴ Uit artikel 12 IVRPH komt naar voren dat leidend moeten zijn de rechten, wil en voorkeuren van de persoon die wordt vertegenwoordigd. Het belang van een algemeen criterium en het beginsel van non-discriminatie brengt met zich dat niet kan worden volstaan met regelingen waar soms niet en soms wel, maar dan niet op gelijke wijze, wordt geformuleerd hoe de vertegenwoordiger dient te handelen. Het verdient aanbeveling in een algemene regeling op te nemen dat wie optreedt als vertegenwoordiger van een wilsonbekwame meerderjarige zich moet laten leiden door de rechten, wil en voorkeuren van die meerderjarige.

Een tweede uitkomst die op alle regelingen betrekking heeft, is het uitsluiten van bepaalde personen om te worden benoemd tot vertegenwoordiger of om als vertegenwoordiger te kunnen optreden. In de CBM-regelin-

gen is te vinden dat wie failliet is gegaan, in principe niet tot curator of bewindvoerder kan worden benoemd en dat de behandelend hulpverlener niet tot mentor kan worden benoemd. Zie hierna onder paragraaf 3. Het wetsvoorstel Verplichte GGz (artikel 1:3, lid 5 en 6) en sinds de tweede nota van wijziging d.d. 8 juli 2016 het wetsvoorstel Zorg en dwang (artikel 3 leden 4 en 5) formuleren beperkingen aan het kunnen optreden als vertegenwoordiger, maar een algemene voor alle vertegenwoordigers geldende opsomming verdient volgens de onderzoekers de voorkeur.

3. Het VN-Verdrag en de CBM-regelingen

De nadruk op de autonomie van de persoon met de handicap, die ook blijkt uit de artikel 3 en 4 IVRPH, gecombineerd met het accent op het ondersteunen van mensen met een handicap bij het uitoefenen van hun handelingsbekwaamheid betekent dat de CBM-maatregelen pas toegepast mogen worden als minder ingrijpende voorzieningen niet de nodige bescherming en ondersteuning kunnen bieden. Dit principe van subsidiariteit is terug te vinden in artikel 1:378, lid 1, BW (geen curatele als met een meer passende en minder verstrekkende maatregel kan worden volstaan), maar een dergelijke formulering ontbreekt bij de artikelen 1:431 (beschermingsbewind) en 1:450 BW (mentorschap). Voor de Nederlandse situatie betekent dit o.a. dat er meer aandacht zou moeten zijn voor het levenstestament en dat de voorkeur zou moeten uitgaan naar een door de persoon met de handicap zelf getroffen voorziening boven een door de rechter uitgesproken maatregel. Aan de eis van proportionaliteit is wel voldaan, gelet op de mogelijkheid voor de rechter om bij een verzoek om een curatele na afwijzing van het verzoek ambtshalve een bewind of een mentorschap in te stellen (artikel 1:432, lid 3 en 1:451, lid 3, BW). Het voorkomen van misbruik, van conflicterende belangen en van onbehoorlijke beïnvloeding lijkt gewaarborgd door het door de rechter uitgeoefende toezicht. Ook bepaalt de wet sinds 1 januari 2014 dat bepaalde personen niet tot curator, bewindvoerder of mentor benoemd kunnen worden. Zie artikel 1:383, lid 5, 6 en 7, artikel 1:435, lid 6 en 7 en artikel 1:451, lid 6 en 7, BW, al valt hierbij op dat de bij de wetwijziging van 2014 ingevoerde kwaliteitseisen alleen gelden voor professionele curatoren, bewindvoerders en mentoren en niet voor vertegenwoordigers uit de familiekring. Wat betreft de kortst mogelijke termijn bevat de wet geen incentive voor rechters om te beslissen dat de maatregel een tijdelijk karakter heeft. En artikel 1:389, lid 2, laatste volzin, BW bepaalt ten onrechte dat de curatele in beginsel pas eindigt als de desbetreffende beschikking in kracht van gewijsde is gegaan.

