

# 25. Volenti non fit iniuria

## Over de betekenis van de toestemming in het (medisch) strafrecht

MR. S.R. BAKKER EN MR. DRS. L. POSTMA

Volgens het aloude adagium geschiedt jegens hem die toestemt geen onrecht. De toestemming van het slachtoffer kan in een concreet geval in de weg staan aan de strafrechtelijke aansprakelijkheid van de verdachte. In deze bijdrage zal de betekenis van de toestemming in het strafrecht worden geduid, waarbij in het bijzonder zal worden ingegaan op (vormen van toestemming bij) delicten die samenhangen met de medische beroepsuitoefening.

### 1. Inleiding

De toestemming van het slachtoffer kan in diverse contexten een rol spelen bij de beoordeling van strafwaardigheid of strafbaarheid van gedragingen. In de literatuur worden veelal genoemd de sport- en spelsituatie,<sup>1</sup> de seksualiteitsbeleving<sup>2</sup> en het studentenleven.<sup>3</sup> De spelers op het voetbalveld, de praktiserende liefhebbers van sadomasochisme en de deelnemers aan de ontgroening van een studentenvereniging stemmen (tot op zekere hoogte) in met de gevolgen die voortvloeien uit gedragingen binnen de betreffende context, zoals pijn of letsel.

In het medisch strafrecht is eveneens een belangrijke rol weggelegd voor de toestemming bij de waardering van de strafrechtelijke aansprakelijkheid van artsen. Die toestemming kan bij verschillende delicten op verschillende wijzen tot uiting komen, uiteenlopend van een veronderstelde instemming tot een schriftelijke wilsverklaring. Het zelfbeschikkingsrecht van de patiënt kan daarmee aan de basis staan van een eventueel beroep van de arts op het klassieke adagium *volenti non fit iniuria*. Geregeld wordt de roep om zelfbeschikking vanuit de maatschappij luider, waarbij valt te denken aan aandacht voor informatiele zelfbeschik-

king in de zorg,<sup>4</sup> reacties op de veroordeling van Heringa,<sup>5</sup> alsmede de discussie aangaande levensbeëindiging in geval van 'voltooid leven'.<sup>6</sup> De kwestie of de toestemming van een patiënt, met het oog op die tendens, (op zichzelf) leidt (of moet leiden) tot uitsluiting van strafrechtelijke aansprakelijkheid van artsen in medische strafzaken zal in deze bijdrage over het voetlicht worden gebracht.

In het navolgende zal allereerst de achtergrond van het beginsel *volenti non fit iniuria* worden geduid, waarna op basis van literatuur en jurisprudentie de betekenis van de toestemming wordt onderzocht bij verschillende delicten uit het Wetboek van Strafrecht die door een arts kunnen worden gepleegd. Na die verkenning zullen enkele afsluitende opmerkingen worden gemaakt over de (hedendaagse) betekenis van de toestemming en van het in deze bijdrage centraal staande adagium in het (medisch) strafrecht.

1 H. de Doelder & A.J.A. van Dorst, 'Sport en Strafrecht', *NJB* 1977/7, p. 165-170.

2 F.P. Ölcer, 'Waardigheid in het strafrecht: de vrijheid om vreemd te zijn', in: *Seks, zeden en strafrecht*, Deventer: Kluwer 2000, p. 63-90; EHRM 19 februari 1997, 21627/93, 21826/93 en 21974/93, *NJCM-bulletin* 1997, p. 496-497 (*Laskey, Jaggard & Brown t. Verenigd Koninkrijk*). De ontwikkelingen in dit kader staan niet stil, zie bijvoorbeeld de brief van minister Grapperhaus (Justitie en Veiligheid) aan de Tweede Kamer over nieuwe strafbaarstellingen van seks tegen de wil en seksuele intimidatie, raadpleegbaar via <https://www.rijksoverheid.nl/ministeries/ministerie-van-justitie-en-veiligheid/documenten/kamerstukken/2019/05/22/kamerbrief-over-strfbaarstellingen-van-seks-tegen-de-wil-en-seksuele-intimidatie>.

3 S.R. Bakker, 'Toestemming als rechtvaardiging: zelfbeschikking in het strafrecht?', *AA* 2017/3, p. 177-187.

4 Th.F.M. Hiemstra, *Informatiele zelfbeschikking in de zorg* (diss. Tilburg), Den Haag: Sdu 2018. Zie verder over het concept zelfbeschikking (in de zorg) m.n. hoofdstuk 2 van: A.C. Hendriks, R.D. Friele e.a., *Thematische wetsevaluatie Zelfbeschikking in de Zorg*, Den Haag: ZonMw, juni 2013, raadpleegbaar via: <https://publicaties.zonmw.nl/thematische-wetsevaluatie-wilsonbekwaamheid-en-vertegenwoordiging/thematische-wetsevaluatie-zelfbeschikking-in-de-zorg/>

5 Recentelijk heeft de Hoge Raad de veroordeling van (niet-arts) Heringa bekrachtigd: HR 16 april 2019, ECLI:NL:HR:2019:598, *NbSr* 2019/152, m.nt. S.R. Bakker. Heringa is behulpzaam geweest bij de zelfdoding van zijn 99 jaar oude stiefmoeder. Een niet-arts zou bij hoge uitzondering een beroep op overmacht in de zin van een noodtoestand (art. 40 Sr) kunnen toekomen, maar van een dergelijke uitzonderlijke situatie was in dit geval geen sprake. In deze bijdrage gaat de aandacht overigens verder alleen uit naar uitsluiting van strafrechtelijke aansprakelijkheid van artsen.

6 Voorstel van wet van het lid Pia Dijkstra houdende toetsing van levenseindebegeleiding van ouderen op verzoek en tot wijziging van het Wetboek van Strafrecht, de Wet op de beroepen in de individuele gezondheidszorg en enkele andere wetten (Wet toetsing levenseindebegeleiding van ouderen op verzoek), raadpleegbaar via: <https://d66.nl/publicaties/wetsvoorstel-toetsing-levenseindebegeleiding-ouderen-op-verzoek/>.

## 2. Achtergrond

Het adagium *volenti non fit iniuria* is een ingekorte herformulering van een passage uit de Digesten die onderdeel uitmaken van het *Corpus Iuris Civilis*, samengesteld in opdracht van keizer Justinianus I. De passage is van de hand van Domitius Ulpianus en luidt:

‘Usque adeo autem iniuria, quae fit liberis nostris, nostrum pudorem pertingit, ut etiamsi volentem filium quis venderit, patri suo quidem nomine competit iniuriarum actio, filii vero nomine non competit, quia nulla iniuria est, quae in volentem fiat.’<sup>7</sup>

De notie dat geen sprake is van een krenking jegens iemand die het zelf wil, is niet zo absoluut als de formulering van het adagium doet vermoeden. Zowel in de Romeinse tijd als heden ten dage is de toestemming van de gelaedeerde of het slachtoffer geen garantie voor straffeloosheid.<sup>8</sup> Dat hangt samen met de idee van achterliggende rechtsbelangen.

**De notie dat geen sprake is van een krenking jegens iemand die het zelf wil, is niet zo absoluut als de formulering van het adagium doet vermoeden.**

Het strafrecht beoogt door het geven van voorschriften en het handhaven daarvan rechtsbelangen te beschermen. Gedacht kan worden aan belangen die samenhangen met het functioneren en de veiligheid van de staat, maar ook aan belangen die samenhangen met de vrijheid, ontplooiing en subjectieve rechten van de persoon in die staat.<sup>9</sup> Het in

gevaar brengen van rechtsbelangen of het krenken daarvan vormt de basis van strafwaardigheid van gedrag.<sup>10</sup> Indien is gehandeld met de toestemming van het slachtoffer kan ofwel worden gezegd dat door de gedraging het achterliggende rechtsgoed niet in gevaar is gebracht c.q. niet is gekrenkt (niet-strafwaardig), ofwel dat door de gedraging het achterliggende rechtsgoed in gevaar is gebracht c.q. is gekrenkt, maar dat (door de toestemming) de gedraging is gerechtvaardigd (niet-strafbaar). De toestemming van het slachtoffer kan, om straffeloosheid van de dader te realiseren, echter slechts die rechtsbelangen betreffen, waarover de toestemminggever als enige de volle beschikking heeft.<sup>11</sup> Als het algemeen belang of belangen van derden in gevaar worden gebracht of worden gekrenkt, verliest het adagium zijn kracht.

