vereniging voor gezondheidsrecht

De gezondheidszorg en het strafrecht

Preadvies uitgebracht
ten behoeve van de
jaarvergadering van de
Vereniging voor Gezondheidsrecht
op 14 april 1989

door Prof. mr. B. Sluyters
Mr. H.R.G. Feber

vereniging voor gezondheidsrecht

De gezondheidszorg en het strafrecht

Preadvies uitgebracht
ten behoeve van de
jaarvergadering van de
Vereniging voor Gezondheidsrecht
op 14 april 1989

door Prof. mr. B. Sluyters
Mr. H.R.G. Feber

VERENIGING VOOR GEZONDHEIDSRECHT

DE GEZONDHEIDSZORG EN HET STRAFRECHT

Preadvies voor de Vereniging voor Gezondheidsrecht

14 april 1989

Prof. mr. B. Sluyters

De delicten; bewijsproblemen

Mr. H.R.G. Feber

Het beleid van het openbaar ministerie
bij de behandeling van strafzaken met medische aspecten

Prof. mr. B. Sluyters

DE GEZONDHEIDSZORG EN HET STRAFRECHT

De delicten; bewijsproblemen

Preadvies voor de Vereniging voor Gezondheidsrecht

FEBRUARI 1989

1. INLEIDING 4

2. DELICTEN IN HET WETBOEK VAN STRAFRECHT 6

2.1. Valse geneeskundige verklaringen 6
2.2. Ontucht in het ziekenhuis 8
2.3. In de steek laten van hulpbehoevenden 9
2.4. Geheimhouding 12
2.5. Vrijheidsberoving 19
2.6. Dwang 22
2.7. Afbreking Zwangerschap 24
2.8. Dood of lichamelijk letsel door schuld 30
2.9. Onbevoegde uitoefening van de geneeskunst 41

3. DELICTEN IN BIJZONDERE WETTEN 52

3.1. Strafbepalingen in de Wet op de Economische Delicten 52
3.2. Strafbepalingen in de Gezondheidszorgwetten zelf 54

4. BEWIJS; DWANGMIDDELEN 56

4.1. De Terp; opsporingsbevoegdheid inspectie 56
4.2. Verschoningsrecht 58
4.3. Inbeslagneming 63
4.3.1. Algemeen 63
4.3.2. Toestemming 67
4.3.3. "Zeer uitzonderlijke omstandigheden" 70
4.3.4. FONA gegevens 75
4.3.5. Andere dwangmiddelen 76

5. SLOT 77

Verkort aangehaalde literatuur

Beets	:	H.M. Beets, Aesculaap in de greep van Themis, de strafrechtelijke afwikkeling van medische kunstfouten en de invloed van het medische tuchtrecht (1989);
De Brauw, red.	:	P.J.W. de Brauw e.a., Medisch Beroepsgeheim (1988);
HSR	:	D. Hazewinkel-Suringa en J. Remmelink, Inleiding tot de studie van het Nederlands strafrecht (1987);
Leenen	:	H.J.J. Leenen, Handboek gezondheidsrecht, rechten van mensen in de gezondheidszorg (1988);
Melai	:	A.L. Melai e.a., Het Wetboek van Strafvordering, losbladig;
Minkenhof	:	A. Minkenhof, De Nederlandse strafvordering (1981);
Smidt	:	H.J. Smidt, Geschiedenis van het Wetboek van Strafrecht (drie delen), (1881);
Vellinga-Schootstra	:	F. Vellinga-Schootstra, Inbeslagneming en huiszoeking (1982);
Verburg (1975)	:	J.J.I. Verburg, Het verschoningsrecht van getuigen in strafzaken (1975);
Verburg (1985)	:	J.J.I. Verburg, Het Beroepsgeheim (1985).

1. INLEIDING

Het gezondheidsrecht is, voor een deel, tevens strafrecht. Het strafrechtelijk gezondheidsrecht is de laatste jaren in betekenis sterk toegenomen. Dat is ten dele toe te schrijven aan de vloed van jurisprudentie, literatuur en wetsvoorstellen over euthanasie. Ook los daarvan is de betekenis van het strafrecht voor de gezondheidszorg gegroeid. Let bijvoorbeeld maar eens op de aantallen strafzaken die in de laatste jaren in het Tijdschrift voor Gezondheidsrecht zijn gepubliceerd, in vergelijking met de jaren daarvoor.

Tot dusver is geen van de jaarvergaderingen van de Vereniging voor Gezondheidsrecht gewijd geweest aan het strafrechtelijk gezondheidsrecht. Het is hoog tijd dat dat nu, in 1989, voor het eerst gebeurt, meende het bestuur van de Vereniging, terecht.

In dit preadvies wordt in de hoofdstukken 2 en 3 een overzicht gegeven van de delicten die voor de gezondheidszorg het meest relevant zijn. Niet elk delict is, natuurlijk, volledig behandeld. Geprobeerd is steeds de voor de gezondheidszorg bijzondere aspecten naar voren te halen en te bespreken. Opvallende afwezigen onder de delicten zijn euthanasie en hulp bij zelfdoding. De reden voor deze - naar ik meen niet strafbare - omissie zal duidelijk zijn: over die onderwerpen is de laatste jaren al voldoende geschreven (1). Verder wijdt mijn mede-preadviseur Feber aandacht aan euthanasie.

In hoofdstuk 4 worden enige strafprocessuele problemen behandeld, die voor de gezondheidszorg van betekenis zijn. Met name zal aan de orde komen de mogelijkheid tot inbeslagneming van medische gegevens.

---

(1) Er zijn andere delicten die voor de gezondheidszorg van belang zijn maar die ik toch oversla omdat ik ze van te weinig gewicht acht, o.m.: art. 161 quater, (het blootstellen van mensen dieren en planten of goederen aan ioniseerde stralen) art. 330 (het verkopen van geneesmiddelen wetende dat vreemde bestanddelen zijn bijgemengd).

Niet alle strafrechtelijke problemen die voor de gezondheidszorg van belang zijn komen in het preadvies van Feber en dat van mij aan bod omdat een keuze nodig was om de omvang van de preadviezen te beperken. Zo zou het nog interessant geweest kunnen zijn aan de verweren noodtoestand en medische exceptie die in medische zaken niet alleen in het kader van euthanasie een rol spelen maar ook elders (geheimhouding) een bijzondere beschouwing te wijden. Nu komt het onderwerp noodtoestand in mijn preadvies alleen incidenteel ter sprake.

Ook is geen aandacht besteed aan het vraagstuk welke strafrechtelijke constructie straffeloosheid moet verzekeren aan medici die in het kader van normaal, geoorloofd medisch handelen zo vaak opzettelijk pijn of letsel toebrengen aan hun patiënten (2).

In dit preadvies is enige aandacht besteed aan buitenlands recht. Mijn hartelijke dank aan Mr R.F. Van Kempen-Smits voor haar onderzoek naar buitenlandse literatuur.

Bijzonder kort geleden is te Utrecht gepromoveerd mevrouw H.M. Beets op een proefschrift over de strafrechtelijke afwikkeling van medische kunstfouten. Zij was zo vriendelijk de tekst vóór de publicatie ter inzage te geven, zodat wij daarmee rekening konden houden.

---

(2) Zie hierover in het bijzonder: H. de Doelder en A.C. 't Hart, Medicus en mishandeling, TvGR 1978, 57-68.

2. DELICTEN IN HET WETBOEK VAN STRAFRECHT

In dit hoofdstuk zal ik in het Wetboek van Strafrecht beschreven delicten bespreken die voor de gezondheidszorg in het bijzonder relevant zijn. In hoofdstuk 3 volgt een behandeling van in bijzondere wetten vermelde gezondheidszorgdelicten.

2.1. Valse geneeskundige verklaringen

In titel XII van het tweede boek van het Wetboek van Strafrecht (art. 225 e.v.) vindt men een aantal bepalingen over valsheid in geschriften. Art. 228 is gericht tot de geneeskundige die opzettelijk een valse schriftelijke verklaring afgeeft over eén overlijdensoorzaak of over een ziekte of een gebrek. Het delict wordt naar mijn mening veelvuldig gepleegd, niet door artsen die zichzelf willen bevoordelen, maar door artsen die hun patiënten willen helpen. Het wordt zelden vervolgd.

Dat de wetgever een aparte bepaling nodig heeft geacht illustreert in elk geval het grote belang dat geneeskundige verklaringen in het maatschappelijk verkeer innemen. Heeft echter art. 228 ook een sterke juridische betekenis naast het algemene valsheidsartikel, art. 225 Sr.?

Is art. 228 Sr. wellicht een lex specialis ten opzichte van een lex generalis vastgelegd in 225 Sr.? Als dat het geval zou zijn, zou dit een voordeel voor de geneeskundige opleveren. Een valse geneeskundige verklaring zou dan immers, overeenkomstig art. 55 tweede lid Sr. slechts, overeenkomstig de bijzondere bepaling, art. 228 Sr., gestraft kunnen worden met een gevangenisstraf van ten hoogste drie jaar en niet met een gevangenisstraf van ten hoogste zes jaar waarmee wordt gedreigd in de algemene bepaling, art. 225 Sr.

Zo ligt het niet. Art. 228 Sr. is niet een lex specialis ten opzichte van art. 225 Sr. omdat het artikel niet alle kenmerken van art. 225 Sr. bevat en daarnaast nog andere kenmerken. Art. 225 stelt strafbaar het vals opmaken of vervalsen van <u>bepaalde geschriften</u> met het <u>oogmerk</u> deze als echt te (doen) gebruiken, terwijl uit dat gebruik <u>enig nadeel</u> moet kunnen ontstaan. De onderstreepte kenmerken

vindt men in art. 228 niet terug. Dit betekent dat, al zijn de verschillen praktisch niet van groot belang (3), niet van logische specialiteit gesproken kan worden. Het zou bovendien vreemd zijn te veronderstellen dat de wetgever een ergerlijk geval van valsheid van een medische verklaring minder strafwaardig zou achten dan valsheid van een ander geschrift. Dit betekent dat ook van systematische specialiteit geen sprake is (4).

Art. 228 heeft ook betrekking op een valse overlijdensverklaring. Betekent dit dat art. 228 als lex generalis wordt uitgeschakeld in een geval dat ook gedekt wordt door art. 29p lid 2 van de Wet op de Lijkbezorging? Daar staat dat een verklaring van overlijden slechts mag worden afgegeven na persoonlijke schouwing van het lijk en op grond van de overtuiging dat de dood is ingetreden tengevolge van een natuurlijke oorzaak. Art. 42 van de Wet op de Lijkbezorging stelt op overtreding van art. 29p een heel wat lagere straf dan art. 228 Sr., namelijk hechtenis van ten hoogste zes maanden. Ook hier luidt het antwoord op de vraag negatief. Logische specialiteit ontbreekt (5).

Door het tweede lid van art. 228 Sr. wordt de maximale strafmaat aanmerkelijk verzwaard als de valse geneeskundige verklaring wordt afgegeven met het oogmerk iemand in een krankzinnigengesticht te doen opnemen of daar opgenomen te

---

(3) NLR, aantekening 4 op art. 228 Sr.

(4) Aldus F.C. Bakker, valsheid in geschrift (1985) 169: er is zonder twijfel geen logische specialiteit en voorts in ieder geval systematisch geen specialiteit. Zie voorts NLR, aantekening 4 op art. 225, met een verwijzing naar H.R. 24 juni 1952, N.J. 1952, 676. In dat arrest werd uitgemaakt dat art. 230 lid 2 Sr. ten opzichte van art. 225 lid 2 Sr. geen bijzonder strafbepaling is in de zin van art. 55 lid 2 Sr. om de eenvoudige reden dat in art. 230 lid 2 de mogelijkheid van nadeel niet als bestanddeel is opgenomen. Ik verwijs verder naar NLR, aantekeningen 10-13 op art. 55 Sr. en naar HSR 729-730.

(5) Aldus uitdrukkelijk Rechtbank Rotterdam TvGR 1985/44. In deze zaak (maar niet over het genoemde probleem) wees de Hoge Raad arrest op 8 maart 1988, NJ 1988, 812 nt. C. Zie over het onderwerp ook: Beets, 191-193.

houden (6). De maximum strafmaat wordt dan zeven jaar en zes maanden. In het derde lid van art. 228 Sr. wordt ook strafbaar verklaard degene die opzettelijk gebruik maakt van een valse geneeskundige verklaring (vergelijk art. 225 tweede lid Sr.).

Art. 228 Sr. richt zich tot de "geneeskundige". Daaronder valt natuurlijk de arts en tevens, naar aan te nemen valt, de tandarts en een op grond van de Wet Uitoefening Geneeskunst toegelaten buitenlands geneeskundige. Op andere beroepsbeoefenaren in de gezondheidszorg is het artikel niet van toepassing (7).

2.2. Ontucht in het ziekenhuis

Herhaaldelijk zijn tegen beroepsbeoefenaren in de gezondheidszorg tuchtmaatregelen genomen wegens sexuele handelingen met patiënten (8). Strafbaar zijn die handelingen in het algemeen niet. Wèl strafbaar is de arts, bestuurder of werknemer van een ziekenhuis die ontucht pleegt met een patiënt, indien die patiënt in dat ziekenhuis is opgenomen. Zie art. 249 lid 2 Sr. onder 2e (9). Voor die strafbaarheid is weer niet nodig dat de ontucht in het ziekenhuis werd gepleegd (10).

---

(6) Vergelijk de hierna in par. 2.5. besproken bepalingen van art. 282 Sr., het wetsontwerp B.O.P.Z. en de Krankzinnigenwet.

(7) Aldus, in overeenstemming met de Wet Uitoefening Geneeskunst, terecht, NLR, aantekening 4 op art. 228 Sr.

(8) Zie P.J.W. de Brauw en L.E. Kalkman-Bogerd, Rechtspraak medisch tuchtrecht 1976-1987 (1988), nrs. 46, 55, 148, 195, 222 en 238.

(9) Zie ook art. 251 lid 2 waaruit blijkt dat ontzetting uit het beroep als bijkomende straf kan worden opgelegd. De duur van de ontzetting is, in het algemeen, tenminste twee en ten hoogste vijf jaar. Zie art. 31 Sr.

(10) De bepaling is actueel geworden door de affaire van de Haagse gynaecoloog die terzake in 1987 door de strafrechter is veroordeeld (niet gepubliceerd) en aan wie ver-

(Vervolg Voetnoot)

2.3. In de steek laten van hulpbehoevenden

Het is een misdrijf om opzettelijk iemand tot wiens verpleging of verzorging men krachtens wet of overeenkomst verplicht is, in een hulpeloze toestand te brengen of te laten. Daarop staat een maximum gevangenisstraf van twee jaar. Zie art. 255 Wetboek van Strafrecht (11).

Het is een overtreding om, als men getuige is van het ogenblikkelijk levensgevaar van een ander, na te laten hulp te verlenen of te verschaffen, indien dit mogelijk is zonder gevaar voor zichzelf of voor anderen; de overtreding wordt echter alleen dan voltooid indien de dood van de hulpbehoevende volgt. Hierop staat een maximum gevangenisstraf drie maanden. Zie art. 450 Wetboek van Strafrecht (12).

Beide bepalingen zijn voor de gezondheidszorg duidelijk relevant, zij het dat zij zelden worden toegepast. Tuchtrechtelijk daarentegen zijn zaken over het nalaten een patiënt te bezoeken die om hulp heeft gevraagd aan de orde van de dag (13).

Art. 255 is niet van toepassing op elk geval waarin wordt afgezien van een behandeling. Het geldt alleen als door dat afzien de patiënt in een hulpeloze toestand geraakt, dat

---

(Vervolg Voetnoot)
volgens door het Medisch Tuchtcollege Den Haag een maatregel werd opgelegd op 10 februari 1988, M.C. 1988, pag. 1140.

(11) Zie voor strafverzwarende omstandigheden (zwaar lichamelijk letsel of dood) artt. 257 en 258 Sr.

(12) Het valt op dat B.L. Berkemeier in zijn artikel gezondheidsrechtelijke aspecten van eerste hulp bij spoedgevallen, TvGR 1982, 185-205, art. 450 Wetboek van Strafrecht wel bespreekt, maar art. 255 niet.

(13) Zie NLR deel III, pag. 795: sinds plm. 1975 wordt nog nauwelijks opgespoord of vervolgd. Zie NLR deel 4, art. 255 Sr., pag. 141, over art. 450 Sr. Zie de tuchtuitspraken vermeld door De Brauw & Kalkman-Bogerd (noot 8), in het register opgenomen onder het hoofd "visite afleggen".

wil zeggen als zijn leven of gezondheid daardoor gevaar loopt (14).

Art. 255 Sr. richt zich tot degene die verplicht is tot verpleging en verzorging. Het is de vraag of onder deze bewoordingen ook valt de arts die door medisch handelen na te laten de patiënt in een hulpeloze toestand brengt. Noyon - Langemeijer - Remmelink, beantwoordt de vraag kennelijk bevestigend. Evenzo Stokvis. Hij vindt de woorden "verpleging en verzorging" ruim en kan uit de wetsgeschiedenis niet afleiden dat geneeskundige behandeling er niet onder valt. Ik denk ook dat de wetgever van 1881 de termen "verpleging en verzorging" ruim heeft opgevat. Het is niet goed in te zien waarom een verpleegkundige die nalaat een patiënt te verplegen wel strafwaardig zou zijn, maar een arts die noodzakelijke geneeskundige behandeling achterwege laat niet. Leenen is daarentegen, op grond van de bewoordingen van art. 255 Sr. van mening dat het artikel niet op de arts van toepassing is (15). Ook in die enge opvatting blijft het artikel natuurlijk zeer relevant voor allen die in de gezondheidszorg verplegen en verzorgen: ziekenhuizen, wijkverpleegkundigen en ambulanceverpleegkundigen bijvoorbeeld.

Art. 255 geldt slechts voor degene die krachtens wet of overeenkomst tot verpleging of verzorging verplicht is. Een louter morele verplichting is dus niet voldoende. Niettemin is het toepassingsgebied van de bepaling ook in de gezondheidszorg ruim. Denk bijvoorbeeld aan de ambulancever-

---

(14) Dat er anderen zijn die, daartoe niet verplicht, de zorg overnemen, doet aan de strafbaarheid niet af. Zie NLR, aantekening 4 op art. 255 en de daar besproken jurisprudentie en C. Blankestijn, Verlating van hulpbehoevenden (1955), 94.

(15) NLR, aantekening 1a op art. 255 Sr., die verwijst naar Rb. Den Bosch 15 oktober 1896, P.v.J. 1896, nr. 97, een uitspraak over een arts die had nagelaten een vrouw in barensnood bij te staan. B.J. Stokvis, Verlating van hulpbehoevenden, TvS 1930, 26 e.v. Beets, 86-87 meent ook dat art. 255 Sr. mede betrekking heeft op de arts. Evenzo, waarschijnlijk Blankestijn (zie noot 13), impliciet, pag. 69 en 79. Anders, zoals gezegd: H.J.J. Leenen, NJB 1976, 49.

voerder die wettelijk verplicht is (16) ambulance auto's paraat gereed te hebben opdat die binnen 15 minuten ter plaatse kunnen zijn. In de toekomst zal een wettelijke opnameverplichting uit art. 8 BOPZ kunnen voortvloeien. Denk aan de huisarts of de specialist die met vakantie gaat en zijn patiënt in een gevaarlijke toestand achterlaat, zonder behoorlijk in de waarneming voorzien te hebben.

In de literatuur (17) wordt aangenomen dat niet nodig is dat een overeenkomst is gesloten door enerzijds de patiënt en anderzijds de hulpverlener die hem in de steek laat. Voldoende is dat deze hulpverlener een overeenkomst heeft gesloten waarbij hij de zorg voor patiënten op zich neemt. Deze opvatting, die naar ik meen juist is, is voor de gezondheidszorg van grote betekenis. Zij betekent bijvoorbeeld dat art. 255 Sr. ook van toepassing is indien een patiënt in een hulpeloze toestand geraakt omdat hij in een ziekenhuis niet wordt opgenomen, terwijl dit ziekenhuis op grond van een medewerkersovereenkomst met een ziekenfonds, tegenover het ziekenfonds tot die opname verplicht is. Evenzeer zou strafbaar zijn een arts die een patiënt van het ziekenhuis waaraan hij verbonden is in een hulpeloze toestand brengt door te weigeren die patiënt te behandelen, terwijl hij op grond van een met het ziekenhuis gesloten

---

(16) Zie de Wet Ambulancevervoer en het daarop gebaseerde Eisenbesluit ambulancevervoer (een amvb), artt. 18 en 19.

Volgens Stokvis (zie noot 15), 38 doelen de woorden "krachtens wet" alleen op een wet in formele zin. Blankestijn (zie noot 14), 72-73 bestrijdt die opvatting terecht (met een verwijzing naar andere literatuur). Niet is in te zien waarom "krachtens wet" (en niet: "bij de wet"_ niet ook zou slaan op wetten in materiële zin van lagere orde dan een met in formele zin, zeker als elke overeenkomst (zelfs één die niet met de hulpbehoevende is gesloten wèl een grondslag voor overtreding van art. 255 Sr. kan opleveren.

(17) Zie NLR, aantekening 1a op art. 255; Blankestijn (zie noot 14), 78, Stokvis (zie noot 15), 44. Aldus ook Rechtbank ´s-Hertogenbosch, 15 oktober 1896, PvJ 1896-97. Deze uitspraak had betrekking op een arts die zich tegenover de Gemeente tot waarneming van de armen praktijk had verbonden. De Rechtbank besliste dat deze arts ten onrechte zijn bijstand had geweigerd aan een zieke onder de armen. Zie de weergave bij Blankestijn, 79 en Stokvis, 26 e.v.

toelatingsovereenkomst of arbeidsovereenkomst tegenover het ziekenhuis verplicht is patiënten van het ziekenhuis te behandelen.

De betekenis van art. 450 Sr. is voor de gezondheidszorg zeer beperkt. Het artikel is niet van toepassing op de arts die in een noodgeval te hulp wordt geroepen. Het artikel is alleen van toepassing op degene die aanwezig is ter plaatse van het levensgevaar (18). Het geldt dus wel voor de toevallig passerende arts of andere beroepsbeoefenaar in de gezondheidszorg. Het artikel is ook van toepassing op de arts die in een ziekenhuis dienst heeft en een ongevalsslachtoffer aan zijn lot overlaat. Van veel betekenis zal het artikel dan niet zijn, omdat zwaardere strafsancties, art. 307 of 308 Sr., dood of zwaar lichamelijk letsel door schuld, of zoals zojuist geconstateerd art. 255 Sr., dan van toepassing kunnen zijn.

In verschillende andere Europese landen spelen, anders dan in Nederland, strafbepalingen gericht tegen het nalaten hulp te bieden aan mensen in een gevaarssituatie, een belangrijker rol dan in Nederland (19).

2.4. Geheimhouding

Over het medisch beroepsgeheim in zijn twee verschijningsvormen (de zwijgplicht en het verschoningsrecht) is bijzonder veel geschreven en, vooral tuchtrechtelijk, geprocedeerd (20). In dit preadvies gaat het alleen om een aantal

---

(18) Zie NLR, aantekening 3 op art. 450 Sr. Daar wordt geschreven dat wel vereist is dat men ter plaatse aanwezig is en aldus getuige. Men behoeft echter geen ooggetuige te zijn. Zie voorts Berkemeier, (zie noot 12) 187 en H.J.J. Leenen, gezondheidszorg en recht (1981), 121-123 en H.J.J. Leenen, NJB (1976), 50.

(19) C. Hennau-Hublet, l'activité médical et le droit pénal (1987) nr. 617; B. Sluyters, de aansprakelijkheid van arts en ziekenhuis (1984) 28-29 en noten 220 t/m 223; Blankestijn, (zie noot 14), 96-143.

(20) Zie, Mr P.J.W. de Brauw, red. Medisch Beroepsgeheim (1988). Zie verder voor een

(Vervolg Voetnoot)

strafrechtelijke aspecten. Strafrechtelijk is het beroepsgeheim in drieërlei opzicht van belang:

1) Art. 272 Sr. verbiedt schending van een zwijgplicht;
2) Art. 218 Sr. verleent een verschoningsrecht aan een aantal, door de jurisprudentie aangewezen, beroepsbeoefenaren en
3) bepaalde dwangmiddelen (vooral, in beslagneming, in gevolge art. 98 Sv.) kunnen tegenover personen die uit hoofde van een beroep of ambt verschoningsgerechtigd zijn, niet of slechts beperkt, worden toegepast.

In deze paragraaf is alleen het delict beschreven in art. 272 Sr. aan de orde. De andere twee onderwerpen zullen later nog worden behandeld, in par. 4.2. en 4.3.

Naast art. 272 is in het algemeen het daaropvolgende art. 273 Sr. van belang. Het is een strafbepaling die zich richt tot personen die geen zwijgplicht hebben ex art. 272 Sr. maar aan wie geheimhouding is opgelegd. Art. 273 Sr. heeft voor de gezondheidszorg echter nauwelijks betekenis. De bepaling is beperkt tot gegevens over ondernemingen "van handel of nijverheid" en die opereren in de gezondheidszorg vrijwel niet.

Art. 272 Sr. bedreigt met een gevangenisstraf van maximaal één jaar degene die opzettelijk een geheim schendt indien hij weet (of redelijkerwijs moet vermoeden) dat hij verplicht is het te bewaren, uit hoofde van een ambt, een beroep of een wettelijk voorschrift.

Of een geheimhoudingsplicht bestaat op grond van een wettelijk voorschrift (dat wil zeggen een wet in formele zin of een wet in materiële zin) is het eenvoudigst vast te

---

(Vervolg Voetnoot)
overzicht Leenen, 197-216 met opgave van andere literatuur. Ik verwijs verder naar J.J.I. Verburg, Het beroepsgeheim (1985) en D. Van Eck in De Geneesheer en het Recht (1968), 57-75. Zie het grote aantal tuchtrechtelijke uitspraken over het beroepsgeheim in P.J.W. de Brauw en L.E. Kalkman-Bogerd, rechtspraak Medisch Tuchtrecht 1976-1987 (1988), pag. 140.

stellen. Tal van bepalingen in de gezondheidszorgwetgeving leggen een zwijgplicht op (21).

Veel lastiger is het uit te maken of uit hoofde van een ambt of een beroep een geheimhoudingsplicht bestaat. De kring van personen die uit hoofde van een beroep of een ambt een zwijgplicht hebben is groter dan de door de jurisprudentie geschapen kring van de verschoningsgerechtigden. Maar, niet voor allen die een beroep uitoefenen geldt de zwijgplicht. Het moet gaan om vertrouwensberoepen bij de uitoefening waarvan het maatschappelijk belang geheimhouding eist (22). Medewerkers van deze beroepsbeoefenaren hebben een afgeleide zwijgplicht (23). Voor de gezondheidszorg betekent dit, naar ik meen, dat op allen die in de gezondheidszorg uit hoofde van hun beroep patiëntengegevens in handen krijgen, een zwijgplicht rust al dan niet afgeleid van die van de arts (24).

Art. 272 Sr. kan de beroepsbeoefenaar in de problemen brengen en wel indien hij het is die de zwijgplicht verbreekt. Art. 272 Sr. kan ook dienen om de beroepsbeoefenaar, of de instelling tegen ongewenste publiciteit te beschermen.

Ik denk aan het geval dat een arts en/of een ziekenhuis verdacht worden van een misdrijf, als een anesthesie ongeval zich heeft voorgedaan bijvoorbeeld. Op de

---

(21) Zie bijvoorbeeld art. 14 Medische Tuchtwet; art. 14 Wet Afbreking Zwangerschap, art. 26 Wet Ziekenhuisvoorzieningen, art. 42 Wet Tarieven Gezondheidszorg; Art. 30 Wet Paramedische beroepen.

(22) HR 6 december 1955, NJ 1956, 52 NLR, aantekening 3 op art. 272 Sr. In het arrest van 1955 werd uitgemaakt dat geen zwijgplicht bestond voor de chef van een expeditieafdeling van een stichting.

(23) Ook in die zin werd beslist door het arrest van de Hoge Raad van 6 december 1955.

(24) Leenen, 202. Rijksambtenaren bijvoorbeeld is het bij de wet niet alleen verboden ruwe taal te bezigen, Algemeen Rijksambtenarenreglement, art. 50, maar ook zijn zij verplicht tot geheimhouding van hetgeen hen in hun ambt ter kennis is gekomen.

politieambtenaren en op de vertegenwoordigers van het Openbaar Ministerie rust in zo'n geval uit hoofde van hun ambt en op grond van de wet een zwijgplicht (25). Die zwijgplicht is uiteraard beperkt doordat het de geheimhouders vrijstaat gegevens door te geven voor zover dat voor de ambtsvervulling nodig is (26). Nu is het aan de orde van de dag dat politieambtenaren en ambtenaren van het Openbaar Ministerie vóór de openbare terechtzitting gegevens over verdachten prijsgeven aan de pers en daarmee aan het publiek. Ook wanneer slechts initialen worden opgegeven, zijn de verdachten vaak herkenbaar, in elk geval voor hun naaste omgeving.

Tenzij dit prijsgeven van gegevens voor de opsporing van een (ernstig) delict nodig is (bijvoorbeeld, om tips te verkrijgen) bestaat voor de schending van het ambtsgeheim, naar ik meen, geen rechtvaardigingsgrond. Het belang van de nieuwsgaring is dat, in het stadium dat het onderzoek nog loopt en onzeker is of een verdachte verder vervolgd, laat staan veroordeeld, zal worden, niet. Tegen het wijdverbreide gebruik van politie en Openbaar Ministerie gegevens over verdachten bekend te maken aan de pers en aan het publiek kan dus, naar ik meen, door beroepsbeoefenaren in de gezondheidszorg (en anderen) worden opgetreden, bijvoorbeeld door een strafklacht op grond van art. 272 Sr. lid 2 in te dienen (27). Daarvoor kan in medische strafzaken nogal eens aanleiding bestaan in de eerste plaats omdat die

---

(25) Zie ten aanzien van de politieambtenaar NLR, aantekening 2 op art. 272 Sr. (pag. 865).

(26) In art. 59 lid 1 ARAR wordt dit tot uitdrukking gebracht door de woorden "voor zover die verplichting uit den aard der zaak volgt". Lid 2 bevat verder uitzonderingen voor mededelingen aan de onmiddellijke superieur en voor mededelingen of bevel van een hoger geplaatste. Zie een enkele uitspraak waarin, in een ontslagzaak, een politieambtenaar uitlatingen tegenover de pers, in strijd met het Ambtenarenreglement voor de Gemeentepolitie werden verweten: CRvB 20 april 1966, ARB 1967, 17.

(27) Andere, civielrechtelijke, maatregelen zijn natuurlijk in beginsel ook mogelijk. Mocht het Openbaar Ministerie niet bereid zijn te vervolgen, dan staat de weg van art. 12 Sv. nog open.

grote aandacht trekken en daardoor voor de beroepsbeoefenaar grote schade teweeg kunnen brengen en in de tweede plaats omdat aldus gegevens geopenbaard worden die niet alleen onder het ambtsgeheim van politie en Openbaar Ministerie, maar ook (in beginsel) onder het beroepsgeheim van de arts vallen.

