



Universiteit
Leiden
The Netherlands

Euthenasie en de strafwet: een pleidooi voor een andere wettelijke regeling

Knigge, G.; Altena, J.; Cnossen, J.; Crijns, J.; Schuyt, P.; Voorde, J. ten

Citation

Knigge, G. (2021). Euthenasie en de strafwet: een pleidooi voor een andere wettelijke regeling. In J. Altena, J. Cnossen, J. Crijns, P. Schuyt, & J. ten Voorde (Eds.), *In onderlinge samenhang: Liber Amicorum Tineke Cleiren* (pp. 337-348). Retrieved from <https://hdl.handle.net/1887/3464099>

Version: Publisher's Version

License: [Leiden University Non-exclusive license](#)

Downloaded from: <https://hdl.handle.net/1887/3464099>

Note: To cite this publication please use the final published version (if applicable).

EUTHANASIE EN DE STRAFWET: EEN PLEIDOOI VOOR EEN ANDERE WETTELIJKE REGELING^{*}

Geert Knigge

1 INLEIDING

Op 21 april 2020 oordeelde de Hoge Raad in het belang der wet over de vraag of een arts op basis van een vooraf gedaan schriftelijk euthanasieverzoek het leven van een patiënt mag beëindigen die vanwege voortgeschreden dementie op dat moment niet meer in staat is haar wil daaromtrent te bepalen.¹ Het arrest zal Tineke, die naar ik aanneem de pen bij haar emeritaat niet onmiddellijk zal neerleggen, ongetwijfeld aanleiding geven om haar commentaar op artikel 293 Sr in Tekst & Commentaar Strafrecht aan te passen. Het karakter van een dergelijk commentaar brengt mee dat de schrijver is gebonden aan het geldende recht zoals dat zich op basis van de bestaande wettelijke regeling heeft ontwikkeld. Die beperking geldt voor mij niet. Het arrest van de Hoge Raad vormt voor mij aanleiding om de wettelijke regeling ter discussie te stellen. Het is daarbij niet zo dat ik meen dat die regeling heeft geleid tot een onaanvaardbare uitkomst. De vraag die ik wil bespreken, is niet of het door de Hoge Raad gegeven antwoord op de gestelde fundamentele vraag acceptabel is, maar veeleer of de bestaande regeling een geschikt kader biedt om een dergelijke fundamentele vraag te beantwoorden. Mijn centrale stelling is dat dit niet het geval is. Ik zal daarom een voorstel doen tot verandering van die regeling.

Het vraagstuk dat ik behandel, is dus niet één van rechtsvinding, maar van wetgeving. Ik hoop Tineke, die enkele jaren als directeur-generaal op het Ministerie van Justitie verantwoordelijk is geweest voor de kwaliteit van de wetgeving, daarmee een plezier te doen.

* De tekst van deze bijdrage is afgesloten op 24 augustus 2020.

1 HR 21 april 2020, ECLI:NL:HR:2020:712. Het arrest werd gewezen op vordering van procureur-generaal Silvis (ECLI:NL:PHR:2019:1338).

2 MISKENNING VAN DE 'TYPIZITÄT' VAN HET HANDELEN

Voor alle duidelijkheid geef ik eerst kort de bestaande wettelijke regeling weer.² Artikel 293 Sr stelt opzettelijke levensbeëindiging strafbaar van een ander 'op diens uitdrukkelijk en ernstig verlangen'. Het gaat hier om een geprivilegieerd delict ten opzichte van de delicten doodslag en moord (artikel 287 en 289 Sr). Het gaat anders gezegd om doodslag of moord gepleegd onder de verzachtende omstandigheid dat het slachtoffer de levensbeëindiging wenste. Het tweede lid van artikel 293 Sr voorziet in een strafuitsluitingsgrond voor de arts die euthanasie pleegt. De arts kan op die strafuitsluitingsgrond alleen met succes een beroep doen als voldaan is aan de zorgvuldigheidseisen die zijn neergelegd in de Wet toetsing levensbeëindiging op verzoek en hulp bij zelfdoding (hierna: Wtl).

Deze wettelijke regeling is om meer dan één reden ongelukkig. Ik noem er twee. De eerste reden is dat die regeling dwingt tot de conclusie dat de arts zich in gevallen waarin niet aan alle wettelijke (zorgvuldigheids)eisen is voldaan, schuldig maakt aan, zo niet moord, dan toch in elk geval levensbeëindiging op verzoek (artikel 293 Sr). De strafrechtelijke kwalificatie van het handelen van de arts staat daarmee in geen verhouding tot het verwijt dat de arts kan worden gemaakt. De arts die onzorgvuldigheid kan worden verweten bij de levensbeëindiging van een patiënt, verdient het niet om als moordenaar gebrandmerkt te worden. Het stigma van een veroordeling op grond van artikel 293 Sr is minder groot, maar desalniettemin misplaatst. Het gaat tenslotte om een misdrijf waarop een maximale gevangenisstraf van twaalf jaar is gesteld.³