## 3. Delicten

Ten grondslag aan het klassieke adagium ligt dus de gedachte dat de staat de mensen zo veel mogelijk vrijheid wil geven, waarbij echter rekening moet worden gehouden met de bescherming van belangrijke rechtsbelangen en belangen van anderen.<sup>12</sup> In hoeverre een en ander volledig geldt voor de (in deze bijdrage centraal staande) toestemming in de medische sfeer, is een kwestie die al langere tijd speelt in de literatuur en jurisprudentie. Algemeen erkend is dat toestemming aanwezig moet zijn.<sup>13</sup> Afhankelijk van het delict ligt de lat voor een geldige toestemming op verschillende hoogten en kunnen aanvullende eisen worden gesteld aan het handelen van de arts. Aan de hand van een selectie<sup>14</sup> delicten zal de verscheidenheid in eisen aan de orde komen. Daarbij zal zowel aandacht worden besteed aan gevallen die inherent zijn aan het vervullen van het artsberoep als aan gevallen waarbij mogelijk of toevalligerwijs een arts betrokken is.

7 *Corpus Iuris Civilis, Digesta* 47, 10, 1, par. 5. In het kader van ‘krenking’ en smaadschrift stelt Ulpianus dat ‘een krenking die onze kinderen wordt aangedaan (...) ons eergevoel zozeer [raakt] dat, als iemand andermans zoon, ook al wilde deze dat zelf, verkocht heeft, aan diens vader ten eigen name de krenkingsactie toekomt; die actie komt hem dan echter niet toe ten name van zijn zoon, want wat jegens iemand die het zelf wil, geschiedt, is geen krenking’. J.E. Spruit, R. Feenstra & F.B.J. Wubbe, *Corpus Iuris Civilis. Tekst en vertaling*, 's-Gravenhage: Sdu Uitgevers 2001, p. 514-515.

8 A. Dierickx, *Toestemming en strafrecht. Een strafrechtsdogmatische analyse van de toestemming en de strafrechtelijke bescherming van lijf en leven* (diss. Leuven), Antwerpen/Oxford: Intersentia 2006, p. 202.

9 W. Nieboer, *Schets materieel strafrecht*, Arnhem: Gouda Quint 1991, p. 23-24. Gewin voegt aan de opsomming ‘maatschappelijke belangen’ en ‘subjectieve rechten’ toe: ‘Gods eeuwige rechtsorde’. Inbreuken daarop kunnen volgens hem zowel gericht zijn tegen God en godsdienst als tegen de overheid, maatschappij en medemens, zie: B. Gewin, *Beginselen van strafrecht*, Leiden: Boekhandel en drukkerij (voorh. E.J. Brill) 1907, p. 109.

10 G.A.M. Strijards, *Aansprakelijkheidsgronden*, Zwolle: Tjeenk Willink 1988, p. 50; D. Schaffmeister & A. Heijder, ‘Concretisering van de wederrechtelijkheid in het strafrecht’, in: A. de la Porte, W.M.A. Bremmer, R.A.V. van Haersolte, J. Rummelink & S.A.M. Stolwijk (red.), *Bij deze stand van zaken. Bundel opstellen aangeboden aan A.L. Melai*, Arnhem: Gouda Quint 1983, p. 457.

11 S.R. Bakker, ‘Toestemming als rechtvaardiging: zelfbeschikking in het strafrecht?’, *AA* 2017/3, p. 183. Zie ook: A.J.F.M.N. Dorbeck, *Strafrechterlijke studie over de vraag: ‘An iniuria fit volenti?’* (diss. Amsterdam), Alkmaar: A. Kusters 1893, p. 20.

12 D. Hazewinkel-Suringa, *Inleiding tot de studie van het Nederlandse strafrecht* (voortgezet door J. Rummelink), Alphen aan den Rijn: Samsom H.D. Tjeenk Willink 1991, p. 333.

13 Naar voorbeeld van Dam van Isselt: ongeoorloofd is het als het ‘mijn geneesheer, bij wien ik eene theevizite maak, [zou] vrijstaan om in mijn kopje het een of andere geneesmiddel te mengen ter genezing van de ziekte, waaraan ik lijd, doch tegen welke genezing ik mij, om welke reden dan ook, hardnekkig heb verzet.’ E.W. van Dam van Isselt, *De strafrechtelijke aansprakelijkheid van den Medicus* (diss. Utrecht), Utrecht: F. Wentzel & Co. 1902, p. 77; zie verder: EHRM 9 maart 2004, appl.no. 61826/00 (*Glass t. Verenigd Koninkrijk*).

14 Uiteraard kan een arts zich aan meer strafbare feiten schuldig maken (waarbij de toestemming van de patiënt een rol speelt) dan de in deze bijdrage beschreven delicten. Men denke aan zware mishandeling, orgaanhandel als vorm van mensenhandel, schending van beroepsgeheim, dood door schuld enzovoort.

### 3.1 Euthanasie en hulp bij zelfdoding

#### 3.1.1 Alleen een verzoek is niet voldoende

Een van de delicten waarin de instemming van de betrokkene een cruciale rol speelt, is euthanasie. Het *uitdrukkelijk en ernstig verlangen*, waaruit een toestemming kan leiden tot levensbeëindiging van de patiënt, onderscheidt euthanasie, dat een strafmaximum kent van twaalf jaar, van andere levensdelicten zoals doodslag en moord. Euthanasie is opgenomen in Titel XIX van het Tweede Boek van het Wetboek van Strafrecht: ‘Misdrijven tegen het leven gericht’. De hoge strafmaxima in deze Titel duiden erop dat het menselijk leven als het hoogste rechtsgoed van het Wetboek van Strafrecht kan worden beschouwd.<sup>15</sup>

Tot 1886 bestond er in Nederland geen aparte delictomschrijving voor euthanasie. ‘Doden met toestemming van het slachtoffer’ viel toentertijd onder de delictomschrijving van doodslag dan wel moord.<sup>16</sup> Een voorbeeld is de zaak Jan Slotboom, waarin een boterknopersknecht in 1851 tegen betaling op haar verzoek een eind aan het leven had gemaakt van een vrouw met psychische problemen, door haar de keel door te snijden.<sup>17</sup> In 1886 kreeg euthanasie een aparte strafbaarstelling in het Wetboek van Strafrecht (art. 293 Sr).<sup>18</sup> De gruwelijke wijze waarop het leven van de vrouw in de zaak Slotboom was beëindigd, was voor de wetgever aanleiding om te verantwoorden dat het strafmaximum niet lager mocht zijn dan twaalf jaar. De grondslag voor strafbaarheid van euthanasie verwoordde de toenmalige wetgever als volgt:

‘De wet straft als het ware niet meer den aanval tegen het leven van een bepaald persoon, maar de schending van den eerbied aan het menselijk leven in het algemeen verschuldigd – onverschillig uit welk motief de dader handelt. Misdrijf tegen het leven blijft, aanslag tegen den persoon vervalt.’<sup>19</sup>

De toestemming gaf aan het feit volgens de wetgever een geheel ander karakter dan andere levensbeëindigende delicten, maar kon de strafbaarheid van de levensbeëindiging

niet zonder meer opheffen vanwege de voor de wetgever vanzelfsprekende, intrinsieke waarde van het menselijk leven. Het artikel richt zich met andere woorden tegen de schending van de eerbied van het menselijk leven in het algemeen. Het algemene belang staat voorop.<sup>20</sup> Zelfs een uitdrukkelijk en ernstig verlangen van de betrokkene om diens leven te beëindigen is volgens die visie niet voldoende om niet van strafbaarheid te kunnen spreken. Ook dát leven is het waard beschermd te worden, ook al wil de betrokkene dat zelf niet. Daaruit kan worden opgemaakt dat de wetgever het *volenti*-beginsel ten aanzien van deze levensdelicten niet heeft erkend.<sup>21</sup> Vanwege de beschermwaardigheid van het leven, begaat degene die gehoor geeft aan een verzoek tot levensbeëindiging in principe een strafbaar feit (art. 293 Sr). Hetzelfde geldt sinds 1886 voor degene die hulp verleent bij zelfdoding (strafbaar gesteld in art. 294 Sr).

De strafbaarstelling van hulp bij zelfdoding kent dezelfde grondslag als euthanasie (handhaving van de eerbied van het menselijk leven in het algemeen), maar heeft de uitzonderlijke eigenschap dat de zelfdoding, en daarmee de hoofddader niet strafbaar is. Voor de wetgever was (en is) dat geen reden om hulp bij zelfdoding niet strafbaar te stellen.<sup>22</sup> Het betreft een zelfstandige strafbaarstelling (*delictum sui generis*) voor deelnemers.<sup>23</sup> Degene die een ander behulpzaam is bij zelfdoding hangt ‘slechts’ een straf van maximaal drie jaar boven het hoofd, en is alleen strafbaar ‘indien de zelfdoding volgt’. Het was de zaak Dettemeijer uit 1858 die de wetgever had doen inzien dat er behoefte was aan strafbaarstelling van dergelijke hulp. Het betrof een jonge militair en zijn vriendin die hadden afgesproken samen zelfmoord te plegen, omdat zij niet mochten trouwen. De militair had een koffertje met gif voorhanden. Hij vroeg het meisje herhaaldelijk of zij bij haar voornemen bleef. Het meisje bleef bij het eerdere standpunt en nam het gif in, waarop haar geliefde volgde. Het meisje stierf, de militair ‘overleefde’, waarbij er volgens sommige bronnen aan werd getwijfeld of hij het dodelijke middel wel had ingenomen.<sup>24</sup> De militair werd vrijgesproken doordat zowel zelfmoord als de medeplichtigheid aan zelfmoord in

15 Zie E. Pans, *De normatieve grondslagen van het Nederlandse euthanasierecht* (diss. Amsterdam VU), Oisterwijk: Wolf Legal Publishers 2006, p. 189.