De zwijgplicht geldt, zoals bekend, niet absoluut. De geheimhoudingsplicht kan beperkt zijn door de aard van de functie. De verzekeringsgeneeskundige, de forensisch psychiater, de keurend arts hebben allen een beroepsgeheim, maar het is voor allen beperkter van omvang dan dat van de behandelend geneeskundige (28). In de tweede plaats geldt de zwijgplicht niet in geval van een wettelijke verplichting gegevens te verschaffen (29). In de derde plaats kan op grond van noodtoestand spreken voor de zwijgplichtige gerechtvaardigd zijn. Voorts kan de zwijgplicht vervallen door toestemming van de patiënt (die er nog niet toe leidt dat de zwijgplicht wordt omgezet in een spreekplicht) (30).

Tenslotte geldt, naar ik meen, de zwijgplicht niet wanneer de beroepsbeoefenaar wordt aangesproken door de patiënt, bijvoorbeeld in een civiele procedure of tuchtprocedure of door de Inspecteur voor de Volksgezondheid of het Openbaar Ministerie in een tuchtprocedure of een strafprocedure. Het moet dan voor de beroepsbeoefenaar mogelijk zijn zich te verdedigen - en voor de tuchtrechter en de strafrechter het handelen van de beroepsbeoefenaar te onderzoeken - zonder

---

(28) In welke mate precies, laat ik hier in het midden. Zie de Brauw c.s. (zie noot 20) 56-73; Leenen, 203; B. Sluyters Tijdschrift voor Sociale Geneeskunde (1977) 692-693.

(29) Zie bijvoorbeeld de Krankzinnigenwet, art. 16, de Wet op de Lijkbezorging, art. 29p en art. 29q; de Ziektewet art. 28; de Algemene Wet Rijks Belastingen, art. 49.

(30) De Brauw c.s. (noot 20), 25-27; Leenen, 207: de arts is, indien toestemming is gegeven, niet strafbaar op grond van art. 272 Sr., tenzij de patiënt toestemming heeft gegeven op onvoldoende gronden, NLR, aantekening 8 op art. 192 Sr. (pag. 498). Daar wordt het arrest van de Hoge Raad van 17 februari 1928, NJ 1928, 727, over het verschoningsrecht ook van toepassing geacht op de zwijgplicht.

dat men van de toestemming van de patiënt afhankelijk is. De beroepsbeoefenaar moet dan dus, voor zover dat voor de verdediging nodig is zijn gegevens in handen kunnen stellen niet slechts van de rechter, maar ook van zijn advocaat en verzekeraar.

Over dit onderwerp wordt verschillend gedacht (31). Daarbij wordt ook wel onderscheid gemaakt tussen straf- en tuchtzaken enerzijds en civiele zaken anderzijds. In civiele zaken zou, meen ik, eerder aanvaardbaar zijn dat de arts, door de patiënt aangesproken, slechts met toestemming van diezelfde patiënt gegevens in de procedure mag overleggen. Op weigering tot toestemming door de patiënt kan daar met een (verzwaarde) bewijslast voor de patiënt worden gereageerd. Die oplossing werkt ook daar naar ik meen niet bevredigend. Dit is niet de plaats om dit civielrechtelijk vraagstuk nader uit te werken. In het strafrecht (en het tuchtrecht), waar nog andere belangen spelen dan dat van de patiënt (en de beroepsbeoefenaar) moet het onderzoek voort kunnen gaan en daarin de arts zich kunnen verdedigen zonder dat de toestemming van de patiënt nodig is (32). Men moet er dan natuurlijk wèl van uit kunnen gaan dat de

---

(31) De Brauw c.s. (zie noot 20) schrijven op pag. 53 over de arts als verdachte: "De wel geuite veronderstelling dat de arts zijn zwijgplicht mag doorbreken wanneer dat voor zijn verdediging nodig is, is in zijn algemeenheid onaanvaardbaar ...". Echter ook zij aanvaarden toch dat als de patiënt toestemming weigert, er omstandigheden zijn die het beroepsgeheim opzij zetten. Na afweging van de belangen zal dan, aldus De Brauw c.s. het zwaartepunt iets meer in de richting van spreken gelegen zijn. In civiele zaken gaan De Brauw c.s. pag. 54 wat verder: daar mag als de actie van de patiënt uitgaat "het aspect van bescherming van de patiënt genegeerd worden (aangenomen dat de patiënt op een voorafgaande waarschuwing niet heeft gereageerd").

Leenen, 200, acht steeds toestemming van de patiënt noodzakelijk.

J.B.M. Vranken, Het professionele (functionele) verschoningsrecht, preadvies NJV 1986, 107: de cliënt mag de beroepsbeoefenaar niet de mogelijkheid ontnemen zich te verdedigen.

(32) Dit kan ook voorkomen dat in tucht- of strafprocedures een arts het onderzoek kan blokkeren door zijn patiënt ertoe te brengen toestemming te weigeren.

onderzoekende ambtenaren die de gegevens in handen krijgen zich in deze zaken bij uitstek aan hun ambtsgeheim houden.

Geldt de regel die ik noemde ook wanneer niet de arts zelf, maar het ziekenhuis waaraan hij verbonden is wordt aangesproken, civielrechtelijk, of strafrechtelijk? (33). Ja, zou ik menen als het ziekenhuis wordt aangesproken op grond van het handelen of nalaten van de arts (34).

Art. 272 Sr. is, voor zover het gaat om schending van een geheim betreffende een bepaald persoon, een klachtdelict. Zie het tweede lid. Dit heeft de eigenaardige consequentie dat als een patiënt is overleden, terwijl zijn geheim door een arts na diens dood wordt geschonden (35), vervolging op grond van art. 272 Sr. niet mogelijk lijkt omdat er geen bevoegde klager is (36). Deze consequentie is natuurlijk ongewenst en niet aanvaardbaar (37).

---

(33) Zie voor een voorbeeld van een strafzaak tegen specialist en ziekenhuis die leidde tot een veroordeling van zowel de specialist als het ziekenhuis, wegens dood door schuld: Rb. Leeuwarden 23 december 1987, TvGR 1988/23 en 24.

(34) Anders: Medisch Tuchtcollege Amsterdam 24 juni 1985, TvGR 1988/16, bevestigd door het Centraal Medisch Tuchtcollege op 20 augustus 1987. In die zaak ging het om een aan een ziekenhuis verbonden arts die medische gegevens over zijn patiënt had doorgegeven aan de advocaat van het ziekenhuis waartegen de patiënt een procedure had aangespannen.

Zie over deze uitspraken C. Spreeuwenberg en W.R. Kastelein, Medisch Contact, 1987, 1379-1381. Kritiek op de uitspraken uitte ik in TvGR 1988, 137.

(35) Het beroepsgeheim geldt ook na de dood van de patiënt. De Brauw c.s. (noot 20), 29; Leenen, 201.

(36) Aldus NLR, aantekening 9 op art. 272 Sr. met een verwijzing naar de memorie van antwoord. Daarin werd opgemerkt dat de leemte niet ernstig was, omdat meestal ook geheimen van nabestaanden geschonden zouden zijn, zodat deze zelf kunnen klagen.

(37) Sinds 1985 is echter art. 65 Sr. gewijzigd. Het bepaalt nu in lid 2 dat als degene tegen wie een feit is begaan daarna overleden is, ouders en overlevende echtgenoot tot de klacht gerechtigd zijn (tenzij blijkt dat de overledene de vervolging niet heeft ge-

(Vervolg Voetnoot)

Een consequentie van het na de dood van de patiënt voortduren van het beroepsgeheim is verder dat deze zelf geen toestemming voor doorbreking van het geheim meer kan geven ook als de nabestaanden een groot rechtmatig belang hebben bij de patiëntengegevens (bijvoorbeeld omdat de levensverzekeraar stelt dat de dood het gevolg is van een - niet gedekte - zelfmoord). Ook dan moet de zwijgplicht langs de ene of de andere juridische weg kunnen worden opgeheven (38).

2.5. Vrijheidsberoving

Art. 282 Wetboek van Strafrecht waakt tegen opzettelijke wederrechtelijke vrijheidsberoving. De bepaling is, zoals blijkt uit de wetsgeschiedenis (39), onder meer in het leven geroepen om wederrechtelijke opnemingen in een krankzinnigengesticht tegen te gaan. Binnen enige tijd (hoeveel tijd?) zal de bepaling juist niet meer van toepassing zijn op een opzettelijke wederrechtelijke opneming in een psychiatrisch ziekenhuis. Art. 65 van van het wetsontwerp Bijzondere Opnemingen in Psychiatrische Ziekenhuizen (BOPZ) (40) bevat voor dit geval een speciale strafbepaling, waarvan het doel is het algemene strafmaximum, wat de gevangenisstraf betreft, te verlagen van zeven jaar en zes maanden (art. 282 Sr.) tot drie jaar (art. 65 BOPZ). De memorie van toelichting op (het toenmalige art. 46 van) het wetsontwerp BOPZ (41) vermeldt uitdrukkelijk dat voor een opzettelijke vrijheidsberoving

---

(Vervolg Voetnoot)
wild). Art. 65 lid 2 voorziet niet in het geval dat het delict zelf pas na de dood wordt gepleegd. Een wetswijziging om ook deze situatie te ondervangen lijkt mij nodig.

(38) Leenen, 201 stelt voor in deze gevallen, in het algemeen, de toestemming van de overledene te veronderstellen. Ik zou enige voorkeur geven aan het hanteren van de noodtoestand constructie.

(39) Zoals weergegeven bij Smidt, deel II, 417.

(40) TK 1983-1984, wetsvoorstel 11270, nr. 166.

(41) TK 1970-1971, wetsvoorstel 11270, nr.3.

in een psychiatrisch ziekenhuis met een maximumstraf van 3 jaar kan worden volstaan.

Niet alleen opzettelijke wederrechtelijke vrijheidsberoving, ook culpose wederrechtelijke vrijheidsberoving is strafbaar en wel op grond van art. 283 Sr. Dit artikel had oorspronkelijk niet slechts mede, maar zelfs uitsluitend het oog op wederrechtelijke opnames in krankzinnigengestichten (42).

De memorie van toelichting op het wetsontwerp BOPZ vermeldt (43) dat voor de culpose vorm van het in art. 65 (toen art. 46) van de BOPZ omschreven delict een speciale bepaling niet nodig is, omdat voor het culpose delict het strafmaximum van art. 283 Sr. wèl aanvaardbaar lijkt.

Dit is een vreemde opmerking. Art. 65 lid 1 BOPZ stelt immers strafbaar degene die opzettelijk iemand wederrechtelijk van de vrijheid berooft door iemand die dat niet wil in een psychiatrisch ziekenhuis op te nemen, terwijl hij weet <u>of redelijkerwijs moest weten</u> dat geen verlof tot gedwongen opname voor handen was. De term "redelijkerwijs moeten weten" duidt, naar ik meen, op schuld, niet op opzet (44). In het begin van de bepaling wordt echter gesproken van opzet, gericht op de wederrechtelijkheid.

Art. 65 lid 1 is dus ten dele een innerlijk tegenstrijdig mengelmoes van een doleuse en een culpose delictsbepaling. Na invoering daarvan zal denk ik vanwege deze innerlijke tegenstrijdigheid vrijspraak moeten volgen indien de dader slechts "redelijkerwijs moest weten". Het ook in dat geval blijkens de aanhef tevens vereiste opzet (mede gericht op

---

(42) Smidt, deel II, 419.

(43) TK 1970-1971, wetsvoorstel 11270, nr. 3, pag. 18.

(44) Ik neem hierbij maar aan dat geen wezenlijk verschil moet worden gemaakt tussen deze term en de term "redelijkerwijs moet vermoeden" die op diverse plaatsen in het Wetboek van Strafrecht wordt gebruikt en die culpoos wordt opgevat. Zie NLR, inleiding pag. 55 en HSR, pag. 190.

de wederrechtelijkheid) kan dan niet bewezen worden. Zou men in dat geval het in de aanhef genoemde "opzet" negeren, dan is het resultaat ook niet zo fraai, want dat is dan dat het strafmaximum wordt verlaagd als het gaat om een gedwongen opname van een psychiatrische patiënt terwijl degene die opneemt weet dat geen verlof voor handen is en wordt verhoogd (van het in art. 283 Sr. genoemde tot het in art. 65 lid 1 BOPZ genoemde) voor een bepaalde vorm van culpa en wel in geval degene die opneemt slechts "redelijkerwijs moet weten" dat er geen verlof is.

Het zal wel duidelijk zijn dat ik meen dat art. 65 lid 1 BOPZ beslist nog gewijzigd moet worden. Het eenvoudigst kan dat door "redelijkerwijs moest weten" te schrappen.

Verwant aan de misdrijven van artt. 282 en 283 is de overtreding genoemd in art. 464 Sr. Daarin staat dat het hoofd van (onder meer) een psychiatrisch ziekenhuis die iemand opneemt zonder dat hij zich het verlof daartoe laat vertonen bedreigd wordt met hechtenis van maximaal 1 maand. Art. 37 Krankzinnigenwet bevat onder 2e een vrijwel gelijkluidende bepaling.

Veel voor de gezondheidszorg relevante jurisprudentie op de artt. 282 en 283 Sr. bestaat niet. Er zijn wel tuchtuitspraken in gevallen die, waarschijnlijk ook strafrechtelijk hadden kunnen zijn afgedaan (45).

---

(45) Rechtbank Amsterdam 6 juli 1920, NJ 1922, 606 veroordeelde een arts die op lichtvaardige wijze een onware medische verklaring van krankzinnigheid had afgegeven wegens culpoze vrijheidsberoving. De boete was ƒ 300,--. Vervolging had, denk ik, ook plaats kunnen vinden op grond van art. 228 Sr. Zie de tuchtuitspraken onder de nrs. 235 en 243 genoemd door De Brauw en Kalkman-Bogerd (zie noot 20).

2.6. Dwang

Voor een behandeling van de patiënt geldt - het is vele malen betoogd - het toestemmingsvereiste (46). Gedwongen behandeling is in het algemeen niet geoorloofd. Er is wel civielrechtelijke en tuchtrechtelijke rechtspraak die dwangbehandeling van een psychiatrische patiënt onder zekere omstandigheden toelaatbaar acht (47). In hoeverre die rechtspraak nog van betekenis is nu in februari 1988 art. 11 van de Grondwet in werking is getreden, is de vraag.

In art. 11 is bepaald dat ieder, behoudens bij of krachtens de wet te stellen beperkingen, recht op onaantastbaarheid van zijn lichaam heeft (48). De Krankzinnigenwet bepaalt in

---

(46) Zie bijvoorbeeld het voorontwerp van Wet op de Geneeskundige Behandelingsovereenkomst art. 1635d. Het voorontwerp is gepubliceerd in TvGR 1988, pag. 25-29.

(47) Zie o.a. J. Krul-Steketee, in TvGR 1982, 224-233; H. van de Klippe, dwangtoepassing in de psychiatrie (1986) en Leenen, 264-270. De enkele gedwongen opname legitimeert gedwongen behandeling niet. Aldus de Hoge Raad in 1974 en 1975. Bij wijze van uitzondering is volgens de Hoge Raad (25 september 1981, NJ 1982, 541, nt. EHJM, TvGR 1982/31) dwangbehandeling (of, bedoelt de Hoge Raad toepassing van dwangmiddelen?) wèl geoorloofd.

(48) Zie Leenen, 283. Volgens het Gerechtshof te Arnhem 12 juli 1988, KG 1988, nr. 338, is dwangbehandeling na de in werking treding van art. 11 Grondwet niet meer geoorloofd. Ik ben het daarmee eens. Dat deze opvatting juist is, is echter niet geheel zeker. In de eerste plaats zijn zekere beperkingen van de grondrechten, hoewel niet in een wettelijk voorschrift vastgelegd, denkbaar. Zie C.A.J.M. Kortmann, de Grondwetsherzieningen 1983 en 1987 (1987), pag. 53. Hij beroept zich daar op de grondwetsgeschiedenis waarin is bepaald dat, ook zonder een door de Grondwet geoorloofde beperkingsclausule, het kan voorkomen dat bepaalde beperkingen van grondrechten toch algemeen aanvaard worden. Voorts zou een grondrecht redelijk moeten worden uitgelegd. Zie voorts Kortmann, 97, waar hij, bij de behandeling van art. 11 opmerkt dat problemen eerst ontstaan bij de vraag in welke gevallen en onder welke omstandigheden er sprake is van aantasting van de lichamelijke integriteit en verder opmerkt dat het feit dat horizontale werking van het artikel niet is uitgesloten de nodige moeilijkheden kan meebrengen. Dat horizontale werking volgens de wetsgeschiedenis niet is uitgesloten betekent niet dat deze vaststaat. Zie over art. 11 voorts onder meer P.W.C. Akkermans, Red., de Grondwet (1987).

art. 4 lid 6 dat de toepassing van dwangmiddelen in een register moet worden aangetekend. Is dit een bij de wet gestelde beperking die inbreuk op het lichaam door dwangmiddelen toelaat? Men kan dat betwijfelen. Het wettelijk voorschrift zou de gevallen van en/of de redenen voor de inbreuk moeten noemen, zou ik denken. Indien de dwangmiddelen gebruikt mogen worden mag dat ter beveiliging van anderen en van de patiënt zelf tegen de patiënt. Of met behulp van deze dwangmiddelen ook een gedwongen behandeling mag worden geëffectueerd is niet zeker. Waarschijnlijk moet worden aangenomen dat dit niet zo is. Het wetsvoorstel BOPZ opent de mogelijkheid voor een gedwongen behandeling in art. 38 lid 5. Nu dat wetsvoorstel nog niet van kracht is en intussen wel art. 11 van de Grondwet in werking is getreden zou een gedwongen behandeling van een psychiatrische patiënt, naar ik meen, een wettelijke basis moeten hebben.

Tegen ongeoorloofde dwangbehandeling bestaat een tuchtrechtelijke en een civielrechtelijke sanctie, maar ook een strafrechtelijke. Art. 284 Sr. bedreigt met een gevangenisstraf van ten hoogste 9 maanden degene die door (bedreiging met) geweld of enige andere feitelijkheid een ander wederrechtelijk dwingt iets te doen of te dulden. De dwang is pas strafbaar als zij wederrechtelijk wordt uitgeoefend. Dat wil zeggen zonder dat de dader daartoe gerechtigd is, zonder dat hij daartoe bevoegd is of in strijd met het recht (49). Het is zeer wel mogelijk dat, ondanks art. 11 Grondwet een rechter oordelen zou dat het feitelijk verhinderen van een zelfmoord of een zelfbeschadiging - ook als het gaat om een niet gedwongen opgenomen patiënt - niet wederrechtelijk is. Zo'n beslissing lijkt mij in het algemeen ook juist (50).

---

(49) Al naar de opvatting die men heeft over het begrip wederrechtelijkheid. Zie daarover HSR, 204-207 en NLR, inleiding I, 20 en daar genoemde literatuur.

(50) NLR, merkt op dat het verhinderen van zelfmoord niet wederrechtelijk is. Zie noot 1 bij aantekening 2 op art. 284, pag. 914. Zie ook aantekening 4 op art. 282, waarin hij schrijft dat handelen "gelegitimeerd" is in het geval van een "acute" krankzinnige die

(Vervolg Voetnoot)

De wet BOPZ zal een speciale strafbepaling bevatten gericht tegen dwangbehandeling en het toepassen van dwangmiddelen in strijd met die wet. Zie art. 65 lid 2. Opvalt dat de maximum strafmaat volgens dat artikel veel hoger is dan die neergelegd in art. 284 Sr., namelijk: 2 jaar (51).

2.7. Afbreking zwangerschap

2.7.1.

Het doden van een menselijke vrucht die naar redelijkerwijs verwacht mag worden in staat is buiten het moederlichaam in leven te blijven wordt beschouwd als het "een ander" van het leven beroven. Het afbreken van de zwangerschap en het doden van een levensvatbare vrucht is dus strafbaar als doodslag of moord. Zie art. 82a Wetboek van Strafrecht.

Op welk tijdstip een vrucht levensvatbaar is, hangt af van de stand van de medische wetenschap. Het gaat erom, aldus de memorie van antwoord, (52) of de vrucht, ten tijde van de ingreep, een redelijke kans maakte - ter wereld gekomen - in leven te blijven. In de memorie van toelichting (53) wordt overwogen dat bij de toenmalige stand van de medische wetenschap vruchten van minder dan 24 weken als niet levensvatbaar beschouwd worden. Dat is een grens die in de

---

(Vervolg Voetnoot)
zijn eigen of anders' veiligheid bedreigt. Indien de redenering opgaat voor art. 282, gaat zij ook op voor art. 284 Sr. Vergelijk ook Medisch Tuchtcollege Eindhoven, 1 september 1986, Medisch Contact 1988/11.)

(51) Verhoudt art. 65 lid 2 BOPZ zich tot art. 284 Sr. als een lex specialis tot een lex generalis? Vergelijk hiervoor de paragraaf over vrijheidsberoving. Ik meen dat dit niet zo is.

(52) Zie de memorie van antwoord, TK 1979-1980, 15475, nr. 6, pag. 60: "Wij hebben er in het nader rapport aan de Koningin (zie blz. 116) op gewezen, dat dit criterium inhoudt dat het doden van een vrucht op zodanige tijdstip dat zij naar ervaringsregelen, gezien de stand van de medische wetenschap, een redelijke kans maakte - ter wereld gekomen - in leven te blijven, wordt gelijk gesteld aan opzettelijke levensberoving."

(53) Memorie van toelichting, TK 1978-1979, 15475, nr. 3, pag. 33.

loop der tijden verschuift. Bovendien is een exacte bepaling van de zwangerschapsduur niet mogelijk. De marge van onnauwkeurigheid bedraagt bij het gebruik van conventionele diagnostische middelen: vier weken. Wanneer zeer geavanceerde diagnostische hulpmiddelen worden gebruikt is de marge van onnauwkeurigheid te reduceren tot twee weken (54).

Levensvatbaar is een vrucht ook wanneer zij, ter wereld gekomen, slechts dankzij medische verzorging in leven kan worden gehouden (55).

Het voorgaande betekent dat een aborterende arts eerst wegens doodslag (of moord) veroordeeld zal worden indien hij (al dan niet voorwaardelijk) opzet had op het in leven zijn van de vrucht en op het ten tijde van de ingreep bestaan van een zwangerschapsduur die levensvatbaarheid meebracht. Dit kan bewijsmoeilijkheden opleveren (56).

2.7.2.

Op de afbreking van de zwangerschap als de vrucht niet levensvatbaar is hebben betrekking art. 296 Wetboek van Strafrecht en de Wet Afbreking Zwangerschap (WAZ) van 1981 (in werking getreden op 1 november 1984). Art. 296 Sr. verklaart afbreking van zwangerschap strafbaar, tenzij (zie

---

(54) Aldus de memorie van toelichting, geciteerd in noot 53 Zie ook NLR, aantekening 2 op art. 82a Sr. en Leenen, 137.

(55) Zie de memorie van toelichting, pag. 32.

(56) In de geruchtmakende strafzaak tegen een gynaecoloog geraakte de Rechtbank te Den Haag, 12 november 1987, TvGR 88/66, niet in bewijsmoeilijkheden. Verdachte zelf verklaarde dat naar zijn schatting op het moment van de ingreep de zwangerschapsduur 20 à 21 weken was. Hij had daarom, aldus de Rechtbank, omdat een marge van onzekerheid van 4 weken in acht moest worden genomen, rekening moeten houden met de kans dat de vrucht levensvatbaar was. In het vonnis werd een gevangenisstraf van 12 maanden voorwaardelijk opgelegd.

Zie ook de memorie van antwoord, pag. 60, waar bewijsmoeilijkheden aan de orde komen.

lid 5) het feit wordt gepleegd door een geneeskundige in een ziekenhuis of kliniek die een vergunning op grond van de Wet Afbreking Zwangerschap heeft verkregen.

Overeenkomstig art. 296 Sr. is dus niet alleen strafbaar de niet-geneeskundige die zich met afbreking van de zwangerschap inlaat, maar ook de arts, indien hij een zwangerschap afbreekt buiten een instelling met een vergunning, tenzij hij een beroep op overmacht (noodtoestand) zou kunnen doen (57).

Volgens (het eerste lid van) art. 296 Sr. is strafbaar "hij die een vrouw een behandeling geeft, terwijl hij weet of redelijkerwijs moet vermoeden dat daardoor zwangerschap kan worden afgebroken". Deze bepaling - grotendeels gelijk aan het oude art. 251 bis Sr. - vereist dus niet dat vast komt te staan dat ten tijde van de ingreep van zwangerschap sprake was. Strafbaar is een behandeling waardoor zwangerschap kan worden afgebroken.

Een behandeling ter voorkoming van zwangerschap valt niet onder het verbod. Van zwangerschap is pas sprake na de nidatie (de innesteling van een bevruchte eicel in de baarmoeder). Een handeling die de nidatie voorkomen kan, bijvoorbeeld het voorschrijven van de morning after pil valt dus niet onder het verbod (58).

Volgens Noyon-Langemeijer-Remmelink is art. 296 Sr. eerst van toepassing als een behandeling gericht is op zwangerschapsafbreking. Een geval waarin een afbreking van zwangerschap het onvermijdelijk gevolg is van een om andere

---

(57) Tijdens de behandeling in de Tweede Kamer drong vooral de PvdA er op aan alleen zwangerschapsafbreking door een onbevoegde strafbaar te maken. Zie bijvoorbeeld de beschouwing in de Nota naar aanleiding van het eindverslag, TK 1980-1981, 15475, nr. 10, pag. 19.

(58) Dit kan worden afgeleid uit art. 1 lid 2 Wet Afbreking Zwangerschap. Zie ook de memorie van toelichting, TK 1978-1979, 15475, nr. 3, pag. 24. Zie ook NLR, aantekening 4 op art. 296 Sr. Zie voorts - niet tot de wetsgeschiedenis behorende - antwoorden op in 1986 en 1987 gestelde kamervragen, door Leenen geciteerd op pag. 135, noot 41.

redenen medisch noodzakelijk geoordeelde ingreep - bijvoorbeeld een carcinoomoperatie - zou dus niet vallen onder het verbod van art. 296 omdat de operatie op het wegnemen van het carcinoom is gericht. Leenen heeft dezelfde opvatting (59).

Ik denk niet dat die opvatting voor art. 296 Sr. juist is. Het eerste lid is ruimer geformuleerd. Onder de tekst valt, naar ik meen, ook een onbevoegde of een bevoegde die een vrouw een behandeling doet ondergaan niet gericht op afbreking van zwangerschap, maar waarvan hij wel weet of redelijkerwijs moet vermoeden dat afbreking van zwangerschap daarvan het nevengevolg kan zijn.

De Wet Afbreking Zwangerschap daarentegen is beperkter geformuleerd. Met name in art. 2, maar ook in verschillende andere artikelen wordt uitdrukkelijk gesproken over behandelingen "gericht op het afbreken van zwangerschap". De Wet Afbreking Zwangerschap is dus, dat ben ik met Remmelink en Leenen eens, zonder twijfel alleen van toepassing op dergelijke handelingen "gericht op" het afbreken van zwangerschap (60).

Het gevolg van mijn opvatting is dat als een onbevoegde een vrouw behandelt met als nevengevolg de kans op zwangerschapsafbreking, art. 296 Sr. van toepassing is. In de opvatting van Leenen en Remmelink is dat, ten onrechte, niet zo. Het gevolg is verder dat als een bevoegde (arts) behandelt met als nevengevolg een kans op zwangerschapsafbreking, eveneens het verbod van art. 296 Sr. van toepassing is. Gestraft zal deze arts echter (indien een goede medische indicatie bestond) niet worden omdat hij zich in zulk een geval zeker op noodtoestand kan beroepen (61). (Wellicht kan ook gezegd worden dat de wederrechtelijkheid

---

(59) NLR, aantekening 3 op art. 296 Sr. Leenen, 135-136.

(60) Zie ook de memorie van toelichting op art. 2 van de Wet Afbreking Zwangerschap. Daar wordt het voorbeeld van de carcinoomoperatie genoemd.

(61) Aldus: de memorie van antwoord TK 1979-1980, 15475, nr. 6, pag. 57.

ontbreekt.) Dit is de enige - en ook juiste - uitweg, nu de behandeling niet op zwangerschapsafbreking was gericht en dus de Wet Afbreking Zwangerschap op de situatie niet van toepassing is, zodat strafbaarheid niet door lid 5 van art. 296 wordt uitgesloten.

Leenen is niet slechts van mening dat een niet op zwangerschapsafbreking gerichte behandeling die wèl abortus tot gevolg heeft buiten het regime van art. 296 (en de WAZ) valt. Hij gaat nog een stap verder en stelt dat ook elke behandeling gericht op zwangerschapsafbreking die (echter) medisch is geïndiceerd buiten het regime van de Wet Afbreking Zwangerschap valt en evenmin strafbaar is op grond van art. 296 Sr. (62)

Met de Regering, in de antwoorden op de in noot 58 bedoelde kamervragen, meen ik dat indien bij een vrouw bijvoorbeeld wegens een ernstige hartziekte of een bloedziekte, de zwangerschap wordt afgebroken, art. 296 Sr. en de Wet Afbreking Zwangerschap van toepassing zijn. Uit de bewoordingen en uit de wetsgeschiedenis is niet af te leiden dat medisch geïndiceerde zwangerschapsafbreking daarbuiten valt. Er wordt in zo'n geval een handeling verricht "gericht op" zwangerschapsafbreking, zodat niet alleen art. 296 Sr., maar ook de Wet Afbreking Zwangerschap (anders dan in het eerder beschreven geval) van toepassing is.

Leenens opvatting komt erop neer dat hij handelingen in strijd met art. 296 niet strafbaar acht omdat deze medisch geïndiceerd zijn. Dat zou aanvaarding betekenen van de medische exceptie. Dit is in de euthanasie jurisprudentie bij uitstek niet gebeurd (63). Zij wordt door Leenen op een

---

(62) Leenen, 135-137. Leenen argumenteert op pag. 137 dat "zwangerschapsafbreking" (bedoeld zal zijn: "een behandeling") bij een vrouw vanwege een ernstige hartziekte niet op die zwangerschapsafbreking is gericht, maar op het op medische gronden wegnemen van een voor de gezondheid van de vrouw nadelige situatie. Die redenering klopt dunkt mij niet. Handeling en motief daarvoor worden verward.

(63) HR 21 oktober 1986, NJ 1987, 607, TvGR 1987/2.

andere plaats in zijn boek ten aanzien van abortus niet aanvaard (64).

Indien er dus een medische indicatie is voor een handeling gericht op zwangerschapsafbreking, ontloopt de arts strafbaarheid slechts, naar ik meen, indien de handeling wordt verricht in een instelling met een vergunning op grond van de WAZ. Ook overigens zal aan de regels van deze wet moeten worden voldaan. Zo zal de beraadtermijn van art. 3 moeten worden gehanteerd, tenzij in een spoedgeval art. 16 lid 2 van de wet kan worden toegepast.