Deze stand van zaken is het gevolg van het feit dat de exceptie die de arts straffeloosheid brengt, is gekoppeld aan artikel 293 Sr. Dat betekent dat er alleen sprake kan zijn van straffeloosheid als aan de delictsomschrijving van artikel 293 Sr is voldaan. Een noodzakelijke voorwaarde voor niet-strafbaarheid is daardoor dat de arts handelde op 'uitdrukkelijk en ernstig verlangen' van de patiënt. Als daarvan geen sprake is, maakt de arts zich strafrechtelijk gezien schuldig aan moord. Het minder zware delict doodslag komt niet in aanmerking omdat de voorbedachte raad, die in de wettelijke regeling fungeert als strafverzwarringsgrond, een voorwaarde is die besloten ligt in de zorgvuldigheidseisen die de Wtl stelt. Als de arts het leven van zijn patiënt in een opwelling beëindigt, en dus niet na kalm beraad en rustig overleg, is een veroordeling wegens doodslag niet misplaatst. Als wél sprake is van een uitdrukkelijk en ernstig verlangen, maar niet geheel voldaan is aan

2 Ik concentreer mij in het navolgende op art. 293 Sr. De strekking van het betoog raakt ook art. 294 Sr, dat hulp bij zelfdoding strafbaar stelt.

3 Op de discrepantie tussen de strafrechtelijke kwalificatie en de Typizität van het handelen van de arts wees P-G Silvis in de punten 7.5 e.v. van zijn vordering die voorafging aan het arrest van de Hoge Raad. Zie in iets ander verband over de Typizität van het handelen ook V.E. van de Wetering, P.A.M. Mevis en A. van der Heide, 'De grens tussen strafbare euthanasie en medische palliatieve sedatie; over de 'Typizität' van levensbeëindigend handelen', *RM Themis* 2019, p. 243 e.v.

alle zorgvuldigheidseisen, brengt de wettelijke regeling mee dat de arts veroordeeld moet worden wegens het misdrijf van artikel 293 Sr.

In de strafzaak die leidde tot het bovengenoemde arrest van de Hoge Raad had het Openbaar Ministerie zich op het standpunt gesteld dat het begrip ‘uitdrukkelijk en ernstig verlangen’ in artikel 293 Sr en het begrip ‘vrijwillig en weloverwogen verzoek’ – dat onderdeel vormt van zorgvuldigheidseis genoemd in artikel 2 lid 1 onder a Wtl – identiek zijn en dus samenvallen. Die opvatting brengt mee dat, als niet aan de bedoelde zorgvuldigheidsnorm is voldaan, ook artikel 293 Sr niet van toepassing is, zodat een veroordeling wegens moord moet volgen. Het Openbaar Ministerie had misschien een nog verdergaand standpunt kunnen innemen. Verdedigd kan namelijk worden dat het uitdrukkelijke en ernstige verlangen van artikel 293 Sr er moet zijn op het moment waarop tot levensbeëindiging wordt overgegaan. Daaraan doet – zo zou betoogd kunnen worden – niet af dat op grond van artikel 2 lid 2 Wtl moet worden aangenomen dat een voorafgaande schriftelijke wilsverklaring gelijkgesteld kan worden aan een vrijwillig en weloverwogen verzoek (of althans daarvoor in de plaats kan treden). Die gelijkstelling heeft wetstechnisch gezien immers geen betrekking op het bestanddeel ‘uitdrukkelijk en ernstig verlangen’ van artikel 293 lid 1 Sr. In deze benadering is dit bestanddeel dus niet identiek, maar strenger dan de eis van een vrijwillig en weloverwogen verzoek. De moeilijk te accepteren consequentie van deze benadering is dat levensbeëindiging van een op dat moment wilsonbekwame patiënt altijd strafbaar is wegens moord, ook in geval van een eerder opgestelde rechtsgeldige wilsverklaring. Op de exceptie van artikel 293 lid 2 kan immers pas een beroep worden gedaan als de delictomschrijving van artikel 293 lid 1 Sr is vervuld. En als dat niet het geval, valt het handelen onder artikel 289 Sr.

De Hoge Raad heeft in zijn arrest uitdrukkelijk afstand genomen van de opvatting van het Openbaar Ministerie. Hij oordeelde dat de rechtbank terecht tot uitgangspunt heeft genomen dat de bedoelde begrippen onderling verschillen en dat de rechtbank daaraan het oordeel kon verbinden ‘dat ook in gevallen waarin niet kan worden vastgesteld dat sprake is van een “vrijwillig en weloverwogen verzoek”, een eerder vastgelegde wilsverklaring de conclusie kan rechtvaardigen dat de arts desondanks handelde op het in artikel 293 lid 1 Sr bedoelde “uitdrukkelijk en ernstig verlangen” van de patiënt’.⁴ De Hoge Raad is dus van oordeel dat de laatstgenoemde eis minder streng is dan de eis die artikel 2 lid 1 onder a Wtl stelt. Als niet aan die zorgvuldigheidseis is voldaan, is een veroordeling wegens artikel 293 lid 1 Sr daarom niet zonder meer uitgesloten.

