

ARTIKELEN

Strafrecht als waarborg en bedreiging van kwaliteit van zorg tegelijk*

Prof. mr. P.A.M. Mevis**

I. Inleiding

In hun mooie boek 'Arts en wet' schrijven Van Eijk en Verstegen in 1929 veelbetekenend:

*'De medicus heet nogal eens een slecht jurist. Hoe zonderling dit verwijt toch eigenlijk is, blijkt wel het beste, als men het eens omkeert: is de jurist bijgeval een goed medicus? Toch schuilt er in de boutade deze grond van waarheid, dat de medici over het algemeen weinig georiënteerd zijn omtrent de rechtskundige zijde van verschillende primaire groepsbelangen. (...) Dat is te bezwaarlijker, omdat juist de geneeskundige geregeld met wet en recht te maken heeft; hij verkeert dagelijks op of in de onmiddellijke nabijheid van een terrein, dat door strafbepalingen dreigend wordt bestreken; komt dagelijks in aanraking met geheimen, waarvan de onthulling hem op gevangenisstraf kan komen te staan, terwijl anderzijds de wetgever juist van hem vaak mededelingen verlangt, die zijn geheim bedreigen; hij verricht dagelijks ingrijpende bewerkingen aan het menselijk lichaam, die hem – bij onjuiste keuze – voor den rechter dreigen te brengen.'*¹

Hier wordt strafrecht bepaald niet onmiddellijk als waarborg voor kwaliteit van zorg omarmd. In het thema 'Strafrecht als waarborg voor kwaliteit van zorg?' schuilt iets paradoxaals. Zou het strafrecht een waarborg voor kwaliteit van zorg kunnen zijn, of moeten zijn, of *meer* of *anders* moeten zijn dan het thans is? En meer en anders dan bijvoorbeeld tuchtrecht of civiel recht? En hoe zou het strafrecht als (betere) waarborg er dan uit kunnen zien? In elk geval 'rukt' het strafrecht² 'op' in medische zaken. Te wijzen valt op de evaluatie Wet BIG (en de woorden waarin die gesteld is) en de gemakkelijke wijze waarop die resultaten verwerkt zijn: de maximale gevangenisstraf op het misdrijf van het nieuwe artikel 96 lid 1 Wet BIG is ten opzichte van het oude lid 2 verhoogd van zes maanden naar

* De auteur dankt mw. mr. drs. L. Postma en mw. V.E. van de Wetering voor de ondersteuning en de gedachtewisseling bij de totstandkoming van deze bijdrage.

** Paul Mevis is hoogleraar strafrecht Erasmus Universiteit Rotterdam en lid van de redactieraad van dit tijdschrift.

1 H.H. van Eijk & A.J. Verstegen, *Rechtskundige handleiding voor geneeskundigen*, tweede, gewijzigde, uitgave, Haarlem: Erven F. Bohn 1929, p. VI.

2 En het punitieve recht in het algemeen via de uitgebreide bestuurlijke boetemogelijkheden voor IGZ en/of OM die in deze bijdrage buiten beschouwing blijven. Er zou kunnen worden betoogd dat een nadrukkelijker aanwezig en alerter OM hier meer regievoerend zou kunnen zijn, volgens het model van art. 257ba Sv waarin andere bestuursorganen onder regie van het OM in de vorm van een WvSv-strafbeschikking bestuurlijke boetes opleggen. Eén zorg kan daarbij worden weggenomen: de uitvoerende bestuursorganen mogen de opbrengst toch zelf houden: art. 576a Sv.

twee jaar, dus met een factor 4 vermenigvuldigd. Te voorspellen valt dat de toepassing van strafrecht tegen 'alternatieve behandelaars' die ook BIG-geregistreerd zijn, met de zaak-Millemecam nog maar net begonnen is. Dit ook, omdat in de artikel 12 Sv-procedure in die zaak³ verenigingen tegen alternatieve behandelaars als belanghebbenden in de zin van artikel 12 Sv zijn toegelaten, iets dat in de commentaren op die zaak onderbelicht is gebleven. Over de gevolgen voor het materiële strafrecht, met name een interpretatie in de richting van 'een aansprakelijke' vinden of aanwijzen, is in een preadvies voor de Vereniging voor Gezondheidsrecht in 2007 al iets gezegd, al is de Hoge Raad inmiddels wat terughoudender geworden met niet nagekomen zorgplichten als vorm van ouderschap. Het strafrecht is tegenwoordig ook meer dan alleen maar het vervolgen van een verdachte arts. Het kan ook, als bijkomende straf of bij voorlopige maatregel op grond van de Wet BIG, voorkomen dat een zorgverlener⁴ verder onheil aanricht. De erkenning van het beroepsverschoningsrecht is een van de waarborgen voor goede zorg die het strafrecht traditioneel (enigszins) biedt, maar dat recht staat bepaald onder druk. Daarbij speelt een rol dat de mogelijkheden voor het OM om ook gevoelige informatie te vergaren, ook van de IGZ, de afgelopen jaren zijn toegenomen c.q. daaraan geen principiële grenzen zijn gesteld. Ten slotte is het strafrecht de afgelopen tijden er ook op ingericht in voorkomende gevallen de patiënt/het slachtoffer gemakkelijk aan schadevergoeding te helpen. 'We' geloven kennelijk in het strafrecht, in strafbaarstelling en in een daadwerkelijk, voor patiënt en publiek, in de media en tijdens de openbare terechtzitting zichtbaar, effectief strafrecht. En dat is ook logisch: niemand zal ontkennen dat het feit dat enig, 'de kwaliteit van zorg schendend gedrag' – voor zover dat gedrag onder een delictsomschrijving valt – de dader ervan ook voor de strafrechter kan brengen, bijdraagt aan (maar niet meer dan dat) de morele druk dergelijk gedrag achterwege te laten. En daadwerkelijke strafrechtstoepassing op degene die als arts over de grenzen van het strafrecht handelt, helpt ook de goeden van de kwaden te onderscheiden, c.q. helpt wel en niet toelaatbaar gedrag te onderscheiden. Die 'versterkte functionaliteit' maakt het er allemaal niet gemakkelijker op. Zeker niet als die tot uitdrukking komt in plotselinge, uitvoerige media-aandacht voor concrete, incidentele strafzaken, zoals Tuitjenhorn, Jansen Steur en andere. Zodanige aandacht is in het algemeen geen garantie voor verstandige rechtsontwikkeling. Wel is duidelijk dat de waarborgfunctie van het strafrecht niet meer ligt in de 'uiterste terughoudendheid' van Smeehuijzen,⁵ in het strafrecht ook wel uitgedrukt als de gedachte dat strafrecht als instrument van rechtshandhaving 'ultimum remedium' is. Dat laatste is overigens geen hard rechtsbeginsel in die zin dat daaraan, bijvoorbeeld door de strafrechter, getoetst zou kunnen worden of de keuze voor strafrechtshandhaving door opsporing en vervolging in een concrete zaak wel aan dat karakter van ultimum remedium als norm voldoet, en de rechter bijvoorbeeld tot het harde juridische oordeel zou kunnen komen dat strafrechtelijke rechtshandhaving in een concrete medische strafzaak achterwege had moeten blijven, extreme uitzonderingsgevallen daargelaten.