16 P.J. Bijleveld, *Art. 293 wetboek van strafrecht* (diss. Leiden), Leiden: L. van Nifterik Hz. 1883.

17 HR 13 april 1852, W. 1326; H.J. Smidt, *Geschiedenis van het Wetboek van Strafrecht. Volledige verzameling van regeringsontwerpen, gewisselde stukken, gevoerde beraadslagen enz.* (Herzien en aangevuld met de wijzigingen, door J.W. Smidt), tweede deel, Haarlem: H.D. Tjeenk Willink 1891, p. 464 en P.J. Bijleveld, *Art. 293 wetboek van strafrecht* (diss. Leiden), Leiden: L. van Nifterik Hz. 1883, p. 56.

18 Hetzelfde geldt voor hulp bij zelfdoding: art. 294 Sr.

19 H.J. Smidt, *Geschiedenis van het Wetboek van Strafrecht. Volledige verzameling van regeringsontwerpen, gewisselde stukken, gevoerde beraadslagen enz.* (Herzien en aangevuld met de wijzigingen, door J.W. Smidt), tweede deel, Haarlem: H.D. Tjeenk Willink 1891, p. 463.

20 A. Nysingh, *Iets over de werking der toestemming in het strafrecht* (diss. Leiden), Leiden: S.C. van Doesburgh 1888, p. 54-55.

21 E. Pans, *De normatieve grondslagen van het Nederlandse euthanasierecht* (diss. Amsterdam VU), Oisterwijk: Wolf Legal Publishers 2006, p. 189 e.v. en G. den Hartogh, ‘The regulation of euthanasia: how successful is the Dutch system?’ in: S.J. Youngner & G.K. Kimsma (Eds.), *Physician-assisted death in perspective: assessing the Dutch experience*, Cambridge: Cambridge University Press, p. 351-391. Zie ook het rapport *Voltooid Leven. Over hulp bij zelfdoding aan mensen die hun leven voltooid achten* van de Adviescommissie Voltooid Leven (Commissie Schnabel) Den Haag 2016, p. 41 e.v.

22 H.J. Smidt, *Geschiedenis van het Wetboek van Strafrecht. Volledige verzameling van regeringsontwerpen, gewisselde stukken, gevoerde beraadslagen enz.* (Herzien en aangevuld met de wijzigingen, door J.W. Smidt), tweede deel, Haarlem: H.D. Tjeenk Willink 1891, p. 465-466.

23 HR 5 december 1995, ECLI:NL:HR:1995:ZD0309, NJ 1996/322, m.nt. A.C. ‘t Hart.

24 L. Enthoven, *Het recht op leven en dood*, Deventer: Kluwer 1988, p. 47-51.

de toenmalige Nederlandse strafwetgeving niet strafbaar was gesteld.<sup>25</sup>

In principe bestond er vanaf 1886 geen uitzondering op de strafbaarheid van euthanasie en hulp bij zelfdoding. Het ontbreken van materiële wederrechtelijkheid als grondslag voor straffeloze euthanasie door artsen is in het *Schoonheim*-arrest in 1984 afgewezen. Hetzelfde geldt voor straffeloosheid op grond van eerbiediging van het zelfbeschikkingsrecht omdat die norm ‘niet kan worden beschouwd als een maatschappelijk zo algemeen als juist aanvaarde opvatting, dat op grond daarvan euthanasie, toegepast op een wijze en onder omstandigheden als te dezen is geschied, reeds op zich zelf rechtens toelaatbaar zou zijn.’<sup>26</sup> Wel aanvaardde de Hoge Raad in dit arrest een beroep op overmacht (noodtoestand) ten aanzien van de arts. Sinds de inwerkingtreding van de Wet toetsing levensbeëindiging op verzoek en hulp bij zelfdoding (Wtl) in 2002 kan (enkel) de arts een beroep doen op een bijzondere zorgvuldigheidgrond in art. 293 lid 2 Sr, als hij zijn levensbeëindigend handelen dan wel hulp heeft gemeld bij de gemeentelijk lijkschouwer en de zorgvuldigheidseisen, bedoeld in art. 2 lid 1 Wtl, in acht heeft genomen.<sup>27</sup> Een van de zorgvuldigheidseisen luidt dat de arts de overtuiging moet hebben gekregen dat er sprake was van een vrijwillig en weloverwogen verzoek van de patiënt. Uitgangspunt is dat de patiënt een verzoek tot levensbeëindiging zelf uit. Een euthanasieverzoek dat anderen uiten namens de patiënt kan zodoende niet gehonoreerd worden.<sup>28</sup> Het verzoek van de patiënt zelf is een belangrijke, onmisbare basis, maar nog niet voldoende om tot euthanasie over te kunnen gaan. Een ander kernvereiste uit de Wtl luidt namelijk dat de arts ervan overtuigd moet zijn dat sprake is van ondraaglijk en uitzichtloos lijden.<sup>29</sup> Dat lijden dient een medische grondslag te hebben.<sup>30</sup> Consequentie daarvan is dat lijden aan het leven (‘voltooid leven’) niet onder de reikwijdte van de Wtl valt, tenzij sprake is van een stapeling van ouderdomsklachten.<sup>31</sup>

## Het verzoek van de patiënt zelf is een belangrijke, onmisbare basis, maar nog niet voldoende om tot euthanasie over te kunnen gaan.

Euthanasie en hulp bij zelfdoding worden bewaakt door het strafrecht, maar tegelijkertijd is het strafrecht wel op afstand geplaatst.<sup>32</sup> Het is aan een van de vijf Regionale Toetsingscommissies Euthanasie om in een concrete zaak te beoordelen of de arts heeft gehandeld conform de wettelijke zorgvuldigheidseisen. Oordeelt een toetsingscommissie dat dat niet het geval is, dan wordt, naast de Inspectie voor de Gezondheidszorg en Jeugd (IGJ), het Openbaar Ministerie ingeschakeld.

### 3.1.2 Schriftelijke wilsverklaringen

Een van de actuele discussiepunten binnen de Wtl betreft art. 2 lid 2 Wtl, waarin de wetgever de arts de mogelijkheid heeft geboden gehoor te geven aan een euthanasieverzoek van een inmiddels wilsonbekwame patiënt op basis van een eerder opgestelde schriftelijke wilsverklaring.<sup>33</sup> De schriftelijke wilsverklaring kan bijvoorbeeld een rol spelen bij een patiënt in een verder gevorderd stadium van dementie. De zorgvuldigheidseisen uit art. 2 lid 1 Wtl zijn in deze situatie ‘van overeenkomstige toepassing’. De wetgever heeft tot uitdrukking willen brengen dat de zorgvuldigheidseisen ‘zoveel als feitelijk mogelijk is in de gegeven situatie van toepassing zijn’.<sup>34</sup> Het is vooralsnog onduidelijk in hoeverre de zorgvuldigheidseisen een daadwerkelijke rol dienen te spelen of kunnen spelen op het moment dat de patiënt wilsonbekwaam is. Euthanasie op basis van een schriftelijke wilsverklaring is dan ook een zeldzaamheid. Blijkens het jaarverslag 2018 oordeelden de toetsingscommissies in totaal over 6126 euthanasiemeldingen, waarvan twee keer over een melding van euthanasie bij een inmiddels wilsonbekwame patiënt op basis van een wilsverklaring. In 2017 ging het om 6585 respectievelijk drie meldingen.<sup>35</sup>

De schriftelijke wilsverklaring euthanasie dient strikt gescheiden te worden van de zogenoemde negatieve wilsverklaring als bedoeld in art. 7:450 lid 3 BW, waarin een patiënt alvast aangeeft toestemming te weigeren voor (bepaalde) medische handelingen op termijn, voor het geval dat hij zijn wil niet meer kan uiten. Uitgangspunt is dat een dergelijke negatieve verklaring, waarin een patiënt aangeeft

25 A.R. Baas, *Levensberoving op verzoek en zelfmoord (artt. 293 en 294 W.v.S.)* (diss. VU Amsterdam) 1910, p. 125.

26 HR 27 november 1984, ECLI:NL:HR:1984:AC8615, NJ 1985/106, m.nt. Th.W. van Veen (*Schoonheim*), r.o. 7.2.

27 In geval van hulp bij zelfdoding is art. 293 lid 2 Sr van overeenkomstige toepassing (zie art. 294 lid 2 Sr).

28 *Kamerstukken II 1998/99, 26691*, nr. 3, p. 9 en Regionale Toetsingscommissies Euthanasie, *EuthanasieCode 2018*, p. 17. Een patiënt kan een ander niet machtigen namens hem een euthanasieverzoek te doen. Wel mogen anderen de arts attenderen op een (schriftelijk) euthanasieverzoek van de patiënt, zodat de arts daarover met de patiënt in gesprek kan gaan en/of de schriftelijke wilsverklaring van de patiënt kan beoordelen.