Op het punt van bescherming op maat is bij de CBM-regelingen sprake van non-conformiteit met het VN-Verdrag. Een belangrijk kenmerk van deze regelingen is

3. Zie art. 1:378, lid 1, art. 1:431, lid 1 en art. 1:450, lid 1, BW.

4. Zie art. 1:454, lid 1 en art. 7:465, lid 5, BW.

het van rechtswege beperken of ontnemen van juridische bewegingsvrijheid. Een ondercuratelestelling leidt van rechtswege tot handelingsonbekwaamheid en de instelling van een beschermingsbewind of een mentorschap resulteert eveneens automatisch in onbevoegdheid (artikel 1:381, lid 2, artikel 1:438 en artikel 1:453, lid 1, BW). Voorstelbaar is dat voor sommige personen met een handicap die ook met ondersteuning niet in staat zijn zelf beslissingen te nemen, een vertegenwoordiger moet worden benoemd. Daarmee staat echter niet vast, hoewel de wetgever dat wel impliceert, dat het noodzakelijk is deze personen te beperken in wat het VN-Verdrag in artikel 12, lid 3 formuleert als ‘de uitoefening van hun handelingsbekwaamheid’.

Ten aanzien van de maatregel van mentorschap bevelen de onderzoekers aan in de wet de formele onbevoegdheid van de gementoreerde te schrappen, met name omdat in de WGBO en andere gezondheidsrechtelijke wetten de gementoreerde pas als onbevoegd wordt beschouwd als hij ter zake wilsonbekwaam is.⁵

De regeling van het beschermingsbewind maakt een bewind mogelijk over een of meer van de goederen van de rechthebbende, maar in de praktijk wordt veelal een bewind over alle goederen uitgesproken. Vanuit het perspectief van het VN-Verdrag zou de autonomie van de rechthebbende een steviger regeling verdienen. Dit perspectief brengt ook met zich dat de mogelijkheden voor de rechthebbende om toestemming te geven of in staat te zijn om de rekening op te nemen nadrukkelijk(er) moeten worden beschermd en benut (artikel 1:441, lid 2 aanhef en lid 5 en artikel 1:445, lid 2, BW). Vanwege de verdragsnorm om pas in uiterste instantie over te gaan tot beperking van de bevoegdheid van de rechthebbende zou het passender zijn dat de onbevoegdheid niet van rechtswege ontstaat, maar door de rechter wordt uitgesproken indien en voor zover noodzakelijk.

Voor de regeling van de curatele zou in het licht van het VN-Verdrag eenzelfde terughoudendheid met het aantasten van de handelingsbekwaamheid geboden zijn. De onderzoekers bepleiten een mogelijke afschaffing van deze maatregel, omdat met de combinatie van een mentorschap en een in het Curatele- en bewindregister vermeld beschermingsbewind een nagenoeg gelijke bescherming kan worden geboden als met een curatele.

Het maximaal honoreren van de autonomie van de persoon met de handicap betekent dat de door de rechter benoemde vertegenwoordiger de zelfredzaamheid van de persoon met de handicap zoveel als mogelijk dient te bevorderen en niet ‘waar mogelijk’ zoals geformuleerd in het Besluit kwaliteitseisen curatoren, bewindvoerders en mentoren, artikel 4, lid 2 en 3.

4. Het VN-Verdrag en vier gezondheidsrechtelijke regelingen

In de regeling van de WGBO lijkt in eerste instantie te zijn voldaan aan het uitgangspunt dat de autonomie van de persoon maximaal dient te worden gehonoreerd; artikel 7:564 BW bepaalt dat de patiënt pas bij wilsonbekwaamheid onbevoegd wordt geacht zelf te beslissen. De beoordeling van wilsonbekwaamheid is echter niet geregeld, waardoor toch het gevaar bestaat dat onvoldoende zorgvuldig wordt beslist tot wilsonbekwaamheid. De gevolgen zijn ingrijpend, want na deze vaststelling verliezen verklaringen van de patiënt hun volledige rechtskracht en wordt onder omstandigheden dwangbehandling mogelijk. Een degelijke waarborg voor beperking van de handelingsbekwaamheid van de patiënt ontbreekt en de regeling van de WGBO is op dit punt disproportioneel in de zin van artikel 12, lid 4, IVRP. De WGBO kent naast door de rechter benoemde vertegenwoordigers ook de gevolmachtigden en de onbenoemde vertegenwoordigers uit de familiekring. In een regelmatig toezicht is echter niet voorzien. Een punt van nader onderzoek en afweging is of aan familieleden die optreden als vertegenwoordiger dezelfde eisen gesteld zouden moeten worden als aan professionele vertegenwoordigers. Ook dringt de vraag zich op of in het geval dat een volmachtgever in een levenstestament geen prijs stelt op een vorm van toezicht op de gevolmachtigde die bij zijn wilsonbekwaamheid bevoegd is namens hem beslissingen te nemen, niettemin op grond van artikel 12, lid 4 verlangd kan worden dat in het levenstestament een vorm van toezicht is opgenomen.