3 Hof Amsterdam 9 april 2008, ECLI:NL:GHAMS:2008:BC9170, NJ 2008/599 m.nt. Legemaate, GJ 2008, 117 m.nt. Van Wijmen.

4 Korthedshalve spreek ik in het onderstaande over 'arts', hoewel dat in menig opzicht een te beperkt begrip is.

5 J. Smeehuijzen, 'Strafrechtelijke vervolging van beroepsbeoefenaren wegens dood of zwaar lichamelijk letsel door schuld, uiterste terughoudendheid gepast', TvGR 2000, p. 362-374.

Bij deze, wat paradoxale stand van zaken rondom 'strafrecht als waarborg' kunnen we, net als de eerder geciteerde auteurs in 1929 en velen na hen, niet zo veel anders doen dan gewoon een aantal thema's bespreken en bezien of, gegeven de toegenomen operationaliteit van het strafrecht, er hier en daar wellicht versterking van het strafrecht in regelgeving en/of daadwerkelijke toepassing van de praktijk te bepleiten valt in de richting van 'strafrecht als waarborg voor de kwaliteit van zorg'. In dat kader komt hierna eerst het systeem van het strafrecht als zodanig aan de orde, en daarna enige bijzondere onderwerpen van actuele discussie.

II. Het systeem van het strafrecht; wanneer is de arts verdachte?; de medische exceptie

Als uitgangspunt van denken heeft te gelden dat het strafrecht geen bijzondere functie heeft om de kwaliteit van de zorg te waarborgen, te bevorderen of te bewaken, net zomin als het de functie heeft om bijvoorbeeld drugsverslaving tegen te gaan. Het strafrecht kan een zodanige, aan de maatschappij positief bijdragende functie ook helemaal niet vervullen want het is er niet op gericht, noch op ingericht. Dat is logisch is, want het strafrecht heeft zijn eigen doelstelling. Het strafrecht, zowel het materiële als het formele strafrecht, is in alle zaken, ook in medische strafzaken maar daar niet alleen (aan medische strafzaken is in zoverre niets bijzonders), een systeem van negatieve rechtshandhaving. Voor het ook maar enigszins effectief waarborgen van de kwaliteit van zorg zijn veeleer positieve impulsen nodig en die kan het strafrecht niet leveren. Het enkele feit dat het systeem van strafrechtelijke rechtshandhaving door opsporing, vervolging, berechting en bestraffing en de aanwending ervan in een concrete medische strafzaak betrekkelijk evident geen bijdrage levert, of kan of zal leveren aan 'waarborg van of voor kwaliteit van zorg', levert daarmee als zodanig geen enkel argument op *tegen* het systeem van strafrecht als zodanig of tegen de beslissing tot toepassing ervan en de invulling van die toepassing in een concrete medische strafzaak. Van strafrecht en strafrechtstoepassing is nog nooit iemand 'beter' geworden; zelfs voor de patiënt als slachtoffer in een medische strafzaak geldt: 'strafrecht is geen medicijn'.⁶

Het systeem van het strafrecht kan in zijn betrekking op het gezondheidsrecht in wezen in enkele kernpunten uiteen worden gezet, aan de hand waarvan ook de precieze relatie met het handelen van de arts (de medische setting) duidelijk kan worden gemaakt.⁷

II.1. Strafbaarstelling

Lang niet alles is strafbaar; lang niet alles wat er in de medische zorg fout gaat, levert een strafbaar feit op. In feite ligt de nadruk bij medische fouten⁸ op het toebrengen van (zwaar)

6 Vrij naar de titel 'Tralies zijn geen medicijn' van de oud-officier van justitie, J.J. Abspoel (Veen uitgevers 1985). Het kan overigens geen kwaad als dergelijke verstandige beschouwingen van oud-OM'ers ook tegenwoordig nog op het nachtkastje van de leden van het College van P-G's liggen.

7 Ik wil niet verhullen dat dit deel ook gebaseerd is op de constatering dat voor de precieze inhoud en reikwijdte van het strafrecht in gezondheidsrechtelijke literatuur niet altijd die aandacht bestaat die voor een goed begrip wel noodzakelijk is c.q. moet worden aangeraden.

8 Dus afgezien van de delicten van euthanasie en hulp bij zelfdoding (art. 293 en art. 294 Sr).

lichamelijk letsel of het veroorzaken van de dood door schuld of opzet, alsmede op de strafbepalingen van artikel 96 lid 1 en lid 2 oud en nieuw Wet BIG. Dat is een forse beperking van de mogelijke inzet van strafrecht, waarin toch de 'ultimum remedium'-gedachte als waarborg stevig doorklinkt.

II.2. *Strafrechtelijke rechtshandhaving is doelgericht*

De tweede beperking is dat de toepassing van het systeem van strafrechtspleging – hoe ingewikkeld tegenwoordig ook, en hoezeer voorzien van andere uitgangspunten dan terughoudendheid – altijd en in alle onderdelen en beslissingen gericht moet (kunnen) zijn op vervolging en berechting in een concrete zaak. Als dat doel niet meer haalbaar is, dan is het 'einde oefening', zoals de zaak-Tuitjenhorn (aanvankelijk een strafzaak) aantoonde. Tegelijk moet worden bedacht dat schadevergoeding aan de patiënt volwaardig doel van strafrechtspleging is geworden.⁹

II.3. *Aanwijzen van gedrag en strafuitsluiting ter zake*

Een volgend kernpunt vraagt iets meer aandacht. Het strafrecht onderscheidt tussen het aanwijzen van gedrag dat onder de bestanddelen van een delictsomschrijving valt, en (vervolgens) de vraag of dat gedrag desondanks wellicht niet tot bestraffing kan leiden, vanwege de aanwezigheid van een rechtvaardigings- of schulduitsluitingsgrond. Het verdachte-begrip van artikel 27 lid 1 Sv, de grondslag voor strafrechtelijk opsporingsonderzoek en tegelijk ook het aanknopingspunt om aan die verdachte bijzondere rechten toe te kennen, ligt – in principe – bij de eerste stap, niet bij de tweede.¹⁰ Alleen bij gewone mishandeling is dat anders (HR 5 juli 2011, ECLI:NL:HR:2011:BQ6690, NJ 2011/466). In dat arrest gaf de Hoge Raad voor het eerst helder antwoord op de vraag die Van Dam van Isselt in 1902¹¹ opwierp: mishandeling is 'letsel toebrengen zonder dat daarvoor een rechtvaardigingsgrond bestaat'. Daarmee valt de arts die *lege arte* letsel toebrengt, niet onder de delictsomschrijving van artikel 300 lid 1 Sr. Maar dat delict is een uitzondering. Bij andere delicten is dat anders. Zo bijvoorbeeld bij euthanasie en hulp bij zelfdoding. In elk geval tot aan de vaststelling door een Regionale toetsingscommissie euthanasie (Rte) dat van zorgvuldig handelen sprake is, heeft de arts te gelden als verdachte in de zin van artikel 27 lid 1 Sv.¹² Zoals uit het voorgaande blijkt, kan voor de positie van de arts van twee benaderingen worden uitgegaan. In de al aangehaalde dissertatie van Van Dam van Isselt uit 1902 onderscheidt deze auteur helder en duidelijk deze twee benaderingen voor de strafrechtelijke duiding van het medisch handelen van de arts waarbij ernstige pijn en letsel wordt toegebracht aan de patiënt. De ene benadering is dat er een strafbaar feit plaatsvindt, maar dat er een rechtsgrond is die de wederrechtelijkheid daarvan wegneemt; er vinden niet-strafbare delictsvervullingen plaats. In de andere benadering is er van een delict, van een delictsver-

9 Zo kan sinds kort beslag worden gelegd op voorwerpen en vermogen louter om de aanspraak van het slachtoffer op schadevergoeding in de latere procesfasen veilig te stellen. Problematisch is, dat puur voor dit doel ook allerlei steunbevoegdheden, zoals doorzoeking, juridisch-technisch gezien mogelijk worden.