Onjuist lijkt mij dat men in zulk een geval een arts die buiten een instelling met vergunning aborteert op grond van noodtoestand niet strafbaar verklaart aan de overtreding van art. 296 Sr. Indien lid 5 van art. 296 Sr. en de Wet Afbreking Zwangerschap niet zouden bestaan, zou die redenering op kunnen gaan. Nu de in lid 5 bedoelde uitweg bestaat, is de redenering, behalve in een spoedgeval, niet aanvaardbaar .

2.7.3.

De Wet Afbreking Zwangerschap bevat als voornaamste kriterium voor de toelaatbaarheid van deze afbreking: een onontkoombare noodsituatie van de vrouw (65). Dit kriterium is strafrechtelijk niet toetsbaar.

De Wet bevat wel een aantal strafbepalingen. Ik noem art. 15 waarin wordt bepaald dat de arts die een behandeling gericht op het afbreken van zwangerschap verricht in een abortuskliniek die niet voldoet aan de speciale eisen van art. 6 lid 2, terwijl hij weet of redelijkerwijs moet vermoeden, dat de zwangerschap langer dan 13 weken heeft geduurd, kan worden gestraft met hechtenis van ten hoogste

---

(64) Zie pag. 133-134, in een reactie op het bekende art. van Ch. Enschede, Abortus op medische indicatie en strafrecht, NJB 1966, 1109.

(65) Het begrip is in de wetsgeschiedenis niet toegelicht, zie de memorie van antwoord, pag. 8.

een jaar. Dit is een moeilijk te hanteren bepaling omdat de schatting van de zwangerschapsduur zo onzeker is (66).

Lastig te hanteren is ook art. 16 lid 2 van de Wet. Volgens lid 1 is een zwangerschapsafbreking binnen de in art. 3 voorgeschreven beraadstermijn strafbaar. Het tweede lid verklaart het feit weer niet strafbaar indien het afbreken van de zwangerschap was verricht om "een dreigend gevaar voor het leven of de gezondheid van de vrouw af te wenden". Het verschil met de "onontkoombare noodsituatie" van art. 5 (waarvan in elk geval sprake moet zijn wil afbreking van zwangerschap geoorloofd zijn) is subtiel.

2.8. Dood of lichamelijk letsel door schuld.

2.8.1.

De strafrechtelijke regels over dood door schuld en lichamelijk letsel door schuld (307 en 308 Sr.) vormen een deel van het juridisch (civielrechtelijk, tuchtrechtelijk en strafrechtelijk) instrumentarium waarmee op medische beroepsfouten kan worden gereageerd (ter beteugeling, ter genoegdoening of voor het verkrijgen van schadevergoeding). Dit wordt nog geaccentueerd door art. 309 dat de maximum strafmaat verhoogt als het delict wordt gepleegd in de uitoefening van een beroep en dat voorts in dat geval ontzetting van de uitoefening van het beroep mogelijk maakt.

In ons land is de rol van het strafrecht op dit gebied veel kleiner dan in ons omringende landen. In België, Frankrijk en de Bondsrepubliek Duitsland kan van strafrechtelijk aansprakelijkheid al sprake zijn bij een lichte schuldgraad, net als in het civiele recht (67). Dat betekent dat

---

(66) Zie Leenen, 138.

(67) Voor België en Frankrijk, zie C. Hennau-Hublet, L'activité médicale et le droit pénal (1987), nrs. 735-781; Bondsrepubliek Duitsland: K. Ulsenheimer, Ein gefährlicher Beruf, Medizinrecht, October 1987, 207-216. Anders: E. Deutsch in Arztrecht und Arz-

(Vervolg Voetnoot)

daar de arts veel vaker kan worden blootgesteld aan een strafrechtelijke vervolging. Daar is een strafrechtelijke vervolging ook veel vaker relevant voor het óf rechtstreeks (als civiele partij in de strafprocedure) óf indirect (doordat in de strafprocedure bewijs wordt verzameld) verkrijgen van schadevergoeding door de gelaedeerde patiënt. Terecht is op die situatie in die landen soms zware kritiek uitgeoefend (68). Wij mogen ons gelukkig prijzen dat in ons onvolprezen vaderland (69) het strafrecht een veel bescheidener plaats inneemt. Van dood door schuld of zwaar lichamelijk letsel door schuld is in ons land pas sprake in geval van culpa lata, min of meer grove schuld. Ik kom daarop hierna in paragraaf 2.8.5. terug. Bovendien is bij ons, meer dan in andere landen, het medisch tuchtrecht, ondanks problemen bij de bemanning en ondersteuning van de tuchtcolleges, nog steeds beschikbaar als een adequaat alternatief ter reactie op zware en lichte beroepsfouten.

2.8.2.

Art. 307 Sr. stelt strafbaar het door schuld veroorzaken van de dood van een ander (maximale gevangenisstraf 9 maanden). Art. 308 Sr. stelt strafbaar het door schuld veroorzaken van zwaar lichamelijk letsel of zodanig lichamelijk letsel dat daaruit tijdelijke ziekte of verhindering in de uitoefening van ambts- of beroepsbezigheden ontstaat. (maximum gevangenisstraf 6 maanden).

(Vervolg Voetnoot)
neimittelrecht (1983), 125, bestreden door Ulsenheimer. Vergelijk voorts HSR (1987), noot 318. B. Sluyters, De aansprakelijkheid van arts en ziekenhuis (1984), 20-21.

(68) Zie Ulsenheimer en Hennau-Hublet (par. 781).

(69) Tot 1992 mag men Nederland nog zijn vaderland noemen en tot dien is het geoorloofd het niet-Nederlandse EG gebied aan te duiden als: "buitenland".

De delicten zijn kort - elliptisch, zoals Remmelink schrijft (70) - omschreven. Men moet in de delictsomschrijvingen lezen dat de delicten eerst zijn gepleegd als:

1) een bepaalde zorgvuldigheidsnorm, een gevaarsnorm is overtreden;
2) causaal verband bestond tussen de schending van die norm (door een handelen of een nalaten) en de dood of het lichamelijk letsel; en
3) er bij de dader sprake was van schuld (culpa) in strafrechtelijke zin.

2.8.3.

De zorgvuldigheidsnormen zijn in de delictsomschrijvingen niet te vinden. Dit is, ten dele een gevolg van de culpose aard van de delicten. Machielse (71) zegt hierover het volgende:

> "Wel kan men zeggen dat de objektieve zorgvuldigheidsplichten die de ondergrond van de doleuse delikten vormen in het algemeen duidelijker zijn omschreven door de wetgever dan het substraat van de culpose delicten. Dat de objectieve zorgvuldigheid meer aan de orde komt bij de culpose dan bij de doleuse delicten hangt er bovendien mee samen dat het materieel opzet op zichzelf al de gedraging omlijnt, die "body" geeft. De culpa daarentegen, als gemis aan voorzorg verstaan, is niet zo een coördinerende en verbindende factor als het opzet."

Voor elk concreet geval zal door de rechter (en anderen) een concrete objectieve zorgvuldigheidsnorm moeten worden

---

(70) NLR, aantekening 1a op artikelen 307 en 308 Sr.

(71) A.J. Machielse, Wederrechtelijkheid en schuld bij het culpose delict, in Strafrecht in perspectief, (1980), pag. 222.

opgespoord en vastgesteld (72). Bijvoorbeeld, in de zaak van het Verpleegstersarrest van 1963 (73), de voor de omloopzuster geldende norm: U moet als omloopzuster assisterend bij een operatie bijzonder goed op het etiket van een flesje met injectievloeistof kijken en de voor de chirurg vastgestelde norm: U moet vóór toediening van een (eerste) injectie U het flesje laten tonen waar de injectievloeistof uit afkomstig is.

Dat voor elke concrete casus een concrete zorgvuldigheidsnorm gevonden moet worden betekent niet dat voor deze normen in het geheel geen algemene regels gelden.

In het algemeen is de zorg die de artt. 307 en 308 Sr. verwachten die van de mens in het algemeen, de welbekende quisquis ex populo. Echter, voor groepen met grotere capaciteiten geldt een verhoogde zorgplicht (in het Duits: "de Garantenstellung") (74). Bijvoorbeeld, voor artsen of voor automobilisten, geldt als maatstaf niet: de voorzichtigheid van de burger in het algemeen, maar de voorzichtigheid van de normale automobilist of de normale arts. Die maatstaf wordt dan nog gecorrigeerd tot de "goede automobilist" of de "goede" medicus, opdat slechte groepsgewoonten niet geaccepteerd behoeven te worden.

Het onderwerp is al aan de orde geweest bij de behandeling van het wetsontwerp in de Tweede Kamer. Zie het volgende, bekende citaat waarvan het middendeel vaak in civielrechtelijk verband wordt aangehaald, maar dat, met kop en staart, deel uitmaakt van een Regeringsantwoord op vragen naar schuld in strafrechtelijke zin (75).

---

(72) NLR, aantekening 1a op artikelen 307 en 308 Sr.; Machielse, pag. 223.

(73) HR 19 februari 1963, NJ 1963, 512, nt. BVAR.

(74) NLR, Inleiding, aantekening 2 op culpa; HSR, 196; Machielse, 223.

(75) Zie B. Sluyters, De aansprakelijkheid van arts en ziekenhuis (1984) 38-39 en B. Sluyters, in TvGR (1987), 36-37 en daar aangehaalde literatuur. In het voorontwerp van

(Vervolg Voetnoot)

"Een geneesheer kan niet wegens culposen doodslag worden vervolgd, op grond dat wellicht de uitmuntendste medicus, eene beroemde specialiteit, den patiënt in het leven zou hebben gehouden, maar alleen dan wanneer hij niet onderzocht, niet wist, of niet deed datgene wat goede medici in 't algemeen onderzoeken, weten, doen. Dezelfde onnadenkendheid, onkunde, onvoorzichtigheid die voor den niet-medicus nog slechts culpa levis zou zijn, kan voor den medicus culpa lata wezen. Maar culpa lata is steeds voor allen noodig."

Het is opvallend dat de aldus algemeen geformuleerde zorgvuldigheidsnorm niet afwijkt van de norm die geldt in civielrechtelijke aansprakelijkheidszaken (75). Tenzij, bij wijze van uitzondering, op de arts resultaatsverbintenissen rusten, wordt ter vaststelling of de arts aan zijn (objectieve) inspanningsverbintenissen heeft voldaan, getoetst aan het niveau van de "goede", de redelijk bekwame vakgenoot. De verschillen tussen civielrechtelijke en strafrechtelijke aansprakelijkheid voor beroepsfouten zijn dus (grotendeels) niet gelegen in verschillen tussen de (zorgvuldigheids-) normen, maar zijn het gevolg van andere factoren: het al dan niet vereist zijn van opzet of schuld en, als schuld vereist is, de graad daarvan; het zich al dan niet voordoen van een bepaald gevolg (dood of (zwaar) lichamelijk letsel enerzijds, materiële en/of immateriële schade anderzijds).

Wel vindt men in de strafrechtelijke literatuur - en naar ik meen niet in civielrechtelijke literatuur - dat als de beroepsbeoefenaar als individu grotere capaciteiten heeft dan andere leden van zijn groep (bijvoorbeeld als gevolg van een extra opleiding) de zorgvuldigheidsnorm wordt

---

(Vervolg Voetnoot)
wet op de geneeskundige behandelingsovereenkomst (zie TvGR 1988, 25-29) wordt in art. 1653 g genoemd: de zorg van een "goed hulpverlener". In het NBW wordt gesproken over de "goede opdrachtnemer", art. 7.7.12.

verhoogd tot het niveau dat van het individu met de verhoogde kennis verwacht kan worden (76).

Anderzijds, als iemand het niveau van de groep niet haalt, zonder dat dit hem kwalijk kan worden genomen, geldt een lagere maatstaf (77). Ook deze verfijning vindt men, meen ik, in de civielrechtelijke literatuur niet terug. Daar wordt overwogen dat, civielrechtelijk, de patiënt niet het slachtoffer mag worden van het feit dat een beroepsbeoefenaar, bijvoorbeeld door organisatiegebreken, onder het niveau van de redelijk bekwame beroepsbeoefenaar presteert.

Voor degene die de geneeskunst uitoefent en daarbij het niveau van de "goede" beroepsbeoefenaar niet haalt door eigen tekortkomingen, bijvoorbeeld doordat hij onvoldoende is opgeleid en niet bevoegd is de geneeskunst uit te oefenen, zal toch de normale beroepsnorm gelden (78). Wellicht kan men zelfs zeggen dat hij strafrechtelijk aan een iets strenger oordeel onderworpen zal worden omdat voor hem naast de concrete gevaarsnormen nog zal gelden de norm: U behoort U in het geheel niet met de geneeskunst bezig te houden.

---

(76) NLR, Inleiding, aantekening 3 op culpa (pag. 57-58). Remmelink vermeldt dat Van Eck, TvS 1966, 119 (evenals Van Hamel) hier anders over denkt; Machielse, 224.

(77) NLR, Inleiding, aantekening 3 op culpa (pag. 57), noemt als voorbeeld een apothekersassistent die een te grote en te zware taak toebedeeld krijgt en daardoor fouten maakt.

(78) Aldus, terecht, NLR, Inleiding, aantekening 3 op culpa (57), met een verwijzing naar Van Hattum, rapport onbevoegde uitoefening der geneeskunst (1972), 44. Zie vooral het arrest HR 1 maart 1983,NJ 1983, 497, en de interessante noot daarbij van AC't H, over een onbevoegde acupuncturist die een patiënte adviseerde te stoppen insuline in te spuiten, hetgeen levensgevaar opleverde.

Vergelijk art. 109 wetsontwerp B.J.G., hierna besproken in par. 2.9.

2.8.4.

Het gevolg - de dood, het letsel - moet, wil het feit strafbaar zijn, door het handelen of nalaten in strijd met de zorgvuldigheidsnorm zijn veroorzaakt. Over de juiste causaliteitstheorie - en de verhouding daarvan met het schuldvereiste - is in het strafrecht, evenals in het civielrecht zwaar gestreden. Thans is ook daar de leer van de redelijke toerekening gevestigd (79).

2.8.5.

Het veroorzaken van de dood of (zwaar) lichamelijk letsel door het schenden van een zorgvuldigheidsnorm is eerst strafbaar indien dit aan "schuld" van de dader te wijten is. Lichte schuld is voldoende voor civielrechtelijke aansprakelijkheid (voor zover deze schuld vereist), maar onvoldoende voor strafrechtelijke aansprakelijkheid. Strafrechtelijk moet het gaan om een "min of meer grove schuld", een "aanmerkelijke" onvoorzichtigheid of onachtzaamheid of nalatigheid (80).

Sinds - in elk geval - het Verpleegsterarrest geldt de leer dat wanneer "schuld" in de delictsomschrijving van een culpoos delict voorkomt, een beroep op afwezigheid van alle schuld door de rechter niet afzonderlijk weerlegd behoeft te worden. De bewezenverklaring (van, onder meer, "de schuld") wordt geacht een weerlegging in te houden. Wel

---

(79) NLR, Inleiding over Oorzakelijkheid, aantekening 8, met een verwijzing, onder meer naar HR 12 september 1978, NJ 1979, 60, noot Van Veen. Zie voorts HR 17 juni 1980, NJ 1980, 580 en 23 december 1980, NJ 1981, 534 en HR 7 mei 1985, NJ 1985, 821; HSR, 152-153.

Zie voorts Beets, 45-50 met een verwijzing, tevens, naar Rechtbank Arnhem 3 maart 1980, TvGR 1980/124.

(80) NLR, Inleiding, over culpa, 56; HSR, 194; Machielse, (zie noot 71) 220. Rechtspraak: zie bijvoorbeeld HR 19 februari 1963, NJ 1963, 512, nt. BVAR. Zie voorts Beets, 53.

geldt de motiveringsplicht opgelegd door het Meer- en Vaartarrest (81).

Onderscheiden kan worden gemaakt tussen bewuste en onbewuste schuld. In geval van bewuste schuld is de dader zich bewust van de mogelijkheid van het gevolg, maar denkt hij (te lichtvaardig) dit wel te kunnen vermijden. In geval van onbewuste schuld is de dader zich van het gevolg niet bewust geweest. Hem valt echter te verwijten dat hij zich van dit gevolg bewust had dienen te zijn en dit gevolg vervolgens had behoren te vermijden door zijn gedrag aan te passen. Wanneer het gaat om onbewuste schuld zijn de bewijsmoeilijkheden veel groter dan wanneer het gaat om bewuste schuld. In medische zaken zal nu juist vaak sprake zijn van (beweerde) onbewuste schuld. Denk bijvoorbeeld aan het Verpleegsterarrest (82).

2.8.6.

Art. 308 Sr. stelt strafbaar het veroorzaken van "lichamelijk letsel". Daaronder valt niet alleen een kwetsuur door een buiten de persoon van de gekwetste gelegen oorzaak. Er kan ook onder vallen een inwendige biochemische ontregeling veroorzaakt door het achterwege laten van het gebruik van voor de gezondheid onontbeerlijke middelen. Aldus, op grond van een functionele uitleg van de wetsbepaling de Hoge Raad in een belangrijk arrest van 1983 (83). Het ging in die

---

(81) Zie Beets, 53-67; Machielse, 228-232; HSR, 201.

(82) NLR, Inleiding, aantekening 5 op culpa.
In het Verpleegsterarrest (zie noot 73) ging het om onbewuste schuld. De verpleegster was zich niet bewust dat zij een fout maakte en dat daardoor een ernstig risico gelopen werd.

(83) HR 1 maart 1983, NJ 1983, 497, noot AC't H, al geciteerd in noot 78. De Hoge Raad overwoog dat de artt. 307 en 308 Sr. aldus zijn te verstaan "dat zij strekken tot bescherming van het menselijk leven en de lichamelijke integriteit en gezondheid tegen aantasting daarvan door de schuld van een ander". Deze strekking nu bracht mee, aldus de Hoge Raad dat ook de inwendige biochemische ontregeling onder letsel begrepen werd

(Vervolg Voetnoot)

zaak om een patiënte die onder behandeling stond van een acupuncturist, die onbevoegd was de geneeskunst uit te oefenen. Deze had haar aangeraden te stoppen insuline in te spuiten. Daardoor was de "inwendige biochemische ontregeling" ontstaan, die levensgevaar meebracht. Daarvoor was zij in een ziekenhuis opgenomen.

Art. 308 Sr. stelt niet het veroorzaken van elk lichamelijk letsel strafbaar, maar slechts van lichamelijk letsel, zoals dat in het artikel is omschreven. Dat is, in de eerste plaats, "zwaar lichamelijk letsel". Art. 82 Sr. geeft niet een al omvattende definitie van "zwaar lichamelijk letsel", maar beschrijft wel wat daaronder mede begrepen wordt, onder meer: ziekte die geen uitzicht op volkomen genezing overlaat en storing van de verstandelijke vermogens van langer dan vier weken. Ook veel minder ernstig letsel dan het in art. 82 Sr. genoemde, valt onder het begrip "zwaar lichamelijk letsel". Zie de rechtspraak op art. 82 Sr. en op art. 308 Sr.

Strafbaar in de zin van art. 308 Sr. is, in de tweede plaats, het veroorzaken van lichamelijk letsel waaruit tijdelijke ziekte of verhindering in de uitoefening van ambts- of beroepsbezigheden ontstaat. Het behoeft daarbij niet te gaan om gehonoreerde werkzaamheden (84).

2.8.7.

Vooral doordat van geval tot geval concrete zorgvuldigheidsnormen moeten worden vastgesteld, (zie hiervoor, 2.8.3.) heeft de rechtspraak, zoals zo vaak, een casuïstisch karakter. Het is niettemin interessant een aantal enigszins gegroepeerde uitspraken te bespreken. Voor het overige zij verwezen naar het recente proefschrift van

---

(Vervolg Voetnoot)
geacht. In zijn noot onder het arrest wees 't Hart erop dat als het zou zijn gegaan om een mishandeling, de vraag niet gespeeld zou hebben. In art. 300 lid 4 Sr. wordt opzettelijke benadeling van de gezondheid gelijk gesteld met mishandeling.

(84) Zie HR 13 mei 1952, NJ 1952, 664 over een volontair; NLR, aantekening 5 op art. 308 Sr.

Beets, die een reeks uitspraken uitvoerig onder de loep neemt.

In de eerste plaats noem ik fouten bij het toedienen van injecties, die het gevolg zijn van onvoldoende controle van de injectievloeistof. In deze categorie valt het eerder genoemde Verpleegstersarrest van 1963. In die zaak werd de omloopzuster veroordeeld (een boete van *f* 100,-- werd opgelegd) omdat zij niet had gemerkt dat het flesje dat zij pakte, zoals het etiket ook aanduidde, adrenaline bevatte en niet novocaïne. De bij de operatie assisterende zuster, aan wie de omloopzuster het flesje gaf werd vrijgesproken, omdat het harerzijds nalaten van controle geen schuld in de zin van art. 307 opleverde. De chirurg werd eveneens vrijgesproken, op een enigszins juridisch-technische grond. Hij had, aldus het Gerechtshof (bevestigd door de Hoge Raad) een ernstige fout gemaakt door zich niet voor een eerste injectie het flesje te laten tonen. De dood was echter niet het gevolg van deze eerste injectie, maar van een tweede en/of een derde injectie, met dezelfde vloeistof. Toen had hij zich niet weer het flesje behoeven te laten voorhouden.

Andere uitspraken over dergelijke fouten zijn onder meer gedaan door de Rechtbank Rotterdam in 1950 en de Rechtbank Den Bosch in 1984 (85).

Een verkeerde bestraling was aan de orde in uitspraken van de Hoge Raad in 1938 en de Rechtbank Almelo in 1986. In 1938 ging het om een tandarts die het onderlichaam van een vrouw had bestraald, waarschijnlijk om een zwangerschap te verstoren. Hem werd (op grond van art. 308 Sr.) de maximumstraf: 6 maanden gevangenisstraf opgelegd. In 1986 ging het om een verkeerde bestraling door een radiotherapeut. In dat geval werd de gevangenisstraf van 6 maanden geheel

---

(85) Voor het Verpleegsterarrest, zie noot 73. Rechtbank Rotterdam, 16 mei 19 Rechtbank Den Bosch 11 januari 1984, TvGR 1985/2 en 1985/3; Rechtbank Amsterdam 21 j 1972, NJ 1972, 366.

voorwaardelijk opgelegd (naast een ontzetting uit het beroep voor twee jaar) (86).

Onvoldoende bewaking en controle van apparatuur, door anesthesisten en anderen, was aan de orde in uitspraken van de Rechtbank Arnhem van 1980, de Rechtbank Leeuwarden in 1987 en Rechtbank Groningen in 1988 (87). De Rechtbank Leeuwarden veroordeelde zowel de anesthesist als het ziekenhuis wegens respectievelijk onvoldoende controle en onvoldoende vervanging van narcose-apparatuur.

Onoordeelkundige abortus, met kwalijke gevolgen was aan de orde in een uitspraak van de Hoge Raad in 1978 en (na verwijzing) het Hof in Den Haag in 1979 (88).

Tenslotte herinner ik nog aan de uitspraak van de Hoge Raad in 1983 over de acupuncturist, die ik eerder noemde en verwijs ik naar een uitspraak van de Rechtbank Arnhem van 1987, die een gynaecoloog vrijsprak van dood door schuld wegens fouten gemaakt bij een bevalling (89).

2.8.8.

Het is goed dat het strafrechtelijk geschut pas na zorgvuldige overweging in stelling wordt gezet tegen beroepsbeoefenaren in de gezondheidszorg wegens fouten die dood of letsel veroorzaakt hebben. Niet omdat zij in een maatschappelijk geprivilegieerde positie moeten worden geplaatst, maar omdat zij een beroep uitoefenen dat nu eenmaal meebrengt dat zij, als weinig anderen in de maatschappij, dag in dag uit op lichaam en psyche ingrijpende handelingen verrichten, die riskant kunnen zijn en die vaak, in het

---

(86) HR 7 februari 1938, NJ 1938, 918 en Rechtbank Almelo 5 april 1986, TvGR 1987/12.

(87) Rechtbank Arnhem 18 maart 1980, TvGR 1980/124; Rechtbank Leeuwarden 23 december 1987 TvGR 1988/23 en 24; Rechtbank Groningen 17 november 1988, TvGR 89/1.

(88) HR 21 november 1978, NJ 1979, 92 en Hof Den Haag 9 april 1979, TvGR 1979/95.

(89) HR 1983: zie noot 83. Rechtbank Arnhem 3 december 1987, TvGR 1988/33.

belang van de patiënt, moeten worden verricht, hoewel zij belangrijke risico's meebrengen. Dat werk kan alleen maar goed worden verricht als het risico voor de beroepsbeoefenaar dat hij na een beroepsongeval als een crimineel wordt behandeld, niet drukkend groot is. Anderzijds, beroepsbeoefenaren in de gezondheidszorg hebben, meer dan vele anderen in de maatschappij, leven en gezondheid van hun medemensen in handen. Verliest een patiënt leven of gezondheid door een duidelijke zorgeloosheid van de medische beroepsbeoefenaar, dan moet duidelijk zijn dat ook ten opzichte van de gezondheidszorg, het strafrechtelijk apparaat klaarstaat daarop te reageren en niet bereid is zo'n voorval als "all in the game" te beschouwen.

De straftoemeting in deze zaken is bijzonder moeilijk. Aan de ene kant zijn de gevolgen (tengevolge van een gedraging die dan toch maar met "grove schuld" is gepleegd) bijzonder ernstig. Aan de andere kant moeten mensen die zich in het algemeen soms voor jaren zeer hebben ingezet voor patiënten en die vaak zelf ook lijden onder de hen gemaakte fout, niet te snel zware straffen worden opgelegd. Men ziet dan ook dat meestal de opgelegde straffen, in verhouding tot de ernstige gevolgen van de fout, bijzonder licht zijn (90). Dit is in het algemeen dan ook aanvaardbaar (91).

2.9. Onbevoegde uitoefening van de geneeskunst

2.9.1.

Volgens art. 1 van de Wet Uitoefening Geneeskunst (WUG) is uitoefening van de geneeskunst als bedrijf alleen geoorloofd aan hen die daartoe door de wet bevoegd zijn verklaard. In andere onderdelen van de gezondheidszorg beroepen wetgeving vindt men een dergelijke bevoegdheidsregeling. Zie art. 2 van de Wet Paramedische Beroepen en art. 2 van de Wet op de Geneesmiddelenvoorziening.

---

(90) Zie echter HR 7 februari 1938, NJ 1938, 918.

(91) Zie vooral de beschouwingen over dit onderwerp door Röling in zijn noot onder het Verpleegstersarrest (NJ 1963, 512) en NLR, Inleiding, aantekening 11 op culpa.

Strafrechtelijke sancties tegen handelen in de strijd met deze verboden vindt men ten dele in deze beroepenwetten zelf (92). De belangrijkste strafrechtelijke sanctionering van de verboden uitoefening van de geneeskunst (en de geneesmiddelenvoorziening) vindt men in art. 436 van het Wetboek van Strafrecht.

Art. 436 Sr. stelt, als overtreding, strafbaar het buiten noodzaak uitoefenen van een beroep waarvan de Wet toelating vordert. De maximum straffen zijn niet hoog (een boete van ƒ 5.000,--; in geval van recidive: hechtenis van 2 maanden of boete van ƒ 10.000,--). Echter, iedere beroepshandeling is een afzonderlijke overtreding (93). Wanneer verschillende beroepshandelingen bewezen zijn - en dit is blijkens de jurisprudentie meer dan eens het geval - kunnen verschillende boetes worden opgelegd.

Het verbod van art. 1 Wet Uitoefening Geneeskunst geldt als de "geneeskunst" wordt uitgeoefend. Over de vraag wat dat precies is bestaat een uitgebreide jurisprudentie, van vooral oudere datum. De vaak aangehaalde definitie "iedere bijstand verleend met de voorgewende of werkelijke

---

(92) Artikel 18 van de Wet Uitoefening Geneeskunst (WUG) stelt een maximum gevangenisstraf van zes maanden op uitoefening van de geneeskunst of verloskunst wanneer de bevoegdheid daartoe eerst is verleend op grond van art. 2 WUG (bevoegdheidsverlening aan buitenlandse gediplomeerden), maar vervolgens weer ontnomen op grond van art. 2b of wanneer de beschikking tot verlening is ingetrokken op grond van art. 2c WUG.

Zie ook art. 32 van de Wet op de Paramedische beroepen en art. 31 Wet op de Geneesmiddelenvoorziening.

Vergelijk art. 6 Medische Tuchtwet dat bepaalt dat art. 195 Sr. van toepassing is op de geneeskundige etc. die is geschorst in de uitoefening van de geneeskunst of aan wie de bevoegdheid de geneeskunst uit te oefenen is ontzegd en die niettemin toch de geneeskunst uitoefent. Artikel 195 Sr. voorziet in een maximum gevangenisstraf van 6 maanden.

(93) HR 12 april 1939, NJ 1939, 907 en NLR, aantekening 3 op art. 436 Sr.

strekking om een genezende werking op de zieke mens uit te oefenen" dekt veel, maar niet alles (94).

Het verbod van art. 1 Wet Uitoefening Geneeskunst geldt alleen als deze "als bedrijf" wordt uitgeoefend. Bedoeld is daarmee: "als beroep". In art. 436 Sr. wordt overigens ook alleen over beroepsuitoefening gesproken. Het vereiste houdt, blijkens de jurisprudentie, in dat een zekere continuïteit vereist is; een honorering is dat niet (95).

Tenslotte is voor een door art. 436 gesanctioneerd verbod de geneeskunst uit te oefenen vereist dat deze wordt uitgeoefend "buiten noodzaak" (aldus art. 436 Sr.). Ook over de betekenis van deze uitdrukking bestaat veel jurisprudentie, niet alleen van oudere datum. Herhaaldelijk hebben onbevoegde genezers aangevoerd dat noodzaak aanwezig was omdat hun patiënten geen baat vonden bij wel bevoegde genezers. De Hoge Raad heeft echter geleerd dat van "noodzaak" eerst sprake is als geneeskundige hulp dringend nodig is, maar deze niet terstond van een bevoegde is te verkrijgen (96).

Herhaaldelijk hebben onbevoegde genezers die strafrechtelijk vervolgd werden de laatste jaren een beroep gedaan op objectieve overmacht (noodtoestand) en op subjectieve of psychische overmacht. Steeds werd dit beroep op overmacht verworpen. Wat de noodtoestand betreft, vermeld ik de overweging in een arrest van de Hoge Raad van 26 maart 1957 dat de wet een rechtvaardiging van onbevoegde geneeskunst niet kent, ook niet als de patiënten tevoren tevergeefs bij een bevoegde genezing hebben gezocht en dat indien "de

---

(94) W.B. van der Mijn, Beroepenwetgeving in de gezondheidszorg (1982) 213-215; NL aantekening 4 op art. 436. Zie voor enige niet te oude arresten: HR 7 mei 1957, NJ 195 474 en HR 22 april 1958, NJ 1958, 328 en vooral HR 9 oktober 1979, NJ 1980, 189 nt. GEM

(95) Van der Mijn, 216; NLR, aantekening 3 op art. 436 Sr.