4 Zie r.o. 5.3.1 en 5.3.2. Zie ook hetgeen de Hoge Raad vooropstelde in r.o. 4.5.4: ‘de omstandigheid dat een arts wordt verweten dat hij niet heeft gehandeld in overeenstemming met de in artikel 2 lid 1, onder a, Wtl bedoelde zorgvuldigheidseis, [betekent] niet zonder meer (...) dat hij is overgegaan tot levensbeëindiging van de patiënt zonder een ‘uitdrukkelijk en ernstig verlangen’ van de patiënt’.

Het standpunt van de Hoge Raad lijkt te impliceren dat ook een onvrijwillig gedaan en niet weloverwogen verzoek aangemerkt kan worden als een uitdrukkelijk en ernstig verlangen dat degene die zich aan moord of doodslag schuldig maakt strafvermindering oplevert. Ik formuleer dat met opzet zo omdat artikel 293 lid 1 Sr niet alleen het oog heeft op – en oorspronkelijk zelfs in het geheel niet bedoeld was voor – gevallen waarin een arts tot levensbeëindiging van zijn patiënt overgaat. Buiten de medische sfeer komt een uitholling van het begrip ‘uitdrukkelijk en ernstig verlangen’ niet erg gelukkig voor.

Nu is het de vraag of de Hoge Raad die uitholling buiten de medische sfeer voor zijn rekening wil nemen. Hij haalde met kennelijke instemming het oordeel van de rechtbank aan ‘dat de wetgever in beginsel heeft beoogd dat levensbeëindiging door een arts op basis van een wilsverklaring valt binnen de delictsomschrijving van artikel 293 lid 1 Sr’.⁵ Zijn daaropvolgende overwegingen zijn geheel toegespitst op de arts die wordt verweten in strijd te hebben gehandeld met de zorgvuldigheidsnorm van artikel 2 lid 1 sub a Wtl. Het meest aannemelijk lijkt mij daarom dat de Hoge Raad – om recht te doen aan wat de wetgever ‘heeft beoogd’ – een uitleg aan artikel 293 lid 1 Sr heeft gegeven die alleen betrekking heeft op handelen in de medische sfeer. Dat zou betekenen dat het begrip ‘uitdrukkelijk en ernstig verlangen’ door de Hoge Raad verschillend wordt uitgelegd al naar gelang de verdachte een arts is of niet. Dat is dan een noodsprong, waarvoor men – hoe raar de sprong ook is – toch begrip kan hebben. Zij biedt de mogelijkheid om buiten de medische sfeer vast te blijven houden aan een restrictieve invulling van het begrip ‘uitdrukkelijk en ernstig verlangen’, terwijl tegelijk recht gedaan kan worden aan de bedoeling die de wetgever met artikel 2 lid 2 Wtl had.

Maar wat hiervan verder ook zij, waarom het mij hier vooral gaat, is dat de nood die de Hoge Raad tot zijn rare sprong dwong, voortkomt uit de wijze waarop de wetgever de materie heeft geregeld. De koppeling van een bijzondere strafuitsluitingsgrond voor de arts die het leven van zijn patiënt beëindigt aan het misdrijf van artikel 293 Sr is niet goed doordacht. Die koppeling maakt een gewrongen uitleg van het artikel noodzakelijk, een uitleg die de vraag oproept wat van het bestanddeel ‘uitdrukkelijk en ernstig verlangen’ overblijft in gevallen waarin het een arts is die terecht staat.⁶ Men zou kunnen zeggen dat door de specifieke invulling die in dat geval aan de delictsomschrijving wordt gegeven, de koppeling met het misdrijf in feite wordt losgelaten.

5 De kennelijke instemming blijkt uit het woordje ‘aldus’ in de daaropvolgende rechtsoverweging: ‘de rechtbank heeft aldus terecht (enz.)’.

6 Onduidelijk is hoe ruim de Hoge Raad het bestanddeel in een dergelijk geval uitlegt. Als bijvoorbeeld de inhoud van de schriftelijke wilsverklaring zich beperkt tot fysiek lijden dat het gevolg is van een aandoening die los staat van de dementie, en de arts tot levensbeëindiging overgaat zonder dat sprake is van dergelijk fysiek lijden, is dan, hoewel de arts niet gehandeld heeft op basis van een vrijwillig en weloverwogen verzoek, nog wel sprake van een uitdrukkelijk en ernstig verlangen?