29 Zie voor de overige zorgvuldigheidseisen art. 2 lid 1 Wtl.

30 HR 24 december 2002, ECLI:NL:HR:2002:AE8772, NJ 2003/167, m.nt. T.M. Schalken (*Brongersma*).

31 Zie nader: Adviescommissie Voltooid leven (Commissie Schnabel), *Voltooid Leven. Over hulp bij zelfdoding aan mensen die hun leven voltooid achten*, Den Haag 2016.

32 Zie V.E. van de Wetering, A. van der Heide & P.A.M. Mevis, ‘De meldplicht van de arts. Een problematisch aspect in het strafrechtelijk controlemechanisme bij euthanasie en hulp bij zelfdoding’, *DD 2018/64*.

33 N. Rozemond, ‘Wil of verklaring’, *NJB 2019*, afl. 26, p. 1864-1871. Daarnaast bestaat discussie over euthanasie bij psychiatrisch patiënten, minderjarigen, de ‘voltooid-leven’-problematiek en uitvoering van euthanasie door niet-artsen.

34 Regionale Toetsingscommissies Euthanasie, *EuthanasieCode 2018*, p. 37.

35 Regionale Toetsingscommissies Euthanasie, *Jaarverslag 2018*, p. 11, 13 en *Jaarverslag 2017*, p. 9, 11.

bepaalde handelingen niet te willen, wordt opgevolgd.<sup>36</sup> Een euthanasieverzoek hoeft, ongeacht de reden van weigering, niet te worden ingewilligd.<sup>37</sup> Begin 2017 hebben enige honderden artsen in een paginagrote advertentie in dagbladen benadrukt te weigeren een dodelijke injectie te geven aan een patiënt met vergevorderde dementie op grond van een eerder opgestelde wilsverklaring, die de wens daartoe niet meer tot uitdrukking kan brengen.<sup>38</sup> In het jaarverslag 2018 van de toetsingscommissies merkt Kohnstamm, coördinerend voorzitter Regionale Toetsingscommissies Euthanasie op dat: ‘in de discussie over de waarde die toegekend mag worden aan de schriftelijke wilsverklaring (...) soms het merkwaardige verwijt [wordt] gemaakt dat de Rte zich aan de desbetreffende passage van de Wtl houdt’.<sup>39</sup> De mogelijkheid bestaat in de wet, maar net als euthanasie bij een wilsbekwame patiënt, is euthanasie op basis van een schriftelijke wilsverklaring geen ‘recht’ van de patiënt of plicht voor de arts.

Uit de oordelen van de toetsingscommissies ter zake blijkt dat het actualiseren, bespreken en bevestigen van de wilsverklaring ten tijde van wilsbekwaamheid van belang is, zodat over de inhoud van de verklaring geen twijfel kan bestaan en de arts ervan overtuigd kan zijn dat de doodswens en daarmee ‘toestemming’ tot levensbeëindiging van de patiënt voor een bepaalde situatie, consistent is. Om van een vrijwillig en weloverwogen verzoek te kunnen spreken is dus meer nodig dan de schriftelijke wilsverklaring alleen. Tevens dient in de actuele situatie sprake te zijn van ondraaglijk en uitzichtloos lijden. Is de patiënt op een gegeven moment niet meer in staat om zijn wil te uiten, dan zijn (kleine) aanwijzingen waaruit kan worden opgemaakt dat een patiënt zijn eerdere wilsverklaring bevestigt voor de arts van betekenis. Omgekeerd dienen contra-indicaties in de actuele situatie niet genegeerd te worden.<sup>40</sup>

Omdat het een ‘zaak van leven of dood’ betreft, mag er geen twijfel over bestaan of sprake is van een vrijwillig en weloverwogen verzoek. De inhoud van de schriftelijke wilsverklaring dient daarom kraakhelder te zijn. Op dat

cruciale punt is het volgens de toetsingscommissie misgegaan in de zaak die in de media bekend is geworden als de ‘koffie-euthanasie’.<sup>41</sup> De schriftelijke wilsverklaring van de patiënte was volgens de toetsingscommissies voor verschillende interpretaties vatbaar. De tekst zou eventueel kunnen betekenen dat patiënte ervan uitging haar euthanasieverzoek zelf nog te kunnen uiten en was daardoor onduidelijk en tegenstrijdig. Vanwege het feit dat de wilsverklaring voor tweërlei uitleg vatbaar was, heeft het Centraal Tuchtcollege de arts een waarschuwing opgelegd. Daarnaast had de arts, ondanks de wilsonbekwaamheid van de patiënte, op zijn minst moeten proberen met patiënte te ‘praten’ over het concrete voornemen haar leven te beëindigen en over het voornemen voorafgaand aan de uitvoering een slaapmiddel in haar koffie te doen.<sup>42</sup> In deze zaak heeft het OM voor het eerst sinds de inwerkingtreding van de Wtl strafvervolging ingesteld.<sup>43</sup> De strafzaak leidt mogelijk tot meer duidelijkheid over de interpretatie van de zorgvuldigheidseisen bij de toepassing van de wettelijke regeling aangaande levensbeëindiging op basis van een schriftelijke wilsverklaring. Vooral nog is wel duidelijk dat een schriftelijke wilsverklaring alleen niet voldoende is.

### 3.2 Abortus

Het misdrijf abortus (provocatus) is strafbaar gesteld in art. 296 Sr. Die strafbaarstelling is opgenomen in Titel XIXA van het Tweede Boek ‘Afbreking van zwangerschap’, geplaatst na de delicten omschreven in Titel XIX ‘Misdrijven tegen het leven gericht’. Onder abortus wordt verstaan ‘het verrichten van een handeling of het toedienen van een middel waardoor de vrucht wordt verwijderd uit de baarmoeder’.<sup>44</sup> Nadere regels omtrent de (niet strafbare) afbreking van de zwangerschap zijn sinds de jaren tachtig neergelegd in de Wet afbreking zwangerschap (Wafz)<sup>45</sup> en het Besluit afbreking zwangerschap (Bafz).<sup>46</sup> Voordat de huidige abortusbepaling en de afgeleide regelingen in werking traden was abortus in zekere zin gelegaliseerd op ‘medische indicatie’, waaronder ook ‘sociale indicatie’ werd verstaan: hoewel een principiële uitspraak hierover van de Hoge Raad ontbrak, werd in de lagere rechtspraak<sup>47</sup> de medische indicatie als rechtvaardigingsgrond erkend,

36 Zie *Kamerstukken II 1993/94*, 21561, nr. 27, *Kamerstukken II 1993/94*, 21561, nr. 37 en nr. 42 en H.J.J. Leenen, J.C.J. Dute, J.K.M. Gevers, J. Leemaate e.a. (red.), *Handboek gezondheidsrecht*, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2017, p. 125-127.

37 Zie ook de *Handreiking Schriftelijk Euthanasieverzoek* van een werkgroep van het Ministerie van Veiligheid en Justitie, artsenfederatie KNMG en het Ministerie van Volksgezondheid Welzijn en Sport, januari 2016, te downloaden via: <https://www.rijksoverheid.nl/documenten/brochures/2015/12/17/handreiking-schriftelijk-euthanasieverzoek-publieksversie>. In algemene zin geldt dat aan het recht op leven (art. 2 EVRM) geen recht om te sterven kan worden ontleend, EHRM 29 april 2002, appl.no. 2346/02 (*Pretty t. Verenigd Koninkrijk*).

38 Zie de website: <http://www.nietstiekembijdementie.nl>.

39 Regionale Toetsingscommissies Euthanasie, *Jaarverslag 2017*, voorwoord, p. 6.

40 P.A.M. Mevis, S.R. Bakker, L. Postma & J.H.J. Verbaan, *Schriftelijke wilsverklaring euthanasie bij wilsonbekwame patiënten. Een jurisprudentieonderzoek*. Erasmus School of Law/WODC 2014. Zie daarnaast de *EuthanasieCode 2018* en de oordelen 2016-38, 2016-62, 2016-85, 2017-103, 2018-29 en 2018-41, te downloaden via <https://www.euthanasiecommissie.nl>.