De Wet Bopz blijkt in de regeling van de onvrijwillige opnemings onvoldoende recht te doen aan de autonomie van de patiënt die bereid is te worden opgenomen in een psychiatrisch ziekenhuis. Artikel 2, lid 3, onderdeel b, vereist in een dergelijk geval dat ook de mentor of curator akkoord gaat met deze opnemings; deze toestemmingseis, die niet is gerelateerd aan wilsonbekwaamheid van de patiënt, doet geen recht aan de autonomie van de patiënt die bereid is te worden opgenomen. Van regelingen binnen de Wet Bopz die de eigen regie van de patiënt honoreren, zoals het eigen verzoek om een machtiging en de zelfbindingsverklaring (artikelen 32 en 34a), wordt weinig gebruik gemaakt. En voor de voorwaardelijke machtiging geldt op grond van artikel 14a, lid 2, onderdeel b dat deze niet kan worden toegepast buiten de reguliere psychiatrie. In de toepassing van de klachtregeling van de Wet Bopz wordt wel recht gedaan aan de autonomie van de patiënt, doordat de vertegenwoordiger niet-ontvankelijk wordt verklaard in zijn Bopz-klacht indien de patiënt ter zake wilsbekwaam is en geen klacht indient.

De twee wetsvoorstellen die de Wet Bopz gaan vervangen ademen meer de geest van het VN-Verdrag, al lijkt op één punt de autonomie van de patiënt iets meer te worden aangetast. Artikel 7:2, lid 3, wetsvoorstel Ver-

5. Art. 1:453, lid 1, BW gaat uit van onbevoegdheid, maar uit art. 7:465, lid 2, BW (WGBO), art. 38, lid 2 en 38a, lid 4, Wet Bopz, art. 1:3, lid 3, wetsvoorstel Verplichte GGz (32399, 2) en art. 3, lid 2, wetsvoorstel Zorg en dwang (31996, tekst na 8 juli 2016) blijkt dat een wilsbekwaam patiënt zelf mag beslissen, ook als hij een mentor of curator heeft.

plichte GGz en artikel 31 wetsvoorstel Zorg en dwang maken het mogelijk dat geen advocaat wordt toegevoegd indien de vertegenwoordiger bedenkingen heeft tegen de toevoeging. Artikel 3, lid 3, Wet Bopz kent deze bevoegdheid van de vertegenwoordiger niet.

Het wetsvoorstel Verplichte GGz geeft de zelfbindingsverklaring en de eigen wensen t.a.v. behandeling een meer centrale plaats. Opvallend is dat de kring van onbenoemde vertegenwoordigers uit de familiekring ten opzichte van de WGBO is uitgebreid met kleinkind en grootouder (artikel 1:3, lid 3, onderdeel b). Positief te waarderen is dat wilsonbekwaamheid, na vaststelling daarvan, nadrukkelijk schriftelijk wordt vastgelegd. Daarbij introduceert dit wetsvoorstel in artikel 1:3, lid 4 de verplichting voor de zorgaanbieder om een mentorschap te verzoeken aan de rechter indien de wilsonbekwame patiënt geen vertegenwoordiger heeft.