In dit verband verdient ook aandacht dat de overwegingen van de Hoge Raad slecht passen bij het beslissingsschema dat in de wettelijke regeling besloten ligt. Volgens dat beslissingsschema moet eerst bewezen worden dat de arts heeft gehandeld op basis van een 'uitdrukkelijk en ernstig verlangen'. Pas als dat het geval is, komen de zorgvuldigheidseisen van de Wtl in beeld. De Hoge Raad lijkt de volgorde om te draaien. Hij bespreekt immers de vraag welke conclusies met betrekking tot artikel 293 lid 1 Sr kunnen worden getrokken als niet aan de zorgvuldigheidseis van artikel 2 lid 1 sub a Wtl is voldaan. Tekenend daarbij is dat hij het heeft over de arts die 'wordt verweten dat hij niet heeft gehandeld in overeenstemming met de in artikel 2 lid 1, onder a, Wtl bedoelde zorgvuldigheidseis'.⁷ Dat is niet het verwijt dat de arts in de tenlastelegging wordt gemaakt. Dat verwijt is dat hij zich schuldig heeft gemaakt aan het misdrijf van artikel 293 lid 1 Sr. Iets anders is dat het beter zou zijn als het niet voldoen aan de zorgvuldigheidsvereisten wél wordt vormgegeven als een zelfstandig strafbaar feit waarvoor de arts in voorkomende gevallen kan worden vervolgd.

3 DE REGELING IS BEPERKT

Er is als gezegd nog een tweede reden waarom de wettelijke regeling ongelukkig is. Die reden is dat de regeling alleen voorziet in straffeloosheid in gevallen waarin sprake is van zowel een uitdrukkelijk en ernstig verlangen als een vrijwillig en weloverwogen verzoek. Volgens de Hoge Raad komt uit de wetgeschiedenis naar voren dat 'de grond voor deze niet-strafbare levensbeëindiging in essentie [wordt] gevonden in het uitdrukkelijk verzoek daartoe van de patiënt'.⁸ Of daarin gelezen moet worden dat de grondslag voor de straffeloosheid van euthanasie naar Nederlands recht is gelegen in een aan de burger toegedacht zelfbeschikkingsrecht en zo ja, of dat een conclusie is die voor juist kan worden gehouden, is een vraag die ik hier laat rusten. Feit is dat de wettelijke regeling het beëindigen van het leven van een patiënt alleen straffeloos laat als dat gebeurt op basis van een verzoek. Zonder verzoek geen straffeloosheid. En, in het verlengde daarvan: zonder wilsbekwaamheid geen straffeloosheid.

De vraag is of de grens van de niet-strafbaarheid daarmee niet te eng is getrokken. Er zijn gevallen waarin patiënten ondraaglijk en uitzichtloos lijden, maar waarin geen sprake kan zijn van een verzoek dat als grondslag kan dienen voor levensbeëindigend handelen. Ik noem in de eerste plaats gevallen waarin de jeugdige leeftijd aan het doen van een rechtsgeldig verzoek in de weg staat. Daarbij kan in het bijzonder gedacht worden aan gevallen

7 Zie r.o. 4.5.4, weergegeven in noot 4.

8 Zie het eerdergenoemde arrest, r.o. 4.2.1.

die zich soms op de neonatologie voordoen, gevallen waarin pasgeborenen die ten dode zijn opgeschreven onmiskenbaar ondraaglijk lijden, maar waarin uiteraard van een verzoek om levensbeëindiging geen sprake is. De praktijk redde zich aanvankelijk met het zogenaamde Gronings Protocol, dat voorziet in levensbeëindiging van kinderen tot één jaar.⁹ Sinds 2016 zijn de zorgvuldigheidseisen neergelegd in artikel 7 van de Regeling beoordelingscommissie late zwangerschapsafbreking en levensbeëindiging bij pasgeborenen (Staatscourant 2016/3145).¹⁰ Deze regeling voorziet in een beoordelingscommissie waaraan gevallen van actieve levensbeëindiging dienen te worden gemeld. Het College van procureurs-generaal betreft het oordeel van de commissie bij zijn beslissing om al dan niet tot vervolging over te gaan. Het College stelt zich daarbij op het standpunt dat, als de zorgvuldigheidseisen in acht zijn genomen, een beroep op overmacht-noodtoestand (artikel 40 Sr) de strafbaarheid van het handelen kan wegnemen.¹¹

Voor kinderen van twaalf jaar en ouder kent de Wtl een regeling. Vanaf zestien jaar kan de minderjarige in beginsel zelf een rechtsgeldig verzoek om levensbeëindiging doen (zie artikel 2 lid 3 Wtl). Voor minderjarigen tussen de twaalf en zestien jaar geldt dat de arts aan hun verzoek tot levensbeëindiging gevolg kan geven als zij tot een redelijke waardering van hun belangen ter zake in staat kunnen worden geacht en hun ouders of voogd zich met hun verzoek kunnen verenigen (artikel 2 lid 4 Wtl).