41 Regionale Toetsingscommissie Euthanasie, oordeel 2016-85, m.nt. Mevis & Postma in *TvGR 2017/3*, p. 268-286.

42 Centraal Tuchtcollege voor de Gezondheidszorg 19 maart 2019, ECLI:NL:TGZCTG:2019:68, *TvGR 2019*, afl. 3, p. 276-292, (m.nt. E. Pans).

43 <https://www.om.nl/onderwerpen/euthanasie/beslissingen-college>. Er lopen op dit moment nog twee strafrechtelijke onderzoeken naar mogelijk strafbare euthanasie.

44 C.P.M. Cleiren, ‘Commentaar op art. 296 Sr, aant. 1’, in: C.P.M. Cleiren, J.H. Crijns & M.J.M. Verpalen (red.), *Tekst en Commentaar Strafrecht*, Deventer: Wolters Kluwer 2018. Overigens: zwangerschapsafbreking na de termijn van 24 weken is niet toegestaan, behoudens uitzonderingen. Zie daarvoor nader: Regeling beoordelingscommissie late zwangerschapsafbreking en levensbeëindiging bij pasgeborenen, *Stb.* 2016, 3145.

45 *Stb.* 1981, 257.

46 *Stb.* 1984, 218.

47 Vgl. Rb. Amsterdam 8 juli 1976, ECLI:NL:RBAMS:1976:AC0431, *NJ 1977/477*.

waarbij werd verwezen naar de opvattingen die onder het Nederlandse volk en binnen de medische professie leven.<sup>48</sup> Onder de huidige abortusbepaling heeft de (al dan niet aanwezige) toestemming van de vrouw een tweeledige functie. Enerzijds is het een constitutieve voorwaarde: om te kunnen spreken van een abortus die voor strafuitsluiting (vijfde lid) in aanmerking komt, moet sprake zijn van toestemming van de vrouw, blijkend uit een verzoek, gedaan en gehandhaafd in vrijwilligheid. Anderzijds is de afwezigheid van toestemming van de vrouw een strafverzwarende omstandigheid (derde en vierde lid). De toestemming is niet een op zichzelf staande grond voor uitsluiting van strafrechtelijke aansprakelijkheid van de arts. Dat hangt (ook hier) samen met de te beschermen belangen van de strafbepaling.

### 3.2.1 'Verzoek, gedaan en gehandhaafd in vrijwilligheid' als constitutieve voorwaarde

Hoewel de wettekst erover zwijgt, moet men aannemen dat de vrouw voor de behandeling, bedoeld in het eerste lid van art. 296 Sr, toestemming heeft gegeven c.q. daarop heeft aangedrongen.<sup>49</sup> Het vijfde lid omvat een bijzondere strafuitsluitingsgrond. De arts<sup>50</sup> die een vrouw een behandeling geeft, terwijl hij weet of redelijkerwijs moet vermoeden dat daardoor zwangerschap kan worden afgebroken, kan niet worden gestraft, indien de behandeling is verricht in een ziekenhuis of kliniek waarin zodanige behandeling volgens de Wet afbreking zwangerschap mag worden verricht. Deze bijzondere strafuitsluitingsgrond is gelinkt aan art. 296 lid 1, waarbij, zoals hiervoor vermeld, de toestemming van de vrouw is vereist. De consequentie hiervan is dat de arts ook strafbaar is wanneer hij in een toegelaten kliniek, maar zonder toestemming van de vrouw, de handeling verricht, want dan betreft zijn handelen niet de in het eerste lid genoemde gedraging.<sup>51</sup>

In art. 5 Wafz is omschreven dat (bij AMvB) eisen worden gesteld met betrekking tot hulpverlening en besluitvorming, welke erop zijn gericht dat iedere beslissing tot het afbreken van zwangerschap met zorgvuldigheid wordt genomen en alleen dan uitgevoerd, indien de noodsituatie van de vrouw deze onontkoombaar maakt. Deze eisen strekken er onder meer toe te verzekeren 'dat de arts, indien de vrouw van oordeel is dat haar noodsituatie niet op andere wijze kan

worden beëindigd, zich ervan vergewist dat de vrouw haar *verzoek heeft gedaan en gehandhaafd in vrijwilligheid*, na zorgvuldige overweging en in het besef van haar verantwoordelijkheid voor ongeboren leven en van de gevolgen voor haarzelf en de haren'.<sup>52</sup> Deze vorm van toestemming (verzoek, gedaan en gehandhaafd in vrijwilligheid) hangt samen met de bedenkttermijn die is opgenomen in art. 3 Wafz. Tussen het tijdstip waarop de vrouw haar voornemen om de zwangerschap te doen afbreken heeft besproken met een arts en de feitelijke ingreep dienen ten minste vijf etmalen te liggen. Deze bedenkttermijn moet niet worden gezien als wachttermijn, maar als beraadtermijn die noodzakelijk wordt geacht met het oog op een zorgvuldige besluitvorming.<sup>53</sup> Als het verzoek van de vrouw in vrijwilligheid is gedaan en (vijf etmalen) is gehandhaafd (en indien wordt voldaan aan de overige (zorgvuldigheids)eisen) kan de arts straffeloos de zwangerschap afbreken.

Overigens is thans aanhangig het wetsvoorstel tot wijziging van de Wet afbreking zwangerschap alsmede enkele andere wetten in verband met de legale medicamenteuze afbreking van zwangerschap via de huisarts.<sup>54</sup> Met het voorstel wordt beoogd om het medicamenteus afbreken van een ongewenste zwangerschap (tot negen weken) mogelijk te maken via een zogenoemde 'abortuspil', verstrekt door een huisarts. Daarmee moet een laagdrempelig alternatief worden geboden, waarmee tevens de keuzevrijheid voor de vrouw wordt vergroot.<sup>55</sup>

### 3.2.2 Afwezigheid van toestemming als strafverzwarende omstandigheid

Naast het feit dat *aanwezigheid* van de toestemming een constitutieve voorwaarde betreft om te kunnen spreken van een abortus als bedoeld in het eerste lid van art. 296 Sr, geldt de *afwezigheid* van toestemming als een strafverzwarende omstandigheid. Indien het feit is begaan zonder toestemming van de vrouw, dan geldt, blijkend uit het derde lid, een verhoogd strafmaximum. De maximum gevangenisstraf gaat van vier jaar naar twaalf jaar en de maximum hoogte van de geldboete gaat van de vierde categorie naar de vijfde categorie.<sup>56</sup> Uit deze bepaling blijkt wel dat de Nederlandse wetgever abortus als een ernstig misdrijf beschouwt dat bovendien in ernst toeneemt wanneer het recht op zelfbeschikking van de vrouw wordt geschonden.<sup>57</sup>

Een punt van discussie betreft de kwestie of een vervangende toestemming van bijvoorbeeld een partner of familielid in de plaats kan komen van de (afwezige) toestemming

48 Een arts moest in beginsel zelf beoordelen of er sprake was van een dergelijke indicatie, K. Rozemond, 'Abortus, euthanasie en hulp bij zelfdoding', AA 2010/4, p. 286.

49 T.J. Noyon & G.E. Langemeijer/J. Remmelink, *Het wetboek van strafrecht*, voortgezet door: J.W. Fokkens & A.J. Machielse, Deventer: Kluwer (losbladig), art. 296 Sr, aant. 4; *Kamerstukken II 1978/79*, 15475, nr. 3, p. 25 en 33 (MvT) en *Kamerstukken II 1979/80*, 15475, nr. 6, p. 56 (MvA). Daarnaast is het af te leiden uit de strafverzwarende omstandigheid uit het derde en vierde lid van art. 296 Sr en hetgeen voortvloeit uit de zorgvuldigheidseisen van art. 5 van de Wafz.

50 Louter de arts kan een beroep doen op de bijzondere strafuitsluitingsgrond. Voor een niet-arts staat nog slechts in een uitzonderlijk geval de mogelijkheid open een beroep te doen op een algemene strafuitsluitingsgrond, zoals overmacht in de zin van noodtoestand (art. 40 Sr).

51 J. Wöretshofer, *Volgens de regelen van de kunst* (diss. Maastricht), Arnhem: Gouda Quint 1992, p. 117.

52 Art. 5 lid 2 onderdeel b Wafz; (cursivering SB/LP).

53 W.L.K.M. Duijst, 'Commentaar op art. 3 Wafz, aant. 2', in: D.P. Engberts, T.A.M. van den Ende, L.E. Kalkman - Bogerd & J.J.M. Linders (red.), *Tekst en Commentaar Gezondheidsrecht*, Deventer: Wolters Kluwer 2017; overtreding van de bedenkttermijn is strafbaar o.g.v. art. 16 lid 1 Wafz.