Het wetsvoorstel Zorg en dwang kent eveneens de expliciete vermelding in het zorgdossier van een vastgestelde wilsonbekwaamheid. Artikel 3, lid 2 verwijst daarbij naar gangbare richtlijnen voor deze vaststelling en bepaalt dat deze vaststelling door een onafhankelijk arts dient te geschieden. Het wetsvoorstel verplicht de zorgaanbieder om voor de cliënt die geen vertegenwoordiger heeft bij de rechter een verzoek tot instelling van een mentorschap in te dienen. Dit zou kunnen leiden tot mentorschappen voor cliënten die geen mentor nodig hebben, maar verwacht mag worden dat de rechter in dergelijke situaties het verzoek zal afwijzen. Bij het streven naar toestemming met het zorgplan voor de cliënt bepaalt artikel 7, lid 3 dat de zorgverantwoordelijke zoveel als mogelijk rekening houdt met de wensen en voorkeuren van de cliënt. Voor deze formulering ‘zoveel als mogelijk’ geldt dat gelet op de uit het VN-Verdrag voortvloeiende normen een meer stellige redactie gewenst is. Vergeleken met het wetsvoorstel Verplichte GGz valt op dat er minder mogelijkheden zijn om de eigen regie van de persoon met de handicap te honoreren. Opvallend is bijvoorbeeld het ontbreken van de figuur van de voorwaardelijke machtiging, die ruimte kan bieden aan eigen regie bij behandeling buiten de instelling.

5. EVRM en rechten van mensen met een handicap

Op het EVRM is regelmatig een beroep gedaan om de rechten van mensen met een handicap bij beschermingsmaatregelen te waarborgen. Interessante bepalingen in dit licht zijn met name de artikelen 6, 8 en 14 EVRM.⁶

6. Opgemerkt zij dat art. 14 EVRM op grond van het EVRM geen zelfstandig recht vormt. Op artikel 1 van het door Nederland geratificeerde Twaalfde Protocol kan wel een zelfstandig beroep worden gedaan, waardoor het gelijkheidsbeginsel met de komst van dit Protocol een sterkere juridische basis heeft gekregen. Rechtspraak op dit punt is nog beperkt; zie ook R.J. Blauwhoff, ‘Commentaar op Verdrag tot bescherming van de rechten van de mens en de fundamentele vrijheden art. 14’, *Commentaar Relatierecht*.

Op bepaalde punten lijkt de Nederlandse wetgeving nog op gespannen voet te staan met deze bepalingen van het EVRM.

Zo gaf het EHRM in de zaak *Shtukurov* tegen Rusland in het kader van artikel 6 EVRM aan dat de participatie van een geestesziek persoon in zaken betreffende diens persoon in beginsel noodzakelijk was.⁷ En in de zaak *D.D.* tegen Litouwen overwoog het EHRM: ‘there is no indication that at that moment in time the applicant was suffering from an incapacity of such a degree that her personal participation in the proceedings would have been meaningless.’⁸

Deze uitspraak van het EHRM lijkt te impliceren dat slechts bij wijze van uitzondering mag worden afgezien van het horen van de (gedeeltelijk) wilsonbekwame, namelijk indien diens deelname zinloos (‘meaningless’) zou zijn. De Nederlandse wetgeving maakt het juist mogelijk af te zien van het horen van een betrokkene, wanneer dit van ‘ondergeschikt belang’ zou zijn.⁹ Deze omschrijving lijkt meer ruimte te laten tot het achterwege laten van het horen van een betrokkene. De Aanbevelingen zoals opgesteld door het LOVCK¹⁰ manen tot terughoudendheid, maar een expliciete regeling vanuit de wetgever lijkt op zijn plaats, gezien de hiermee gemoeid zijnde belangen.

Artikel 8 EVRM beschermt tegen ongevraagde overheidsbemoeienis. In het kader van het subsidiariteits- en het proportionaliteitsbeginsel dient te worden volstaan met een maatregel die niet verder gaat dan noodzakelijk. Interessant op dit punt is dat de rechter de mogelijkheid heeft een beschermingsbewind uit te spreken over slechts enkele goederen van een betrokkene.¹¹ In een meerderheid van de gevallen wordt het beschermingsbewind desondanks uitgesproken over alle huidige en toekomstige goederen. De CBM-regelingen maken het verder mogelijk deze voor een bepaalde tijd uit te spreken.¹² Het EHRM maakt van de mogelijkheid van beperking in tijd expliciet gewag in zijn overwegingen.¹³ Beschermingsmaatregelen worden echter vaak nog voor onbepaalde tijd uitgesproken. Gezien artikel 8 EVRM doemt de vraag op of deze beperkingen niet eerder regel dan uitzondering zouden moeten zijn.