10 Voor terughoudendheid bij het gebruik van de arrestatiebevoegdheid bij een verdachte die zich op noodweer beroept, spreekt de betreffende richtlijn terecht van 'verdachte'.

11 E.W. van Dam van Isselt, *De strafrechtelijke aansprakelijkheid van den Medicus* (diss. Utrecht), Utrecht: F. Wentzel & Co. 1902, p. 11.

12 Dat doet de hier verder niet te behandelen vraag rijzen of aan deze verdachte arts niet ook in de procedure van de Rte rechten moeten worden toegekend.

vulling, geen sprake. Er is sprake van behandeling, waarop het strafrecht daarom helemaal niet van toepassing is. Dan hoeft men dus niet op zoek te gaan naar de rechtsgrond die de wederrechtelijkheid van een delictsvervulling opheft. Deze laatste benadering werd onder andere in de jaren tachtig van de vorige eeuw verdedigd door strafrechtjuristen als Enschedé, Van Veen en Langemeijer. Zij meenden bijvoorbeeld dat voor de straffeloosheid van de arts in geval van euthanasie binnen de criteria van de huidige Wtl helemaal geen wettelijke voorziening nodig was omdat een zorgvuldig euthanaserende arts binnen de grenzen van zijn beroep blijft handelen en daarom alleen aan tuchtrecht onderworpen zou moeten zijn en niet ook aan het strafrecht.¹³ Deze oudere benadering klinkt ook in heden-daagse beschouwingen in de sfeer van het gezondheidsrecht nog wel door om te betogen dat in geval van normaal medisch handelen de arts in het geheel niet onder het strafrecht valt. Maar dat is, de bovengenoemde uitspraak van de Hoge Raad bij het typische delict van mishandeling ten spijt, uitdrukkelijk niet de benadering in het actuele strafrecht. Dat gaat, bij alle andere delicten c.q. beroepsgroepen, juist uit van een delictsvervulling als bij (normaal) medisch handelen het beschermde rechtsgoed wordt aangetast, waarvoor dan (vervolgens) rechtvaardiging dient te bestaan.

Dat brengt ons bij de medische exceptie als de invulling van de rechtvaardiging van het handelen van de arts dat onder een delictsomschrijving valt. Het strafrechtelijk onderzoek kan en moet ook met het vermoedelijke bestaan van deze rechtvaardigingsgrond rekening houden. Juist om dat aspect te benadrukken, heb ik al eens eerder betoogd dat het goed is deze rechtvaardigingsgrond als waarborg van een beperking in de toepassing van het strafrecht, met name in het voorbereidend onderzoek, het opsporingsonderzoek, te expliciteren. Als de medische exceptie zo'n nadrukkelijke rol in het strafrecht speelt als in het vonnis van de Rechtbank Den Haag 30 oktober 2014¹⁴ het geval is, is er voor de wetgever wellicht des te meer reden de exceptie expliciet en adequaat te codificeren en de inhoud en reikwijdte ervan te verhelderen. Om adequaat 'operationeel' te worden zou die exceptie dan ook adequaat in de Aanwijzing medische zaken van het OM moeten worden verwerkt. Een medische strafzaak zou daarin kunnen worden omschreven als: 'Een medische strafzaak is een zaak waarin het medisch handelen of nalaten van een persoon die werkzaam is in de (geestelijke) gezondheidszorg of de alternatieve gezondheidssector een redelijk vermoeden oplevert van schuld aan enig strafbaar feit zoals bedoeld in artikel 27 Sv, *terwijl het gedrag redelijkerwijze niet door de medische exceptie wordt gerechtvaardigd*'.

II.4. Inzet strafrecht is een (beleids)keuze

Het strafrecht hoeft in een bepaalde zaak niet te worden ingezet of verder te worden doorgezet. Dat is een keuze waarvoor in het algemeen of in het bijzondere geval argumenten kunnen bestaan; het bewaken van de kwaliteit van medische zorg is in dat kader *een* factor. Het systeem van strafrechtelijke rechtshandhaving biedt ook ruimte voor sturing op andere doelen. Zo kan het OM afzien van vervolging vanwege adequaat tuchtrechtelijk optreden tegen de verdachte arts of op voorwaarde van schadevergoeding aan de patiënt. In de weinige gevallen van een onzorgvuldigheidsoordeel door de Rte's komt het College

13 In een artikel in *NRC Handelsblad* van 14 januari 1986, aangehaald in C.I. Dessaur & C.J.C. Rutenfrans, *Mag de dokter doden? Argumenten en documenten tegen het euthanasiasme*, Amsterdam: Querido 1986, p. 98-99.