(96) Van der Mijn, pag. 216-217; HR 17 april 1951, NJ 1951, 464; HR 26 maart 1957, 1957, 473; HR 12 november 1974, NJ 1975, 109 en HR 25 januari 1977, NJ 1977, 524. Z ook NLR, aantekening 6 op art. 436 Sr.

zedelijke rechtsorde zich zou hebben gewijzigd" dit zijn neerslag in de wet zou hebben moeten vinden (97).

In de zeventiger jaren is door een onbevoegd genezer een beroep gedaan op het verlies van geldingskracht van art. 1 van de Wet Uitoefening Geneeskunst door non usus. Ook dit verweer is verworpen (98).

De strafrechtelijke sanctie van art. 436 Sr. geldt niet als een onbevoegde handelt aan de verlengde arm van een wèl bevoegde. Het befaamde "verlengde arm" arrest (99) houdt het volgende in:

> "dat indien het aan de in het middel genoemde groepen van personen (semi-artsen, medische studenten, wijkverplegers, verpleegkundig personeel in ziekenhuizen etc. B.S.) geoorloofd is onder zekere omstandigheden bedoelde injecties toe te dienen, waarbij te denken valt aan het handelen onder onmiddellijk toezicht van een bevoegden arts, dit niet wegneemt dat het in strijd is met het bepaalde in art. 1, eerste lid Wet van 1 juni 1865 S.60 (de Wet Uitoefening Geneeskunst B.S.) dat deze personen zelf deze geneeskundige bijstand als bedrijf verlenen ..."

Ik neem deze passage uit dit strafarrest, die in verhandelingen over de verlengde arm zo'n grote rol is gaan spelen op, om nog eens te laten zien hoe beperkt en voorzichtig zij is geformuleerd ("indien" het geoorloofd is; "onder zekere omstandigheden"; "bedoelde injecties"). Zeer weinig valt eruit te leren over de vraag in hoeverre en onder

---

(97) HR 27 januari 1953, NJ 1953, 225; HR 26 maart 1957, NJ 1957, 473 en HR 17 januari 1984, NJ 1984, 461. Zie Van der Mijn, 217.

(98) HR 19 juni 1979, NJ 1979, 633 nt. GEM en TvGR 1979/105. Zie Van der Mijn, 215.

(99) HR 4 november 1952, NJ 1953, 149.

welke omstandigheden de Hoge Raad de verlengde armconstructie toelaat (100).

2.9.2.

Reeds lang is er op het gebied van de onbevoegde uitoefening van de geneeskunst geen stringent vervolgingsbeleid meer (101), met name niet als niet blijkt van werkelijk gevaarlijk handelen van onbevoegden. Niettemin blijkt uit de omvangrijke jurisprudentie van de Hoge Raad en lagere gerechten, tot en met 1984, dat art. 436 Sr. ook in de laatste decennia geen dode letter is gebleken, hoewel al in de jaren 1916-1917 officiële commissies tot de conclusie kwamen dat het huidige systeem van het integraal verbod de geneeskunst uit te oefenen zou moeten worden gewijzigd.

Nu is er dan, na de lange voorgeschiedenis, het voorstel voor een Wet op de Beroepen in de Individuele Gezondheidszorg (B.I.G.). Dat wetsvoorstel strekt ertoe het integraal verbod tot uitoefening van de geneeskunst op te heffen. Na invoering zal dat dus iedereen vrijstaan, behalve als het gaat om een aantal "voorbehouden handelingen" (genoemd in art. 53) die zijn voorbehouden aan artsen en enige anderen voor deze handelingen bevoegd verklaarden (102).

---

(100) Zie over de huidige verlengde arm theorie en over de regeling van de verlengde arm in het wetsontwerp B.I.G.: M.E. Franke, de verlengde-armtheorie in het wetsontwerp B.I.G., TvGR 1987 (451-463).

(101) Zie NLR, in aantekening 8 op 436: er wordt niet veel vervolgd. Dit blijkt ook uit de door NLR verschafte statistische gegevens. Zie ook het tweede verslag van de overleggroep Openbaar Ministerie/Geneeskundige en farmaceutische inspecties van het staatstoezicht op de volksgezondheid over de periode juni 1979-31 december 1980, pag. 5: onbevoegde uitoefening van geneeskunst dient alleen vervolgd te worden als deze leidt tot aanmerkelijke schade voor de gezondheid of bedrog.

(102) Zie het Gewijzigd Ontwerp, TK 1987-1988, 19522 nr. 10. De voorgeschiedenis wordt vermeld in de memorie van toelichting, TK 1985-1986, 19522, nr. 3, pag. 4-6.

In dit nieuwe systeem zullen ook de strafrechtelijke sancties op onbevoegde en ongekwalificeerde uitoefening van de geneeskunst aanmerkelijk veranderen.

Art. 436 Sr. zal voor de uitoefening van de geneeskunst zijn betekenis verloren hebben. Bevoegdheid voor de uitoefening van een geneeskundig beroep is immers niet meer vereist. Het bevoegdheidsvereiste voor bepaalde wel omschreven voorbehouden handelingen, kan men niet gelijk stellen met een toelating tot het (gehele) beroep (103).

Hiertegenover bevat het wetsvoorstel B.I.G. allereerst art. 110. Dit stelt een maximum hechtenis straf van 3 maanden op het verrichten van voorbehouden handelingen door personen die daartoe niet bevoegd zijn.

Daarnaast wordt een bijzondere strafbepaling voorgesteld, te weten art. 109, waaraan ik langer aandacht zal besteden.

Art. 109 lid 1 bepaalt dat als een "ongekwalificeerde"

> bij het verrichten van handelingen op het gebied van de individuele gezondheidszorg buiten noodzaak schade aan de gezondheid van een ander veroorzaakt,

hij wordt gestraft met hechtenis van ten hoogste drie maanden etc. Dit is een overtreding. Zie art. 116. De strafmaat wordt in lid 2 verhoogd tot (wat de vrijheidsstraf betreft zes maanden) wanneer de "ongekwalificeerde" handelt terwijl hij "weet of ernstige reden heeft om te vermoeden dat hij schade aan de gezondheid van een ander veroorzaakt". Dit is een misdrijf. Zie art. 116.

---

(103) In de memorie van toelichting op art. 110 wordt dit, naar ik meen onnodig, wat voorzichtiger uitgedrukt doordat geschreven wordt dat met de bepaling van art. 436 Sr. "lijkt" niet te kunnen worden volstaan omdat van een integrale toelating tot de uitoefening van het beroep bij toepassing van de artikelen 53 of 54 B.I.G. (over de voorbehouden handelingen) geen sprake "hoeft" te zijn.

> Ik hanteer hiervoor en hierna kortheidshalve de term "ongekwalificeerde". Dit is niet de term die in het wetsvoorstel staat. De wettekst richt zich tot: degene die niet ingeschreven staat in een register (de arts etc.) en degene die daarin wel ingeschreven staat, maar die kennelijk treedt buiten de grenzen van zijn 22in hoofdstuk 3 aangeduide deskundigheidsgebied.

Art. 109 B.I.G. geldt als een van de belangrijke punten van het wetsvoorstel (104). De strafbepaling moet een zeker gewicht tegenbieden tegen de gevaren die opheffing van het integraal verbod tot uitoefening van de geneeskunst oplevert (105). Het artikel heeft op zichzelf al een lange voorgeschiedenis.

De Commissie Peters (106) heeft in 1969 over een dergelijke strafbepaling al uitvoerig gediscussieerd. Zij besprak de vraag of na opheffing van het integraal verbod de ongekwalificeerde zich niet in de regel ter verdediging op zijn - dan wettelijk geaccepteerde - ondeskundigheid en daarmee op afwezigheid van alle schuld zou kunnen beroepen. Dit bracht die Commissie ertoe het integraal verbod toch maar te handhaven, maar als een lex imperfecta.

De Staatscommissie Medische Beroepsuitoefening (107) stelde een bepaling voor die lijkt op het huidige art. 109, zij het dat daarin naast het veroorzaken van schade aan de gezondheid ook het veroorzaken van een aanmerkelijke kans

---

(104) De strafbepaling wordt genoemd in de hoofdlijnen van het wetsvoorstel beschreven in de memorie van toelichting op pag. 2-3.

(105) Zie de memorie van toelichting op art. 109, pag. 149.

(106) Het rapport van 1969 is gepubliceerd in de Verslagen en Rapporten Volksgezondheid 1972.

(107) Het rapport van de Staatscommissie is gepubliceerd in de reeks Verslagen en Rapporten Volksgezondheid, 1973.

op schade aan de gezondheid strafbaar werd gesteld. Eenzelfde bepaling vond men in het voorontwerp van de Wet B.I.G. (108).

Onder de in het wetsvoorstel opgenomen bepaling valt niet meer het veroorzaken van <u>een aanmerkelijke kans op</u> schade.

In in 1977 en in 1981 geschreven artikelen (109) heb ik kritiek geuit op respectievelijk de door de Staatscommissie en de in het voorontwerp voorgestelde strafbepaling. Ik schreef daarin dat overtreding van de nieuwe strafbepaling veel moeilijker te bewijzen zal zijn dan overtreding van het verbod tot onbevoegde uitoefening van de geneeskunst. Dit levert het gevaar op dat in het nieuwe systeem de strafrechtelijke controle op onbevoegden niet, zoals gewenst, effectiever zou worden, maar juist minder effectief. Ik hamerde vooral op een onduidelijkheid in de strafbepaling en de toelichting daarop. Die onduidelijkheid is aan het wetsontwerp en de toelichting daarop blijven kleven.

Mijn belangrijkste punt was en is dat wettekst en toelichting niet helder maken hoe de strafrechter zich moet opstellen met betrekking tot het gebrek aan opleiding van de ongekwalificeerde. Moet hij - evenals nu ten aanzien van de onbevoegde, zie par. 2.8.3. en noot 78 - het handelen van de ongekwalificeerde (die weet dat hij "ongekwalificeerd" is) toetsen aan het niveau van de wèl gekwalificeerde? Of moet de strafrechter daarentegen er van uitgaan dat dit niet kloppen kan omdat dit tot gevolg heeft dat wat de ongekwalificeerden met de ene hand wordt gegeven (de bevoegdheid tot uitoefening van de geneeskunst) met de andere, straffende hand weer al te rigoreus wordt teruggenomen? (110)

---

(108) Uitgegeven door de Staatsuitgeverij in mei 1981.

(109) B. Sluyters: Vrijheid onder voorbehoud, TvGR (1977) 237-248 en het Voorontwerp Wet Beroepen Individuele Gezondheidszorg, TvGR (1981) 185-203.

(110) Zie voor een iets uitgebreider relaas mijn artikel van 1981.

Het komt er op neer dat de wetgever niet duidelijk maakt of en in hoeverre voor de beroepsmatig werkende ongekwalificeerde genezer een "Garantenstellung" geldt (zie par. 2.8.3.). In het algemeen kan men een beslissing daarover aan de rechter overlaten. Hier moet leiding door de wetgever worden verschaft omdat zeer uiteenlopende standpunten mogelijk zijn, die de betekenis van de wetsbepaling zeer wezenlijk verschillend doen zijn.

Art. 109 lid 1 is een overtreding. Het schuldvereiste is niet in de strafbepaling opgenomen. Dit betekent dat de verdachte zal worden ontslagen van alle rechtsvervolging bij afwezigheid van alle schuld (avas). Wanneer men art. 109 B.I.G. vergelijkt met de artt. 307 en 308 Sr., valt op dat, waarschijnlijk, een lichtere schuldgraad voldoende is, namelijk niet culpa, min of meer grove schuld, maar ook lichtere vormen van verwijtbaarheid (111).

Wanneer men verder art. 308 Sr. vergelijkt met art. 109 B.I.G. is duidelijk dat het in art. 109 genoemde gevolg "schade" veel ruimer is dan de dood en het (zwaar) lichamelijk letsel waartoe artt. 307 Sr. en 308 Sr. zich beperken.

Wat bij de toepassing van art. 109 onder "veroorzaken van schade" verstaan moet worden vraagt om verduidelijking. Waarschijnlijk moet men zeggen dat schade is veroorzaakt in alle gevallen waarin de gezondheid van de patiënt door de behandeling door de ongekwalificeerde minder wordt dan die gezondheid daarvoor was. Dit kan betekenen dat alle complicaties van de behandeling strafrechtelijk voor rekening komen van de ongekwalificeerde genezer. Of, moet men "schade veroorzaken" zo opvatten dat dit betekent het teweegbrengen van een schade die indien een gekwalificeerde

---

(111) HSR, 322 acht, in overeenstemming met de jurisprudentie van de Hoge Raad, een minimale nog juist strafrechtelijk relevante maatschappelijke verwijtbaarheid voldoende. Hij citeert anderen, Langemeijer, Van Eck en Moons die schuld in het "afwezigheid van alle schuld" verweer toch opvatten als "grove schuld". Zie ook NLR, Inleiding, over schuld in het algemeen, 31-32.

behandeld zou hebben (waarschijnlijk) niet zou zijn voorgevallen? Zeker is het niet.

In het Voorlopig Verslag is gevraagd of van het "veroorzaken van schade" ook sprake is in de situatie dat de gezondheid van de patiënt wordt benadeeld doordat tengevolge van de behandeling door de ongekwalificeerde een noodzakelijke verrichting door een gekwalificeerde achterwege blijft. Die vraag is in de memorie van antwoord wèl beantwoord, maar allerminst duidelijk (112).

Ook het antwoord op de vraag wat "schade veroorzaken" is kan niet in de mate waarin de regering dat thans wil aan de rechter worden overgelaten. Ook hier moet de wetgever spreken. De onduidelijkheid op dit punt hangt natuurlijk direct samen met het eerder genoemde gebrek aan helderheid over de strafrechtelijke norm.

Anders dan art. 436 Sr., stelt art. 109 B.I.G. niet het vereiste dat de ongekwalificeerde handelde in de uitoefening van een beroep. Ook een incidentele handeling valt dus onder de strafbepaling.

Wel bevat art. 109 nog de uit art. 436 Sr. bekende uitzondering dat van strafbaarheid geen sprake is als de schade veroorzakende handeling "buiten noodzaak" werd verricht (113).

---

(112) Volgens het Voorlopig Verslag, TK 1986-1987, 19522, nr. 5 vroegen leden van de CDA fractie wat "schade" in art. 109 B.I.G. betekent. Zij vroegen met name of "genezers delay" bij kanker onder het begrip viel en of het onthouden van een in de reguliere geneeskunde vanzelfsprekende therapie de alternatieve genezer kon worden aangerekend.

In de memorie van antwoord, TK 1987-1988, 19522, nr. 7 vindt men hierop geen duidelijk antwoord. Ten onrechte wordt voornamelijk naar de rechter verwezen.

(113) De memorie van toelichting verwijst op pag. 149-150 naar de uitleg die het begrip "buiten noodzaak" in de jurisprudentie op art. 436 Sr. heeft verkregen: plotselinge hulpverlening is noodzakelijk en kan niet meteen van een overeenkomstig de wet gekwalificeerde worden verkregen.

Mijn slotsom over de nieuwe strafbepaling, een van de belangrijke punten van de stelselwijziging, en over de toelichting daarop is niet gunstig. Door de wetgever is tot dusver aan de strafbaarstelling te weinig aandacht besteed (114).

Op zijn minst is noodzakelijk dat de wetgever - dat kan in de wetsgeschiedenis - de in de strafbepaling verscholen zorgvuldigheidsnorm verduidelijkt en voorts duidelijk maakt wat precies onder "schade veroorzaken" verstaan moet worden.

Ook echter moet nog bezien worden of het wel zo juist is een bepaling als art. 109 B.I.G. in te voeren. Enerzijds wordt ruimhartig het gebied van de geneeskunst opengesteld voor "ongekwalificeerden" omdat de mondige patiënt zelf zou moeten kunnen bepalen waar hij zijn genezing zoekt. Anderzijds worden deze "ongekwalificeerden" onderworpen aan een (ook als verheldering leidt tot een beperkte uitleg) toch tamelijk vergaande strafbepaling, die hen strafbaar stelt in alle gevallen van "schade".

De vraag moet dus nog onder ogen gezien worden of inderdaad, ondanks het feit dat ongekwalificeerden niet tuchtrechtelijk zijn aan te vatten (zoals, overigens ook een aantal van de wèl als gekwalificeerd aangeduide beroepsbeoefenaren), toch niet art. 109 lid 1 achterwege zou moeten blijven en volstaan zou moeten worden met de bepalingen van het commune strafrecht, artt. 307 en 308 Sr. en met art. 109 lid 2.

---

(114) "Parlementaire debatten over strafbaarstellingen vormen een lakmoesproef voorhet respect dat politici de rechtsstaat en de democratie toedragen" (stelling één bij de dissertatie van Th.A. de Roos, Strafbaarstelling van economische delicten (1987)).

3. DELICTEN IN BIJZONDERE WETTEN

Voor de gezondheidszorg relevant materieel strafrecht vindt men niet alleen in het Wetboek van Strafrecht maar ook in tal van gezondheidszorgwetten. Men vindt daar zeer vele strafbepalingen, zeker te veel om op te noemen. Enkele van die bepalingen kwamen hiervoor ter sprake. Een aantal andere zullen hierna genoemd worden, om een indruk te geven van de variëteit en inhoud van de strafrechtelijke regels. Hier en daar zal ik het overzicht van enig commentaar voorzien.

3.1. Strafbepalingen in de Wet op de Economische Delicten

De Wet op de Economische Delicten (WED) maakt overtreding van tal van voorschriften tot economische delicten, òf misdrijven, òf overtredingen. Onder de in art. 1 van de WED genoemde voorschriften vindt men een aantal voorschriften uit de gezondheidszorgwetgeving. Ik noem de volgende.

3.1.1.

De artt. 2, 30 en 32 van de Wet Tarieven Gezondheidszorg. Art. 2 behelst het cruciale verbod een tarief in rekening te brengen dat niet is goedgekeurd of vastgesteld. De artt. 30 en 32 verplichten organen voor gezondheidszorg en ziektekostenverzekeraars tot gegevensverstrekking en tot het verschaffen van inlichtingen. Overtreding van deze bepalingen is een economisch misdrijf.

3.1.2.

Een reeks voorschriften bij of krachtens de hierna genoemde wetten. Schending van die voorschriften is een overtreding.

De nog nauwelijks tot leven gekomen Wet op de Medische Hulpmiddelen.

De wel degelijk tot leven gekomen Wet Ziekenhuisvoorzieningen (WZV). Ik noem art. 6 WZV, dat verbiedt een ziekenhuisvoorziening te bouwen zonder vergunning. Wat een ziekenhuisvoorziening is vindt men gedefinieerd in art. 1 van de WZV en het Besluit Aanwijzing Inrichtingen WZV dat

op art. 1 gebaseerd is, voorzien van een nota van toelichting. Die bepalingen maken allerminst helder wat nu precies een ziekenhuisvoorziening is. Zelfs is een deel van wat in het Aanwijzingsbesluit genoemd wordt niet verbindend, namelijk voor zover in het Aanwijzingsbesluit instellingen genoemd worden die niet tot de intramurale gezondheidszorg gerekend kunnen worden. Blijkens de wetsgeschiedenis is alleen daarop de WZV van toepassing (115). Dit betekent ook dat wat nu precies onder de strafbepaling valt niet erg helder is, zodat deze geen "lex certa" is en onvoldoende duidelijk genoemd moet worden. Deze onduidelijkheid op zichzelf maakt de bepaling niet onverbindend, maar zeker moeilijk hanteerbaar (116).

Onder de door de WED genoemde bepalingen van de WZV vindt men verder: art. 18 (het verbod zonder vergunning bij algemene maatregel van bestuur aangegeven verrichtingen uit te voeren of apparatuur aan te schaffen) en art. 18a (over het sluiten van (een gedeelte van) een ziekenhuisvoorziening), en tenslotte bepalingen over gegevensverstrekking en het ter inzage leggen van financiële gegevens.

De Wet Voorzieningen Gezondheidszorg. Van de bepalingen waarnaar de WED verwijst zijn van belang de artt. 52 lid 1 en 55 lid 6 waarop bij AMvB verboden kunnen worden gebaseerd een beroep zonder vergunning uit te oefenen en voorschriften over praktijkomvang en beperking van werkzaamheden.

---

(115) Die wetsgeschiedenis bestrijkt de periode 1967-1978 en is te uitvoerig om hier weer te geven. In een strafzaak tegen een plastisch chirurg en een anesthesist die gezamenlijk praktijk uitoefenden, kwam de Rechtbank Maastricht in een nog niet gepubliceerde uitspraak van 9 december 1988 in een omtrent het begrip ziekenhuisvoorziening betrekkelijk uitvoerig gemotiveerd vonnis, tot een vrijspraak.

(116) Zie HSR, pag. 411. Daar wordt uiteengezet dat de lex certa regel veelal wel genoemd wordt, maar dat de betekenis daarvan maar onzeker is. Zie echter, Rechtbank Breda (RK) 1 october 1985, TvGR 1986/23 die een tariefbeschikking van het COTG een onvoldoende duidelijke strafrechtelijke norm achtte.

De Wet Toegang Ziektekostenverzekeringen. Ik noem art. 2 dat een zekere acceptatieplicht voor ziektekostenverzekeraars bevat. De WED verwijst ook naar de met de WTZ verband houdende Wet Interne Lastenverevening Particuliere Ziektekostenverzekeringsbedrijf en de Wet Medefinanciering Overtegenwoordiging Oudere Ziekenfondsverzekerden.

3.2. Strafbepalingen in de gezondheidszorgwetten zelf.

Tal van strafbepalingen zijn ook rechtstreeks (niet via de WED) in gezondheidszorgwetten vastgelegd. In het vorige hoofdstuk kwamen naar aanleiding van bepalingen uit het Wetboek van Strafrecht een aantal voorschriften al aan de orde. Ik noem verder nog de volgende regels.

De Wet op de Geneesmiddelenvoorziening stelt in art. 31 een straf op overtreding van een reeks artikelen uit de wet. Ik noem als voorbeeld art. 2 dat uitsluitend de daargenoemde personen (apothekers en anderen) bevoegd verklaart tot uitoefening van de artsenijbereidkunst (117).

Art. 13 van de Wet Menselijk Bloed stelt strafbaar voorschriften over, onder andere, het gebruik en het afnemen van menselijk bloed.

De Wet op de Paramedische Beroepen bevat in de artt. 32 e.v. strafbepalingen, die ten dele al ter sprake kwamen.

De Wet tot Bescherming van het Diploma van Verpleegkundigen en de Wet op de Ziekenverzorgers en Ziekenverzorgsters bevat een strafbepaling tegen het ongediplomeerd voeren van de titel.

De Ziekenfondswet bevat in de artt. 84 e.v. een aantal strafbepalingen, onder meer art. 85 dat een hechtenisstraf bedreigt tegen degene die zonder daartoe gerechtigd te zijn opzettelijk als verzekerde aanspraken tegenover het

---

(117) Bij een (nog niet gepubliceerd) arrest van 27 oktober 1987 legde het Gerechtshof Amsterdam straffen op wegens overtredingen van art. 3 van de Wet op de Geneesmiddelenvoorziening.

ziekenfonds doet gelden. In de AWBZ vindt men dergelijke bepalingen.

In de Wet Ambulancevervoer vindt men strafbepalingen onder meer over het verrichten van ambulancevervoer zonder vergunning.

De Krankzinnigenwet bevat, voornamelijk in de artt. 37 en 38 een reeks strafbepalingen, onder meer over het nalaten zich bij (gedwongen) opname door de wet voorgeschreven stukken te laten overleggen, tot een ontslag over te gaan in strijd met de wettelijke voorschriften en de in de Wet genoemde registers bij te houden. Op overtreding is een lage geldboete als maximum straf gesteld.

De Wet op de Tandheelkundige Inrichtingen bevat in art. 17 een aantal strafbepalingen (onder meer gericht tegen exploitatie zonder een vergunning).

4. BEWIJS; DWANGMIDDELEN

Voor het verzamelen en beoordelen van bewijs gelden in medische zaken in het algemeen geen andere regels dan in andere strafzaken. Een aantal onderwerpen verdient echter speciale aandacht. Hierna zal ik ingaan op: de opsporingsbevoegdheid van de inspecteurs van de Volksgezondheid; het verschoningsrecht; en inbeslagneming (en enige andere dwangmiddelen) in verband met dit verschoningsrecht (art. 98 Sv.). Bij de bespreking van de inbeslagneming zal ik in het bijzonder ingaan op de betekenis van art. 98 Sv. als de verschoningsgerechtigde zelf verdachte is en op de mogelijkheid FONA (meldingscommissie) gegevens in beslag te nemen.

4.1. De Terp; opsporingsbevoegdheid inspectie

Het leerstuk van het onrechtmatig verkregen bewijs in medische zaken heeft op dramatische wijze de aandacht getrokken door de uitspraak van het Gerechtshof te Den Haag in de De Terpzaak (118). In die zaak werd de van verschillende moorden verdachte arts - nadat hem door de Rechtbank na een veel hogere eis een gevangenisstraf van één jaar was opgelegd en hij enige maanden in voorarrest had gezeten en nadat in eerste aanleg in het geheel geen beroep op onrechtmatige bewijsvergaring was gedaan - vrijgesproken omdat het bewijs onrechtmatig was verkregen en wel om twee redenen. De tweede - schending van art. 98 Wetboek van Strafvordering (dat beperkingen stelt aan inbeslagneming onder verschoningsgerechtigden) - komt hierna in par. 4.3. aan de orde. De eerste reden was dat de GG en GD zusters die in de Terp patiëntenkaarten onder zich hadden genomen daartoe niet bevoegd waren, omdat zij als bijzondere opsporingsambtenaren krachtens de Wet op de Bejaardenoorden slechts bevoegd waren tot het ontvangen van inlichtingen en het nemen van inzage van bescheiden ten dienste van hun taak in het kader van die wet. Opsporingshandelingen gericht op commune delicten stonden hen in het geheel niet vrij.

---

(118) Hof Den Haag 12 november 1986, NJ 1987, 609 nt. GEM; TvGR 1987/11.

Het is uitzonderlijk dat zusters belast met een taak in het kader van de Wet op de Bejaardenoorden opsporingshandelen verrichten. Minder uitzonderlijk is dat inspecteurs van de Volksgezondheid in medische strafzaken onderzoek verrichten. Hun opsporingsbevoegdheden zijn op verschillende plaatsen geregeld, niet steeds duidelijk.

Allereerst zijn er bijzondere wetten waarin aan de inspecteurs uitdrukkelijk opsporingsbevoegdheid is verleend. Zie bijvoorbeeld de Wet op de Paramedische Beroepen, art. 38 en de Wet Ziekenhuisvoorzieningen, artt. 20 en 21, in verband met art. 17 eerste lid Wet op de Economische Delicten.

In de tweede plaats zijn er bijzondere wetten waarin aan de inspectie een toezichthoudende taak is gegeven, maar waarin zij niet uitdrukkelijk met opsporingsbevoegdheid zijn belast. Bijvoorbeeld: art. 20 van de Wet Ambulancevervoer. In deze gevallen moet men aannemen dat de inspectie mede op grond van art. 142 Sv. opsporingsbevoegdheid heeft (119).

In de derde plaats geeft art. 40 Gezondheidswet aan de inspecteurs opsporingsbevoegdheid van overtredingen van wettelijke voorschriften "op het gebied van de volksgezondheid". Zij zijn dan bevoegd procesverbaal op te maken.

Men kan art. 40 Gezondheidswet eng of ruim uitleggen. In de enge betekenis verleent art. 40 alleen opsporingsbevoegdheid van overtredingen van bijzondere wetten op het terrein van de volksgezondheid. In de ruime betekenis hebben de

---

(119) Aldus het rapport van de Werkgroep Opsporingsbevoegdheid van de geneeskundige inspectie van de volksgezondheid (1976, niet gepubliceerd) (werkgroep Fasseur), pag. 4; Beets, 165-166.

Artikel 142 Sv. bepaalt dat met de opsporing van strafbare feiten ook belast zijn zij aan wier waakzaamheid bij bijzondere wetten of verordeningen de handhaving of de zorg voor de naleving daarvan of de opsporing van de daarin bedoelde strafbare feiten is toevertrouwd.

Zie over het onderwerp ook J.J.F. Visser, TvGR 1978, 242-245 en W.R. Kastelein, TvGR 1988, 67-68.

inspecteurs ook bevoegdheid tot opsporing van commune delicten. Daarbij heeft de werkgroep Fasseur dan weer onderscheid gemaakt tussen commune delicten in en door de uitoefening van het beroep begaan (dood door schuld als beroepsfout bijvoorbeeld) en commune delicten in de uitoefening van het beroep, maar niet noodzakelijk door de uitoefening van het beroep (bijvoorbeeld: een zedendelict). De werkgroep Fasseur kwam niet tot een eenstemming standpunt. Beets pleit in haar recente proefschrift voor de enge uitleg. Ik ben dat met haar eens (120).

Het is één vraag welke opsporingsbevoegdheden de inspectie heeft; het is een àndere vraag of het verstandig is dat de inspectie van opsporingsbevoegdheden gebruik maakt. Zowel de werkgroep Fasseur als de Overleggroep, als naar ik zojuist lees, mijn mede preadviseur Feber, zijn naar ik meen terecht, voorstanders van een intensieve samenwerking van de inspectie met de politie in medische zaken, maar tevens van terughoudendheid bij het uitoefenen van opsporingsbevoegdheden door de inspectie. Laat de politie maar proces-verbaal opmaken is het devies (121).

4.2. Verschoningsrecht

Het is hier niet de plaats het verschoningsrecht uitgebreid te behandelen (122). Wel zal ik een aantal hoofdpunten aan de orde stellen.

Art. 218 Wetboek van Strafvordering erkent een verschoningsrecht, een recht als getuige voor de rechter te zwijgen, uit hoofde van een ambt of een beroep. In

---

(120) Werkgroep Fasseur, pag. 14-15; Beets, 167-168.

(121) Werkgroep Fasseur, pag. 15; Overleggroep Openbaar Ministerie - staatstoezicht op de volksgezondheid over het jaar 1984, TvGR 1985, 351; H.R.G. Feber, preadvies, 27.

(122) Ik verwijs naar De Brauw Red.; Leenen, 213-216; J.B.M. Vranken en A.G. Lubbers, Het professionele (functionele) verschoningsrecht, preadviezen NJV 1986; J.J.I. Verburg, (1985); J.J.I. Verburg, (1975).

Nederland is, anders dan in een aantal andere landen (123) niet in de wet vastgelegd welke beroepsbeoefenaren precies het verschoningsrecht hebben. In het algemeen geldt dat de kring van personen op wie de zwijgplicht rust (par. 2.4.) groter is dan de kring van de verschoningsgerechtigden. Er is wel gezegd dat in de gezondheidszorg de kring van de zwijgplichtigen samenvalt met die van de verschoningsgerechtigden (124). Zeker is dit echter niet. Wel zeker is dat een verschoningsrecht toekomt aan de behandelend arts. Ook de keuringsarts, de verzekeringsarts en de forensisch geneeskundige hebben een verschoningsrecht, zij het dat dit, evenals hun zwijgplicht beperkt is. Voor zover de aard van hun functie meebrengt dat zij patiëntengegevens mogen meedelen aan hun opdrachtgever of derden, moeten zij ook tegenover de rechter spreken (125).