Eveneens in het kader van artikel 8 EVRM kan de vraag gesteld worden of vaak genoeg teruggerepen wordt op overige beschermingsmogelijkheden. Denk hierbij aan de mogelijkheid om een onder invloed van een geestelijke stoornis verrichte rechtshandeling te vernietigen op grond van artikel 3:34 BW en de mogelijkheid tot vertegenwoordiging via een volmacht middels artikel 3:60

7. EHRM 27 maart 2008, 44009/05 (*Shtukurov t. Rusland*).

8. EHRM 14 februari 2012, 13469/06 (*D.D. t. Litouwen*), par. 120 en 122.

9. Zie o.a. artikel 800 en 809 Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering.

10. De Aanbevelingen curatele, beschermingsbewind en mentorschap, vastgesteld door het Landelijk Overleg Vakinhoud Civiel en Kanton (LOVCK) op 8 juni 2015, te raadplegen via www.rechtspraak.nl. formuleren alle drie dat horen van de betrokkene uitgangspunt is.

11. Zie art. 1:431 BW.

12. Zie art. 1:389, lid 1, art. 1:449, lid 1 en art. 1:462, lid 1, BW.

13. Zie hiervoor bijvoorbeeld EHRM 17 januari 2012, 36760/06 (*Stanev t. Bulgarije*), par. 240.

e.v. BW. Dergelijke beschermingsmogelijkheden maken het voor de rechter mogelijk om te oordelen dat een beschermingsmaatregel niet noodzakelijk is. Of er daadwerkelijk optimaal gebruik wordt gemaakt van de mogelijkheden tot het creëren van een maatregel ‘toegesneden op de omstandigheden van de persoon in kwestie’ laat zich aanzien. Zonder nader onderzoek is hier geen eenduidig antwoord op te geven.

Het Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering merkt bepaalde familieleden aan als belanghebbenden, hetgeen momenteel met zich brengt dat zij – eventueel tegen de wensen van de betrokkene in – op de hoogte zullen worden gesteld van een aanhangig verzoek tot het instellen van een beschermingsmaatregel.¹⁴ Dit gegeven knelt met artikel 8 EVRM en het recht op privacy. Er is in beginsel geen ruimte gelaten per geval te bezien of het belang dat betrokkene heeft bij het niet inlichten van zijn familieleden wellicht zwaarder weegt dan het belang van de familieleden om ingelicht te worden. Een ander heikel punt in het kader van artikel 8 EVRM vormt het Curatele- en bewindregister.¹⁵ Hoewel het bijhouden van een dergelijk register in het belang wordt geacht van een vlot functionerende rechtspraktijk, is het de vraag of dit doel noodzakelijkerwijs op deze wijze dient te moeten worden nagestreefd. Indien iemand wilsonbekwaam is ten tijde van het verrichten van een rechtshandeling is deze handeling ook vernietigbaar.¹⁶ De rechtspraktijk verloopt hierdoor niet noodzakelijkerwijs minder ‘vlot’. Een handelende partij is op basis hiervan immers altijd gehouden zich ervan te vergewissen dat iemand ter zake wilsbekwaam is.

6. Het HvJ EU en de (door)werking van het VN-Verdrag

Eind 2010 is de Europese Unie tot het VN-Verdrag toetreden op basis van artikel 44 IVRPH. Lidstaten zijn door deze toetreding direct aan het VN-Verdrag gebonden.¹⁷ De EU is aangesloten bij het VN-Verdrag, maar nog niet bij het EVRM. Dit terwijl de intentie tot aansluiting staat opgenomen in het Verdrag betreffende de Europese Unie (VEU).¹⁸

Het Hof van Justitie van de Europese Unie (HvJ EU) heeft zich op 18 maart 2014 uitgelaten over de recht-

streekse werking van het VN-Verdrag.¹⁹ Wil hiervan sprake zijn dan dienen de voor de toetsing aangevoerde bepalingen onvoorwaardelijk en voldoende nauwkeurig te zijn.²⁰ Hieraan is voldaan indien de betreffende verdragsbepaling een duidelijke en nauwkeurig omschreven verplichting bevat, voor de uitvoering of werking waarvan geen verdere handeling is vereist.