14 Rb. Den Haag, 30 oktober 2014, ECLI:NL:RBDHA:2014:13243.

van P-G's tot nu toe steeds tot het oordeel dat strafvervolgning niet aangewezen is. In feite is het hele euthanasiestelsel, maar bijvoorbeeld ook ons coffeeshopbeleid, gestoeld op 'wel strafbaar, maar we passen het – onder voorwaarden – niet toe'. Die keuze voor toepassing wordt in afzonderlijke zaken steeds door de organen van de strafvordering gemaakt, het kiezen is deel van de strafrechtspleging (als het OM ervan kennis krijgt) en die keuze is maar zeer beperkt door de strafrechter te controleren of te toetsen. Alvorens tot een beslissing te geraken kan het OM (opsporings)onderzoek doen op de rechtsbasis van die verdenking (gedrag dat onder een delictomschrijving valt). Schalken wijst in dit verband niet geheel ten onrechte naar het betrekkelijk grote verschil in het aantal strafzaken waarin een opsporingsonderzoek is gestart en het aantal strafzaken dat vervolgens daadwerkelijk aan de rechter is voorgelegd.¹⁵ Dat laatste duidt dan toch weer op een zekere terughoudendheid in de toepassing van het strafrecht in medische zaken. Nochtans is het algemene uitgangspunt van beleid en handelen bij het OM tegenwoordig niet meer in de eerste plaats gekarakteriseerd door terughoudendheid. Zichtbare strafrechtelijke rechtshandhaving is een eigen, en zelfstandig doel, dat niet meer ondergeschikt wordt gemaakt aan andere doelen. Zowel de benadering van Enschedé (hoge eisen aan de (subsidiare) functionaliteit van het strafrechtelijk beleid van het OM) als de benadering van 't Hart¹⁶ – die hoge eisen stelt aan de inrichting van het beleid van het OM gericht op realisatie van de waarden van de democratische rechtsstaat en niet alleen op realisatie van een door bestuur en politiek gedomineerd beleid – is daarin afwezig. Dat is op zichzelf een inhoudelijk wellicht te bekritisseren, wellicht ook onverstandige richting, nochtans een legitieme keuze van politiek en wetgever. Dat betekent ook dat binnen het OM de waarde van de afzonderlijke beslissing van de OvJ als zodanig in de concrete strafzaak bepaald is teruggedrongen, op een wijze die maakt dat velen twijfelen aan de oude 'magistratelijheid' van het OM. De nadruk ligt ook op het adequaat afdoen van grote stromen strafzaken. Daarbinnen worden beslissingen in afzonderlijke zaken al lang niet meer genomen door als zodanig opgeleide OvJ's op grond van – en na kennisneming van – de specifieke feiten en omstandigheden van het afzonderlijke geval. Veeleer wordt er besloten door 'andere ambtenaren van het parket' (parketsecretarissen) op grond van richtlijnen en beleidsaanwijzingen waarvan in de concrete zaak bij voorkeur en als uitgangspunt, vanwege de machinerie en de 'rechtseenheid', niet moet worden afgeweken. Tegelijk: tegen deze achtergrond zit men in medische strafzaken nog redelijk 'op rozen' met de gespecialiseerde eenheid van het Expertisecentrum Medische Zaken van het OM. De 'onzorgvuldige arts' uit de Wtl mag zelfs op een beslissing van het College van P-G's rekenen. Dat het hiërarchisch hoogste orgaan van het OM beslist is daarbij op zichzelf geen garantie voor een inhoudelijk juiste beslissing, maar het is procedureel en in de zin van 'op de zaak toegesneden' wel veel meer dan waarmee andere beroepsgroepen het moeten doen. Men kan kortom in het algemeen nu ook weer niet zeggen dat het OM te gemakkelijk vervolgt in medische zaken; er is, zoals bekend, eerder de roep om een alerter OM. Dat heeft dan eerder te maken met zaken waarin strafrechtelijk optreden evident is en toch achterwege wordt gelaten. Recente strafzaken tegen artsen laten ook hier langzamerhand een ander beeld zien.

15 T. Schalken, 'Wanneer kunnen hulpverleners strafrechtelijk worden vervolgd?', *Tijdschrift Zorg & Recht in praktijk* 2014, afl. 2, nr. 48, p. 62-65, i.h.b. p. 65.

16 Zie onder andere A.C. 't Hart, *Openbaar Ministerie en rechtshandhaving*, Arnhem: Gouda Quint 1994.

II.5. Rechten erkennen

Een laatste kernpunt is wel zo belangrijk. Het OM moet in voorkomende gevallen ook de aan de verdachte arts als zodanig toekomstige rechten garanderen. Het OM moet dus in zoverre iemand ook als verdachte aanmerken. We hebben het dan in het bijzonder over de plicht de verdachte op zijn zwijgrecht te wijzen en op het recht van de verdachte om voorafgaand aan, en tegenwoordig eigenlijk ook wel bij het (eerste) verhoor in het kader van de opsporing, overleg met en bijstand te hebben van zijn of haar raadsman/-vrouwe. Bij een doorzoeking van de praktijk (Tuitjenhorn) kan worden verdedigd dat de verdachte er recht op heeft om, analoog aan artikel 99 Sv, daarbij aanwezig te zijn. Wellicht is het in dit kader goed om op te merken dat een verdachte arts in een aantal opzichten meer rechten heeft dan de arts als beroepsverschoningsgerechtigde.¹⁷

III. Moet het strafrecht zich meer op het ziekenhuis richten?; het ziekenhuis als strafbare rechtspersoon¹⁸

De introductie van de strafbaarheid van de rechtspersoon, en dus ook van het ziekenhuis of de zorginstelling, in het algemeen deel van het Wetboek van Strafrecht in 1976 is een impliciete, potentiële maar tegelijk evidente bijdrage van het strafrecht aan het waarborgen van de kwaliteit van zorg. Die modaliteit roept weliswaar nieuwe strafrechtelijke complicaties op, zeker ook in de zorg, maar het maakt het wel mogelijk de strafrechtelijke verantwoordelijkheid in voorkomende gevallen (ook) daar te leggen waar die hoort, hetzij doordat de rechtspersoon meer rechtstreeks dader is vanwege verwijtbare onachtzaamheid (schuld), hetzij omdat de daden van ondergeschikten binnen de rechtspersoon op strafrechtelijk relevante wijze aan de rechtspersoon kunnen worden toegerekend. Dat ook de zorginstelling als zodanig strafrechtelijk kan worden vervolgd, is een bijdrage, zo u wilt: positieve bijdrage aan 'strafrecht als waarborg voor de kwaliteit van zorg'; het nalaten van het creëren van de 'optimale zorgomgeving' door de zorginstelling kan op deze wijze strafrechtelijke consequenties hebben. En als het ziekenhuis dader is in de zin van artikel 51 Sr, dan kan de strafvervolging (ook) worden ingesteld tegen de opdrachtgever/leidinggever aan het strafbare feit. De mogelijkheid en opzet van artikel 51 Sr biedt dus mogelijkheden en keuzes aan de organen van de strafvorderlijke overheid voor juiste verdeling van strafrechtelijke aansprakelijkheid, bijvoorbeeld tussen arts en ziekenhuis of tussen verplegend personeel en de zorginstelling meer in het algemeen. Die keuzes moeten dan zorgvuldig

17 Aan een vordering tot uitlevering van gegevens bijvoorbeeld, hoeft een arts als verschoningsgerechtigde onder omstandigheden niet te voldoen; tot een verdachte arts mag de vordering niet eens worden gericht: vgl. art. 96a lid 3 respectievelijk lid 2 Sv. Het kan dus in concrete gevallen voor de arts van belang zijn te onderzoeken of hij niet reeds verdachte is, hoezeer hij die status voor zichzelf ook zal willen vermijden.

18 Zie in het algemeen J.H. Hubben, *Het ziekenhuis als strafbare rechtspersoon*, Lochem: De Tijdstroom 1990 en L.E. Felderhof, *Het ziekenhuis: een strafrechtelijk te vervolgen rechtspersoon*, doctoraalscriptie Leiden (vermoedelijk 2014), te raadplegen via de NJB-blog <http://njb.nl/Uploads/2014/2/Masterscriptie-LE-Felderhof.pdf>.

worden gemaakt. Daarbij kan de wens individuele medewerkers niet onnodig te belasten in geval het verwijt aan de rechtspersoon zich opdringt, een rol van betekenis spelen.¹⁹