Aangenomen wordt voorts dat de tandarts, de verloskundige, de apotheker en de apothekersassistent een verschoningsrecht hebben. Eenstemmigheid bestaat ook over de verpleegkundige. Minder eens zijn de schrijvers het over de paramedische beroepsbeoefenaren. Volgens sommigen hebben zij een verschoningsrecht. Volgens anderen hangt dit af van de aard van het beroep (126).

---

(123) Vranken, 15-18.

(124) Leenen, 214; Anders: W.B. van der Mijn, Beroepenwetgeving in de Gezondheidszorg (1982), 75; J.H.S. van Herten, Geheimhoudingsplicht en functioneel verschoningsrecht in de gezondheidszorg, Delikt en Delinkwent 1984, 317-325, pleit voor een algemeen functioneel verschoningsrecht voor allen die in de gezondheidszorg werkzaam zijn met betrekking tot kennis over de patiënt die onderwerp is van vroegere of actuele hulpverlening.

(125) De Brauw, red., 43 en 56-61; D. van Eck, het medisch beroepsgeheim, in De geneesheer en het recht (1968), 72-73; Leenen, 203-204 en 214; Lubbers, 203-204; Verburg (1975), 136-137;

(126) De Brauw, red., 43-44 over de verpleegkundige, de tandarts, de verloskundige en de apotheker; Van der Mijn, 75 over de tandarts de verleegkundige en de verloskundige;

(Vervolg Voetnoot)

Personen die in het kader van het functioneren van de zelfstandig verschoningsgerechtigde gegevens in handen krijgen kunnen een afgeleid verschoningsrecht hebben. In de jurisprudentie is dit erkend voor de geneeskundige directeur (127) en de psychiatrisch geschoold maatschappelijk werkster (128).

Van groot belang is of leden van FONA (meldings-) commissies een afgeleid verschoningsrecht hebben. Met de meeste schrijvers ben ik het eens dat hiervan moet worden uitgegaan (129).

Beroepsbeoefenaren maken tot grote hoogte zelf uit of zij al dan niet van hun verschoningsrecht gebruik maken en aldus tegenover de rechter zwijgen of spreken. Als de verschoningsgerechtigde zwijgt heeft de rechter slechts een zeer geringe mogelijkheid tot controle. Slechts als buiten redelijke twijfel is dat een vraag een materie betreft die niet in functioneel verband aan de verschoningsgerechtigde

---

(Vervolg Voetnoot)
Verburg (1975) 166-167 over de tandarts, de apotheker, de apothekerassistent en de verloskundige; Lubbers, 135 over de verpleegkundige.

Het Hof Den Bosch, 20 juni 1961, NJ 1962, 344 kende aan de verpleegkundige een zelfstandig verschoningsrecht toe.

Volgens Van der Mijn, 75 en 130 en Verburg (1975) 166-167 hebben paramedische beroepsbeoefenaren een verschoningsrecht. Volgens De Brauw c.s., 44 hangt het van de aard van het paramedisch beroep af of een verschoningsrecht kan worden toegekend.

(127) HR 30 november 1927, NJ 1928, 265; De Brauw red., 61-63.

(128) Hof Amsterdam, 9 december 1960, NJ 1961, 4.
De Rechtbank Haarlem (R.C.) 10 maart 1987, NJ 1987, 908 kende een (naar ik meen zelfstandig) verschoningsrecht toe aan maatschappelijk werkers werkzaam bij een RIAGG.

(129) Aldus: De Brauw Red., 72-73; Leenen, 211; W.B. van der Mijn, in Medisch Contact 1986, 1205-1207; anders:
A. Poelman, Medisch Contact 1986, 1203-1204.

bekend is geworden, kan de rechter het beroep op het verschoningsrecht afwijzen (130).

De opvatting dat de verschoningsgerechtigde geheel vrij is te spreken en dat hij, wanneer hij spreekt in het algemeen art. 272 Sr. niet schendt (131), lijkt mij niet juist.

Evenmin is naar huidig recht juist de opvatting van Leenen dat de verschoningsgerechtigde verplicht is van zijn verschoningsrecht gebruik te maken en dat hij wanneer hij dat niet doet, behouden overmacht (noodtoestand) art. 272 Sr. overtreedt (132). In een arrest van 1987 (133) heeft de Hoge Raad beslist over een vordering van een patiënt zijn behandelend psychiater te verbieden voor de rechter een verklaring af te leggen. In het arrest hield de Hoge Raad het oordeel van het Hof voor juist. Dat oordeel hield in:
1. dat de geheimhoudingsplicht van een arts niet absoluut is en dat zich een situatie kan voordoen waarin het belang dat de waarheid aan het licht komt moet prevaleren boven het belang dat het beroepsgeheim bewaard blijft;
2. dat het oordeel over de vraag of zo'n situatie zich voordoet in de eerste plaats toekomt aan de arts die als getuige/deskundige is opgeroepen;
3. dat voor een verbod te spreken eerst dan plaats is als hetgeen de arts ter rechtvaardiging van zijn oordeel dat het belang van de waarheidsvinding prevaleert, naar voren brengt dat oordeel in redelijkheid niet kan dragen.

Uit dit arrest is naar ik meen af te leiden, hoewel het niet ging om een strafarrest, dat naar huidig recht de

---

(130) HR 1 maart 1985, NJ 1986, 173, nt. WLH (onder nr. 176); Melai, aantekening 3 op art. 218 Sv.; Vranken, 108-110.

(131) Smidt, II, 403, met een verwijzing naar de memorie van toelichting; Lubbers, 193; NLR, aantekening 8 op art. 192 Sr. en aantekening 2 op art. 272 Sr.; J.M. van Bemmelen - Th.W. van Veen, Strafprocesrecht (1986), 193.

(132) Leenen, 214.

(133) HR 6 maart 1987, NJ 1987, 1016, nt. WLH.

beroepsbeoefenaar, indien hij als getuige of deskundige voor de rechter staat ook in andere gevallen dan die waarin hij een noodtoestand aannemelijk kan maken mag spreken zonder ex art. 272 Sr. strafbaar te zijn. Als hij in redelijkheid kan menen daarvoor een goede reden te hebben staat spreken in die situatie, dat wil zeggen, tegenover de rechter, hem vrij (134).

Het verschil tussen deze leer van de Hoge Raad en de opvatting dat - in strafzaken - slechts een noodtoestand spreken rechtvaardigen kan, is wellicht in de praktijk niet groot. Ik zou toch meer voelen voor de opvatting van Leenen omdat ik het ongelukkig vind dat onderscheid zou moeten worden gemaakt tussen de situaties in en buiten rechte. Buiten rechte zou spreken (indien in beginsel de zwijgplicht geldt) slechts vrij staan in geval van noodtoestand en in rechte zou de beroepsbeoefenaar in ruimere mate mogen spreken. Nu het zozeer van de wil van allerlei mensen (wellicht betrekkelijke buitenstaanders) afhangt of en tegen wie een (civiele) procedure aanhangig wordt gemaakt en wie daarin (of in een strafprocedure) als getuigen of deskundigen worden opgeroepen spreekt dat verschil mij niet aan. Het niet maken van verschil vind ik ook bevorderlijk voor de helderheid van het recht.

Vranken heeft in zijn preadvies voor de NJV in 1986 (pag. 97-106) sterk verdedigd, mede met een beroep op buitenlandse rechtstelsels, het verschoningsrecht te zien als een recht van de cliënt in die zin dat als de cliënt spreken toestaat, de beroepsbeoefenaar moet spreken en als de cliënt spreken verbiedt de beroepsbeoefenaar moet zwijgen. Betrekkelijk recente jurisprudentie van de Hoge Raad heeft hem niet in het gelijk gesteld. Enerzijds maakte de Hoge Raad in 1985 uit dat ontslag uit geheimhoudingsplicht en verschoningsrecht geen spreekplicht meebrengt voor de

---

(134) Deze leer komt naar ik meen dichtbij het door Verburg (1975), 279-282 verdedigde standpunt: de verschoningsgerechtigde moet goede redenen hebben om te spreken (deze behoeven in de opvatting van Verburg waarschijnlijk geen noodtoestand op te leveren). Verburg acht echter (pag. 281) wèl de vrijheid van de verschoningsgerechtigde af te zien van verschoning, zeer beperkt. In de leer van de Hoge Raad is de vrijheid juist groot.

beroepsbeoefenaar (in dat geval: een notaris) (135). Anderzijds besliste de Hoge Raad in het zojuist genoemde arrest van 1987 dat een verbod van de cliënt (patiënt) te spreken voor de beroepsbeoefenaar geen plicht betekende te zwijgen.

4.3. Inbeslagneming

4.3.1. Algemeen

In de artt. 94 e.v. Wetboek van Strafvordering worden bevoegdheden tot inbeslagneming verleend. Daarnaast is steeds inbeslagneming (dat wil zeggen het onder zich nemen of gaan houden van een voorwerp ten behoeve van de strafvordering; art. 134 Sv.) mogelijk met toestemming van degene onder wie in beslag is genomen (136).

Voor inbeslagneming onder functioneel (dat wil zeggen: uit hoofde van een beroep of ambt) verschoningsgerechtigden gelden in gevolge art. 98 Sv. beperkingen. Volgens lid 1 mogen bij hen, tenzij met hun toestemming, niet in beslag worden genomen brieven of andere geschriften waarop hun geheimhoudingsplicht van toepassing is. Lid 2 bevat twee beperkingen voor het geval een (poging tot) inbeslagneming gepaard gaat met een huiszoeking. Deze huiszoeking mag (tenzij de verschoningsgerechtigden toestemming geven) alleen plaatsvinden voor zover dit kan zonder schending van het beroeps- of ambtsgeheim. In de tweede plaats mag de huiszoeking zich niet uitstrekken tot andere brieven of geschriften dan die welke het voorwerp van het strafbare feit uitmaken of tot het begaan daarvan gediend hebben.

Strijd met zowel lid 1 als lid 2 van art. 98 Sv. was de tweede reden waarom in de Terp zaak het Gerechtshof tot de

---

(135) HR 1 maart 1985, NJ 1986, 173 (nt. WLH onder nr. 176); Leenen, 207 schrijft dat als de patiënt toestemming heeft gegeven de beroepbeoefenaar mag praten, tenzij dit strijdt met het algemeen belang. Op pag. 212 schrijft Leenen echter zonder voorbehoud dat in strafzaken de arts door de patiënt van zijn verschoningsrecht kan worden ontslagen.

(136) Vellinga-Schootstra, 43; W.J.G.M. Eissens en B. Staal, dwangmiddelen in het strafproces (1981) 87; Th.W. van Veen, NJB 1980, 323; HR 26 februari 1946, NJ 1946, 170.

conclusie kwam dat het bewijs onrechtmatig was verkregen. Het Hof overwoog dat medische en verpleegkundige bescheiden in beslag waren genomen, zonder dat toestemming was verkregen van de verschoningsgerechtigde. Verder, vond de inbeslagneming zò plaats, dat daardoor het geheim van andere bescheiden kon worden aangetast (137).

De tekst van art. 98 lid 1 Sv. beperkt de beperking tot "brieven of andere geschriften". Dit betekent dat andere voorwerpen, zoals bloed- of urinemonsters of medicijnflesjes in beslag genomen kunnen worden. Dit is de heersende leer (138) Wetswijziging in die zin dat art. 98 eerste lid ten aanzien van beroepsbeoefenaren (in de gezondheidszorg) wordt uitgebreid tot andere voorwerpen dan brieven en geschriften is gewenst.

In de literatuur wordt aan de werking van art. 98 lid 1 Sv. de belangrijke beperking gesteld dat het verschoningsrecht (en dus art. 98 lid 1 Sv.) niet geldt als de brieven en geschriften de beroepbeoefenaar niet "in zijn hoedanigheid" zijn toevertrouwd, dat wil zeggen in het kader van een

---

(137) Zie noot 118 en par. 4.1. P.J.W. de Brauw schreef in Medisch Contact 1987, 531 ernstige kritiek te hebben op Openbaar Ministerie (en Rechtbank) wegens het volledig opzij zetten van de beginselen van het verschoningsrecht. Men kan zich echter afvragen of in een geval als dat van De Terp voor deze beginselen niet op grond van "zeer uitzonderlijke omstandigheden" een uitzondering geldt. Zie hierna par. 4.3.3. Ook als men dat vindt moet natuurlijk formeel juist gehandeld worden - onder meer, door bevoegde opsporingsambtenaren.

(138) Aldus: Vellinga-Schootstra, 170 (met aangehaalde oudere literatuur); Melai, aantekening 4 op art. 98 Sv.; Minkenhof, 85; D. Hazewinkel-Suringa, De doolhof van het beroepsgeheim (1959), 78. Anders: Verburg (1985), 35-36, die ten onrechte schrijft dat "algemeen wordt aangenomen" dat onder art. 98 lid 1 Sv. ook andere voorwerpen dan brieven en geschriften vallen. De beperking tot brieven en geschriften in het eerste lid van art. 98 Sv. is wel ongewenst. Aldus, terecht, Vellinga-Schootstra, 170, die pleit voor wetswijziging. Melai schrijft in aantekening 7 op art. 98 Sv. dat zolang de wetgever niet in de lacune heeft voorzien justitiële ambtenaren ook moeten afzien van inbeslagneming van andere voorwerpen dan brieven en geschriften waartoe de geheimhoudingsplicht zich ook uitstrekt.

serieuze hulpverlening aan een patiënt/cliënt (139). Als brieven en geschriften slechts "met het oog op een hoedanigheid" (aldus de terminologie van Melai) zijn toevertrouwd, kunnen zij in beslag worden genomen. Als voorbeeld wordt in de literatuur genoemd: het bij een verschoningsgerechtigde louter in bewaring geven van een pakket stukken, terwijl later blijkt dat de bewaargever bij een bankoverval betrokken was en de stukken waarschijnlijk daarvan afkomstig zijn. Zeker geldt het verschoningsrecht en daarmee art. 98 lid 1 Sv. niet indien de beroepsbeoefenaar bewust wordt ingeschakeld ter bevordering van het plegen van delicten. Een andere vraag is natuurlijk hoe men er, later, achter komt of de beroepsbeoefenaar geschriften onder zich heeft gekregen al dan niet in het kader van een serieuze hulpverlening.

Art. 98 Sv. beperkt niet alleen de mogelijkheden tot inbeslagneming onder de functioneel verschoningsgerechtigden zelf, maar ook, enigszins, onder hun patiënten/cliënten. Bij de patiënt/cliënt is geen inbeslagneming geoorloofd van correspondentie tussen de cliënt en de beroepsbeoefenaar over een aangelegenheid waarover de cliënt de beroepsbeoefenaar in diens hoedanigheid heeft geraadpleegd. Aldus een arrest van de Hoge Raad van 1985 in een zaak over een inbeslagneming onder een cliënt van een advocaat. De regel van het arrest is zonder meer ook van grote betekenis voor de gezondheidszorg (140).

Het verband tussen de tweede in art. 98 lid 2 vervatte beperking (huiszoeking mag zich niet uitstrekken tot andere geschriften dan die het voorwerp van het strafbaar feit

---

(139) Aldus: Melai in aantekening 8 op art. 98 Sv.; Vellinga-Schootstra, 173; Verburg, (1975), 58-59.

(140) HR 19 november 1985, NJ 1986, 533, nt. ThvV. Van de inhoud van een tussen een advocaat en zijn oud-cliënten gewisselde en bij één van zijn cliënten aangetroffen correspondentie over een aangelegenheid in verband waarmee de advocaat in diens hoedanigheid is geraadpleegd, mag zonder toestemming van de belanghebbende niet worden kennis genomen anders dan noodzakelijk om de bewering dat bepaalde brieven het karakter hebben van vertrouwelijke correspondentie met de verschoningsgerechtigde, te toetsen.

uitmaken of die tot het begaan daarvan gediend hebben) en de regel van het eerste lid is niet geheel duidelijk. Men zou uit de in het tweede lid opgenomen beperking af kunnen leiden dat op geschriften die het voorwerp van het strafbaar feit uitmaken of tot het begaan daarvan gediend hebben onder verschoningsgerechtigden toch wèl beslag kan worden gelegd. Deze conclusie wordt in de literatuur, terecht, niet aanvaard (141).

Is voor een in beslagneming huiszoeking (142) bij een functioneel verschoningsgerechtigde nodig dan moet deze zo geschieden dat het beroeps- of ambtsgeheim niet wordt geschonden. Dit levert voor een huiszoeking bij een verschoningsgerechtigde aanzienlijke beperkingen op. Er kan alleen maar gericht gezocht worden naar geschriften waarvoor het verschoningsrecht niet geldt en het moet dan ook nog gaan om geschriften die zelf het voorwerp van het strafbare feit uitmaken (of tot het begaan daarvan gediend hebben) (143). Wanneer de verschoningsgerechtigde dus geschriften die niet onder het verschoningsrecht vallen bewaart tussen geschriften die daar wel onder vallen kan hij de eerste aan in beslagneming onttrekken. Dat is natuurlijk een onjuiste hantering van het verschoningsrecht, maar een die moeilijk te doorbreken is. (In belastingzaken is overigens de rechtspositie van de verschoningsgerechtigde veel zwakker en die van de overheid veel sterker.) (144)

---

(141) Melai, aantekening 7 op art. 98 Sv.; Vellinga-Schootstra, 172 en andere door haar genoemde schrijvers.

(142) Zie voor het begrip "huiszoeking": Vellinga-Schootstra, 138-142 en Melai, aantekening 8 op art. 97 Sv.

(143) HR 20 juni 1988, DD 88.439 en Advocatenblad 1988, 499, nt. F. van Schaik; HR 14 oktober 1986, NJ 1987, 490.

(144) Ingevolge art. 81 Algemene Wet Rijksbelastingen is ook beslag mogelijk op medische gegevens als de financiële gegevens niet toereikend zijn. Het beslag is echter alleen rechtmatig als gelet op de inrichting van de administratie van de betrokkene een rich-

(Vervolg Voetnoot)

4.3.2. Toestemming

De beperkingen van art. 98 Sv. gelden niet als door de verschoningsgerechtigde toestemming is verleend tot het negeren daarvan.

Het lijkt erop dat in het algemeen door de Hoge Raad snel wordt aangenomen dat in inbeslagneming is toegestemd of dat een woning niet "tegen de wil" van de bewoner (art. 120 Sv.) is betreden (145). Wanneer het gaat om de vraag of door de verschoningsgerechtigde toestemming is verleend lijkt de Hoge Raad echter strenge eisen te stellen.

In 1986 achtte de Hoge Raad voor een in beslagneming onder een advocaat toestemming door zijn kantoorgenoot (eveneens advocaat) onvoldoende (146). De toestemming moet, aldus de Hoge Raad uitdrukkelijk, verleend worden door de geheimhouder zelf of door een persoon, die verklaart gemachtigd te zijn tot het verlenen van toestemming. Uit dit arrest blijkt ook dat het gaat om toestemming door degene die zelfstandig het verschoningsrecht heeft. De kantoorgenoot had ongetwijfeld een afgeleid verschoningsrecht. Dit was echter niet voldoende.

In de Terp zaak overwoog het Gerechtshof dat tot het geven van toestemming voor de inbeslagneming van medische en verpleegkundige bescheiden alleen verdachte (de ex-behandelend arts) of zijn opvolger - medicus - in de Terp bevoegd was. De algemeen directeur van het verzorgingstehuis, een directrice en een broeder waren dat niet.

(Vervolg Voetnoot)
tige belastingheffing te zijnen aanzien in redelijke mate niet mogelijk is zonder dat de inspecteur kennis neemt van de gegevens. HR 1 mei 1957, BNB 1957/795 en HR 23 januari 1965, NJ 1965, 388. Verburg (1985), 36.

(145) Vellinga-Schootstra, 43. Zie ook noot 136.

(146) HR 25 november 1986, NJ 1987, 513.

De Rechtbank Almelo (147) daarentegen overwoog in een uitspraak van 1986 dat de Officier van Justitie niet op onrechtmatige wijze de beschikking had gekregen over FONA-materiaal dat hem door de geneesheer-directeur van het ziekenhuis ter beschikking was gesteld. Indien men ervan uitgaat dat het materiaal dat de FONA-commissie verzamelt (afgeleid), onder het beroepsgeheim van de behandelende beroepsbeoefenaren valt en voorts, dat de geneeskundig directeur slechts een afgeleid en niet een zelfstandig verschoningsrecht heeft (beide veronderstellingen zijn dunkt mij juist) dan strijdt deze beslissing dus met de zojuist genoemde uitspraak van de Hoge Raad van 25 november 1986.

Nu plaatst het strenge beginsel van het arrest van 25 november 1986 de functionaris die in de ziekenhuissituatie, met toestemming, gegevens in beslag wil nemen voor formidabele problemen. De medische gegevens zijn vaak verzameld door en worden bewaard door verschillende beroepsbeoefenaren en hun assistenten, die waarschijnlijk allen een zelfstandig of een afgeleid verschoningsrecht hebben. Eerst moet worden uitgemaakt wie van de functionarissen een zelfstandig en wie een afgeleid verschoningsrecht heeft. Voorts moet worden uitgemaakt welke zelfstandige verschoningsgerechtigden toestemming zouden moeten geven. Het is verleidelijk dan maar met toestemming gegeven door de centrale medische figuur, de geneeskundig directeur, al heeft hij een afgeleid verschoningsrecht, genoegen te nemen. Toch is dit, naar ik meen, niet juist.

Het is nodig dat toestemming wordt verleend door een zelfstandig verschoningsgerechtigde en dat is in een ziekenhuis een behandelend arts (of een andere beroepsbeoefenaar met een zelfstandig verschoningsrecht). Vaak is het niet erg interessant of iemand, bijvoorbeeld een paramedisch beroepsbeoefenaar, een zelfstandig of een afgeleid beroepsgeheim heeft. Hier is dit van wezenlijk belang.

---

(147) Rechtbank Almelo 5 april 1986, TvGR, 1987/12.

Het lijkt mij echter een te zware eis dat alle beroepsbeoefenaren met een zelfstandig verschoningsrecht die bij de behandeling en de gegevensverzameling betrokken zijn (geweest) voor hun deel van de gegevens (welk dat ook is) moeten instemmen. Dat stelt de inbeslagnemende functionaris voor onoverkomelijke problemen. Voldoende is naar ik meen dat de opsporingsambtenaar de behandelend arts die ten tijde van de inbeslagneming in hoofdzaak verantwoordelijk is voor de behandeling opzoekt. Toestemming door de arts die aan deze functionaris meldt dat hij verantwoordelijk is voor de behandeling, is naar ik meen nodig, maar ook voldoende voor inbeslagneming van de door deze arts aangewezen geschriften. Wanneer (later) mocht blijken dat (ook) anderen (artsen of andere beroepsbeoefenaren met een zelfstandig verschoningsrecht) verantwoordelijk zijn voor de behandeling en dat de medische gegevens mede door hen werden gehouden, maakt dat de in beslagneming niet onrechtmatig.

Het gaat in art. 98 Sv. - de tekst bepaalt dit uitdrukkelijk - om toestemming door de verschoningsgerechtigde, niet om toestemming door de patiënt of cliënt. Niettemin, omdat de mogelijkheden tot in beslagneming onder de beroepsgeheimhouders op grond van art. 98 Sv. zijn gekoppeld aan het verschoningsrecht, rijst ook hier de vraag welke rol de wil van de patiënt speelt.

Het gaat hier in beginsel om dezelfde vragen als bij het verschoningsrecht. Ik verwijs naar paragraaf 4.2. De antwoorden moeten dus in beginsel dezelfde zijn. Dit betekent dat indien de patiënt verklaart geen bezwaar te hebben tegen de inbeslagneming, de beroepsbeoefenaar niettemin gerechtigd is niet met inbeslagneming in te stemmen (ook als het gaat om gegevens die werkelijk alleen de toestemmende patiënt betreffen). Anderzijds indien de patiënt niet instemt met de inbeslagneming, zou indien men de vraag op dezelfde manier oplost als dezelfde vraag met betrekking tot het verschoningsrecht, de arts mogen toestemming in de inbeslagneming indien hij in redelijkheid kan menen daarvoor een "goede reden" te hebben (Hoge Raad 1987) respectievelijk indien sprake is van een noodtoestand (die noopt tot overtreding van art. 272 Sr.).

Toch zou ik wat dit betreft de lijn van art. 218 naar art. 98 Sv. niet geheel willen doortrekken. De artikelen behelzen enigszins andere onderwerpen en zijn ook enigszins anders geformuleerd. Bij de getuige staat voorop de verplichting te verschijnen en wel te spreken. De verschoningsgerechtigde kan zich van het getuigen verschonen. Bij de inbeslagneming staat ingevolge art. 98 Sv. voorop de regel dat bij verschoningsgerechtigden inbeslagneming niet (of slechts beperkt) plaatsvindt. Slechts met hun toestemming is dit anders.

Bovendien kan het uit handen geven van schriftelijke gegevens voor de patiënt/cliënt bezwarender zijn dan het afleggen van een getuigenverklaring. Tijdens een getuigenverhoor kan veel gemakkelijker door de beroepsbeoefenaar de juiste afweging tussen geheimhouding en waarheidsvinding gevonden worden die bijvoorbeeld kan leiden tot een beperkt beroep op de het verschoningsrecht. In de klassieke gevallen van doorbreking van het beroepsgeheim op grond van noodtoestand (de epileptische buschauffeur) is de beperkte inbreuk door een mondelinge verklaring voldoende. Het afgeven van patiëntengegevens is niet nodig.

Ik meen daarom dat, indien de patiënt niet accoord gaat met in beslagneming, vrijwel nooit de verschoningsgerechtigde gerechtigd zal zijn daartoe toestemming te verlenen en zeker niet in andere omstandigheden dan die noodtoestand opleveren. Ik denk dat in de praktijk tegen deze regel wel eens gezondigd wordt en dat, wanneer justitie zich meldt de verschoningsgerechtigde op eigen kracht (dat wil zeggen zonder ruggespraak met de patiënt) al te snel al dan niet met inbeslagneming accoord gaat.

4.3.3. Zeer uitzonderlijke omstandigheden

Men kan het navrant vinden dat in een zaak als de Terp zaak waarin een arts van ernstige misdrijven (148) op zijn patiënten werd verdacht, het de arts toch vrijstond met een

---

(148) Zie echter over de maatschappelijke betekenis van de juridische kwalificatie moord in een zaak als De Terp zaak: mede-preadviseur H.R.G. Feber, pag. 5-7.

beroep op zijn beroepsgeheim (verschoningsrecht) dat toch in het belang van de patiënten en niet in dat van de artsen is geschapen, beslaglegging op medische gegevens tegen te houden en zo - tegen het belang van de patiënten in, zou men zeggen - zichzelf te beschermen.

Toch is juist dat in de Nederlandse jurisprudentie en literatuur de heersende leer is dat art. 98 Sv. ook geldt als de verschoningsgerechtigde zelf verdachte is (149). Met die leer kan men ook veelal wel vrede hebben. Als onthulling van gegevens niet in het belang van de patiënt is en als dit hem zelfs schaden kan, waarom zou hij dan, mèt zijn arts, onder onthullingen moeten lijden, die het gevolg zijn van een tegen die arts (bijvoorbeeld wegens een fraude) ingestelde strafvervolging? Zie de dragende overweging van het standaardarrest van de Hoge Raad van 1950 (over een advocaat-verdachte) dat de in art. 98 Sv. voortvloeiende beperking van de bevoegdheid tot in beslagneming "haar grond vindt, niet in het belang van den tot verschoning bevoegde, doch in de bescherming van degenen die, vertrouwende op zijn verplichting tot geheimhouding, hun aangelegenheden aan hem toevertrouwden;". Zie ook de noot van Pompe onder het arrest waarin voorkomt: "in de dossiers van den advocaat - verdachte kunnen evengoed geheimen voorkomen, welke cliënten wensen geheim te houden, als in die van den advocaat die geen verdachte is".

Echter, indien het delict tegen de patiënt is gepleegd en zeker indien de patiënt zelf instemt met inbeslagneming of daar zelfs op aandringt is de leer, naar ik meen, zeker als het gaat om een ernstig misdrijf, niet aanvaardbaar. Nu kent het Nederlandse recht tegenwoordig een uitzondering op de regel dat zonder toestemming van de verschoningsgerechtigde de hand moet worden gehouden aan art. 98 Sv. In de Terp zaak verwees het Gerechtshof daarnaar in de overweging:

---

(149) HR 10 oktober 1950, NJ 1951, 356 en de hierna in deze paragraaf genoemde arreste Vellinga-Schootstra, 173; Verburg (1985), 36; Minkenhof, 125.

> "Nu ten tijde van die inbeslagnemingen de verdenking zich beperkte tot overtreding van art. 225 Sr. door J (de broeder, B.S.), deed zich niet voor een zozeer uitzonderlijke omstandigheid van maatschappelijk belang, dat in strijd met het in art. 98 Sv. bepaalde mocht worden gehandeld."

Deze overweging sloot aan bij het ongeveer een maand tevoren door de Hoge Raad gewezen arrest van 14 oktober 1986 (150). Daarin overwoog de Hoge Raad:

> "Evenwel laten zich zeer uitzonderlijke omstandigheden denken waarin het belang dat de waarheid aan het licht komt - ook ten aanzien van datgene waarvan de wetenschap aan de in art. 98 Sv. bedoelde personen als zodanig is toevertrouwd - meebrengt dat de onder 4.1.2. bedoelde schending (van het beroepsgeheim van de betrokken advocaat, B.S.) mag plaatsvinden."

Dit arrest is weer gevolgd op het befaamde civiele arrest van de Hoge Raad over het verschoningsrecht van de notaris, waarin al een overweging voorkomt dat in zeer uitzonderlijke gevallen het belang van de waarheidsvinding moet prevaleren boven het verschoningsrecht (151).

De uitzondering van de "uitzonderlijke omstandigheden" werd in 1982 reeds verdedigd door Vellinga-Schootstra, pag. 176. Zij verwierp toen een andere mogelijke oplossing, namelijk: art. 98 Sv. geldt niet als de verschoningsgerechtigde de verdachte is, maar de in beslag genomen gegevens mogen dan niet gebruikt worden tegen de cliënten van de verschoningsgerechtigde. Als bezwaar tegen deze laatste oplossing

---

(150) HR 14 oktober 1986, NJ 1987, 490. Evenzo: HR 20 juni 1988, DD 88.439 en Advocatenblad 1988, 499, met nt. F. van Schaik.

(151) HR 1 maart 1985, NJ 1986, 173 met nt. WLH onder nummer 176.

voerde hij zelf, terecht, aan dat moeilijk te controleren is of die gegevens misschien, zonder dat dit behoeft te blijken, toch gebruikt worden.