Kinderen die ouder zijn dan één jaar, maar jonger dan twaalf jaar, vallen dus tussen de wal en het schip.¹² De genoemde ministeriële regeling is niet van toepassing en de Wtl kent voor hen geen voorziening. Dat is onbevredigend. Er wordt, ook door kinderartsen, voor gepleit om levensbeëindiging voor kinderen van deze leeftijdscategorie eveneens mogelijk te maken.¹³ De discussie gaat daarbij over de vraag of bij deze jonge kinderen niet toch een vorm van wilsbekwaamheid kan worden aangenomen,¹⁴ dan wel of de werking

9 Het protocol werd in 2004 opgesteld naar aanleiding van een baby die in het Academisch Ziekenhuis Groningen (tegenwoordig UMCG) werd opgenomen met Epidermolysis Bullosa (blarenziekte). Zie voor de in 2014 geactualiseerde versie van dit protocol <https://expertisecentrum euthanasie.nl/app/uploads/2019/09/Het-Gronings-protocol.pdf>.

10 Deze ministeriële regeling (van de toenmalige Ministers van Veiligheid en Justitie en van Volksgezondheid, Welzijn en Sport) verving een eerdere regeling uit 2007 (*Stcrt.* 2007, 51), waarin geen zorgvuldigheidseisen waren opgenomen. De toelichting verwees daarvoor naar het Gronings Protocol.

11 Zie de Aanwijzing vervolgingsbeslissing inzake late zwangerschapsafbreking en levensbeëindiging bij pasgeborenen (2017A003), *Stcrt.* 2017, 69445.

12 Hetzelfde geldt voor kinderen tussen de twaalf en zestien jaar oud die niet tot een redelijke waardering van hun belangen ter zake in staat kunnen worden geacht. Zij kunnen, hoe uitzichtloos en ondraaglijk hun lijden ook moge zijn, geen rechtsgeldig verzoek doen, zodat hun ouders of voogd zich daarbij ook niet kunnen aansluiten.

13 Zie o.m. het onderzoeksrapport Medische beslissingen rond het levenseinde bij kinderen, dat bij brief van 28 september 2019 door de Minister van Volksgezondheid, Welzijn en Sport aan de Tweede Kamer werd aangeboden (*Kamerstukken II* 2019/20, 32647 nr. 76).

14 In die zin bijvoorbeeld T. Liefwaard, Levensbeëindiging kinderen 1-12 jaar, *Tijdschrift voor Familie- en Jeugdrecht*, 2015/47(10).

van de ministeriële regeling (die voorziet in levensbeëindiging van wilsonbekwamen) moet worden uitgebreid, zodat daaronder niet alleen pasgeborenen vallen.

Ik noem in de tweede plaats gevallen waarin volwassenen door bijvoorbeeld ver voortgeschreden dementie niet meer wilsbekwaam kunnen worden geacht. Volgens de Hoge Raad kan in dat stadium van de ziekte van een rechtsgeldige intrekking van een eerdere euthanasieverklaring geen sprake meer zijn.¹⁵ De keerzijde van die medaille is dat in dat stadium, als is ‘nagelaten’ om tijdig een euthanasieverklaring op te stellen, niet alsnog een rechtsgeldig verzoek om levensbeëindiging kan worden gedaan. Wat dan als wens wordt geuit, kan door het ontbreken van wilsbekwaamheid niet als een dergelijk verzoek gelden. Ook niet als sprake is van ernstig en ondraaglijk lijden dat wordt veroorzaakt door een fysieke aandoening die met de dementie niets te maken heeft. Dood door verstikking, zoals het geval kan zijn bij bijvoorbeeld de spierziekte ALS, mag de patiënt in dat geval dus niet bespaard worden. Uiteraard kan verschillend gedacht worden over de toelaatbaarheid van actieve levensbeëindiging in een dergelijk geval, maar als levensbeëindiging van pasgeborenen onder omstandigheden geoorloofd wordt geacht, kan het feit dat een uitdrukkelijk verzoek ontbreekt niet zonder meer een beslissend argument daartegen opleveren. Juist is dat de bestaande wettelijke regeling niet voorziet in levensbeëindiging zonder verzoek, maar het ongelukkige is dat die regeling, opgehangen als zij is aan het misdrijf van artikel 293 Sr, daarin ook niet kan voorzien. Haar bereik is op voorhand ingeperkt tot gevallen waarin tenminste sprake is van een uitdrukkelijk en ernstig verlangen.

4 ARTIKEL 40 SR ALS UITWEG

Dat de wettelijke regeling een beperkt bereik heeft, wil niet zeggen dat levensbeëindiging van patiënten die niet of onvoldoende in staat zijn hun wil daaromtrent kenbaar te maken, in alle gevallen ontoelaatbaar is. Naast de bijzondere strafuitsluitingsgrond van artikel 293 lid 2 Sr staat de algemene strafuitsluitingsgrond overmacht-noodtoestand van artikel 40 Sr. Zoals hiervoor reeds bleek, is het College van procureurs-generaal van oordeel dat de levensbeëindiging van pasgeborenen onder omstandigheden op grond van dit artikel gerechtvaardigd kan zijn. Daarvoor valt veel te zeggen. De op artikel 293 lid 2 Sr gebaseerde regeling is niet uitputtend. Zo staat het feit dat zij alleen voorziet in straffeloosheid voor artsen, er niet aan in de weg dat een gewone burger die heeft gehandeld in strijd met artikel 293 Sr, zich op overmacht kan beroepen. Een dergelijk beroep kan volgens de Hoge Raad in ‘uitzonderlijke gevallen’ worden aanvaard.¹⁶ En juist omdat de bijzondere strafuit-

¹⁵ Zie r.o. 4.5.3.