Probleemloos is de toepassing van strafrecht op een zorginstelling als rechtspersoon heden ten dage echter niet. Vijfentwintig jaar na de invoering van artikel 51 Sr heeft de Hoge Raad in een op zichzelf gecompliceerd arrest duidelijk gemaakt welke criteria (volgens hem) het daderschap van de rechtspersoon bepalen,²⁰ tot een even richtinggevende uitspraak over wanneer dan bij een rechtspersoon schuld of opzet kan worden aangenomen, is het nog niet gekomen. Hier is met name ook het oprukken van de bestuurlijke boete van belang. In dat kader mag worden verlangd dat die bestuurlijke beboeting van de rechtspersoon op grond van artikel 5:1 Awb inhoudelijk op gelijke wijze als bij artikel 51 Sr wordt vormgegeven. Dat is niet altijd het geval, zoals Keupink en Nuyten²¹ hebben geanalyseerd. Voorts is er het gevaar van 'doorschieten' naar een te gemakkelijk gebruik van de mogelijkheid om over de rechtspersoon heen te trachten leden van de Raden van Bestuur of van de Raden van Toezicht (leidinggevers) gemakkelijker individueel voor de strafrechter te slepen. Als dat gebeurt, kan dat ook weer zijn eroderende weerslag hebben op waarborgen die functioneren als grenzen aan strafrechtelijke aansprakelijkheid. In het kader van de versterkte belangstelling voor falend toezicht, valt te voorspellen dat de aansprakelijkheid, ook strafrechtelijke aansprakelijkheid, van leidinggevers en toezichthouders in de komende tijd een belangrijk thema wordt. In de sfeer van strafrecht als waarborg is het dan goed andermaal vast te stellen dat de Hoge Raad wat lijkt te zijn teruggekomen van de ingang naar daderschap en strafrechtelijke aansprakelijkheid via (niet nagekomen) zorgplichten. Voorts is bij de toepassing van artikel 51 Sr van belang dat de strafvervolgning kan worden ingesteld tegen de leidinggevers aan het strafbare feit, niet automatisch tegen degenen die in bestuurlijke verhoudingen leiding geven aan of toezicht houden op de rechtspersoon die dader is.

In die waarschuwing voor een te aparte behandeling van de rechtspersoon ligt een ander punt van aandacht. Schalken heeft onlangs in dit kader betoogd dat er wellicht reden is om bij de rechtspersoon over te stappen naar een systeem van strafrechtelijke risicoaansprakelijkheid, als bijdrage aan de verbetering van het medisch aansprakelijkheidsrecht.²² Ik zou deze weg niet willen gaan. Ons strafrecht is ten principale een schuldstrafrecht en geen risicostrafrecht. Het lijkt me goed ook in deze tijd, en ook met het medisch aansprakelijkheidsrecht dat we hebben en dat de staatssecretaris van VWS niet wil veranderen,²³ vast te

19 In een casus als die van Rb. 's-Gravengae 19 december 2002, ECLI:RBSGR:2002:AF2320 is die keuze nadrukkelijk aan de orde. De vervolgte arts wordt vrijgesproken wegens fouten in de organisatie; de rechtbank, sprekend van 'belabberde werkomstandigheden' vraagt zich in het vonnis nog niet hardop af waarom het ziekenhuis niet is vervolgd. Het is onduidelijk of dat alsnog gebeurd is.

20 HR 21 oktober 2003, M & R 2004, 53 m.nt. L.E.M. Hendriks, JM 2004/72 m.nt. I.M. Koopmans en NJ 2006/328.

21 S.M.C. Nuyten & B.J.V. Keupink, 'Daderschap in recente bestuursrechtspraak', DD 2014/7.

22 T. Schalken, 'Het strafbare ziekenhuis. Over verdampende verantwoordelijkheden en risico-aansprakelijkheid in medische zaken', in: J.W. Fokkens e.a. (red.), *Ad hunc modum, Opstellen over materieel strafrecht. Liber Amicorum voor A.J. Machielsse*, Deventer: Kluwer 2013, p. 275-286, i.h.b. p. 284: 'Bij rechtspersonen kan een zekere risicoaansprakelijkheid vrij neutraal plaatsvinden en zal de strafrechtelijke aansprakelijkheid om die reden een minder punitief, en eerder een declaratoir karakter dragen. In die aansprakelijkheid ligt vooral een verwijzing opgesloten naar een redelijke verdeling van het risico.'

23 *Kamerstukken II* 2011/12, 31765, 52.

houden aan de waarborg van het strafrecht als een (in ultimo door de rechter vast te stellen) schuldstrafrecht, ook ten aanzien van rechtspersonen. Het voornaamste waarborgelement daarvan is nu juist dat, anders dan in het civiele recht waar de schade altijd door een partij zal worden gedragen, het in het strafrecht niet enkel gaat om een loutere *verdeling* van aansprakelijkheid. In het strafrecht moet altijd eerst de vraag worden beantwoord *of* er überhaupt wel strafrechtelijke aansprakelijkheid is; dat hoeft niet per se het geval te zijn.²⁴ Die optie van ontbrekende aansprakelijkheid is in het strafrecht altijd open en moet niet door ‘drangontwikkelingen’ in de richting van enige aansprakelijkheid/een strafbare dader van het netvlies verdwijnen. Niet steeds als de uitkomst van een medische ingreep ons niet bevalt, is er een strafrechtelijk aansprakelijke.

IV. Schadevergoeding voor de patiënt als slachtoffer in het strafrecht?; herstel en bemiddeling

In de afgelopen jaren is de inhoudelijke oriëntatie van de strafrechtelijke rechtshandhaving veel sterker ook op het slachtoffer van een strafbaar feit ingericht. Het is kort en simpel gezegd zo, dat dit een – bijna – geheel eigenstandig onderdeel/doel van daadwerkelijke strafrechtelijke rechtshandhaving is geworden. Weliswaar binnen de grens dat er van een verdenking van een strafbaar feit sprake moet zijn en dat de inrichting van de strafrechtspleging steeds – normatief – gericht moet (kunnen) blijven op berechting van een verdachte deswege. Maar toch: plaats, rol en importantie van het slachtoffer nemen een steeds uitdrukkelijker plaats in. En dat zowel in de strafrechtspleging in het algemeen als in de inrichting van de concrete strafzaak. Het gaat dan niet alleen om schadevergoeding, maar ook om adequate opvang en bejegening, door de plicht het slachtoffer te informeren en te betrekken bij het verloop en het vervolg van de strafzaak, tot en met (tot nu toe) spreken op de terechtzitting over de gevolgen van het strafbare feit (en in de toekomst mogelijk zelfs meepraten over straf en sanctie tegen de verdachte). Kortom, strafrechtelijke rechtshandhaving is ook en nadrukkelijk gericht op het realiseren van strafrecht als daadwerkelijke en efficiënte strafrechtelijke reactie in de richting van het slachtoffer. In dit opzicht is strafrechtelijke rechtshandhaving daarmee tot op grote hoogte en veel meer dan voorheen gelijk aan de doelstelling van het civiele aansprakelijkheidsrecht. Richting slachtoffer is het strafrecht van publieke rechtshandhaving door bestraffing tot aansprakelijkheidsrecht geworden: het heeft – als (vrijwel) zelfstandig doel – het vormgeven van aansprakelijkheidsbehoefte bij de patiënt in zich opgenomen. Het strafrecht neemt die behoefte zelfs over en vult die aansprakelijkheidsbehoefte in, meer dan ooit ook langs de lijn van schadevergoeding en informatie verschaffen, inspraak geven in de wijze van afdoen van ‘zijn’ zaak en bij de daarin te maken strafvorderlijke keuzes. Ik aarzel of deze verruiming een bijdrage is aan de kwaliteit van zorg. Daarbij is relevant dat de evenknie van het strafrecht, het civielrechtelijk aansprakelijkheidsrecht, in zijn operationaliteit tegenwoordig – en al langer – de nodige tekortkomingen kent, zoals Smeehuijzen en Akkermans in 2013 illustre- ren.²⁵ Waar het nu om gaat is dat deze moeilijkheden in het strafrecht, juist ten behoeve