54 *Kamerstukken II 2018/19*, 34891, nr. 6. *Kamerstukken II 2017/17*, 34891, nr. 2 is gewijzigd naar aanleiding van het Advies van de Raad van State.

55 *Kamerstukken II 2018/19*, 34891, nr. 7.

56 Indien ook sprake is van overlijden van de vrouw is o.g.v. het vierde lid de maximumstraf een gevangenisstraf van 15 jaar en/of een geldboete van de vijfde categorie.

57 K. Rozemond, 'Abortus, euthanasie en hulp bij zelfdoding', AA 2010/4, p. 286.

van de vrouw. Indien de zwangere vrouw bewusteloos is geraakt of in een comateuze toestand verkeert, lijkt, naar analogie van de euthanasieregeling, te worden aangenomen dat vervangende toestemming voor abortus niet toereikend is.<sup>58</sup> In dat geval zou wellicht de algemene strafuitsluitingsgrond overmacht in de zin van noodtoestand soelaas kunnen bieden.

### 3.2.3 Toestemming an sich rechtvaardigt niet

Bij de totstandkoming van het Wetboek van Strafrecht is de rol van de arts en de verhouding tot de strafwet uitdrukkelijk aan de orde gekomen:

'In 't algemeen is de genees-, heel- en verloskundige volkomen gedekt, zoo dikwerf hij handelt naar de regelen zijner kunst. Toestemming van den patient is noch altijd noodig – de patient is wellicht bewusteloos – noch op zichzelf voldoende (...). Uit niets hoegenaamd is gebleken dat hier te lande de wetgever met zijne door hare algemeenheid altijd gebrekkige formules moet tusschen beide treden, hetzij om de medici te beschermen tegen de juristen, hetzij om de maatschappij te beschermen tegen de medici.'<sup>59</sup>

Minister van Justitie Modderman wuifde hiermee toentertijd een bijzondere strafuitsluitingsgrond ten aanzien van de abortusbepaling weg.<sup>60</sup> Begin jaren tachtig kwam men echter tot het inzicht dat de ontwikkelingen in de medische wetenschap en de medische ethiek, alsmede de juridisering van de maatschappij tot gevolg hebben dat 'het vertrouwen dat de wetgever van 1886 in de medicus had, de stringente bescherming van het menselijk leven niet langer waarborgt'.<sup>61</sup> De wetgever heeft voorzien in een bijzondere strafuitsluitingsgrond, waarbij bijzondere aandacht uitgaat naar de vrijwilligheid/toestemming van de vrouw en de zorgvuldigheid van handelen van de arts. Ook met betrekking tot abortus geldt dus dat alleen de toestemming op zichzelf niet leidt tot uitsluiting van strafrechtelijke aansprakelijkheid. De arts gaat strafrechtelijk pas vrijuit indien hij voldoet aan de (overige) zorgvuldigheidseisen van de Wet afbreking zwangerschap. Dat hangt samen met de te beschermen belangen van de strafbepaling: de bescherming van het ongeboren leven, de erkenning van het

zelfbeschikkingsrecht van de vrouw en de verantwoorde hulpverlening.<sup>62</sup>

### 3.3 Ontucht in een arts-patiëntrelatie; bescherming sterker dan toestemming

Van een geheel andere orde is de hulpverlener die een relatie of seksuele handelingen is aangegaan met een patiënt. Hierbij is, anders dan bij euthanasie, hulp bij zelfdoding en abortus, geen sprake van een delict dat inherent is aan de uitoefening van het artsberoep. Het betreft een delict dat eerder 'toevalligerwijs' wordt gepleegd door een arts. Van oudsher beschermt art. 249 Sr in het eerste lid de minderjarige en in het tweede lid de persoon die in een bepaalde zorginstelling is opgenomen tegen seksuele handelingen van een persoon aan wiens gezag hij of zij onderworpen is. In het tweede lid van art. 249 Sr is daarnaast sinds 1991 in onderdeel 3 degene strafbaar gesteld die, werkzaam in de gezondheidszorg of maatschappelijke zorg, ontucht pleegt met iemand die zich als patiënt of cliënt aan zijn hulp of zorg heeft toevertrouwd.<sup>63</sup> Daarmee heeft de wetgever gepoogd strafrechtelijke bescherming te bieden tegen seksuele handelingen aan *alle* patiënten die zich ten opzichte van een bepaalde hulpverlener, zoals een arts, in een afhankelijk positie bevinden en dus niet langer alleen aan personen die in een bepaalde zorginstelling zijn opgenomen.

Onder ontucht verstaat de wetgever die handelingen van seksuele aard die in strijd zijn met de sociaal-ethische norm.<sup>64</sup> Vanwege het feit dat er een afhankelijkheidsrelatie bestaat tussen de hulpverlener en zijn patiënt kan er volgens de wetgever geen sprake zijn van een gezonde, gelijkwaardige seksuele relatie of liefdesrelatie, waardoor dergelijke seksuele handelingen als ontucht zijn te beschouwen. Het verbod van seksuele handelingen in de hulpverlener-patiëntrelatie is door de wetgever absoluut geformuleerd in art. 249 Sr. De vrees van sommige Kamerleden dat een absoluut verbod op gespannen voet zou komen te staan met het zelfbeschikkingsrecht van de patiënt, doordat ook gewenste contacten tussen hulpverlener en patiënt bij voorbaat zouden worden uitgesloten, bagatelliseerde toenmalig minister Korthals Altes met de stelling, 'dat het verbod betrekking heeft op ontucht in de relatie hulpverlener-patiënt/cliënt'. Daar was volgens hem 'natuurlijk' geen sprake van als de echtgenote of vriendin van een arts of tandarts bij hem in behandeling is.<sup>65</sup>

Volgens inmiddels vaste rechtspraak van de Hoge Raad is er in geval van seksueel contact tussen een behandelaar en zijn patiënt of cliënt slechts dan geen sprake van ontucht in de zin van art. 249 lid 2 aanhef en onderdeel 3 Sr, indien de behandelrelatie bij de seksuele handelingen geen (enkele)

58 W.L.K.M. Duijst, 'Commentaar op art. 296 Sr, aant. 11c', in: D.P. Engberts, T.A.M. van den Ende, L.E. Kalkman - Bogerd & J.J.M. Linders (red.), *Tekst en Commentaar Gezondheidsrecht*, Deventer: Wolters Kluwer 2017.

59 H.J. Smidt, *Geschiedenis van het Wetboek van Strafrecht. Volledige verzameling van regeringsontwerpen, gewisselde stukken, gevoerde beraadslagingen enz.* (Herzien en aangevuld met de wijzigingen, door J.W. Smidt), tweede deel, Haarlem: H.D. Tjeenk Willink 1891, p. 469.

60 Zie ook: E.Ph.R. Sutorius, 'Abortus en euthanasie: medisch handelen tussen het respect voor menselijk leven en de vrijheid tot zelfbeschikking', in: J.P. Balkema, G.J.M. Corstens, C. Fijnaut e.a. (red.), *Gedenkboek Honderd jaar Wetboek van Strafrecht*, Arnhem: Gouda Quint, p. 405.

61 *Handelingen II* 1980/81, 27 november 1980, p. 1711; P.C. Bogert, *Voor rechtvaardiging en schulduitsluiting* (diss. EUR), Deventer: Kluwer 2005, p. 81.

62 P.C. Bogert, *Voor rechtvaardiging en schulduitsluiting* (diss. EUR), Deventer: Kluwer 2005, p. 78.

63 Wet van 9 oktober 1991 tot wijziging van de artikelen 242 tot en met 249 van het Wetboek van Strafrecht (*Stb.* 1991, 519).

64 *Kamerstukken II* 1988/89, 20930, nr. 3, p. 2 (MvT).

65 *Kamerstukken II* 1988/89, 20930, nr. 3, p. 7 (MvT), *Kamerstukken II* 1988/89, 20930, nr. 5 (MvA), p. 18 en 19.

rol speelt, in die zin dat bij de patiënt of cliënt sprake is van vrijwilligheid en daarbij enige vorm van afhankelijkheid, zoals die in de regel bij een dergelijke functionele relatie in meerdere of mindere mate bestaat, niet van invloed is geweest.<sup>66</sup> In beginsel maakt een behandelaar die seksuele handelingen aangaat met zijn patiënt of cliënt zich dus schuldig aan ontucht in de zin van art. 249 Sr.

Vanuit de beschermingsgedachte van de patiënt tegen het overwicht van de hulpverlener betekent toestemming voor seksuele handelingen door die patiënt niet automatisch dat er geen sprake is van ontucht. De bescherming van de patiënt zou anders illusoir zijn. Dat geldt ook als het initiatief van de seksuele handelingen van het slachtoffer is uitgegaan.<sup>67</sup> Een arts kan zich bij het aangaan van een seksuele dan wel liefdesrelatie met een patiënt in principe niet ‘verschuilen’ achter het gegeven dat de patiënt toestemming heeft gegeven. Dat beeld wordt bevestigd in de brochure ‘Het mag niet, het mag nooit’, van (thans) de Inspectie Gezondheidszorg en Jeugd (IGJ) waarin wordt benadrukt dat het enkele aangaan van een seksuele relatie met patiënten of cliënten strafbaar is.