¹⁶ HR 14 maart 2017, ECLI:NL:HR:2017:418 en HR 16 april 2019, ECLI:NL:HR:2019:598.

sluitingsgrond van artikel 293 lid 2 Sr alleen voorziet in straffeloosheid als artikel 293 Sr is overtreden, staat die exceptie niet in de weg aan een beroep op overmacht, gedaan door een arts die wordt vervolgd wegens overtreding van artikel 289 Sr.

Ik roep in herinnering dat, voordat de bestaande regeling in werking trad, de niet-strafbaarheid van euthanasie door de Hoge Raad werd gebaseerd op artikel 40 Sr. De redenering die de Hoge Raad daarbij volgde, was dat de arts van een patiënt die ondraaglijk en uitzichtloos leed, zich geplaatst zag voor een conflict van plichten: enerzijds de plicht om een ander niet van het leven te beroven, en anderzijds de plicht om zijn patiënt dat ondraaglijke en uitzichtloze lijden te besparen. Die laatste plicht mocht de arts onder omstandigheden zwaarder laten wegen.¹⁷ In die redenering lijkt de grond voor niet-strafbaarheid niet gezocht te moeten worden in het verzoek van de patiënt, maar in diens lijden. De levensbeëindiging is anders gezegd niet de verwerkelijking van een zelfbeschikkingsrecht, maar een daad van barmhartigheid. De wens van de patiënt is daarbij uiteraard niet irrelevant. Levensbeëindiging tegen de wil van de betrokkene heeft met barmhartigheid niets te maken. Maar als de grond voor straffeloosheid in de barmhartigheid wordt gezocht, is niet uitgesloten dat de plicht om de patiënt ondraaglijk lijden te besparen in uitzonderlijke gevallen levensbeëindiging kan rechtvaardigen zonder dat sprake is van een rechtsgeldig verzoek daartoe.

Om dat te verduidelijken het volgende. Zoals gezegd kan iemand die geen arts is zich ingeval van overtreding van artikel 293 Sr in uitzonderlijke gevallen op overmacht beroepen. Het klassieke voorbeeld van een dergelijk uitzonderlijk geval is naar het mij voorkomt *mercy killing* op het slagveld. Een soldaat geeft zijn strijdmakker, die zwaargewond is geraakt, het uitgilt van de pijn en het niet zal overleven, het genadeschot onder omstandigheden waarin enige vorm van medische verzorging uitgesloten is. De situatie kan daarbij zo zijn dat het ridicul is om te eisen dat de zorgvuldigheidsnormen van artikel 2 lid 1 Wtl op overeenkomstige wijze zijn nageleefd. Voor *informed consent* kan eenvoudig geen gelegenheid zijn geweest. Zelfs kan het zijn dat de hersenen van het slachtoffer zo ernstig zijn beschadigd dat rechtsgeldige wilsvorming is uitgesloten. Dat staat naar mijn mening dan niet aan de aanvaarding van een beroep op overmacht in de weg.

Op overeenkomstige wijze kan het beëindigen van het leven van pasgeborenen door een arts gerechtvaardigd worden geacht als sprake is van uitzichtloos en ondraaglijk lijden dat niet op andere wijze kan worden verholpen. Duidelijk moge ook zijn dat artikel 40 Sr een kader biedt voor de beantwoording van de vraag of levensbeëindiging van bijvoorbeeld dementerende bejaarden die geen schriftelijke wilsverklaring hebben opgemaakt en die door een fysieke aandoening uitzichtloos en ondraaglijk lijden onder omstandigheden geoorloofd is. Wellicht kan hier gewerkt worden met het concept van de veronderstelde

17 Zo voor het eerst HR 27 november 1984, NJ 1985/106 m.nt. ThWvV.

instemming. Het lijden kan zo ernstig zijn dat de patiënt, behoudens contra-indicaties, geacht kan worden daaruit verlost te willen worden. Zo'n contra-indicatie zou bijvoorbeeld een bepaalde geloofsovertuiging kunnen zijn die euthanasie onder elke omstandigheid verbiedt.

5 ANDERE REGELING

In het voorgaande is uiteengezet waarom de bestaande regeling ongelukkig is. Het eerste bezwaar is dat de arts die zich niet aan alle zorgvuldigheidseisen heeft gehouden een juridische (dis)kwalificatie ten deel valt die in geen verhouding staat tot het verwijt dat hem gemaakt kan worden. Het tweede bezwaar is dat de regeling niet voorziet in gevallen waarin van een rechtsgeldig verzoek geen sprake kan zijn. Weliswaar kan de arts in die gevallen een beroep op overmacht-noodstand doen, maar of en zo ja onder welke omstandigheden een dergelijk beroep zal worden gehonoreerd, is onzeker. Noch in wettelijke zorgvuldigheidsnormen die de arts houvast kunnen bieden, noch in een beoordeling door een toetsingscommissie die tot nadere normering kan leiden, is voorzien (de ministeriële regeling voor pasgeborenen even daargelaten). Bovendien wordt de arts wiens beroep op overmacht wordt verworpen, strafrechtelijk gekwalificeerd als moordenaar. Dat is weer een kwalificatie die in geen verhouding staat tot de ernst van het te maken verwijt.