24 Zie J. de Hullu, *Zijn er grenzen aan de strafrechtelijke aansprakelijkheid?*, Arnhem: Gouda Quint 1993, p. 28.

25 J.L. Smeehuijzen & A.J. Akkermans, *Medische aansprakelijkheid: over grote problemen, haalbare verbeteringen en overschatte revoluties*, preadvies Vereniging voor Gezondheidsrecht 2013.

van dat slachtoffer, worden weggenomen. Er zijn daarvan voorbeelden te over te noemen. Moeilijk voor de patiënt om gegevens ten behoeve van een claim bijeen te brengen?; dat doet het strafrecht via dwingende opsporingsbevoegdheden voor hem. Moeilijk om beslag te leggen op vermogen om daarop de schade te verhalen?; dat doen wij sinds kort voor hem: artikel 94a lid 3 Sv: een zelfstandige beslaggrond. Moeilijkheden met de civielrechtelijke rechtsprocedure?; binnen het strafrecht spant het OM de zaak aan tegen de verdachte; het slachtoffer hoeft alleen maar te melden dat hij wil 'aanschuiven' en welke vorm hem beliebt: alleen informatie over het verloop van de strafzaak of ook spreken ter zitting. Moeilijkheden met een claim als benadeelde partij?; de strafrechter neemt die moeilijkheden weg door schadevergoeding als maatregel over te nemen. En anders helpt het dat het veroordelend strafvonnis als volledig bewijs in de civiele zaak geldt. Moeilijkheden met executie?; het strafrecht doet dat voor het slachtoffer door de inzet van het CJIB, het veruit efficiëntste incassobureau van Nederland. Sterker, het strafrecht betaalt onder omstandigheden het slachtoffer vooruit: artikel 36f lid 7 Sr; het risico van wanbetaling is voor de staat.

Deze weergave moge illustreren waarom strafrechtstoepassing ook in medische zaken oprukt, bijvoorbeeld in artikel 12 Sv-procedures. Een aandrang tot terughoudende toepassing van het strafrecht als waarborg gaat er niet van uit, wel een waarborg voor de belangen van het slachtoffer/de patiënt. De doelen van het civielrechtelijke aansprakelijkheidsrecht zijn geworden tot doelen van de strafrechtelijke rechtshandhaving. En oh ja, binnen civielrechtelijk aansprakelijkheidsrecht staat de eis van openheid over feiten aan de kant van de arts als voorwaarde voorop. De verdachte arts heeft echter primair juist zwijgrecht en verschoningsrecht. Is het dan vreemd dat het verschoningsrecht onder druk komt te staan?

Hier rijst toch de vraag of adequaat civielrechtelijk aansprakelijkheidsrecht de druk op strafrecht kan voorkomen c.q. kan doen afnemen en het strafrecht, juist op dit punt van schade, weer tot 'ultimum remedium' kan maken. Daarmee hangt een ander punt samen. Strafrecht is niet meer ultimum remedium en hoeft dat ook niet te zijn als het publieke belang om inzet vraagt. Maar strafrechtelijke vervolging moet niet worden gebruikt om als het ware conflicten in de (voormalige) relatie tussen patiënt en arts op te vangen, louter omdat voorzieningen daartoe in andere rechtsgebieden daadwerkelijk of naar de verwachting of ervaringen van betrokkenen tekortschieten. Zou de afhandeling van de relatie tussen patiënt en arts, voor zover daarbij strafrechtelijke delictsomschrijvingen op het spel staan en waarbij het vaak ook gaat om het 'gevecht' over de erkenning van eventuele fouten en daarvoor bestaande aansprakelijkheden, niet beter in de voor die verhoudingen meer adequate vormen van herstel en bemiddeling kunnen en moeten plaatsvinden? Het kan in dat verband geen kwaad nog eens uitdrukkelijk onder de aandacht te brengen dat het OM ook in medische strafzaken op grond van artikel 51h Sv uitdrukkelijk krijgt opgedragen om de bemiddeling tussen verdachte en slachtoffer, in medische zaken tussen arts en patiënt, 'te bevorderen'.²⁶

26 Zie voor een verkenning van mogelijkheden recent bijvoorbeeld P.J.P. Tak, *Slachtoffer-dader mediation in het strafrecht*, Deventer: Kluwer 2013.

V. Het onvermijdelijke beroepsverschoningsrecht

Van oudsher ligt in het strafvorderlijk respect voor het beroepsverschoningsrecht een van de belangrijkste waarborgen voor goede zorg. In de erkenning van dit recht ligt besloten dat vrije toegang tot zorg soms belangrijker is dan strafrechtelijke rechtshandhaving. De waarborg is dan wel een uitzondering op zodanige rechtshandhaving.

Ik wil over dit onderwerp betrekkelijk kort zijn, omdat de stand van zaken voldoende bekend is.²⁷ En ook omdat er eigenlijk te veel voorstellen zijn om in het beperkte bestek van deze bijdrage te bespreken.

De wetgever is momenteel in het kader van het project 'Modernisering Wetboek van Strafvordering' (ook) bezig met het opzetten van een goede, algemene basisregeling voor het beroepsverschoningsrecht in het Wetboek van Strafvordering, terwijl door de wet van 19 november 2014, *Stb.* 2014, 445 en door het wetsvoorstel bronbescherming journalisten²⁸ ook reeds wijzigingen worden doorgevoerd. Terugkijkend naar de afgelopen jaren was de wetgever eerst en vooral bezig met het maken van steeds meer incidentele uitzonderingen in concrete regelingen, soms met het oog op belangen die direct met kwaliteit van behandelen te maken hebben, maar soms ook veel indirecter zoals de wens de veiligheid in de zorg te verbeteren (melden van incidenten), of om fraude in de gezondheidszorg tegen te gaan. Soms gaat het om geheel andere belangen, zoals de bestrijding van kindermishandeling. Men kan zich afvragen of dat de juiste volgorde is. Zo wordt – telkens en afzonderlijk – alleen maar over de noodzaak van de concrete uitzondering nagedacht (en die noodzaak is snel gevonden) en wordt het algemene beeld gemakkelijk uit het oog verloren. Dat is funest voor de reikwijdte van de bescherming van het beroepsverschoningsrecht. Bij dergelijke ontwikkelingen wordt enig besef van het rechtsbeschermend belang van de zogenaamde codificatiegedachte node gemist (art. 107 Grondwet): regeling van onderwerpen in algemene regelingen beschermt tegen te tijdgeest-gebonden 'Sondergesetzgebung'. Dat de wetgever de rechtbank en de Hoge Raad in het kader van een artikel 552a Sv-procedure op klacht van een beroepsverschoningsgerechtigde 'peremptoir' gesteld heeft²⁹ doet daaraan niet af. Deze procedure is wel ook een voorbeeld van een waarborg van strafrecht; de peremptoirstelling is een prerogatief voor de beroepsverschoningsgerechtigde (waaronder de arts); andere klagers onder artikel 552a Sv mogen er niet van profiteren. De afhandeling van hun zaak zal er eerder vertraging door oplepen. Overi-

27 Zie o.a. H.J.J. Leenen e.a., *Handboek Gezondheidsrecht*, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2014, par. 2.11. Zie voor een recent overzicht (binnen het gezondheidsrecht) W.R. Kastelein, 'Strafrechtelijke inbeslagname bij de medisch verschoningsgerechtigde', *TvGR* 2013, p. 764-773 en M. Buijsen, e.a., *Medisch beroepsgeheim in dubio. De verhouding van het medisch beroepsgeheim tot zwaarwegende maatschappelijke belangen*, Erasmus Universiteit Rotterdam, oktober 2012. Zie voor het strafrecht o.a.: Chr. Brants & T. Spronken, *Het professionele verschoningsrecht: de arts, de advocaat en de journalist in de Nederlandse strafrechtspraktijk*, pre-advies voor de Vlaams-Nederlandse Vereniging voor strafrecht, Nijmegen: Wolf Legal Publishers 2006, T. Bertens & F. Vellinga-Schootstra, 'Grondslagen en strafprocessuele gevolgen van de geheimhoudingsplicht en het verschoningsrecht van de arts, advocaat en notaris,' in: Vereniging voor de vergelijkende studie van het recht van België en Nederland. Preadviezen 2013, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2013.