Het HvJ EU overweegt dat de bepalingen van het VN-Verdrag inhoudelijk niet onvoorwaardelijk en voldoende nauwkeurig zijn en dus geen directe werking in het Unierecht hebben. Het HvJ EU baseert zich daarbij met name op artikel 4 IVRPH dat staten de verplichting oplegt tot het nemen van alle relevante maatregelen voor de tenuitvoerlegging van de in het verdrag erkende rechten. Het HvJ EU concludeert dat de uitvoering van het verdrag verdere handelingen van de partijen vergt. Doordat deze bijkomende handelingen vereist zijn, wordt geconcludeerd dat rechtstreekse werking ontbreekt.

De criteria die de Nederlandse rechter dient te hanteren om te beoordelen of een internationale verdragsbepaling rechtstreekse werking heeft, zijn vergelijkbaar met de criteria die het HvJ EU hanteert.²¹ Een zekere reflexwerking van de uitspraak van het HvJ EU lijkt dan ook niet uitgesloten.²² Uit de grondwetsystematiek en de uitspraken van de Hoge Raad volgt echter dat in beginsel per artikel bezien zal moeten worden of aan een bepaling rechtstreekse werking toekomt.²³

De Nederlandse regering heeft daarnaast expliciet erkend dat het VN-Verdrag naar haar mening wel degelijk enkele rechtstreeks werkende bepalingen bevat.²⁴ De overige bepalingen (waaronder artikel 12) worden door de regering onvoldoende nauwkeurig of concreet bevonden om daar rechtstreekse werking aan toe te kennen. De regering verwijst bij haar overwegingen expliciet naar het arrest van het HvJ EU van 18 maart 2014.²⁵ Toetsing aan de artikelen 93 en 94 Gw door de rechter zal moeten uitwijzen of aan artikel 12 IVRPH rechtstreekse werking toekomt. Het enkele feit dat verdere wetgeving nodig zal zijn om nauwkeurig te kunnen vastleggen wat de exacte implicaties zullen zijn van artikel 12 IVRPH hoeft niet noodzakelijkerwijs te betekenen dat hier geen rechtstreekse werking aan toekomt.²⁶

Zou de rechter aan artikel 12 IVRPH rechtstreekse werking toekennen, dan zal deze bepaling cumuleren met de bescherming geboden door het EVRM. De bepaling die de meeste bescherming biedt, gaat voor. Komt aan dit artikel echter geen rechtstreekse werking toe, dan kan het artikel gebruikt worden ter ‘inkleuring’ van andere bepalingen. Zo maakte Hof Leeuwarden al een opmer-

14. Zie art. 798 en 799 Rv.

15. Ingesteld per 1 januari 2014 bij besluit van 18 december 2013, *Stb.* 2013, 588. Inschrijving in dit register is niet bij alle uitgesproken beschermingsmaatregelen verplicht gesteld. Zie hiertoe o.a. art. 1:390, 1:391, 1:431 en 1:436 BW.

16. Met name relevant in dit kader is art. 3:34 BW.

17. Vergelijk art. 216 VWEU.

18. Zie art. 6, lid 2, VEU. Protocol nummer 14 is intussen opgesteld en in werking getreden op 1 juni 2010. Vanaf deze datum is de toetreding van de EU juridisch mogelijk gemaakt. De procedure tot toetreding heeft onder andere vertraging opgelopen door een negatief advies van de zijde van het HvJ EU. Zie advies 2/13, 18 december 2014.

19. Hof van Justitie van de Europese Unie, 18 maart 2014, EUR C-363-12.

20. Zie ook HvJ EU 21 december 2011, C-366/10 (*Air Transport of America e.a.*), punt 54.

21. Vergelijk art. 93 en 94 Gw.

22. C. Forder, *Personen en Familierecht*, Updates commentaar, 2014-0070.

23. HR 30 mei 1986, NJ 1986, 688 (*Stakingsrecht*), r.o. 3.2.

24. *Kamerstukken II* 2014/15, 33992 (R2034), 6, p. 3 (NV II).