De Hoge Raad heeft niet aangegeven wanneer van "zeer uitzonderlijke omstandigheden" sprake is. Men moet ervan uitgaan dat dit het geval is als de verschoningsgerechtigde van een (zeer) ernstig misdrijf wordt verdracht. In die zin hebben Vellinga-Schootstra, de A.G. Meijers (in zijn conclusie voor het arrest van 14 oktober 1986) en G.E. Mulder (in zijn noot onder het Terp arrest) zich uitgelaten (152).

Uitgaande van de gedachte dat het beroepsgeheim, naar de jurisprudentie van de Hoge Raad leert wel niet geheel een "recht van de patiënt" is, maar toch in het leven is geroepen om zijn belang (en dat van patiënten in het algemeen) te dienen, lijkt het mij van belang dat bij het beoordelen van de vraag of "zeer uitzonderlijke omstandigheden" zich voordoen sterk op het belang en op de houding van de patiënt wordt gelet. Indien hij met in beslagneming instemt en zeker indien het delict tegen hem is gepleegd, zal, meen ik, al spoedig van "zeer uitzonderlijke omstandigheden" sprake zijn.

Indien de patiënt dit wil kan hij overigens in het huidig tijdsgewricht zorgen dat de patiëntengegevens op tafel komen en door hem in handen van justitie worden gesteld. Hij kan immers gebruik maken van zijn inzagerecht dat hem door de jurisprudentie, thans ook van de Hoge Raad is toegekend en dat hem recht geeft op afschriften van zijn patiëntengegevens (153). (Het kan natuurlijk goed zijn dat

---

(152) Meijers schrijft in zijn conclusie dat bij het beoordelen van de ernst van het misdrijf op de nobilitas van het officium van de arts moet worden gelet. Vgl. ook Vranken, preadvies 1986, 62; Verburg (1985), 30 en Leijten in NJB 1986, 709.

(153) HR 2 december 1988, RvdW 1988, nr. 210.

Voorontwerp van Wet op de Geneeskundige Behandelingsovereenkomst, art. 1653 k, zie TvGR 1988, pag. 25-29. Zie voor literatuur Leenen, 233-238 met literatuuropgave.

op deze manier minder gegevens beschikbaar komen dan door een huiszoeking.)

Maar wat, als de patiënt (het kan zijn - en dat maakt de kwestie extra pijnlijk - door toedoen van de verdachte arts) overleden is? Dan kan hij zelf niet meer instemmen met inbeslagneming. Hij kan zelf ook niet meer gebruik maken van zijn inzagerecht, terwijl anderzijds het beroepsgeheim ook na de dood blijft bestaan (154).

Het is duidelijk dat er omstandigheden moeten zijn waarin de geheimhouder na de dood verplicht is patiëntengegevens af te geven. Deze omstandigheden doen zich bijvoorbeeld voor indien een levensverzekering gesloten is en een onderzoek naar de doodsoorzaak (al dan niet een door de voorwaarden uitgesloten zelfmoord) bijvoorbeeld, nodig is. Die omstandigheden doen zich zeker ook voor als de beroepsgeheimhouder verdacht wordt van een delict tegen de overledene. Kan men wellicht volhouden dat het recht van de patiënt toestemming te geven voor het doorbreken van het beroepsgeheim en het inzagerecht van de patiënt (wellicht in verkorte vorm) vererven? Dit is, hoewel behoudens uitzonderingen slechts vermogensrechten vererven, waarschijnlijk verdedigbaar. Of verkrijgen de nabestaanden wellicht een eigen recht op inzage (dat beperkter is dan het inzagerecht van de overledene?) en een dergelijk (beperkt) toestemmingsrecht? Ik had niet meer de tijd deze vragen nader te onderzoeken (155).

Doorbreking van het beroepsgeheim is in het geval de nabestaanden een zeer groot belang hebben bij openbaring van de gegevens ook te baseren op noodtoestand.

---

(154) De Brauw, red., 29: de zwijgplicht wordt door de dood van de patiënt niet opgeheven. Het oordeel van de omgeving van de overledene kan niet in de plaats worden gesteld van een door de patiënt gegeven toestemming; Leenen, 201. Volgens Leenen kan in geval van rechtmatige belangen van de nabestaanden de toestemming van de overledene het beroepsgeheim te doorbreken worden verondersteld.

(155) Ik verwijs naar Asser-Meijers-Van der Ploeg (Erfrecht) (1988), 270-276, waar verschillende aanknopingspunten te vinden zijn.

In elk geval zal als de patiënt overleden is en vermoed wordt dat door een functioneel verschoningsgerechtigde een delict tegen de overledene is begaan ook bij gebreke van toestemming van hemzelf of nabestaanden spoedig van "zeer uitzonderlijke omstandigheden" in de zin van het arrest van 14 oktober 1986, sprake zijn.

4.3.4. FONA gegevens

Een vraag die herhaaldelijk wordt gesteld is of FONA (meldingscommissie) gegevens in beslag genomen kunnen worden. Men kan natuurlijk niet geheel uitsluiten dat de FONA-gegevens mede grondslag worden voor het oordeel van de strafrechter, ook als deze gegevens onder het beroepsgeheim vallen. Immers, met toestemming van de zelfstandig verschoningsgerechtigde kunnen alle gegevens in beslag worden genomen. Anderen kunnen deze toestemming echter niet geven. Zie hiervoor, par. 4.3.2.

Met de meeste andere schrijvers ben ik van mening dat de FONA-gegevens inderdaad onder de (afgeleide) zwijgplicht en het (afgeleide) verschoningsrecht van de behandelende artsen vallen, zodat zij (natuurlijk, behoudens, ook in dit geval, de "zeer uitzonderlijke omstandigheden") niet zonder toestemming van de zelfstandig verschoningsgerechtigde in beslag genomen kunnen worden (156).

Bij het beantwoorden van de vraag of "zeer uitzonderlijke omstandigheden" zich voordoen mag naar ik meen een - geheimhoudende - invloed worden toegekend aan het belang van het goed functioneren van de FONA (meldingscommissies), dat het zeer ongewenst maakt dat op preventie van fouten gerichte resultaten van dat FONA onderzoek ter beschikking

---

(156) De Brauw, red. 70-73 (in geval van een procedure zal door een lid van een FO commissie in beginsel een beroep op zijn afgeleid verschoningsrecht mogen worden gedaa In Medisch Contact 1987, 531 gaat P.J.W. de Brauw een stap verder en schrijft dat h opvragen van de FONA-rapportage onrechtmatig is. Dit nu lijkt mij onjuist. Het vrag staat vrij. Zie voorts Beets, 188-189; W.R. Kastelein, Medisch Contact 1986, 1208-120 H.D.C. Roscam Abbing, TvGR 1987, 12.

van opsporende instanties komen. (Het gaat mij hier louter om hetgeen de FONA commissie (aan onderzoek en aan beoordelende opinies bijvoorbeeld) toevoegt aan de medische gegevens die elders in het ziekenhuis in het patiëntendossier berusten. Op de patiëntengegevens zelf zijn de eerder besproken regels van toepassing.) Ik geloof niet dat het nodig is een wettelijke regeling van de geheimhouding van de FONA gegevens in het leven te roepen, om het behoorlijk functioneren van de commissies (door voldoende meldingen) te beschermen. Volgens Kastelein verdient dit overweging en Beets is er sterk voor geporteerd. Met H.D.C. Roscam Abbing, meen ik dat men met de huidige rechtsregels - mits goed gehanteerd! - uit de voeten kan (157).

4.3.5. Andere dwangmiddelen

Ook gebruikmaking van andere dwangmiddelen dan inbeslagneming kan bewijs voor het Openbaar Ministerie opleveren. In de eerste plaats kan de Rechter-Commissaris derden vragen gegevens uit te leveren (art. 105 Sv.). Aan een bevel tot uitlevering behoeven functioneel verschoningsgerechtigden (en, in dit geval ook, uit andere hoofde verschoningsgerechtigden) niet te voldoen. (Art. 106 Sv.) In de tweede plaats is de telefoondienst (op grond van art. 125f Sv) verplicht aan justitie inlichtingen te geven. Ook in dit geval zijn de artt. 217-219 Sv. van toepassing. In derde plaats kan de Rechter-Commissaris een bevel geven tot het afluisteren van telefoongesprekken (art. 125g Sv.). Wat dit betreft is een op een verschoningsrecht gebaseerde uitzondering niet in de wettekst opgenomen. De jurisprudentie heeft daar wèl in voorzien (158).

---

(157) Beets, 189 zou in de wettelijke regeling willen vastleggen dat FONA gegevens nooit in een strafzaak (en ook niet in een tuchtzaak) gebruikt zouden mogen worden.

(158) HR 10 april 1979, NJ 1979, 374.

5. SLOT

Het strafrechtelijk gezondheidsrecht vertoont (zelfs wanneer men euthanasie, zoals in dit preadvies, terzijde laat tal van interessante en lastige discussiepunten, die deels door geruchtmakende procedures in de laatste jaren, van aktuele betekenis zijn.

Over het beroepsgeheim is in de loop der decennia bijzonder veel geschreven en geprocedeerd. Toch blijven strafrechtelijke vragen over de reikwijdte van zwijgplicht en verschoningsrecht en de daarmee verband houdende mogelijkheden tot inbeslagneming, intrigeren. De consequenties van recente jurisprudentie van de Hoge Raad voor de gezondheidszorg, in het arrest van het Gerechtshof te Den Haag in De Terp zaak ten dele getrokken, vergen een grondige overdenking. Het gaat er daarbij vooral om in hoeverre het beroepsgeheim gelden blijft indien de arts verdachte is en verder welke de invloed van de patiënt is op het bewaren van dit geheim.

De betekenis van art. 255 Sr. (verlating van hulpbehoevenden) voor de gezondheidszorg is waarschijnlijk groter dan veelal wordt gedacht. De reikwijdte van het artikel voor de gezondheidszorg is in elk geval een nog niet afgedaan probleem. Dit laatste geldt ook voor het abortusartikel, art. 296 Sr. Daarvan kan men zich vooral afvragen of artikel 296 Sr. ook betrekking heeft op abortus op medische indicatie.

De regels van de artt. 307 en 308 Sr. (over dood en (zwaar) lichamelijk letsel door schuld) vormen een onderdeel van het civielrechtelijk, tuchtrechtelijk en strafrechtelijk samenstel van regels over de aansprakelijkheid van, beroepsbeoefenaren in de gezondheidszorg. Een vergelijking tussen de strafrechtelijke normen en de civielrechtelijke is interessant. In de paragraaf over dit onderwerp nam ik korte beschouwingen op met de strekking dat strafrechtelijke terughoudendheid meestal wijsheid betekent, maar dat inertie niet altijd te loven is.

In de laatste decennia is de strafwet op grote schaal overtreden door onbevoegde uitoefening van de geneeskunst (art.436 Sr.). Het delict is weinig vervolgd, maar toch heeft zich ook in de laatste tien jaar een levendige juris-

prudentie ontwikkeld, die toonde dat ook toen het wetsartikel geen dode letter was geworden. Het wetsontwerp BIG zal ook in strafrechtelijk opzicht het toneel sterk veranderen. Art. 436 Sr. zal niet meer van betekenis zijn. Nieuwe in de BIG opgenomen strafbepalingen zullen worden ingevoerd. Één daarvan, het belangrijke art. 109 lid 1 BIG, gericht tegen "ongekwalificeerden" moet sterk in heroverweging worden genomen.

Ook het wetsontwerp BOPZ zal strafrechtelijke veranderingen meebrengen. Één van de BOPZ strafbepalingen (art. 65) verdient een kritische nadere beschouwing door de wetgever.

Mijn hoop is dat dit preadvies door het geven van een zeker (niet volledig) overzicht van het terrein van het strafrechtelijk gezondheidsrecht en door het bespreken van een aantal op de gezondheidszorg toegespitste strafrechtelijke discussiepunten, een voldoende basis biedt voor de discussie in de vergadering.

Mr. H.R.G. Feber

DE GEZONDHEIDSZORG EN HET STRAFRECHT

Het beleid van het openbaar ministerie bij de behandeling van strafzaken met medische aspecten

Preadvies voor de Vereniging voor Gezondheidsrecht

FEBRUARI 1989

INHOUDSOPGAVE

1. INLEIDING.

2. ALGEMENE UITGANGSPUNTEN VAN VERVOLGINGSBELEID.

3. ENIGE ALGEMENE BESCHOUWINGEN OVER HET O.M.-BELEID BIJ MEDISCHE DELICTEN.

4. PROBLEMATIEK TEN AANZIEN VAN DE STRAFMAAT EN DE TOEPASSING VAN VOORLOPIGE HECHTENIS BIJ MEDISCHE DELICTEN.

5. IETS OVER DE (ON)MOGELIJKHEID VAN DOSSIERONDERZOEK TEN AANZIEN VAN MEDISCHE DELICTEN.

6. DE RESULTATEN VAN EEN ENQUETE BIJ DE 19 ARRONDISSEMENTSPARKETTEN.
   6.1. Medische specialisatie op de parketten;
   6.2. de meest voorkomende medische strafzaken op de parketten bezien vanuit de optiek van de noodzaak van medische deskundigheid van de behandelend Officier van Justitie;
   6.3. medische deskundigheid bij de strafrechtelijke beoordeling van euthanasiezaken;
   6.4. bewijsrechtelijke problematiek bij de strafrechtelijke afhandeling van kunstfouten en "medische" levensdelicten;
   6.5. het bestaan van O.M.-vervolgingsrichtlijnen c.q. beleidsuitgangspunten bij de behandeling van medische strafzaken in het bijzonder euthanasiezaken;
   6.6. het regerings-euthanasie-wetsontwerp 20383;
   6.7. O.M.-overleg over medische strafzaken.

7. HET SAMENSPEL TUSSEN HET O.M. EN HET STAATSTOEZICHT OP DE VOLKSGEZONDHEID. STRAF- OF TUCHTRECHTELIJKE BEHANDELING VAN MEDISCHE STRAFZAKEN?

8. TOEPASSING VAN MEDISCH TUCHTRECHT EN STRAFRECHT IN VERBAND MET HET "NE BIS IN IDEM BEGINSEL".

9. SLOTBESCHOUWING.

HET BELEID VAN HET OPENBAAR MINISTERIE BIJ DE BEHANDELING VAN STRAFZAKEN MET MEDISCHE ASPECTEN. *

1. INLEIDING.

Toen mede-preadviseur Sluyters mij verzocht voor de Vereniging voor Gezondheidsrecht een bijdrage te leveren aan een preadvies over "De gezondheidszorg en het strafrecht" hebben wij een taakverdeling gemaakt, waarbij de inbreng van ieder van ons sterk bepaald zou worden door zijn beroepsmatige achtergrond.
Sluyters zou het onderwerp meer theoretisch-academisch benaderen, terwijl ik zou trachten het beleid van het Openbaar Ministerie bij de behandeling van medische strafzaken meer inzichtelijk te maken.
Alvorens dit meer specialistische terrein te betreden zou ik kort willen beschrijven, hoe in het algemeen binnen het O.M. beleidsvorming bij de vervolging van strafbare feiten tot stand komt. Vervolgens zou ik willen nagaan, of en in hoeverre mechanismen die bij deze beleidsvorming gehanteerd worden ook toegepast kunnen worden op de behandeling van medische strafzaken. Indien zulks het geval zou blijken te zijn, zou ik een aantal aanbevelingen willen doen over de wijze, waarop dit beleid binnen het O.M. gestalte zou kunnen krijgen.
Het aantal aanbevelingen zal vanzelfsprekend sterk bepaald worden door de mate, waarin medische delicten naar mijn oordeel in algemene O.M.-vervolgingsuitgangspunten kunnen worden ingepast.

2. ALGEMENE UITGANGSPUNTEN VAN VERVOLGINGSBELEID.

Het is nog slechts enkele decennia geleden dat het woord "beleid" in het O.M.-vocabulaire nagenoeg niet voorkwam, terwijl in de behandeling van individuele strafzaken ook nauwelijks enig beleid viel te ontdekken.

---

* De schrijver is Advocaat-Generaal bij het Gerechtshof te 's-Gravenhage, maar heeft deze bijdrage op strikt persoonlijke titel geschreven.

De meeste Officieren van Justitie gedroegen zich als koninkjes in eigen rijk en beslisten en requireerden in de hen toegedeelde strafzaken voornamelijk volgens eigen inzichten.
Indien deze zaken vervolgens aan de rechter werden voorgelegd, accentueerde deze nog eens zijn onafhankelijkheid door op de afdoening daarvan een heel persoonlijk stempel te drukken. Het gevolg hiervan was dat vergelijkbare strafzaken op diverse plaatsen in het land, soms zelfs binnen een arrondissement, op heel uiteenlopende manieren werden afgehandeld, hetgeen soms tot grote onbillijkheid en rechtsongelijkheid kon leiden. Geleidelijk aan won eerst bij de staande, in een later stadium ook bij de zittende magistratuur het idee terrein dat een dergelijke rechtsongelijkheid zou kunnen worden voorkomen, indien voor vergelijkbare strafzaken algemene uitgangspunten voor vervolgingsbeleid vooral op de strafmaat betrekking hebbend zouden worden vastgesteld.
Welke categorieën van delicten lenen zich nu voor een dergelijk beleid?
In het algemeen zijn dit delicten, waarvan de omschrijving een aantal onderling eenvoudig te vergelijken elementen bevat, terwijl de vergelijkbaarheid in de praktijk nog aanzienlijk zal worden vergroot, indien deze feiten op min of meer grote schaal worden gepleegd.
Daarnaast dient een passende reactie op een dergelijk strafbaar feit ook bijna geheel door de vrijwel objectief te meten ernst daarvan te kunnen worden bepaald. Andere benaderingscriteria zoals de persoonlijkheid van de dader zullen dan ook slechts een zeer bescheiden rol mogen spelen.
Voorbeelden hiervan zijn massaal gepleegde verkeersovertredingen en bij de misdrijven vooral de alcohol-verkeersdelicten die door het O.M. middels richtlijnen, waarin als uitgangspunt voor het requisitoir standaardstraffen zijn opgenomen worden afgedaan.
Een andere karakteristiek van deze strafbare feiten is dat de delictsomschrijving in het algemeen inhoudt, dat nog geen slachtoffers zijn gevallen. De bijvoorbeeld in de verkeerswetgeving vervatte normen zijn juist ter voorkoming van slachtoffers opgesteld. De ernst van het aan deze slachtoffers toegebracht leed is in het algemeen geen factor van betekenis bij de bepaling van de strafmaat.
Het spiegelbeeld van bovengenoemde strafbare feiten wordt gevormd door levensdelicten, bij de afdoening waarvan de strafmaat in hoge mate door de persoonlijkheid van de dader, zijn intentie bij het plegen van het delict en zijn persoonlijke omstandigheden wordt bepaald.

Hier is dus wel sprake van een slachtoffer: de strafmaat wordt dan ook sterk beïnvloed door het leed dat in iedere individuele strafzaak aan het slachtoffer is toegebracht.

3. ENIGE ALGEMENE BESCHOUWINGEN OVER HET O.M.-BELEID BIJ MEDISCHE DELICTEN.

Bij welke categorie strafbare feiten kunnen medische strafzaken uitgaande van bovengenoemde criteria worden ingedeeld?
Ik zou deze categorie willen omschrijven als "strafbare feiten gepleegd door medische beroepsbeoefenaars uit hoofde van dat beroep of waartoe zij door hun beroepsuitoefening in staat zijn gesteld".
Verdere specificatie is naar mijn mening niet goed mogelijk. Uitgaande van bovengenoemde definitie kunnen medische beroepsbeoefenaars de volgende strafbare gedragingen begaan, waarbij ik mij beperk tot die strafbepalingen uit het Wetboek van Strafrecht, ten aanzien waarvan een niet te verwaarlozen kans bestaat, dat deze categorie personen daarmee zal worden geconfronteerd.
In artikelsgewijze volgorde noem ik hier de volgende misdrijven:

- art. 195 Sr.: uitoefening van een recht ondanks ontzetting;
- artt. 228 en 229 Sr.: het opmaken van een valse geneeskundige (overlijdens-) verklaring;
- art. 249 Sr. lid 2 sub 2°: ontucht met misbruik van gezag als geneeskundige;
- art. 255 Sr.: in hulpeloze toestand brengen;
- art. 272 Sr.: schending van het beroepsgeheim;
- art. 282 Sr.: opzettelijke vrijheidsberoving (eventueel mogelijk in de psychiatrie)
- art. 283 Sr.: culpose vrijheidsberoving;
- art. 287 Sr.: doodslag;
- art. 289 Sr.: moord (onder dit artikel kunnen ook "onvrijwillige" euthanasie en het doden van een levensvatbare vrucht worden gebracht);
- art. 293 Sr.: levensberoving op verzoek:
- art. 294 Sr.: hulp bij zelfmoord
  (onder deze twee delictsomschrijvingen valt de "vrijwillige" euthanasie);
- art. 296 Sr.: abortus;

- art. 307 Sr.: dood door schuld;
- art. 308 Sr.: zwaar lichamelijk letsel door schuld;
  (deze twee artikelen zijn vooral van belang bij de strafrechtelijke beoordeling van kunstfouten).

Daarnaast noem ik de overtredingen:
- art. 436 Sr.: het onbevoegd een beroep uitoefenen;
- art. 450 Sr.: verlating van hulpbehoevenden.

Uit dit overzicht blijkt dat medische beroepsbeoefenaars zich uit hoofde van hun beroep of daartoe door dat beroep in staat gesteld kunnen schuldig maken aan een aantal zeer uiteenlopende misdrijven en enkele overtredingen uit het Wetboek van Strafrecht, terwijl de delictsomschrijvingen de meest uiteenlopende belangen beogen te beschermen. Vrijwel nooit is sprake van veelvuldig voorkomende onderling goed vergelijkbare delicten. De persoon van de dader, zijn intenties en persoonlijke omstandigheden zijn veelal mede bepalend voor de strafmaat. Bij een aantal misdrijven die ook beroepsmatig door medici gepleegd kunnen worden - ik denk hier aan overtreding van de artikelen 249, 255, 282, 283, 287, 289 en in het bijzonder de artikelen 307 en 308 van het Wetboek van Strafrecht - wordt de ernst van het verwijt en dus ook de strafmaat sterk beïnvloed door het leed dat is toegebracht aan de slachtoffers of hun nabestaanden.
Uit het voorgaande blijkt dat "medische delicten" zich in het algemeen niet goed lenen voor een op algemene beleidsuitgangspunten gebaseerde aanpak door het Openbaar Ministerie.

4. PROBLEMATIEK TEN AANZIEN VAN DE STRAFMAAT EN DE TOEPASSING VAN VOORLOPIGE HECHTENIS BIJ MEDISCHE DELICTEN.

Voor het O.M. is in een aantal medische strafzaken nog een andere hindernis aanwezig om tot een consistent vervolgingsbeleid te komen en dit betreft de strafmaat. Dit geldt vooral in de vrij uitzonderlijk voorkomende gevallen dat medische beroepsbeoefenaars - ik denk hierbij vooral aan artsen of verpleegkundigen - uit hoofde van hun beroep met Justitie in aanraking komen wegens vermoedelijke overtreding van art. 289 Sr.: "moord" het ernstigste misdrijf dat het Wetboek kent.

Dit misdrijf wordt bedreigd met levenslange gevangenisstraf terwijl ingevolge het bepaalde in art. 67a lid 2 sub 1° voor dit delict ook bij first offenders voorlopige hechtenis is toegelaten. Bij dit soort beroepsmatig gepleegde feiten gaapt echter zulk een vrijwel onoverbrugbare kloof tussen de bijzonder zware strafrechtelijke kwalificatie enerzijds, anderzijds de feitelijke gebeurtenissen die onder deze kwalificatie schuil gaan en de persoonlijke motieven van de arts of verpleegkundige die dit strafbare feit begaat, dat de Officier van Justitie en de rechter aan wie zulk een zaak wordt voorgelegd de grootste moeite hebben om uitgaande van traditionele strafmaat-criteria enig houvast te vinden voor de juist in die zaak op te leggen strafmaat. Vooral het O.M. heeft dan enige moeite om zich bij de behandeling van dergelijke medische zaken los te maken van de denkpatronen die traditioneel bij zeer ernstige levensdelicten ten aanzien van de strafmaat worden gehanteerd.
Ik zal trachten het voorgaande te verduidelijken aan de hand van een tweetal voorbeelden:
In april 1985 werd een Haagse huisarts aangehouden verdacht van moord op meerdere bejaarde patiënten, gepleegd in de jaren 1983 en 1984 in het Haagse verzorgingstehuis "De Terp". Het onder de kwalificatie "moord" aan de arts gemaakte verwijt was dat hij telkens ingevolge een daartoe tevoren gemaakt plan het leven van deze bejaarden had beëindigd zonder dat zij daarin (behoorlijk) waren gekend.
Na een eis van acht jaren gevangenisstraf met aftrek van voorarrest - de arts had toen al enige maanden in voorarrest doorgebracht - door de Officier van Justitie werd de arts op 6 augustus 1985 wegens onder meer "moord, meermalen gepleegd" tot een jaar gevangenisstraf veroordeeld.
Mijn ambtgenoot bij het Haagse Gerechtshof eiste na door de arts en de Officier van Justitie ingesteld hoger beroep terzake eenzelfde kwalificatie vier jaren gevangenisstraf, waarna dit Hof de arts op 12 november 1986 wegens onrechtmatige bewijsgaring door het Openbaar Ministerie - ook van de door hem erkende valsheid in geschrifte in de overlijdensverklaringen van desbetreffende patiënten - vrijsprak.
De Terp-zaak is een typisch voorbeeld van een medische strafzaak, waarin een zeer grote discrepantie bestond tussen de juridische kwalificatie "moord" en de psychologische invulling daarvan: vileine persoonlijke motieven van de arts om het leven van de bejaarden te beëindigen konden volstrekt niet worden aangetoond.

Het Openbaar Ministerie zocht in zijn requisitoir kennelijk meer aansluiting bij de kwalificatie "moord" en het belang van algemene preventie en maatschappijbeveiliging: er diende een waarschuwing aan de artsen in den lande gegeven te worden dat zij nimmer lichtvaardig het leven van hun patiënten mochten beëindigen. Meer dan zulks bij het Openbaar Ministerie het geval was legde de rechtbank bij de straftoemeting de nadruk op de persoonlijke motieven van de verdachte. Deze overwoog daartoe "dat de bewezen verklaarde feiten juridisch gekwalificeerd moeten worden als moord, maar de gebruikelijke motieven ontbreken geheel. Het gaat hier om medische thanasie op een aantal bejaarde, ernstig zieke mensen, waar de verwanten op een enkele uitzondering na, vrede mee hadden".
Uit deze casus blijkt dat in de uitzonderlijke gevallen dat medici beroepsmatig van levensdelicten worden verdacht Openbaar Ministerie en rechter niet kunnen terugvallen op de oude en vertrouwde strafmaat-denkpatronen bij dit soort delicten, waardoor deze strafmaat in eis en vonnis soms onevenredig grote verschillen vertoont.
Het bovenstaande komt nog sprekender tot uiting in het geval van de Haagse gynaecoloog die er van werd verdacht op 26 februari 1986 abortus te hebben gepleegd op een levensvatbare vrucht: de gynaecoloog werd hiervoor door de Haagse rechtbank wegens "moord" tot een geheel voorwaardelijke gevangenisstraf van een jaar veroordeeld [1]). Ook hier waren de gebruikelijke moord-motieven geheel afwezig, waardoor het verband met de gebruikelijke strafmaat-uitgangspunten vrijwel geheel verloren was gegaan.
Het voorgaande illustreert duidelijk dat het ook wat betreft het straftoemetingsbeleid juist bij medische delicten complicaties kunnen ontstaan, die het moeilijk maken om algemene uitgangspunten te formuleren.
Dit verschijnsel doet zich vooral voor bij medische delicten, vallend onder de categorie "misdrijven tegen het leven gericht" maar kan zich ook manifesteren bij de veel meer voorkomende overtredingen door een medisch beroepsbeoefenaar van de artikelen 307 en 308 Sr.: bij kunstfouten door artsen en verpleegkundigen is de verwijtbaarheid zo individueel bepaald en zijn de casuspostities dikwijls zo verschillend dat het - anders dan bij verkeersdelicten die ook op grond van deze artikelen vervolgd kunnen worden - vrijwel onmogelijk is algemene strafmaatuitgangspunten vast te stellen.

Bij de beoordeling van medische levensdelicten kunnen het traditionele strafrechtelijke en het medisch-ethische denken soms zelfs haaks op elkaar staan. Het strafrechtelijk verwijt "moord" is aanzienlijk zwaarder dan een aanklacht wegens "doodslag". Een medisch tuchtcollege zou echter aanzienlijk zwaarder tillen aan het gedrag van de Terp-arts en van eerdergenoemde gynaecoloog indien zij de hen verweten feiten niet ingevolge een vooraf gemaakt plan, maar in een plotselinge opwelling zouden hebben gepleegd.
De onmogelijkheid om beleidsuitgangspunten ten aanzien van medische "levensdelicten" te formuleren en de daaruit voortvloiende onvoorspelbaarheid van de strafmaat brengt naar mijn mening ook met zich mee dat de rechterlijke macht in dit soort gevallen uiterst terughoudend dient te zijn bij het toepassen van voorlopige hechtenis.
Hoewel delicten als "moord" en "doodslag" op zich ingevolge het bepaalde in art. 67 lid 2 sub 1° [2]) toepassing daarvan mogelijk maken is juist deze onvoorspelbaarheid van de strafmaat reden om niet door het vorderen van voorlopige hechtenis een voorschot te nemen op de uiteindelijk op te leggen straf. Bovendien dient de Officier van Justitie die overweegt om voorlopige hechtenis te vorderen zich er van bewust zijn dat toepassing hiervan terzake een beroepsmatig gepleegd delict juist voor artsen bijzonder schadelijk kan zijn voor het verdere verloop van hun medische loopbaan. Er is tenslotte nog een andere meer opportunistische grond om met voorlopige hechtenis voor medici zeer zorgvuldig om te gaan: schadeclaims door medici terzake ten onrechte ondergane voorlopige hechtenis op grond van het bepaalde in art. 89 Sv. ingediend kunnen bijzonder hoog oplopen. Juist dit soort zaken maakt de noodzaak voor de Officier van Justitie om soms in een bijzonder vroeg stadium - nog voor dat hij besluit tot een vordering tot inbewaringstelling - in individuele medische strafzaken advies te vragen aan de Inspecteur voor de Volksgezondheid over de ernst van het verwijt dat de verdachte vanuit medisch-ethische optiek bezien kan worden gemaakt. Hoewel de Officier van Justitie uiteindelijk de te eisen strafmaat bepaalt en hiervoor zelf verantwoordelijk blijft is het verstandig indien hij bij de vaststelling daarvan ook de visie van deze Inspecteur over de medisch-ethische verwijtbaarheid van het handelen van de arts laat meewegen.