De vraag is of het anders kan. Ik meen van wel. Het probleem van de misplaatste kwalificatie kan eenvoudig worden verholpen door in het Wetboek van Strafrecht te bepalen dat de artikelen 287, 289, 293 en 294 niet van toepassing zijn ten aanzien van een arts die handelt in het kader van zijn beroepsuitoefening. Dat lijkt een beetje op de wel bepleite medische exceptie.¹⁸ Het verschil is echter dat het niet gaat om een strafuitsluitingsgrond, maar om een kwalificatie-uitsluitingsgrond. Het gevolg daarvan is enkel dat de levensbeëindiging niet gekwalificeerd kan worden als één van de in de genoemde artikelen omschreven misdrijven. Dat de levensbeëindiging geoorloofd is, is daarmee niet gezegd. Ook volgt daaruit niet zonder meer dat de levensbeëindiging niet strafbaar is. Er kan namelijk voorzien worden in een aparte strafbaarstelling. Daarover het volgende.

De consequentie van de opneming van de bedoelde kwalificatie-uitsluitingsgrond is dat artikel 293 lid 2 Sr moet vervallen. Als de strafbaarstelling waarin artikel 293 Sr voorziet niet van toepassing is op de arts die handelt in het kader van zijn beroepsuitoefening, komt de op die beroepsuitoefening toegesneden exceptie immers in de lucht te hangen. De vraag

18 Zie J.M. ten Voorde, in: *Tekst & Commentaar Strafrecht*, Deventer: Kluwer 2018, Inleidende opmerkingen bij Titel III, Boek I, aant. 12.

is wat voor het artikellid – en voor de zorgvuldigheidseisen die aan dat artikellid zijn opgehangen – in de plaats moet komen. Ik zie tenminste drie opties.

De eerste is dat met de bedoelde kwalificatie-uitsluitingsgrond wordt volstaan en dat dus geen aparte strafbaarstelling – in het Wetboek van Strafrecht of elders – wordt gecreëerd voor artsen die in strijd hebben gehandeld met de zorgvuldigheidseisen. De consequentie daarvan is dat met tuchtrechtelijke handhaving wordt volstaan. Er is daarbij wel behoefte aan een ‘Wet toetsing levensbeëindiging in het kader van de medische beroepsuitoefening’ die voorziet in de instelling van regionale toetsingscommissies en waarin ook zorgvuldigheidseisen kunnen worden opgenomen. Die wet is daarbij ruimer van opzet dan de huidige Wtl. Zij heeft ook betrekking op levensbeëindiging zonder dat sprake is van een verzoek. Dit maakt dat de ministeriële regeling voor levensbeëindiging van pasgeborenen kan komen te vervallen.

De tweede en derde optie verschillen in zoverre van de eerste dat nog wel een aanvullende rol is weggelegd voor het strafrecht. In de tweede optie wordt niet-naleving van de in de nieuwe (verruimde) Wtl neergelegde zorgvuldigheidseisen strafbaar gesteld, niet als misdrijf, maar als overtreding. Die overtreding zou een plaats kunnen krijgen in het Wetboek van Strafrecht, maar ook opgenomen kunnen worden in de Wtl nieuwe stijl. In de derde optie leidt niet elke veronachtzaming van de zorgvuldigheidseisen tot strafbaarheid. Alleen ernstige vormen van onzorgvuldig handelen worden strafbaar gesteld. Dat zou dan, vanwege de ernst van de onzorgvuldigheid, kunnen in de vorm van een in het Wetboek van Strafrecht op te nemen misdrijf.¹⁹ Over de precieze delictomschrijving wil hier niet het laatste woord zijn gezegd, maar om de gedachten te bepalen, geef ik de volgende voorzet.

‘De arts die in het kader van zijn beroepsuitoefening opzettelijk het leven van een ander beëindigt en daarbij ernstig tekortschiet in de zorgvuldigheid die van hem wordt geëist, wordt gestraft met [enz.]’