‘Het maakt niet uit of cliënten toestemmen in seksueel getint gedrag of er zelf op aandringen dat een seksuele relatie wordt aangegaan. Tijdens de zorgrelatie zijn cliënten afhankelijk van zorgverleners en daarom is het nooit toegestaan.’<sup>68</sup>

Bescherming van de afhankelijke staat voorop en de arts heeft daarnaar te handelen.

### 3.4 Mishandeling

Wanneer een arts in het licht van zijn behandeling een patiënt (even) pijn moet doen, lijkt hij naar de letter van de wet onder de reikwijdte van de delictsomschrijving van mishandeling (art. 300 Sr) te vallen. In die delictsomschrijving staat slechts ‘Mishandeling wordt gestraft met (...)’. Met de term ‘mishandeling’ is zowel de beschrijving van de gedraging als de kwalificatie in één woord gegeven. De kwestie of c.q. in hoeverre een arts, die toestemming van het slachtoffer heeft om te behandelen, daadwerkelijk valt of zou moeten vallen onder de reikwijdte van de mishandelingsbepaling

betreft een vraag die in de juridische literatuur veelvuldig aan de orde is geweest.<sup>69</sup>

Ten tijde van de parlementaire behandeling van het op te stellen Wetboek van Strafrecht vroeg toenmalig Minister van Justitie Modderman:

‘Is het ooit bij iemand opgekomen art. 309 Code Pénal toepasselijk te achten op den chirurgijn, die een operatie verricht of op den Israëlitischen besnijder? Als een letterknecht de toepasselijkheid beweerd had op grond, dat in dat artikel geheel in het algemeen van “faire des blessures” sprake is, dan zou de jurist, gedachtig aan het “scire leges non est verba tenere, sed vim ac potestatem”,<sup>70</sup> het zelfs geen antwoord hebben nodig gekeurd.’<sup>71</sup>

De handelingen van de arts met het oog op behandeling vallen volgens hem niet onder de reikwijdte van de mishandelingsbepaling:

‘Die opzettelijk aan een ander lichamelijk leed toebrengt is volstrekt niet altijd strafwaardig. Men denke aan heelkundige operaties (...). Het misdrijf behoort zóó uitgedrukt te worden, dat deze en dergelijke gevallen er niet in begrepen zijn.’<sup>72</sup>

Modderman leek er vertrouwen in te hebben dat de rechter de abstracte, in de wet neergelegde norm weet te verfijnen in de concrete casus:

‘Zeker, zodra men in bijzonderheden afdaald, openbaart zich verschil. (...) Maar deze natuurlijke nuances in de toepassing van het begrip kan men gerust aan de beoordeling van den regter overlaten.’<sup>73</sup>

In oude jurisprudentie van de Hoge Raad werd aan de term ‘mishandeling’ de invulling gegeven ‘het opzettelijk toebrengen van pijn of lichamelijk letsel’.<sup>74</sup> Thans wordt de definitie gehanteerd: ‘het aan een ander toebrengen van

66 HR 18 februari 1997, ECLI:NL:HR:1997:ZD0645, NJ 1997/485, m.nt. A.C. 't Hart; HR 14 oktober 2014, ECLI:NL:HR:2014:2958, NJ 2015/47, m.nt. N. Rozemond en HR 5 december 2017, ECLI:NL:HR:2017:3059, NJ 2018/197, m.nt. N. Rozemond.

67 Zie T.J. Noyon & G.E. Langemeijer/J. Rimmelink, *Het wetboek van strafrecht*, voortgezet door: J.W. Fokkens & A.J. Machielse, Deventer: Kluwer (losbladig), art. 249, aant. 8 en de annotatie van A.C. 't Hart onder HR 18 februari 1997, NJ 1997/485. Zie ook HR 24 juni 1997, ECLI:NL:HR:1997:ZD0775, NJ 1997/676 en Hof Amsterdam 20 oktober 2015, ECLI:NL:GHAMS:2015:5669, TvGR 2019/2, m.nt. L. Postma.

68 IGZ, *Het mag niet, het mag nooit. Seksueel grensoverschrijdend gedrag in de gezondheidszorg*, Utrecht, december 2016, p. 2.

69 Vgl. E.W. van Dam van Isselt, *De strafrechtelijke aansprakelijkheid van den Medicus* (diss. Utrecht), Utrecht: F. Wentzel & Co. 1902; H. de Doelder & A.C. 't Hart, 'Medicus en mishandeling', TvGR 1978, p. 57-68; J. Wöretshofer, *Volgens de regelen van de kunst* (diss. Maastricht), Arnhem: Gouda Quint 1992.

70 'De wet kennen betekent niet slechts de woorden ervan begrijpen, maar ook hun kracht en strekking.'

71 H.J. Smidt, *Geschiedenis van het Wetboek van Strafrecht. Volledige verzameling van regeringsontwerpen, gewisselde stukken, gevoerde beraadslagingen enz.* (Herzien en aangevuld met de wijzigingen, door J.W. Smidt), tweede deel, Haarlem: H.D. Tjeenk Willink 1891, p. 469.

72 H.J. Smidt, *Geschiedenis van het Wetboek van Strafrecht. Volledige verzameling van regeringsontwerpen, gewisselde stukken, gevoerde beraadslagingen enz.* (Herzien en aangevuld met de wijzigingen, door J.W. Smidt), tweede deel, Haarlem: H.D. Tjeenk Willink 1891, p. 475.

73 H.J. Smidt, *Geschiedenis van het Wetboek van Strafrecht. Volledige verzameling van regeringsontwerpen, gewisselde stukken, gevoerde beraadslagingen enz.* (Herzien en aangevuld met de wijzigingen, door J.W. Smidt), tweede deel, Haarlem: H.D. Tjeenk Willink 1891, p. 477. Dit citaat van minister Modderman komt uit de discussie over de betekenis van het delictsbestanddeel 'mishandeling'.

74 Zie bijv. HR 25 juni 1894, W. 6534.



lichamelijk letsel of pijn *zonder dat daarvoor een rechtvaardigingsgrond bestaat*.<sup>75</sup> De Hoge Raad lijkt eerder al met betrekking tot de rechtvaardiging ruimte te laten voor een ‘medische exceptie’:

‘Uit de geschetste geschiedenis en de aangehaalde jurisprudentie en literatuur is wel op te maken dat is aanvaard dat een arts, indien hij zou worden vervolgd wegens het toebrengen van pijn of (zwaar) lichamenlijk letsel omdat zijn optreden binnen de letter van de desbetreffende strafbepaling valt, zich met vrucht kan beroepen op zijn recht als medicus in het belang van zijn patiënt in het kader van een medische ingreep aldus te handelen.’<sup>76</sup>

Voorwaarden voor die rechtvaardiging zijn: 1) het handelen dient medisch geïndiceerd te zijn, 2) het handelen moet zijn verricht volgens de regelen der kunst<sup>77</sup> en 3) het handelen heeft plaatsgevonden op basis van toestemming van de patiënt.<sup>78</sup> Het gaat om cumulatieve voorwaarden. Zo is de toestemming op zichzelf niet doorslaggevend – omdat die een operatie die niet medisch geïndiceerd is, niet goedgekeurd maakt – en is de medische indicatie op zichzelf geen rechtvaardiging voor medisch handelen (hoe zorgvuldig en volgens de regelen der kunst ook), omdat het zelfbeschikkingsrecht van de patiënt eraan in de weg staat om zonder toestemming medische handelingen te verrichten.<sup>79</sup> In uitzonderlijke gevallen mag die toestemming worden verondersteld, bijvoorbeeld wanneer sprake is van bewusteloosheid bij de patiënt. Hoewel de toestemming niet vrijwillig en op niet voor misverstand vatbare wijze is gegeven, mag ervan worden uitgegaan dat bepaalde handelingen jegens bijvoorbeeld een in coma geraakte patiënt zo zeer in zijn belang kunnen worden geacht, dat een veronderstelde, impliciete toestemming wordt aangenomen.<sup>80</sup>