Wellicht is het hier ook de juiste plaats om op te merken dat de Officier van Justitie niet alleen met het zware geschut van de voorlopige hechtenis, maar ook met de lichtere ingreep van strafvervolging in medische zaken terughoudend dient om te gaan.
Sluyters merkt in zijn preadvies (2.9.8) terecht op dat de medische beroepsbeoefenaar zijn werk alleen dan goed kan doen als hij niet te grote risico's loopt dat hij na een beroepsongeval als een crimineel wordt behandeld. Zulks zou naar mijn mening zelfs zo bedreigend kunnen zijn, dat kunstfouten hierdoor in het leven worden geroepen.

Op grond van het bovenstaande kom ik tot de conclusie dat het formuleren van algemene uitgangspunten van strafrechtelijk beleid bij medische delicten - behoudens in euthanasiezaken: hierop kom ik later terug - een utopie is. Zoals ook uit de hierna te beschrijven enquête blijkt is het aantal bij de parketten in behandeling zijnde medische strafzaken ook te gering om op basis daarvan een algemeen beleid uit te stippelen. Bovendien valt dit soort zaken onder de meest uiteenlopende strafrechtelijke kwalificaties en gaan soms zelfs onder dezelfde kwalificatie de meest uiteenlopende strafrechtelijk gebeurtenissen schuil.
Daarnaast ligt bij de beoordeling van dit soort delicten de nadruk veelal zo sterk op de persoon en de motieven van de dader en op de aard van de schade ondervonden door het slachtoffer-patiënt of diens nabestaanden in individuele zaken dat ook al hierom een uniform vervolgingsbeleid vrijwel illusoir is.

5. IETS OVER DE (ON)MOGELIJKHEID VAN DOSSIERONDERZOEK TEN AANZIEN VAN MEDISCHE DELICTEN.

Hierboven is een overzicht gegeven van artikelen van het Wetboek van Strafrecht die ook, maar wel bij wijze van uitzondering door medische beroepsbeoefenaars overtreden kunnen worden: in het merendeel van de gevallen behoren de verdachten terzake overtreding van deze artikelen niet tot deze beroepsgroep. Moord en doodslag behoren meestal tot het domein van echte criminelen en ook schulddelicten zoals omschreven in de artikelen 307 en 308 Sr. worden voor het overgrote deel door verkeersovertreders gepleegd.

Dit gegeven schept een bijna onoverkomelijk probleem voor wetenschappelijk onderzoek naar de strafrechtelijke afdoening van medische delicten: een daarbij behorend dossieronderzoek loopt nagenoeg geheel vast op de wijze waarop dit soort zaken op de arrondissementsparketten wordt geadministreerd.
Bepalend is hier het overtreden artikel en de daarin opgenomen delictsomschrijving en niet de hoedanigheid van de overtreder. Op grond hiervan kunnen medische beroepsbeoefenaars niet uit de parketadministraties worden geselecteerd.
Mr. H.M. Beets, zeer onlangs gepromoveerd op het proefschrift : Aesculaap in de greep van Themis" met als ondertitel "De strafrechtelijke afwikkeling van kunstfouten en de invloed van het medisch tuchtrecht" [3]) kon slechts via een omweg de hand leggen op de op de parketten aanwezige dossiers die betrekking hadden op door medische beroepsbeoefenaars gepleegde overtredingen van de artikelen 307 en 308 Sr.
In art. 13c lid 1 onder a van de Medische Tuchtwet van 20 februari 1952 wordt bepaald dat afschriften van beslissingen van tuchtcolleges dienen te worden gezonden aan de Hoofdinspectie van het Staatstoezicht op de Volksgezondheid. Aldaar selecteerde Mr.Beets een aantal zaken betreffende medische kunstfouten, waarmee kennelijk ook het O.M. bemoeienis had gehad. Middels deze gegevens was het voor haar wel mogelijk om de voor haar onderzoek noodzakelijke dossiers op de parketten te lichten.
Met dit tijdrovend gegeven diende ik gezien de beperkte tijd waarover ik voor dit preadvies beschikte ernstig rekening te houden.
Toen mij bij navraag bij alle parketten in het land bleek dat aldaar slechts zulk een gering aantal strafdossiers en dan nog over zeer uiteenlopende medische strafzaken berustte, dat op basis daarvan geen wetenschappelijk verantwoorde conclusies konden worden getrokken, heb ik besloten van een dossieronderzoek ten behoeve van dit preadvies af te zien. Ook het Centraal Bureau voor de Statistiek kon geen uitkomst bieden omdat de relevante gegevens daar uitsluitend gebaseerd bleken te zijn op gegevens verstrekt door de parketadministraties.

6. DE RESULTATEN VAN EEN ENQUETE BIJ DE 19 ARRONDISSEMENTSPARKETTEN.

Zoals hierboven reeds omschreven is het vrijwel niet mogelijk om - behoudens in gevallen van euthanasie waarover later meer - algemene uitgangspunten voor vervolging van medische delicten te formuleren.
Dit gegeven ontslaat de Officieren van Justitie vanzelfsprekend niet van de verplichting om individuele strafzaken zo goed mogelijk geïnformeerd op medisch gebied adequaat af te doen.
Teneinde na te gaan of en in hoeverre medisch gespecialiseerde Officieren van Justitie op de parketten werkzaam zijn, welke medische strafzaken zich op die parketten voordoen, of er sprake is van vervolgingsrichtlijnen, gezamenlijke beleidsuitgangspunten of gedragscodes bij de behandeling van die zaken, alsmede om geïnformeerd te worden ten aanzien van de vraag of en in hoeverre er naar aanleiding van deze strafzaken op deze parketten al dan niet gestructureerd intern overleg of overleg met de Inspecteurs voor de Volksgezondheid wordt gevoerd is er ten behoeve van dit preadvies bij 18 van de 19 arrondissementsparketten - op één parket had men geen tijd om mee te doen - in de maanden oktober en november 1989 een enquête gehouden.
Zeer erkentelijk ben ik Mr. W. Kokkedee te Leiden, promovendus bij mede-preadviseur Sluyters, die middels persoonlijke of telefonische interviews van (Hoofd)-officieren van Justitie aan dit onderzoek zijn medewerking heeft verleend.
Deze erkentelijkheid geldt vanzelfsprekend ook de (Hoofd)officieren van Justitie die bereid waren aan deze interviews mee te werken.
De gedeeltelijk voorspelbare resultaten van deze enquête worden hierna verkort weergegeven, waarna deze gegevens door mij aansluitend van commentaar en zo nodig van een aanbeveling worden voorzien. Bij optelling van de antwoorden wordt nimmer het getal 18 bereikt omdat de soms weinig expliciete wijze van beantwoording niet steeds de gelegenheid bood deze antwoorden te kwantificeren.
Mijn samenvatting hiervan geeft naar mijn mening wel voldoende representatief aan, welk standpunt door het Nederlandse O.M. ten aanzien van de behandeling van medisch strafzaken wordt aangenomen.

6.1. Medische specialisatie op de parketten.

De eerste vraag van de enquête betrof de aanwezigheid van medisch gespecialiseerde Officieren van Justitie op deze parketten en de wenselijkheid van een dergelijke specialisatie.
Op vijf parketten was een gespecialiseerde Officier van Justitie werkzaam. Zijdens negen parketten werd nadrukkelijk meegedeeld dat een dergelijke Officier van Justitie ontbrak. (Een twee jaar eerder gehouden mini-enquête door de Geneeskundige Hoofdinspectie van de Volksgezondheid maakte slechts melding van twee gespecialiseerde Officieren van Justitie).
Door vier parketten werd de vraag naar de wenselijkheid van een dergelijk lid van het O.M. volmondig positief beantwoord, zes parketten achtten een dergelijke specialisatie niet gewenst. Vrijwel steeds werd dit negatieve standpunt gemotiveerd door verwijzing naar het geringe aantal ten parkette in behandeling zijnde medische strafzaken.
Naar mijn mening zou recht gedaan kunnen worden aan enerzijds de noodzaak om individuele medische zaken - hoe weinig die ook in getal zijn - door een op medisch gebied goed geïnformeerd lid van het O.M. te laten behandelen, anderzijds aan een efficiënte taakverdeling op de kleine parketten die zich eigenlijk niet een dergelijke specialist kunnen veroorloven door aanwijzing van een medisch geïnformeerde vraagbaak in ieder Hofressort [4]).
Deze functie zou dan door een Advocaat-Generaal bij een Gerechtshof of een Officier van Justitie kunnen worden waargenomen. Deze functionaris zou dan desgevraagd aan de behandelend Officier van Justitie informatie kunnen verschaffen en slechts bij wijze van uitzondering zelf een medische strafzaak ter terechtzitting behoeven te behandelen.
Het nut van één Officier van Justitie per arrondissement, die zich in het bijzonder - niet uitsluitend - bezighoudt met medische-strafrechtelijke zaken wordt overigens wel door de overleggroep Addens [5]) onderschreven.

6.2. De meest voorkomende medische strafzaken op de parketten bezien vanuit de optiek van de noodzaak van medische deskundigheid van de behandelend Officier van Justitie.

De vraag naar de meest voorkomende medische strafzaken op de parketten werd als volgt beantwoord:
10 parketten verwezen naar aldaar in behandeling zijnde euthanasiezaken; 7 parketten noemden medische kunstfouten, 1 parket vermeldde afzonderlijk de eigenlijk onder deze categorie vallende "onzorgvuldige diagnostiek"; 3 parketten vermeldden "nalatigheid in het verschaffen van zorg"; eveneens 3 parketten verwezen naar het opmaken van onjuiste overlijdensverklaringen, terwijl 1 parket tenslotte het onbevoegd uitoefenen van de geneeskunst noemde.
Ten aanzien van de vereiste medische deskundigheid valt ten aanzien van deze categorieën het volgende op te merken: het beoordelen van strafzaken betreffende het onbevoegd uitoefenen van de geneeskunst (artt. 195, 196 en 436 WvSr.) en het opmaken van een valse overlijdensverklaring (artt. 228 en 229 WvSr.) vereist zelden c.q. geen enkele medische kennis en kan vrijwel altijd op grond van zuiver juridische criteria geschieden.

6.3. Medische deskundigheid bij de strafrechtelijke beoordeling van euthanasiezaken.

Ten aanzien van euthanasiezaken ligt de zaak iets gecompliceerder. Naar schatting wordt slechts een zeer gering deel van de plaatsgehad hebbende euthanasie-ingrepen - vermoedelijk liggend tussen de 2 en 5% - bij Justitie gemeld. Het overgrote deel van deze zaken wordt middels het opmaken van valse overlijdensverklaringen aan de beoordeling van het O.M. en wat ik eigenlijk nog ernstiger acht aan de beoordeling door het Staatstoezicht op de Volksgezondheid onttrokken.
De sterke indruk bestaat dat vrijwel uitsluitend vanuit het oogpunt van vervolgingsrisico bezien absoluut veilige zaken, waarin overduidelijk aan alle jurisprudentiële eisen is voldaan worden gemeld.

Hoewel in een enkel arrondissement zekerheidshalve alle gemelde euthanasiezaken door de Officier van Justitie aan de regionale Inspecteur van de Volksgezondheid worden voorgelegd, is voor de beoordeling van deze zaken dan ook geen specifiek medische kennis (meer) nodig: de casusposities zijn vrijwel geheel aan elkaar gelijk, waardoor deze veelal tamelijk routinematig door het O.M. kunnen worden afgedaan.
In 1987 werden dan ook 123 van de 125 bij politie of Justitie gemelde euthanasiezaken met een eenvoudig sepot afgedaan.
Het aantal gemelde euthanasiezaken neemt jaarlijks overigens toe: in 1988 waren dit 186 zaken, waarvan alleen al 75 zaken in het laatste kwartaal.
Slechts een enkele keer wordt een zaak aan het O.M. voorgelegd, waarbij de vraag zich voordoet of desbetreffende arts binnen de door de jurisprudentie afgepaalde perken is gebleven. Zulks kan bijvoorbeeld het geval zijn, indien euthanasie wordt gepleegd op verzoek van een patiënt wiens ondraaglijk lijden voornamelijk psychiatrisch wordt bepaald.
In het voor het huidige O.M.-beleid ten aanzien van euthanasiezaken belangrijke sleutelarrest van de Hoge Raad in de Schoonheim-zaak [6]) verwijst dit college voor beoordelingscriteria in euthanasiezaken naar "in de medische ethiek geldende normen" en "objectief medisch inzicht". Juist in proefprocessen over euthanasie-ingrepen, waarbij de arts wellicht grensverleggend te werk is gegaan en misschien zelfs het hellend vlak heeft betreden heeft het Openbaar Ministerie de kennis van die medisch-ethische normen en dat medisch inzicht niet in eigen huis.
Op deze problematiek ben ik in een eerdere publicatie dieper ingegaan [7]) In dit preadvies wil ik volstaan met op te merken dat ingevolge het Schoonheim-arrest bij de schaarse euthanasie-proefprocessen inbreng van een externe medisch-ethische deskundige vrijwel altijd onontbeerlijk is.

6.4. Bewijsrechtelijke problematiek bij de strafrechtelijke afhandeling van kunstfouten en "medische" levensdelicten.

In tegenstelling tot de slechts bij uitzondering bij euthanasiezaken vereiste specifiek medisch-ethische deskundigheid is inbreng van medische deskundigheid bij de strafrechtelijke beoordeling van door medische beroepsbeoefenaars gemaakte kunstfouten in veel meer gevallen noodzakelijk.

Ik verwijs in dit verband nogmaals naar het zeer recente proefschrift van Mr. Beets die zo vriendelijk was om mij een exemplaar van haar manuscript ter beschikking te stellen.
In dit proefschrift behandelt Beets uitvoerig een aantal casus, op basis waarvan artsen en verpleegkundigen terzake overtreding van art. 307 en art. 308 Wetboek van Strafrecht zijn vervolgd.
Bij kennisname van deze casus komen al spoedig twee vragen naar voren voor de beantwoording waarvan door O.M. en rechter veelal deskundig medisch advies nodig is.
De eerste vraag betreft de causaliteit tussen het medisch ingrijpen en de vervolgens intredende dood of het optredend zwaar lichamelijk letsel.
Opvallend is dat anaesthesie-fouten in de beschreven casus een zeer prominente rol spelen. Daarnaast is er ook tamelijk veelvuldig sprake van intoxicaties ten gevolge van injecties met verkeerde vloeistoffen. Tenslotte worden nog een paar verkeerde diagnoses en onjuiste ingrepen genoemd, waaronder een sterilisatie zonder toestemming van de patiënt. In dit soort zaken ervaren advocaten plegen hun pijlen veelal op de causaliteitsketen af te schieten.
Gezien de medisch-technische ingewikkeldheid in bovengenoemde casus dient het O.M. zich hiertegen te wapenen door tijdig deskundige bijstand in te roepen.
Er doet zich bij strafrechtelijke beoordeling van kunstfouten nog een tweede probleem voor, indien het optreden van meerdere personen tezamen uiteindelijk tot de dood of lichamelijk letsel van een patiënt heeft geleid. Volgens vaste rechtspraak van de Hoge Raad is voor schuld in de zin van de artikelen 307 en 308 WvSr. een min of meer grove of aanmerkelijke onvoorzichtigheid, onachtzaamheid of nalatigheid vereist [a]).
De door Beets beschreven casus-posities, onder meer anaesthesiefouten en foutieve injecties, zijn dikwijls te herleiden tot handelingen die in samenspel of in teamverband zijn verricht. Als voorbeeld kan genoemd worden de vrijwel klassieke fout van de verpleegkundige die de injectiespuit met een verkeerde vloeistof vult, waarna de arts zonder de spuit te controleren met infauste gevolgen tot de injectie overgaat. Gedeelde schuld kan echter tot gevolg hebben, dat de aan ieder lid van een team persoonlijk aan te rekenen schuld niet meer aan de "min of meer grove schuld"-criteria van de Hoge Raad voldoet.

Behalve ten aanzien van de causaliteitsvraag dient de Officier van Justitie zich in zulk een geval ook door een medische deskundige op de hoogte te laten stellen over de ernst van de door ieder teamlid individueel gemaakte fout en de mate, waarin ieders fout tot het uiteindelijk fatale gevolg heeft bijgedragen.
Voor de uiteindelijke bepaling van ieders schuldaandeel zijn ook de gezagsverhoudingen tussen specialisten, arts-assistenten en verpleegkundigen binnen een team van essentieel belang.
In uitzonderlijke gevallen zou een kunstfout door een lager in de hiërarchie geplaatste gemaakt in opdracht van een arts die hiërarchisch hoger is geplaatst kunnen leiden tot een "doen-plegen" -situatie in de zin van art. 47 WvSr. waardoor de lager geplaatste zelfs strafrechtelijk vrijuit zou kunnen gaan. Om ten aanzien van deze strafrechtelijk relevante onderlinge hiërarchische verhoudingen goed te worden voorgelicht zou de behandelend Officier van Justitie zich het best tot de Geneeskundig Inspecteur kunnen wenden.
Causaliteitsproblemen, gedeelde schuld-vraagstukken met als deelprobleem weer hiërarchische verhoudingen spelen niet alleen bij schulddelicten maar ook bij misdrijven tegen het leven gericht een rol. Omdat bij deze misdrijven soms toepassing van voorlopige hechtenis wordt overwogen dient een Officier van Justitie alvorens hiertoe over te gaan zich al in een heel vroeg stadium bij het Staatstoezicht op de Volksgezondheid te oriënteren om te voorkomen dat - achteraf bezien - blijkt dat op onvoldoende gronden vrijheidsbeneming is toegepast.
Ik zou dit willen illustreren met een casus - de voor mijn gevoel bijna klassieke zich in februari 1986 in een Haags ziekenhuis afspelende abortuszaak, waarin de causaliteit tussen ingreep en dood alsook de gezagsverhoudingen in het betreffende gynaecologenteam van belang zijn.
In februari 1986 besloot de zeer ervaren gynaecoloog Dr. X op dringend verzoek van een 16-jarig meisje dat ongewenst zwanger was tot een abortusingreep. Deze abortus zou geëffectueerd worden via een zogenaamde Nalador-behandeling. Dr. X werd echter zick op de dag dat de behandeling zou plaatsvinden. Op gezag van Dr. X die de duur van de zwangerschap op 16 weken had geschat werd aan de jeugdige onervaren arts-assistent Y opgedragen de Nalador-behandeling in te leiden. Vrijwel terstond na de aanvang van de behandeling bemerkte Y en de daarbij betrokken verpleegkundige dat de zwangerschap aanzienlijk verder was gevorderd en wellicht reeds de levensvatbaarheidsgrens van vierentwintig weken was bereikt.

Omdat de Nalador-behandeling volgens ervaringsregels, zo zij al niet dodelijk is voor de vrucht dan toch deze zwaar verminkt ter wereld doet komen, besloten de aanwezige gynaecologen deze behandeling voort te zetten.
Tot ieders ontzetting kwam de baby ogenschijnlijk kerngezond ter wereld. De eveneens zeer ervaren gynaecoloog Dr. Z. besloot te abstineren waarna de baby onverzorgd terzijde werd gelegd en enige tijd later is overleden.
De artsen X, Y en Z werden in verzekering gesteld. Uiteindelijk werd Dr. X terzake "moord" tot een jaar gevangenisstraf voorwaardelijk veroordeeld [1]). Y werd niet verder vervolgd terwijl Dr. Z terzake het telastegelegde levensdelict werd vrijgesproken.
Het ligt zeker niet in mijn bedoeling de Officier van Justitie die deze zeer ingewikkelde zaak kreeg te behandelen een ernstig verwijt te maken. Ik stel slechts dat, indien een dergelijke casus-positie zich in de toekomst weer zou voordoen een diepgaand uitvoerig overleg met de regionale Inspecteur wenselijk is voordat tot voorlopige hechtenis wordt besloten. Uit een dergelijk overleg zou naar voren zijn gekomen dat assistent-arts Y op gezag van de ervaren Dr. X de Nalador-behandeling mocht aanvangen zonder de patiënte opnieuw ten aanzien van de duur van de zwangerschap te onderzoeken en dat hem derhalve geen of weinig strafrechtelijk verwijt kon worden gemaakt. Ook ten aanzien van Dr. Z schoot het bewijs uiteindelijk tekort omdat niet onaannemelijk was dat de op zijn gezag terzijde gelegde baby tenslotte niet ten gevolge van dit abstineren, maar tengevolge van de Nalador-behandeling was overleden.
De causaliteit tussen de handelwijze van Dr. Z en de dood van de baby kan derhalve niet worden vastgesteld. Gezien bovenomschreven bewijsrechtelijke complicaties bij de beoordeling van kunstfouten dient het ook een vuistregel voor het O.M. te zijn dat bij medische overtredingen van de artikelen 307 en 308 Wetboek van Strafrecht altijd een gerechtelijk vooronderzoek wordt gevorderd. In een dergelijk onderzoek kan ook door deskundigen de vraag beantwoord worden aan welke mate van zorgvuldigheid en deskundigheid de verdachte arts of verpleegkundige dient te voldoen.

6.5. Het bestaan van O.M.-vervolgingsrichtlijnen c.q. beleidsuitgangspunten bij de behandeling van medische strafzaken in het bijzonder euthanasiezaken.

De enquêtevraag naar het bestaan van vervolgingsrichtlijnen of beleidsuitgangspunten ten aanzien van delicten met medische aspecten werd door acht parketten beantwoord met een verwijzing naar het op de jurisprudentie gebaseerde euthanasie-vervolgingsstandpunt.
Door geen enkel parket werd het bestaan van richtlijnen of beleidsuitgangspunten ten aanzien van andere delicten gememoreerd.
Het bovenstaande rechtvaardigt naar mijn mening dat ik iets dieper op de euthanasieproblematiek inga, temeer omdat euthanasiezaken een zeer prominente plaats innemen in het totaal aantal medische strafzaken dat door het O.M. wordt behandeld: in 1987 werden zoals gezegd in totaal 125 euthanasiezaken in 1988 186 gevallen, waarvan in het laatste kwartaal alleen al 75 euthanasie zaken aan de diverse parketten gemeld.
Het Openbaar Ministerie voert mijns inziens ten aanzien van euthanasieplegende artsen een duidelijk en consequent beleid, gestoeld op de euthanasie-jurisprudentie. Dit vervolgingsbeleid is officieus ook aan de Nederlandse artsen bekend omdat het door de KNMG in vaklitteratuur naar buiten gebrachte standpunt ten aanzien van de zorgvuldigheidseisen, waaraan bij euthanasie-ingrepen moet worden voldaan geheel overeenkomt met de jurisprudentie-criteria.
Het door het Openbaar Ministerie gevoerde duidelijke en consequente vervolgingsbeleid ten aanzien van euthanasie vindt echter geen vervolg in politiek Den Haag. Ondanks aandringen van de KNMG heeft de Minister van Justitie zich tot heden niet laten overhalen om dit vervolgingsbeleid van het O.M. in een aan alle artsen officiële zekerheid verschaffende vervolgingsrichtlijn te vertalen, terwijl de Procureurs-Generaal bij de Gerechtshoven zich hieraan evenmin hebben gewaagd. Zulks is wel enigszins begrijpelijk: gezien de absolute verbodsbepaling van art.293 WvSr. bevinden, zoals ik al eens eerder heb geschreven de Minister en de Procureurs-Generaal zich in eenzelfde positie als dominees en pastoors die zich ook niet kunen veroorloven aan de gelovigen richtlijnen te geven, hoe te zondigen teneinde vergeving te bekomen.

Het feit dat er binnen het Openbaar Ministerie grote overeenstemming bestaat over het euthanasie-vervolgingsbeleid zonder dat deze beleidsuitgangspunten officieel aan de potentiële verdachten - de artsen - bekend mogen worden gemaakt is een dermate uitzonderlijk verschijnsel dat het de moeite waard is hieraan enige nadere beschouwingen te wijden.
In het reeds eerder geciteerde "Schoonheim-arrest" [6]) interpreteerde de Hoge Raad het door de arts Schoonheim gestelde conflict van plichten, waarin deze naar zijn mening op een verantwoorde wijze tot een juiste keuze was gekomen als een beroep op noodtoestand. Het criterium was of er "naar verantwoord medisch inzicht, getoetst aan in de medische ethiek geldende normen te dezen, sprake was van een noodtoestand als door de verdachte gesteld". Impliciet verwierp de Hoge Raad door invoering van het noodtoestand-criterium de zogenaamde "medische exceptie": de door artsen als beroepsgroep gepleegde euthanasie bleef in beginsel strafbaar. Indien echter door een arts in een individuele strafzaak een beroep op noodtoestand zou worden gedaan en dit beroep door de rechter zou worden gehonoreerd zou de euthanasie-ingreep in zijn geval gerechtvaardigd kunnen worden.
Gezien de tot een ieder - dus ook tot alle artsen - gerichte verbodsbepaling van art. 193 Sr. was het begrijpelijk dat de Hoge Raad in dit aan de Raad voorgelegde geval niet zo ver ging om voor zorgvuldig handelende artsen als beroepsgroep een uitzondering op het strafbaarheidsbeginsel in euthanasiezaken te maken.
De wijze, waarop dit noodtoestandscriterium van de Hoge Raad is verwerkt in het vervolgingsbeleid ten aanzien van euthanasie plegende artsen is - hoewel ik dit beleid op praktische gronden goed verdedigbaar acht en het ook gaarne verdedig - vanuit strafrechtelijk-dogmatisch oogpunt bezien enigszins bizar te noemen. Indien een arts een euthanasie-ingreep meldt, wordt hij terstond door de recherche gehoord ten aanzien van de vraag, of hij aan alle jurisprudentiële zorgvuldigheidscriteria heeft voldaan. In de meeste gevallen doet de arts ter gelegenheid van zijn verhoor niet een uitdrukkelijk beroep op noodtoestand, hoewel het initiatief daartoe wel bij de verdachte dient te liggen. In het verhoor door de recherche wordt ook zelden het conflict van plichten, waarin de arts tenslotte voor de euthanasie-ingreep heeft gekozen aan de orde gesteld. De noodtoestand wordt kennelijk door de verdachte arts én de recherche stilzwijgend vooronderstelt.

De behandelend Officier van Justitie trekt deze lijn verder door: indien hem is gebleken dat aan de zorgvuldigheidscriteria is voldaan, brengt hij hierover middels de Hoofdofficier van Justitie en de Procureur-Generaal in zijn ressort verslag uit aan de vergadering van Procureurs-Generaal onder mededeling dat zijns inziens de desbetreffende arts in noodtoestand heeft gehandeld en verzoekt hij aan deze vergadering toestemming tot sepot te mogen overgaan. Deze toestemming wordt vrijwel altijd - in 1987 in 123 van de 125 gevallen - gegeven waarna de Officier van Justitie - want zulks behoort uitsluitend tot zijn bevoegdheid - de zaak seponeert.
Deze procedure steekt duidelijk af tegen de behandeling van andere strafzaken - in het bijzonder gevallen van opzettelijke levensbeëindiging - waarbij het initiatief tot het beroep op noodtoestand bij de verdachte wordt gelaten.
Indien deze zich hierop beroept, wordt de zaak slechts bij wijze van uitzondering door het O.M. in eigen beheer afgedaan: de Officier van Justitie legt vrijwel altijd de zaak aan de rechter voor die dan een nader onderzoek instelt naar de omstandigheden, op grond waarvan de verdachte meent zich op noodtoestand te kunnen beroepen.
De ervaring leert dan dat de rechter een dergelijk beroep vrij zelden honoreert.
Er bestaat dus een duidelijke tegenstelling tussen het rechterlijk beleid, waarin een beroep op noodtoestand door de verdachte moet worden gedaan en ook aannemelijk moet worden gemaakt en dat van het O.M., waardoor vrijwel alle gemelde euthanasiezaken middels een vooronderstelde noodtoestandconstructie met een sepot worden afgedaan.
Vanzelfsprekend bestaat er een groot verschil tussen bij het O.M. gemelde, zorgvuldig uitgevoerde euthanasie-ingrepen en andere vormen van opzettelijke levensbeëindiging, die het hierboven gesignaleerde procedureverschil begrijpelijk maken. Vanuit strafrechtelijk-dogmatisch oogpunt bezien, wekt dit systeem echter de indruk dat het O.M. in euthanasiezaken bereid is voor artsen als beroepsgroep een uitzondering te maken. Deze indruk wordt dan nog enigszins versterkt door het feit dat in sommige arrondissementen tussen artsen en O.M. informele meldingsprocedures bestaan, waarbij ook wel van in onderling overleg geredigeerde meldingsformulieren gebruik wordt gemaakt.
Aan andere groeperingen die het Wetboek van Strafrecht overtreden worden dergelijke faciliteiten niet verleend.

Ik laat overigens in het midden of deze groeperingen, indien aan hen meldingsformulieren zouden worden uitgereikt, hiervan veelvuldig gebruik zouden maken. Om misverstanden te voorkomen: ik ben een warm voorstander van het huidige euthanasie-vervolgingsbeleid, maar moet toch signaleren dat het wat merkwaardig aandoet dat Officieren van Justitie vanwege het ontbreken van een adequate euthanasie-wetgeving gebruik moeten maken van riemen, die meestal in de handen van verdachten worden aangetroffen, teneinde hen in staat te stellen in een andere dan de door het O.M. voorgestane richting te roeien.
De kwestie van een meldingsprocedure is overigens ook in de vergadering van Procureurs-Generaal aan de orde geweest die besloot de werkgroep Addens [5]) om advies te vragen.
Het doel van deze meldingsprocedure was enerzijds om het Openbaar Ministerie beter in staat te stellen op verantwoorde wijze te beslissen over al dan niet strafrechtelijke vervolging van de arts die euthanasie heeft toegepast. Anderzijds was het oogmerk zoveel als mogelijk waarborgen te scheppen voor een discreet optreden van politie en Justitie in het geval van euthanasie-hulpverlening, alsmede om uniformiteit in dit optreden te bevorderen. De benadering van euthanasie-plegende artsen door het O.M. geschiedt overigens hoe langer hoe meer in een gedecriminaliseerde sfeer. Symptomen hiervan zijn het feit dat het aantal door de Officier van Justitie bevolen secties in euthanasiezaken vrijwel tot nul is gereduceerd, terwijl op een aantal parketten euthanasie-plegende artsen pas als verdachte in de parketadministratie worden ingeschreven, indien door de vergadering van Procureurs-Generaal tot vervolging, althans het instellen van een gerechtelijk vooronderzoek wordt besloten. Zorgvuldig euthanasie-plegende artsen wordt aldus een strafblad bespaard.
In het najaar van 1986 is door de vergadering van Procureurs-Generaal besloten de besluitvorming over de meldingsprocedure in afwachting van de behandeling van het wetsvoorstel euthanasie in de Tweede Kamer voorlopig op te schorten.