Ik heb niet zonder reden gekozen voor de formulering ernstig tekortschieten in de vereiste *zorgvuldigheid* en niet voor (bijvoorbeeld) grove veronachtzaming van de *wettelijke zorgvuldigheidseisen*. Die keuze heeft als voordeel dat de bedoelde zorgvuldigheidseisen weliswaar richtinggevend zijn bij de beoordeling van de vraag of ernstig onzorgvuldig is gehandeld, maar dat die beoordeling tegelijk niet geheel afhankelijk is van de inhoud van de zorgvuldigheidseisen. Dat is in het bijzonder van belang op terreinen waarop de normvorming nog onvoldoende is uitgekristalliseerd om tot een sluitende set van zorgvul-

19 Daarbij kan gedacht worden aan Titel XIX (‘Misdrijven tegen het leven gericht’), maar misschien ook, omdat het misdrijf trekken heeft van een culpoos delict, aan Titel XXI (‘Veroorzaken van dood of lichamelijk letsel door schuld’). Overigens is strafbaarstelling in de Wtl ook een mogelijkheid.

digheidseisen te kunnen komen. Betekenis kan dan ook worden toegekend aan onder meer protocollen die binnen de beroepsgroep tot ontwikkeling zijn gekomen.

Met het voorgaande is niet méér beoogd dan inzichtelijk maken hoe een andere wettelijke regeling van levensbeëindiging in het kader van de medische beroepsuitoefening eruit zou kunnen zien. Daarvoor is een ruwe schets voldoende. Ik zie daarom hier van een nadere uitwerking af. Daarvoor is het ook nog te vroeg. Welke van de drie opties de voorkeur verdient, kan daarom in het midden blijven.

Wel veroorloof ik mij nog een opmerking over de door mij voorgestelde kwalificatie-uitsluitingsgrond. Het enkele feit dat het een arts is die een ander van het leven berooft, maakt nog niet dat gehandeld is in het kader van de medische beroepsuitoefening. Ook het enkele feit dat het een patiënt is die door de arts om het leven is gebracht, is onvoldoende om die conclusie te trekken. Niet ondenkbaar is immers dat de levensbeëindiging is ingegeven door motieven die niets met een verantwoorde patiëntenzorg te maken hebben. Het begrip handelen 'in het kader van de beroepsuitoefening' vereist dus nadere invulling, die denk ik aan de jurisprudentie kan worden overgelaten. In de meeste gevallen zal dat weinig problemen opleveren. Alleen bij zeer ernstig onprofessioneel handelen (er is bijvoorbeeld geen onafhankelijke arts geraadpleegd en de gemeentelijke lijkschouwer is niet ingelicht) kan de vraag rijzen of nog wel in het kader van de medische beroepsuitoefening is gehandeld.

Het antwoord op die vraag zou daarbij wel eens kunnen afhangen van de optie waarvoor wordt gekozen. Als het handelen in het kader van de medische beroepsuitoefening geheel uit het strafrecht wordt gehaald (de eerste optie), is er meer reden voor een strenge invulling van de kwalificatie-uitsluitingsgrond dan wanneer ernstig onzorgvuldig handelen als zelfstandig misdrijf wordt strafbaar gesteld (de derde optie). Dan immers is er in dit soort grensgevallen hoe dan ook plaats voor een strafrechtelijke reactie.

6 AFRONDING

De hier voorgestelde wettelijke regeling komt in al haar varianten tegemoet aan de bezwaren die de bestaande regeling aankleven. Een arts die in het kader van zijn beroepsuitoefening het leven van een patiënt beëindigt, wordt niet geconfronteerd met een strafrechtelijk verwijt dat in geen verhouding staat tot de fout die hij mogelijk heeft gemaakt. De regeling bestrijkt bovendien het hele terrein van levensbeëindiging in het kader van de medische beroepsuitoefening. Daardoor biedt die regeling een kader waarbinnen de discussie kan worden gevoerd over de vraag of en zo ja in hoeverre levensbeëindiging geoorloofd is van patiënten zonder dat sprake is van een rechtsgeldig verzoek. Wat de uitkomst van die discussie is, zal moeten worden afgewacht. Ik sluit echter niet uit dat zij ertoe leidt

dat de grond voor straffeloosheid minder eenzijdig dan thans het geval lijkt te zijn, wordt gezocht in het zelfbeschikkingsrecht en mede wordt gevonden in de plicht om de patiënt uitzichtloos en ondraaglijk lijden te besparen. En dat kan weer leiden tot een normering waarin het belang van juridische wilsbekwaamheid wordt gerelativeerd en waarin ruimte is om te werken met de veronderstelde instemming van de patiënt. Dat laatste is denkbaar in gevallen waarin het lijden naar objectief medisch inzicht uitzichtloos en ondraaglijk is. Dat is anders als de uitzichtloosheid en de ondraaglijkheid van het lijden sterk subjectief zijn bepaald. Dan zullen hoge eisen moeten worden gesteld aan de wilsbekwaamheid van de patiënt en aan de inhoud van een eventuele eerder afgelegde wilsverklaring. Een scherpe grens tussen beide type gevallen is daarbij moeilijk te trekken. Mogelijk kan ook hier gewerkt worden met het beeld van de communicerende vaten. Hoe groter de subjectieve component van het lijden, hoe hoger de eisen die aan een verzoek moeten worden gesteld. En omgekeerd, hoe groter het lijden objectief gezien is, hoe eerder instemming mag worden verondersteld.