28 *Kamerstukken II* 2014/15, 34032, 2.

29 *Kamerstukken I* 2013/14, 33685, A; wet van 19 november 2014, *Stb.* 445, in werking getreden op 1 januari 2015 (besluit van 12 december 2014, *Stb.* 2014, 513).

gens komt die peremptoirstelling niet uit de lucht vallen en is de betreffende wetswijziging bepaald van belang omdat ook wordt vastgelegd dat de bevoegdheid van artikel 98 lid 1 Sv (inbeslagneming bij verschoningsgerechtigden, niet alleen doorzoeking), voortaan is voorbehouden aan de R-C en dat – en wel zo belangrijk – als de verschoningsgerechtigde bezwaar maakt, er van de inhoud van de stukken geen kennis wordt genomen, dan nadat de R-C daarover heeft bepaald. Die R-C deelt mee dat er binnen veertien dagen beklag kan worden gedaan en dat niet tot kennisneming wordt overgegaan dan nadat over een eventueel ingediend beklag onherroepelijk is beslist.

Voor zover de wettelijke regeling de reikwijdte van het beroepsverschoningsrecht nog overeind houdt (en dat is wel nog steeds het uitgangspunt), is er in concrete strafzaken de uitzonderingscategorie van de ‘zeer uitzonderlijke omstandigheden’. Hier is het volgende relevant.

Zoals collega Kastelein in haar overzichtsartikel in dit tijdschrift³⁰ duidelijk heeft gemaakt, is door de Hoge Raad aangenomen dat de toestemming van de patiënt *een* factor is die meeweegt bij de beslissing of zich in een concreet geval ‘zeer bijzondere omstandigheden’ voordoen. Van belang is, dat met die toestemming het verschoningsrecht nog niet is opgeheven, hooguit en ten dele het privacy-schennende karakter ervan. Tegelijk laat de Hoge Raad in medische zaken niet alleen de toestemming van de patiënt maar ook diens ‘aanspraak’ op onderzoek nadrukkelijk meewegen, zoals in zijn arrest van 26 mei 2009, ECLI:NL:HR:2009:BG5979, NJ 2009/263. De Hoge Raad maakt met zijn benadering een andere afweging dan de wetgever heeft gemaakt: van ‘verschoningsrecht gaat boven strafvordering’ maakt de Hoge Raad ‘in beginsel’. Dan rijst de vraag of het bepaalde in artikel 1 Sv, en het primaat van de (formele) wetgever in de rechtsvorming in strafvordering, dat toelaat. Is de Hoge Raad tot zodanige beslissing van algemene strekking gemachtigd?; gaat zodanige afweging (nog los van de inhoud) de rechtsvormende taak van de Hoge Raad – niet meer dan hoogste strafrechter – niet te buiten? De ingang van de Hoge Raad is onmiskenbaar ingegeven door de benadering van het EHRM van de zgn. positieve verdragsverplichtingen die soms dwingen tot strafbaarstelling, tot strafvervolgning, of in elk geval tot adequaat onderzoek, ook strafrechtelijk onderzoek, voortvloeiend uit de bescherming van het recht op leven (art. 2 EVRM) of uit het recht te worden gevrijwaard van onmenselijke behandeling (art. 3 EVRM). In sommige arresten verwijst de Hoge Raad ook met zoveel woorden naar deze verdragsbepaling, bijvoorbeeld in HR 5 juli 2011, ECLI:NL:HR:BP6144 en HR 5 juli 2011, ECLI:NL:HR:BP6141, NJ 2011/416. Het EHRM, zelfs het EHRM, gelooft dus uitdrukkelijk in de rol van het strafrecht als waarborg voor kwaliteit van zorg, dan wel zet het recht van de patiënt daar – op gelijke hoogte – regelrecht tegenover. Deze benadering bedreigt in feite de erkenning en de reikwijdte van het verschoningsrecht, is door de Hoge Raad overgenomen, maar ik ben eigenlijk – met Legemaate³¹ – nog niet overtuigd van het feit dat de EHRM-rechtspraak werkelijk dwingt tot de ‘vertaling’ door de Hoge Raad in de consequenties voor de beperking van de reikwijdte van het ver-

30 Kastelein 2013 (zie noot 27).

31 Noot onder HR 5 juli 2011, ECLI:NL:HR:2011:BP6141, NJ 2011/416.

schoningsrecht van de arts.³² Ook het Ministerie van Veiligheid en Justitie gaat niet zonder meer van een dwingende doorbreking van het beroepsverschoningsrecht uit.³³ Nadat de Hoge Raad de stand van zaken zelf juridisch behoorlijk ingewikkeld heeft gemaakt, heeft hij vervolgens de toepassing als ‘afhankelijk van de feiten van de zaak’, uitdrukkelijk op het bordje van de feitenrechter teruggelegd. De Hoge Raad had ook moeten beseffen dat hij als hoogste rechter het ‘openen’ van het verschoningsrecht niet via zijn rechtspraak kan beheeren en nader vorm geven.

Rijzen uit die stand van zaken voor de toekomst niet de contouren van de ontwikkeling op? De inhoudelijke ontwikkeling van verdere wetswijziging zou uit de navolgende onderdelen kunnen bestaan. Bij de medische beroepen gaat het om het typische belang van de medische zorg, met name de toegang tot de medische zorg en tegenwoordig ook de kwaliteit van de medische zorg als algemeen belang. Gelet op dit specifieke belang, laten zich argumenten vinden om het verschoningsrecht van de arts – eventueel samen met dat van de advocaat – separaat te regelen, gelet op de bijzondere omstandigheden van de beroepsuitoefening van die groep(en) en de belangen die bij het beroepsverschoningsrecht van die groep(en) op het spel staan. Mogelijk geïnspireerd door de Duitse regeling, zou vervolgens in de eerste plaats de erkenning door wettelijke verankering van het beroepsverschoningsrecht aangewezen kunnen zijn, als grens aan (ook) strafrechtelijke rechtshandhaving. Van daaruit kan er over uitzondering worden gedacht; in regelgeving en in concrete gevallen. Er kunnen dan regelingen zijn die van deze hoofdregel en dit hoofduitgangspunt afwijken, maar de noodzaak van die afwijking moet dan door de bevoegde wetgever wel eerst en uitdrukkelijk aan strikte eisen van noodzaak en subsidiariteit worden getoetst. Dat gebeurt nu niet altijd voldoende of voldoende precies³⁴ en zeker niet in onderling verband. Elke nieuwe doorbreking zet het respecteren van het verschoningsrecht in het algemeen verder onder druk. Licht het vervolgens, gegeven de ontwikkelingen, inmiddels niet voor de hand