De enkele toestemming van de patiënt om zich te laten behandelen door de arts is daarmee een constitutieve voorwaarde, maar niet de enige voorwaarde voor een geslaagd

beroep op de medische exceptie.<sup>81</sup> Hoewel het veelal gaat om het in gevaar brengen of krenken van de lichamelijke integriteit van de patiënt zelf, geldt het adagium *volenti non fit iniuria* met betrekking tot mishandeling niet volledig en op zichzelf staand. Het aanzien van het beroep van arts, de ontwikkeldheid van de gemiddelde patiënt en het daaruit voortvloeiende verschil in kennis, staan eraan in de weg de straffeloosheid van de arts te baseren op louter de toestemming van de patiënt met de in concreto voorgenomen medische ingreep.<sup>82</sup> De rechtvaardiging ontstaat slechts in combinatie met de medische indicatie en de verantwoorde, naar de regels van de kunst uitgevoerde beroepsuitoefening<sup>83</sup> en vervalt bij onprofessioneel handelen.<sup>84</sup>

#### 4. Afsluitende opmerkingen

Daar waar de toestemming een grote rol speelt in het medisch strafrecht, kan aan het adagium *volenti non fit iniuria* in deze bijzondere context weinig betekenis worden toegekend. Met betrekking tot lichte feiten in het commune strafrecht kan het ‘*volenti*-beginsel’ enige rechtvaardigende werking hebben, maar in de context van de medische beroepsuitoefening is de toestemming van de patiënt veelal onvoldoende om te resulteren in uitsluiting van strafrechtelijke aansprakelijkheid van de arts – in elk geval met betrekking tot de in deze bijdrage besproken delicten. Wel is een algemene tendens waarneembaar dat de impact van de handeling samenhangt met de eisen die worden gesteld aan de toestemming: straffeloze euthanasie bij een dementerende verlangt – vanzelfsprekend – een omvangrijkere waarborg (minimaal een schriftelijke wilsverklaring) dan een (lichte) medische ingreep bij een bewusteloze die naar de letter kan vallen onder het bereik van de mishandelingsbepaling (veronderstelde instemming).

Zowel in het kader van gedragingen die inherent zijn aan het artsberoep (bijv. medisch handelen) als gedragingen die ‘toevalligerwijs’ kunnen plaatshebben (bijv. een arts-patiëntrelatie) geldt dat andere belangen dan het zelfbeschikkingsrecht en de eigen lichamelijke integriteit in het strafrecht worden beschermd. De toestemming reikt niet zover dat deze invloed uitoefent op de waardering van het belang van zorgvuldigheid, verantwoorde zorg enzovoort. Niet voor niets wordt bijvoorbeeld bij de geneeskundige behandelingsovereenkomst naast de toestemming (art. 7:450 lid 1 BW) minstens zoveel waarde gehecht aan de kwaliteit van hulpverlening (art. 7:453 lid 1 BW).

75 HR 5 juli 2011, ECLI:NL:HR:2011:BQ6690, NJ 2011/466, m.nt. N. Keijzer.

Daarmee is de wederrechtelijkheid een impliciet bestanddeel van de term ‘mishandeling’ en dient de afwezigheid van een rechtvaardiging te worden bewezen.

76 HR 21 oktober 1986, ECLI:NL:HR:1986:AC9531, NJ 1987/607, m.nt. G.E. Mulder.

77 Of het handelen medisch geïndiceerd is en is verricht volgens de regelen der kunst moet niet worden beoordeeld vanuit het resultaat, maar vanuit de situatie *ex ante* respectievelijk op het ogenblik van de ingreep.

78 Zie ook: Rb. Den Haag 30 oktober 2014, ECLI:NL:RBDHA:2014:13243 (vonnis inzake ‘Haagse Borstendokter’); Hof Den Haag 20 november 2017, ECLI:NL:GHDHA:2017:3382 (arrest inzake ‘Haagse Borstendokter’).

79 H.J.J. Leenen, ‘Twee categorieën normen in het handelen van artsen; de medische exceptie’, in: C.H. Brants, C. Kelk & M. Moerings, *Er is meer. Opstellen over mensenrechten in internationaal en nationaal perspectief* (Swart-Bundel), Deventer: Gouda Quint 1996, p. 267-268.

80 T.J. Noyon & G.E. Langemeijer/J. Rummelink, *Het wetboek van strafrecht* (voortgezet door: J.W. Fokkens & A.J. Machielse), Deventer: Kluwer (losbladig), *Wederrechtelijkheid*, aant. 10. (Het ontbreken van) de wil of toestemming van een patiënt in comateuze toestand kan natuurlijk ook uit een eerder door hem opgestelde schriftelijke verklaring of niet-behandelverklaring blijken; S.R. Bakker, ‘Toestemming als rechtvaardiging: zelfbeschikking in het strafrecht?’, AA 2017/3, p. 181.

81 Reeds gesteld door W. Zevenbergen, *Leerboek van het Nederlandsche strafrecht* (Eerste deel: Algemeene leerstukken), Groningen/Den Haag: J.B. Wolters 1924, p. 126.

82 P.A.M. Mevis, ‘Verdiend het beroepsrecht van de arts codificatie als strafuitsluitingsgrond in het Wetboek van Strafrecht?’, AA 2011/7 en 8, p. 550.

83 HR 21 oktober 1986, ECLI:NL:HR:1986:AC9531, NJ 1987/607, m.nt. Mulder: ‘een arts kan zich met vrucht beroepen op zijn recht als medicus in het belang van zijn patiënt in het kader van een medische ingreep aldus te handelen.’

84 Rb. Breda 20 december 1987, ECLI:NL:RBBRE:1987:AC1752, NJ 1988/714; J. de Hullu, *Materieel Strafrecht*, Deventer: Wolters Kluwer 2018, p. 362-363.

Hoewel het zelfbeschikkingsrecht een belangrijk, fundamenteel recht betreft,<sup>85</sup> is het niet als negatief te waarderen dat een professioneel arts niet louter afhankelijk is van de toestemming van de patiënt. Ook problemen die zien op de toestemming zelf worden deels gemarginaliseerd. Is de patiënt altijd goed in staat zijn eigen situatie te overzien? Kan een patiënt in doodsangst en met pijn dan wel onder invloed van morfine nog autonoom zijn wil bepalen?<sup>86</sup> Door mede nadruk te leggen op verantwoorde zorg en die als zodanig als te beschermen belang te beschouwen, wordt in het medisch strafrecht de patiënt ook soms tegen zichzelf beschermd. Dat neemt overigens niet weg dat te beschermen belangen aan nuancering naar plaats en tijd onderhevig zijn:

*‘De inhoud en/of interpretatie van rechtsgoederen zijn tijdgebonden en de verhouding tussen de verschillende rechtsgoederen zijn voor een belangrijk gedeelte afhankelijk van de feitelijk bestaande waarderingen in een bepaald volk en in een bepaalde tijd, waardoor het strafrecht het karakter van een volk en een tijd weerspiegelt.’<sup>87</sup>*

Illustratief in dezen zijn de ontwikkelingen in het licht van euthanasie en hulp bij zelfdoding. Terwijl het in de meeste andere (westerse) landen ondenkbaar is gerechtvaardigd

euthanasie te verrichten, zowel bij wilsbekwame patiënten als bij dementerenden op basis van een schriftelijke wilsverklaring, is die mogelijkheid er in Nederland wel en wordt er (zelfs) inhoudelijk van gedachten gewisseld omtrent het voorstel om levenseinde op verzoek mogelijk te maken vanwege een ‘voltooid leven’.<sup>88</sup> Hoe het ook zij, de toestemming vormt in het medisch strafrecht nog altijd een belangrijke basis voor uitsluiting van strafrechtelijke aansprakelijkheid, maar levert op zichzelf nog geen straffeloosheid op en dat is, indachtig de parallelle belangen, begrijpelijk.

#### Over de auteurs



#### Mr. S.R. Bakker

is docent en (PhD-)onderzoeker bij het Instituut voor Strafrecht & Criminologie aan de Universiteit Leiden.



#### Mr. drs. L. Postma

is docent en (PhD-)onderzoeker bij de sectie Strafrecht van de Erasmus Universiteit Rotterdam.

85 Zie A.C. Hendriks, ‘Recht op leven en recht op een zelfgekozen dood: een toetsing van de Nederlandse euthanasiewet aan het EVRM’, *NJCM-bulletin* 2014/2, p. 151-181 en de daarin besproken jurisprudentie.

86 L. Veenendaal, *Het ‘goede’ doen. Beschouwingen over juridische grenzen van het medisch (experimenteel) handelen* (diss. Utrecht), Assen: Van Gorcum 1993, p. 28.

87 W.P.J. Pompe, *Handboek van het Nederlandse strafrecht*, Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1959, p. 46-47.

88 Voorstel van wet van het lid Pia Dijkstra houdende toetsing van levenseindebegeleiding van ouderen op verzoek en tot wijziging van het Wetboek van Strafrecht, de Wet op de beroepen in de individuele gezondheidszorg en enkele andere wetten (Wet toetsing levenseindebegeleiding van ouderen op verzoek), raadpleegbaar via: <https://d66.nl/publicaties/wetsvoorstel-toetsing-levenseindebegeleiding-ouderen-op-verzoek/>.