25. *Kamerstukken II* 2014/15, 33992 (R2034), 6, p. 4 (NV II).

26. Vergelijk ABRvS 5 december 2007, AB 2008, 35 (SGP – bestuursrechtelijk); D.J. Elzinga, R. de Lange, en H.G. Hoogers, *Van der Pot, Handboek van het Nederlandse Staatsrecht*, Deventer: Kluwer 2013, p. 724.

king over de notie uit dit artikel²⁷ en ook het EHRM heeft in zijn uitspraken regelmatig verwezen naar het VN-Verdrag.²⁸ Bepalingen uit het EVRM dienen geïnterpreteerd te worden in het licht van de huidige omstandigheden. Het EHRM verwijst expliciet naar het VN-Verdrag bij zijn conclusie dat er sprake is van een Europese en zelfs wereldwijde consensus.²⁹ Zouden lidstaten zich daadwerkelijk conformeren aan het doel en de strekking van het VN-Verdrag, dan zullen zij er constant naar moeten streven mensen met een handicap zo veel mogelijk autonomie toe te kennen en hun zelfbeschikkingsrecht voorop te stellen. Alleszins aannemelijk is dan ook dat het EHRM deze tendens meer en meer zal benadrukken en derhalve het VN-Verdrag zal gebruiken ter ondersteuning en invulling van zijn uitspraken.

7. Conclusie en vragen voor de toekomst

Het VN-Verdrag Handicap introduceert in artikel 12 een mensenrechtelijk kader dat de Nederlandse wetgever dwingt de bestaande en voorgestelde regelingen inzake bescherming en vertegenwoordiging van meerderjarigen te herzien. Ook al zou men de interpretatie die het VN-Comité aan artikel 12 IVRPH geeft niet onverkort overnemen, dan nog blijkt dat na formulering van de normen die uit artikel 12 kunnen worden gedestilleerd, aanpassing van een aantal wettelijke regelingen nodig is. De balans tussen beschermen en honoreren van autonomie dient in het licht van dit verdrag opnieuw te worden vastgesteld waarbij er meer ruimte moet zijn voor ondersteuning en het honoreren van autonomie. De in Boek 1 BW opgenomen regelingen van de curatele, het beschermingsbewind en het mentorschap zouden moeten worden aangepast, waarbij in het geval van de curatele te denken valt aan afschaffing van deze maatregel. De onderzochte vertegenwoordigingsregelingen in het gezondheidsrecht blijken alle in meer of mindere mate vatbaar voor verbetering. Met name bij de wetsvoorstellen Verplichte Ggz en Zorg en dwang is het zaak deze in overeenstemming te brengen met het VN-Verdrag.

Bestudering van het EVRM en de jurisprudentie van het EHRM met betrekking tot de aantasting van handelsbekwaamheid leidt eveneens tot de conclusie dat wijziging van regelgeving gewenst is. Tegelijkertijd blijkt er een discrepantie tussen het normenkader van het EVRM en het VN-Verdrag Handicap dat om een oplossing vraagt.

Het onderzoek, dat eind december 2015 werd afgerond, toont niet alleen aan dat wijziging van Nederlandse ver-

tegenwoordigingsregelingen nodig is, maar roept ook vragen op. De discussie situeert zich tussen de vraag naar de toekomst van de curatele en de vraag naar de rechtskracht en directe werking van artikel 12 IVRPH. De ratificatie door Nederland op 14 juni 2016 waardoor het verdrag vanaf 14 juli 2016 in Nederland van kracht is geworden heeft een en ander actueler gemaakt.

27. Hof Leeuwarden 13 april 2010, ECLI:NL:GHLEE:2010:BM1464, r.o. 5.

28. Zie bijvoorbeeld EHRM 17 januari 2012, 36760/06 (*Stanev t. Bulgarije*), par. 244 en EHRM 20 mei 2010, 38832/06 (*Alajos Kiss t. Hongarije*), par. 44.

29. EHRM 30 april 2009, 13444/04 (*Glor t. Zwitserland*), par. 53.