- 32 In deze anders F. Vellinga-Schootstra, ‘Positieve verplichtingen en het verschoningsrecht’, *DD* 2011/72, die er wel op wijst dat dit punt alleen speelt in het kader van een effectieve strafrechtelijke procedure, dus als de overheid voor strafrechtelijk onderzoek kiest.
- 33 *Modernisering strafvordering*, discussiestuk professioneel verschoningsrecht. Via overheid.nl kan worden gezocht op Modernisering strafvordering, vervolgens nader naar het ‘Discussiestuk professioneel verschoningsrecht en art. 218 Sv’.
- 34 Zo kan men zich bij art. 53 Wvz en de KNMG-meldcode met de auteurs van het Handboek Gezondheidsrecht (zie noot 27, p. 154-155) afvragen of dat niet een formele meldplicht zou moeten zijn, nu het wel moet gaan om het doorbreken van een uitdrukkelijke zwijgplicht. De aankomende doorbreking in de Wet forensische zorg (zie *Kamerstukken I* 2012/13, 32398, D) bij een weigerachtige observandus wordt in Handboek Gezondheidsrecht (p. 149) vrij kort afgeserveerd als niet doelmatig noch proportioneel. Te dien aanzien moet er wel op worden gewezen dat er door de wetgever een zeer zware (en ook ingewikkelde) procedure is opgezet, waarvan de kern is dat het OM van de inhoud van de onder het verschoningsrecht vallende gegevens geen kennis draagt dan nadat de rechter heeft besloten dat die informatie van betekenis is en dat voeging in de strafzaak tegen de verdachte aangewezen is. Men kan weer wel gemakkelijk met de auteurs van het Handboek Gezondheidsrecht (p. 149) instemmen daar waar de vraag wordt opgeworpen of de bestrijding van zorgfraude doorbreking van het verschoningsrecht rechtvaardigt. Wellicht ter geruststelling: inmiddels is er een amendement ingediend bij het wetsvoorstel ‘Wijziging van de Wet marktordening gezondheidszorg’ om het medisch beroepsgeheim niet te laten doorbreken ten behoeve van de fraudeopsporing (*Kamerstukken II* 2014/15, 33980, 6). Ook is er een amendement ingediend om te voorkomen dat ziektekostenverzekeraars nieuwe bevoegdheden krijgen inzake toegang tot medische dossiers van verzekerden (*Kamerstukken II* 2014/15, 33980, 7).

om, overigens net als in Duitsland, te erkennen dat het beroepsverschoningsrecht van de arts niet geldt als de betrokkene zelf verdachte is van een strafbaar feit van een zekere, in de wet vast te leggen ernst, begaan tegen de patiënt waarop bepaalde gegevens betrekking hebben, tegen de lichamelijke integriteit van patiënten in het algemeen of met een vermoedelijk ander dan medisch behandeldoel, bijvoorbeeld wederrechtelijke bevoordeling? Tot de dan noodzakelijke waarborg van rechtspositie van de verdachte arts behoort dan overigens wel dat diens geheimhoudingsplicht/zwijgplicht in zoverre moet wijken voor zijn recht zich als verdachte te verdedigen.³⁵ Nu nog een goede wettelijke regeling van schadevergoeding voor de wel in een strafvervolgung betrokken, maar uiteindelijk niet veroordeelde verdachte/arts! Vervolgens zouden 'zeer uitzonderlijke omstandigheden' in de wet moeten worden aangeduid, al kan dat niet meer dan een algemene aanduiding zijn. Maar daarin kunnen wel grenzen worden gesteld en procedures worden geregeld. Geëist mag worden dat er een adequate regeling is waarin de noodzaak van inbreuken op het beroepsverschoningsrecht altijd en inhoudelijk adequaat kan worden getoetst. Zou het model van de genoemde wet van 19 november 2014, *Stb.* 2014, 445 (R-C bevriest, op beklag van de verschoningsgerechtigde beslist de raadkamer ex art. 552a Sv) dan niet moeten worden vervangen door dat van de Wet forensische zorg: voordat gegevens in de strafzaak kunnen worden gevoegd moet een rechterlijk college dat toestaan en bij die beslissing zijn beroepsgenoten betrokken? Tot slot zou ook het zgn. 'afgeleid' verschoningsrecht wettelijk moeten worden geregeld, al is het maar om de IGZ en anderen duidelijk te maken dat deze notie impliceert dat zij tot taak hebben het oorspronkelijk verschoningsrecht van de arts te handhaven op gegevens die daaronder vallen en in hun beheer zijn, in plaats van te menen dat het verschoningsrecht als het ware op hen is overgegaan, zodat zij, buiten de oorspronkelijke verschoningsgerechtigde om, over die gegevens, ook in overdracht aan derden als het OM, zouden kunnen beschikken. Het lijkt aangewezen het kennelijk tot misverstanden aanleiding gevend begrip 'afgeleid verschoningsrecht' (hetgeen inderdaad duidt op een recht bij degene die dat afleidt van de oorspronkelijke verschoningsgerechtigde) te vervangen door 'doorwerkend verschoningsrecht', een term die uitgaat van de oorspronkelijk gerechtigde.

In het preadvies uit 2007³⁶ is de gedachte opgeworpen of niet ook vanuit de betrokken beroepsgroepen en hun vertegenwoordigers, zoals de KNMG, het voortouw zou moeten worden genomen om eigen concepten en concrete wetsvoorstellen op te stellen en in de discussie in te brengen. Gegeven het momentum, met name het feit dat het beroepsverschoningsrecht binnen de operatie Modernisering strafvordering wordt herijkt (en hopelijk verrijkt), lijkt het me aangewezen die gedachte hier te herhalen.

VI. Afsluiting

We kunnen eindigen waar we begonnen: het strafrecht kan geen waarborg voor de kwaliteit van zorg zijn, en is dat tegelijk en ten dele wel. Waar het om gaat is het zoeken naar de

35 Zie daarover *Handboek Gezondheidsrecht* (zie noot 27), p. 146.

36 P.A.M. Mevis, 'Gezondheidsrecht en strafrecht; ontwikkelingen in een niet altijd even gemakkelijke relatie', in: *Gezondheidsrecht: betekenis en positie*, preadvies voor de Vereniging voor Gezondheidsrecht, Den Haag, Sdu 2007, p.168.

Prof. mr. P.A.M. Mevis

balans, een proces dat ook door de tijdgeest wordt beïnvloed. De discussie kan alleen maar gevoerd worden als aan een aantal voorwaarden is voldaan. De eerste is een goede kennis van hetgeen het strafrecht wel en niet vermag. De tweede is, zeker in een tijd van verandering, een goede discussie en een goede samenwerking waarin de verschillende belangen tijdig en adequaat in de ontwikkelingen in de rechtsvorming (kunnen) worden ingebracht. Gemakkelijke of eenduidige antwoorden zijn daarbij niet gegarandeerd. Maar zo'n aanpak helpt wel tegen 'rechtsvorming' op grond van incidenten.