6.6. Het regerings-euthanasie-wetsontwerp 20383.

Dit wetsvoorstel is het wetsontwerp 20383 "Regelen met betrekking tot de hulpverlening door een geneeskundige die zich beroept op overmacht bij levensbeëindiging op uitdrukkelijk en ernstig verlangen van een patiënt", welk ontwerp op 11 december 1987 bij de Tweede Kamer der Staten-Generaal werd ingediend.
Hoewel dit preadvies op het eerste gezicht misschien niet de juiste plaats is om uitvoerig op dit ontwerp kritiek te leveren, meen ik toch dat een bespreking hiervan onontkoombaar is, omdat dit ontwerp - eenmaal wet geworden - wellicht voor langere tijd de strafrechtelijke aansprakelijkheid van de arts in een van de grootste probleemvelden - mijnenvelden is misschien een te groot woord - in de gezondheidszorg zal bepalen.
Aanzienlijk meer dan zoals hiervoor omschreven ten aanzien van het vervolgingsbeleid blijkt uit dit ontwerp dat het juridisch een vrijwel onmogelijke opgave is om enerzijds de verbodsbepaling van art. 293 Sr. en daarmee ook de strafbaarheid van euthanasie integraal te handhaven, anderzijds aan individuele artsen uitgaande van het overmachtsbegrip een zekere mate van straffeloosheid aan te bieden zonder voor hen als beroepsgroep als geheel te dien aanzien een uitzondering te maken.
Het wetsontwerp tracht mijns inziens dan ook tevergeefs het juridisch onverzoenlijke te verzoenen. Deze ambivalentie komt naar mijn mening dan ook in een aantal vanuit het standpunt van wetgevingstechniek bezien opvallende onvolkomenheden tot uiting.
Ik zal hiervan drie voorbeelden noemen.
In de eerste plaats is blijkens de "kop" van het ontwerp het overmacht-begrip de paraplu, waaronder het gehele wetsontwerp schuil gaat. Art. 40 WvSr. stelt "Niet strafbaar is hij die een feit begaat waartoe hij door overmacht is gedwongen".
Nog duidelijker dan zulks in feite al door het vervolgingsbeleid geschiedt, treft het wetsontwerp een regeling, waarbij een algemeen beroep op overmacht door iedere euthanasie plegende arts reeds wordt verondersteld.
Het wezen van het overmacht-begrip is zoals ik reeds hiervoor betoogde, dat de verdachte hierop zelf in individuele zaken een beroep dient te doen. Vervolgens dient de rechter ingevolge het bepaalde in art. 358 lid 3 WvSv. ten aanzien van dat individuele beroep "bepaaldelijk een beslissing te nemen".

Dit laatste is ook vaste jurisprudentie [9]).
Het traditionele overmacht-begrip heeft bovendien meestal betrekking op een individuele, door de verdachte niet voorziene en niet voorzienbare gebeurtenis, waarvoor hij zich tamelijk onverwachts ziet geplaatst. De verdachte vraagt door een beroep op overmacht te doen het oordeel van de rechter of hij zich in zulk een situatie mocht gedragen als hij heeft gedaan. Bij euthanasie is echter van een dergelijk gebeuren geen sprake: de arts die overweegt tot een euthanasie-ingreep over te gaan doet zulks in een situatie, waarmee artsen al duizenden keren vóór hem zijn geconfronteerd. Hij kan reeds geruime tijd voorzien, op welk tijdstip de uitzichtloze ziekte een dermate ondraaglijk lijden met zich zal brengen, dat naar zijn oordeel euthanasie verantwoord is en is daardoor in staat in alle rust daartoe een beslissing te nemen die in een soortgelijke situatie op vrijwel identieke gronden door vele artsen voor hem is genomen.
Ik moge hier ook verwijzen naar Noyon-Langemeijer aantekening 12 op art. 40 Sr., waarin op basis van jurisprudentie het beroep op gewetensbezwaar of gewetensdrang als algemene strafuitsluitingsgrond wordt afgewezen. Ook in de visie van het handboek van Hazewinkel [11]) dat de wet met het woord "overmacht" bedoelt iets aan te duiden buiten de persoon van de dader, dat machtiger is dan hijzelf, een kracht die hem dwingt tot een gedrag dat hij anders niet zou hebben verricht, zal de euthanasie-plegende beroepsgroep der artsen zich niet gemakkelijk herkennen.
Mijn tweede bezwaar geldt het bepaalde in art. 6a van de "Wet regelende de uitoefening der Geneeskunst" [10]) van het regeringsontwerp.
In dit artikel wordt van het begrip levensberoving door een arts uitgesloten: het niet instellen onderscheidenlijk het staken van een behandeling op uitdrukkelijk en ernstig verlangen van de patiënt of in gevallen, waarin een dergelijke behandeling naar heersend medisch inzicht zinloos is, alsook het toedienen van pijnstillers met het risico dat hierdoor het overlijden wordt bespoedigd.
Deze uitzonderingen zijn echter zowel in medische als in strafrechtelijke kring reeds dermate algemeen aanvaard dat opneming van deze uitzonderingsbepalingen eigenlijk overbodig is. De wetgever dient slechts het strikt noodzakelijke te regelen. Door meer te doen wordt de kans op onduidelijkheid - is er bijvoorbeeld in casu sprake van een limitatief aantal uitzonderingsbepalingen? - alleen maar groter.

Tenslotte richten mijn bezwaren zich tegen art. 6b van WUG, waarin wordt bepaald, dat de arts die voornemens is een euthanasie-ingreep te doen daarbij "met behoud van zijn verantwoordelijkheid volgens de strafwet" een aantal reeds grotendeels middels de jurisprudentie tot stand gekomen zorgvuldigheidsnormen in acht dient te nemen.
Deze "verantwoordelijkheid volgens de strafwet" kan niet op iets anders slaan dan op art. 293 van het ontwerp, waarin de strafbaarheid van levensbeëindiging op verzoek juist uitdrukkelijk wordt gehandhaafd. Anders geformuleerd: zorgvuldige overtreding van deze bepaling zal wellicht worden toegestaan.
Duidelijk is dat een dergelijke ambivalente wetgeving de arts die het voornemen heeft om met inachtneming van alle zorgvuldigheidsvereisten euthanasie te plegen weinig waarborgen tegen strafvervolging biedt.
Voorstanders van het regeringsontwerp gaan ook voorbij aan het zeer voorspelbare bijverschijnsel dat de aangifte-bereidheid van artsen, indien dit ontwerp wet wordt nauwelijks groter zal worden, zodat het overgrote deel van de euthanasie-gevallen in Nederland zich in het verborgene zal blijven afspelen. Medisch-tuchtrechtelijke en strafrechtelijke controle op het totale euthanasie-gebeuren blijft dan onmogelijk.
De conclusie van het voorgaande moet zijn dat de wetgever euthanasie plegende artsen in onzekerheid laat, terwijl het O.M. ten aanzien van de behandeling van medische strafzaken geen enkele richtlijn of beleidsuitgangspunt kent, waaraan derden - in het bijzonder medische beroepsbeoefenaars - enig recht kunnen ontlenen, zoals bijvoorbeeld bij alcoholverkeersdelinquenten het geval is.
Ten aanzien van euthanasie doet zich daarbij de dubbelzinnige situatie voor dat te dien aanzien binnen het O.M. duidelijke op de jurisprudentie gebaseerde beoordelingscriteria zijn vastgesteld, waarbij ten aanzien van iedere zaak op een voor het Openbaar Ministerie ongebruikelijk hiërarchische wijze - uiteindelijk zelfs door de vijf Procureurs-Generaal gezamenlijk - wordt gecontroleerd of aan deze criteria door het lagere O.M. de hand wordt gehouden. Het is dan ook te betreuren dat op politieke gronden aan deze interne duidelijkheid geen externe werking gegeven mag worden.

6.7. O.M.-overleg over medische strafzaken.

De enquêtevraag of er bij afwezigheid van richtlijnen of uitgangspunten ten parkette behoefte bestond aan regulering van de behandeling van medische strafzaken werd vrijwel unaniem negatief door de parketten beantwoord met verwijzing naar het geringe aantal daarvan.
Ten aanzien van het overleg door het O.M. over medische strafzaken met de leden van het eigen parket en met de Inspecteur van de Volksgezondheid bleek dat er op de 19 arrondissementsparketten slechts bij wijze van uitzondering structureel overleg over deze strafzaken plaatsvond.

Indien zich medische strafzaken voordeden werd op vrijwel alle parketten ad hoc overleg met collega's gevoerd, terwijl deze zaken incidenteel - bijvoorbeeld in verband met een strafmaatprobleem of vanwege de politieke gevoeligheid daarvan - onderwerp van bespreking waren in de parketvergadering [12].

Wat betreft overleg tussen het O.M. en de Inspectie van de Volksgezondheid: dit heeft slechts op enkele parketten structureel plaats, bijvoorbeeld over de euthanasie - en de abortus-problematiek.
Ad hoc, naar aanleiding van concrete strafzaken, wordt met grote regelmaat met de Inspecteur van gedachten gewisseld. Alle zaken die zich daartoe lenen worden volgens de enquête-antwoorden aan de Inspecteur voorgelegd, waarbij behoudens een enkele uitzondering steeds weer de vraag of de medische strafzaak strafrechtelijk of tuchtrechtelijk dient te worden afgedaan aan de orde komt. Volgens deze antwoorden wordt deze afweging mede bepaald door het in de medische zaak voorhanden zijnde strafrechtelijk bewijs. In een enkel geval volstaat het O.M. ermee aan de Inspecteur mee te delen dat strafrechtelijk geen actie zal worden ondernomen, waarna het aan de Inspecteur wordt overgelaten of hij op basis van dit gegeven tuchtrechtelijke maatregelen wenst te nemen.
De vraag of er sprake is van een geaccepteerd en als zodanig goed functionerend mechanisme, waarmee wordt bepaald hoe een medische fout wordt afgedaan - strafrechtelijk en/of tuchtrechtelijk - wordt vrijwel unaniem negatief beantwoord wederom met verwijzing naar het geringe aantal zaken dat een dergelijk mechanisme niet alleen onnodig, maar ook onmogelijk maakt.

Het contact tussen het Staatstoezicht op de Volksgezondheid en het O.M. werd als "niet optimaal" gekwalificeerd in een door de Nationale Ombudsman in december 1985 gepubliceerd rapport [13]).
De Geneeskundige Hoofdinspecteur van de Volksgezondheid voelde zich zo door dit oordeel van de Nationale Ombudsman aangesproken dat hij in 1986 een kleine enquête onder de Regionale Geneeskundige Inspecteurs hield over hun contacten met het O.M.
De resultaten van dit onderzoek, twee jaar eerder gehouden dan dat in het kader van dit preadvies, levert vrijwel het spiegelbeeld van deze laatste enquête op: slechts enkele van de 10 regionale inspecteurs hadden structureel overleg met het O.M.
De meeste Inspecteurs hadden - kennelijk ad hoc - redelijk frequent contact met Officieren van Justitie, terwijl alle Inspecteurs de verstandhouding met de parketten goed tot zeer goed noemden.
De conclusie van dit door de Hoofdinspectie gehouden onderzoekje is dat de Inspecteurs gezien de goede basis voor samenwerking geen behoefte hebben aan een vast gestructueerd overleg.
Met deze conclusie kan ik mij geheel verenigen: gezien het zeer diverse en geringe aanbod van medische strafzaken kan met ad hoc-overleg worden volstaan.

7. HET SAMENSPEL TUSSEN HET O.M. EN HET STAATSTOEZICHT OP DE VOLKSGEZONDHEID. STRAF- OF TUCHTRECHTELIJKE BEHANDELING VAN MEDISCHE STRAFZAKEN?

Diverse geënquetteerde Officieren van Justitie verwezen, gevraagd naar de noodzaak van overleg met de Geneeskundige Inspecteur te dien aanzien vooral naar de bij de Inspecteur aanwezige specifieke medische deskundigheid, die bij het O.M. meestal ontbreekt.
Hierboven heb ik omschreven in welke specifieke gevallen inbreng van medische deskundigheid bij het O.M. noodzakelijk is. Indien artsen of verpleegkundigen verdacht worden van levensdelicten is de Inspecteur zelfs de eerst aangewezen instantie om in een zeer vroegtijdig stadium van de zaak - namelijk nog voor de aanvang van het gerechtelijk vooronderzoek - aan de Officier van Justitie deskundige bijstand te verlenen ten behoeve van diens beslissing om al dan niet voorlopige hechtenis te vorderen.

Bij behandeling van medische kunstfouten kan het O.M. ook advies over vragen van causaliteit tussen fout en dood of letsel, alsmede ten aanzien van de in casu van de arts te eisen zorgvuldigheid en deskundigheid bij de Inspecteur inwinnen. In dergelijke zaken dient overigens vrijwel steeds een gerechtelijk vooronderzoek gevorderd te worden, in welk kader veelal ook andere meer gespecialiseerde deskundigen - bijvoorbeeld een hoogleraar-anaesthesist - kunnen worden geadieerd. Indien - al dan niet na een gerechtelijk vooronderzoek - de medische strafzaak aan de Officier van Justitie wordt voorgelegd dient deze ingevolge het bepaalde in art. 242 of art. 245 lid 1 WvSv. een beslissing over het al dan niet (verder) vervolgen te nemen.
Bij deze beslissing speelt het opportuniteitsbeginsel vastgelegd in art. 167 lid 2 [14]) een belangrijke rol, zulks temeer nu sinds het begin van de jaren zeventig het strafrechtelijk denken in dier voege is veranderd dat strafvervolging eigenlijk alleen dan dient plaats te vinden indien daartoe de noodzaak bestaat op gronden aan het algemeen belang ontleend. De Officier van Justitie heeft dientengevolge een grote beleidsvrijheid maar ook een grotere verantwoordelijkheid gekregen.
Bij medische strafzaken is dit een reden te meer om zich bij deze beslissing door de Inspecteur te laten adviseren. Ook Hubben [15]) toont zich op grond van de gewijzigde interpretatie van art. 167 lid 2 Sv. voorstander van een dergelijk overleg en adviseert daarnaast tevens overleg met het oog op de keuze van de meest geschikte sanctie-modaliteit.
Ik onderschrijf graag dat de Officier van Justitie alvorens te requireren het oordeel van de Inspecteur ten aanzien van strafmaat en strafmodaliteit inwint, hoewel dit nooit mag ontaarden in het afschuiven van verantwoordelijkheden: uiteindelijk kan de Officier van Justitie en hij alleen op de door hem geëiste straf aangesproken worden.
Bij de beschrijving van het samenspel tussen het O.M. en het Staatstoezicht op de Volksgezondheid, waarbij de probleemstelling zich vooral zal toespitsen op de vraag of medische strafzaken straf- of tuchtrechtelijk dienen te worden afgedaan, komen vanzelfsprekend de bevoegdheden van beide instanties alsmede de hen ter beschikking staande sanctie-modaliteiten ter sprake.
Voor een uitgebreide uiteenzetting van de staatsrechtelijke positie en de bevoegdheden van het Staatstoezicht verwijs ik naar het artikel van Mr. M.E.W.H. De Bock-Joosten in het NJB [16]).

Ik volsta in dit kader met er op te wijzen dat de inspectie op grond van haar toezichthoudende taak op de naleving van wettelijke voorschriften ingevolge art. 37 van de Gezondheidswet [17]) de bevoegdheid heeft onderzoek te verrichten en daartoe ingevolge art. 39 alle plaatsen mag betreden, die voor een juiste uitvoering daarvan noodzakelijk zijn, zonodig met behulp van van de sterke arm. Daarnaast beschikken op grond van het bepaalde in art. 40 de Staatstoezichtambtenaren over opsporingsbevoegdheid. De Medische Tuchtwet [18]) biedt de Inspecteur de bevoegdheid een klacht in te dienen bij het medisch tuchtcollege (art. 14, lid 2 Medische Tuchtwet). Het doen van bovengenoemde onderzoeken heeft met name betrekking op het vergaren van materiaal ter onderbouwing van een dergelijke klacht [19]).

Overigens beschikt de inspectie niet over de bevoegdheid inzage te eisen in medische dossiers.

De overleggroep Addens [5]) [20]) heeft zich over de vraag gebogen, hoe art. 40 van de Gezondheidswet en speciaal het daarin genoemde criterium "opsporing van overtredingen van wettelijke voorschriften" nader dient te worden ingevuld, waarbij het probleem vooral werd toegesneden op commune strafbare feiten begaan door medici. De overleggroep kon zich vinden in de lijn van het rapport "Opsporingsbevoegdheid van de Geneeskundige Inspectie van de Volksgezondheid" [21]) die als volgt kan worden samengevat: In het geval van commune delicten in en door de uitoefening van het beroep begaan (bijvoorbeeld kunstfouten) heeft het O.M. in een vroeg stadium behoefte aan medische deskundigheid, terwijl de inspecteur van deze feiten wellicht ook eerder kennis neemt dan het O.M. In dergelijke gevallen achtte de overleggroep in beginsel de inspecteur wel bevoegd terzake proces-verbaal op te maken: Voordeel van dit systeem is dat langs deze weg een tijdrovend onderzoek door justitie kan worden voorkomen, althans zo'n onderzoek kan worden bekort, terwijl tevens in een vroeg stadium mede tuchtrechtelijke maatregelen kunnen worden overwogen.

De overleggroep zag echter als nadeel dat een dergelijk optreden van de Inspecteur zijn vertrouwensrelatie met de medische stand nadelig zou kunnen beïnvloeden. Daarnaast overwoog de overleggroep dat de arts die een commuun delict pleegt recht heeft op een vergelijkbare behandeling als iedere andere burger in zo'n situatie.

Uiteindelijk kwam de overleggroep alles afwegend tot de conclusie dat de inspectie zich in dit soort zaken terughoudend dient op te stellen en dat het primaat van de uitoefening van de opsporingsbevoegdheden bij het O.M. diende te worden gelaten. Ten aanzien van commune delicten door medische beroepsbeoefenaren in de uitoefening van hun beroep begaan, maar niet noodzakelijk hierdoor begaan - bijvoorbeeld zedendelicten - waarbij deskundigheid van de inspectie bij het opsporingsonderzoek vrijwel geen enkele rol speelt, is de overleggroep niet erg duidelijk: naar mijn mening bestaat er geen enkele twijfel over, dat het primaat hier geheel bij het O.M. dient te liggen. De "slachtoffers" van commune door artsen gepleegde delicten zullen er ook meer vertrouwen in hebben, indien deze delicten niet door voornamelijk beroepsgenoten - de Inspecteurs en de medici die deel uitmaken van de medische tuchtcolleges - maar door de Officier van Justitie worden afgedaan.

Beets zet in haar reeds eerder door mij vermelde proefschrift [3]) waaraan ik voor deze materie veel waardevolle gegevens heb ontleend ook het strafrecht en het medische tuchtrecht tegen elkaar af en somt daarbij nog een aantal voordelen van de tuchtrechtspraak op:

> "In het tuchtrecht spelen gespecificeerde voorschriften een ondergeschikte rol integenstelling tot het strafrecht dat als uitgangspunt de specifieke delictsomschrijving heeft. Hoewel dit uit een oogpunt van rechtszekerheid een nadeel is, staat daartegenover het voordeel dat de (tucht F.) -rechter kan inspelen op de zich vaak snel wijzigende omstandigheden, bijvoorbeeld op het gebied van de technologie en de wetenschap. In het medische tuchtrecht staat voorop de deugdelijkheid van de individuele en collectieve gezondheidszorg. Handhaving van een constant hoog niveau van medisch handelen wordt bevorderd door de medische tuchtrechtspraak, die op dit gebied een sterke uitstraling heeft op de medische beroepsgroep. Het is zelfs niet onaannemelijk dat de beroepsgenoten zich eerder zullen laten leiden door de correctieve werking van een tuchtrechtelijke uitspraak die ook in de medische vakpers veelal breed wordt uitgemeten dan een voor artsen veel obscuurdere en verder van hun vakgebied afliggende strafrechtelijke beslissing. Uitspraken van de tuchtrechter zullen een andere normvormende betekenis hebben dan strafrechtelijke beslissingen".

Beets citeert vervolgens Frenkel [22]) die met betrekking tot dit facet van de tuchtrechtspraak schrijft: "Doordat het hierbij om invulling van de norminhoud gaat, zal bij het tuchtrecht nog sterker dan bij het strafrecht het instructieve karakter boven het repressieve prevaleren".
Ik teken hierbij het volgende aan: het strafrecht biedt de verdachte wel de zekerheid van een specifieke delictsomschrijving. Als zijn handelen niet aan alle elementen van de omschrijving voldoet volgt onverbiddelijk vrijspraak. Uit oogpunt van normhandhaving voor medische beroepsbeoefenaars zal het strafrecht wel eens tekort schieten omdat lang niet iedere verwerpelijke en strafwaardige gedraging van deze beroepsgroep die om een correctie vraagt onder de veelal starre delictsomschrijvingen van het Wetboek van Strafrecht te vangen valt. De strafwetgever heeft bij het redigeren van delictsomschrijvingen vanzelfsprekend niet in de eerste plaats medische strafbare feiten voor ogen gehad . Het meer vormvrije medische tuchtrecht kent ook veel minder dan het strafrecht een aantal impedimenten van zeer formele aard om tot vaststelling dat medisch gedrag onaanvaardbaar is te komen.
Ik wijs hier op de strafrechtelijke leer van het onrechtmatig verkregen bewijs, waardoor soms strafwaardig gedrag dat in feite wel is komen vast te staan, juridisch toch niet bewezen kan worden.
Een geruchtmakend voorbeeld van een medische strafzaak, waarin op grond van onrechtmatig verkregen bewijs niet meer aan een inhoudelijke beoordeling van de telastegelegde feiten en vaststelling van de norm kon worden toegekomen is wederom de "Terpzaak". De vrijspraak van desbetreffende arts op 12 november 1986 was het gevolg van het oordeel van het Haagse Gerechtshof dat de bewijsgaring onder meer door daartoe onbevoegden - verpleegkundigen van de GG & GD die slechts bevoegd waren tot toezicht op de naleving van de Wet op de Bejaardenoorden - had plaatsgevonden in het kader van onderzoek naar vermoedelijke overtredingen van andere wetten, ten aanzien waarvan deze zusters geen bevoegdheden hadden [23]).
In het strafrecht kan, zoals uit deze casus blijkt een betrekkelijk geringe onrechtmatigheid in de bewijsvoering infauste gevolgen hebben.
Dergelijke strenge strafvorderlijke normen gelden echter niet voor de medische tuchtrechter. Het Medisch Tuchtcollege was in zijn beslissing over de Terpzaak van 28 oktober 1987 dan ook van oordeel dat de Inspecteur bij het formuleren van zijn klacht gebruik mocht maken van bewijsmateriaal dat volgens het Gerechtshof onrechtmatig was verkregen.

Het overwoog naar aanleiding van het onrechtmatig bewijsverweer van de arts: "Het College kan de arts in dit opzicht niet volgen. Het primaire doel van het medische tuchtrecht is de handhaving van het vertrouwen in de stand der geneeskundigen. De behandeling van klachten dient ook in eerste instantie hiertoe. Deze klachten kunnen door iedere direct belanghebbende worden ingediend. Naar aanleiding van de ingediende klacht stelt het College zelfstandig een onderzoek in. (.....). Bewijsrechtelijke bepalingen in die zin dat een bepaalde hoeveelheid bewijsmiddelen of bewijsmiddelen, die aan bepaalde eisen voldoen, voorhanden moeten zijn, wil de klacht gegrond worden geacht, kent het medisch tuchtrecht niet (.....). Van bewijs in de normale zin van het woord is kortom geen sprake. Dit heeft tot gevolg, dat het tuchtcollege op iedere klacht, hoe deze ook is geformuleerd of tot stand gekomen, kan reageren. Hiermee verdraagt zich niet dat een onderzoek zou moeten achterwege blijven omdat klager (de Inspecteur F.) gebruik zou hebben gemaakt van strafrechtelijk onrechtmatig verkregen bewijsmateriaal".
De Officier van Justitie die vanuit strafrechtelijk oogpunt bezien zeer ingewikkelde strafzaken zoals de "Terpzaak" wenst aan te pakken moet bij de afweging van de vraag of zulks strafrechtelijk dient te gebeuren of aan de medische tuchtrechter dient te worden overgelaten de vraag of de strafzaak vanwege bovenomschreven complicaties niet tot het beoogde doel: een strafrechtelijke veroordeling en daarmee ook een strafrechtelijke normvaststelling zou kunnen leiden, mede in zijn oordeel te betrekken.
Indien het strafrechtelijk verwijt niet te ernstig is, daarentegen de zaak veel bewijsrechtelijke risico's inhoudt en vaststelling van de norm van groot belang is, is het raadzaam de Inspecteur voor de Volksgezondheid te benaderen met verzoek deze zaak over te nemen.
Indien de afweging: toepassing van het strafrecht of het medisch tuchtrecht wordt gemaakt dienen O.M. en Staatstoezicht daarbij tevens de vraag te betrekken welke van de aan deze instanties ter beschikking staande sancties in een concrete strafzaak het meest effectief zijn.
Indien men de hoofdstraffen genoemd in art. 9 Wetboek van Strafrecht vergelijkt met de sanctiemodaliteiten van art. 5 van de Medische Tuchtwet, dan valt op dat het medische tuchtrecht geen vrijheidsbenemende sancties kent. Wel kennen beide stelsels de geldboete-modaliteit. Enerzijds kan het tuchtrecht meer nuanceren dan het strafrecht omdat het naast de geldboete ook nog de waarschuwing en de berisping kent.

Anderzijds kent het Wetboek van Strafrecht meer nuances dan het tuchtrecht ten aanzien van het al dan niet tijdelijk verbod om een beroep uit te oefenen. Art. 5 van de Medische Tuchtwet spreekt slechts van schorsing voor de tijd van ten hoogste een jaar (lid 4) of levenslange ontzegging van de bevoegheid de geneeskunst uit te oefenen (lid 5). De achtergrond van deze bepaling is dat het niet uitoefenen van het beroep van geneeskundige gedurende een periode van meer dan een jaar ernstige gevolgen voor diens vakbekwaamheid kan hebben. Bij ontzegging voor het leven speelt dat uiteraard geen enkele rol meer.
Het strafrecht kent dergelijke overwegingen niet: Het systeem neergelegd in art. 28 lid 1 sub 5° luncto art. 31 lid 1 Sr. brengt met zich mee dat ontzetting uit de uitoefening van een beroep van minimaal twee jaren tot en met ontzetting voor het leven mogelijk is.
Indien Officier van Justitie en Inspecteur gezamenlijk van oordeel zijn dat een arts enige tijd langer dan een jaar uit zijn beroep dient te worden verwijderd kan zulks tevens de keuze voor het strafrecht bepalen.
Nog een nuance kent het Strafwetboek, waarover het medisch tuchtrecht niet beschikt: de strafrechter kan een straf voorwaardelijk opleggen terwijl de medische Tuchtwet deze modaliteit niet kent behoudens het bepaalde in art. 4a lid 2 ingevolge welke bepaling de drankzuchtige geneeskundige, tandarts, verloskundige of apotheker voorwaardelijk uit zijn beroep kan worden gezet met als bijzondere voorwaarde dat de betrokkene zich onderwerpt aan een ontwenningskuur de duur van twee jaren en zes maanden niet te boven gaande en hij tijdens de duur daarvan geen gebruik maakt van zijn bevoegdheid.

8. TOEPASSING VAN MEDISCH TUCHTRECHT EN STRAFRECHT IN VERBAND MET HET "NE BIS IN IDEM BEGINSEL".

Hiervoor werden de factoren aangeduid die de keuze voor het medisch strafrecht of het tuchtrecht kunnen bepalen. Op grond van het "nemo debet bis vexari"-beginsel dient uitgangspunt bij een dergelijke keuze te zijn dat straf- en tuchtrechter elkaars werk niet nog eens overdoen: zulks moet een hoge uitzondering blijven en kan alleen door zeer zwaarwegende argumenten gerechtvaardigd worden.

Zulks was kenelijk het geval in de Terpzaak die na de vrijspraak door het Haagse Hof aan het Medische Tuchtcollege aldaar werd voorgelegd: het belang van de arts die zich na ruim anderhalf jaar voor eenzelfde feitencomplex nog eens moest verantwoorden voor het Medisch Tuchtcollege, terwijl hij reeds zwaar getroffen was door de door hem ondergane voorlopige hechtenis en de daarmee gepaard gaande aantasting van zijn goede naam, terwijl de vrijspraak bovendien aan een justitiële procedurefout was te wijten, moest hier wijken voor het nog zwaardere belang van de normbepaling, waaraan het Hof niet was toegekomen. Wel hield de tuchtrechter bij de zeer lichte door hem toegepaste maatregel van berisping zeer duidelijk rekening met het leed dat aan de arts door de strafzaak was toegevoegd. Ik ben van oordeel dat indien bij wijze van hoge uitzondering straf èn-tuchtrechter zich over eenzelfde feitencomplex hebben gebogen, bij bepaling van straf of maatregel in zeer aanzienlijke mate rekening moet worden gehouden met de straf of maatregel die eerder door de ander is opgelegd.
In het algemeen dient dan diegene die het laatst een oordeel velt met een min of meer formele terechtwijzing te volstaan. Deze stelregel is zeker van toepassing indien dit het Medisch Tuchtcollege is, waar normbepaling het primaire doel is. De Gaay Fortman meent in zijn handboek over het medisch tuchtrecht [24]) ook dat dubbele berechting zoveel mogelijk dient te worden voorkomen. Hij stelt daartoe "dat de inspectie zich onthoudt van zaken, waarin de strafrechter optreedt, tenzij er bij vrijspraak niettemin termen zijn voor oplegging van een tuchtmaatregel of in het algemeen voor ontzegging van de bevoegdheid".

Indien een Officier van Justitie zijn definitieve beslissing om al dan niet te vervolgen laat afhangen van een tuchtrechtelijke uitspraak in dezelfde zaak loopt hij overigens een zeker risico: indien behandeling van de tuchtrechtzaak veel tijd neemt bestaat de kans dat hij op grond van art. 6 van het Verdrag van Rome niet ontvankelijk wordt verklaard omdat behandeling van de strafzaak niet binnen een redelijke termijn heeft plaatsgevonden.
Moet dubbele berechting een hoge uitzondering blijven, formeel geldt te dien aanzien het ne bis in idem beginsel niet.

Dit blijkt reeds uit het gestelde in art. 1 van de Medische Tuchtwet "Een geneeskundige die zich schuldig maakt aan handelingen die het vertrouwen in de stand der geneeskundige ondermijnen, of aan nalatigheid, waardoor ernstige schade ontstaat voor een persoon, te wiens behoeve hem genees-, heel- of verloskundige raad of bijstand gevraagd wordt of aan wie hij die raad of bijstand verleent, of die in de uitoefening van de geneeskunst blijk geeft van grove onkunde, kan, onverminderd zijn aansprakelijkheid ingevolge andere wettelijke voorschriften worden onderworpen aan een van de maatregelen, vermeld in art. 5". In de Terp-zaak werd het "ne bis in idem"-verweer van de Haagse arts door het Medisch Tuchtcollege onder verwijzing naar dit artikel verworpen. Ook de Memorie van Toelichting op deze wet sluit uitdrukkelijk dubbele berechting niet uit [25]).
Een recht hebben houdt echter niet in, dat hiervan ook gebruik dient te worden gemaakt.
Aan Officier van Justitie èn regionaal Inspecteur moge ik met enige klem aanbevelen zulks zo weinig mogelijk te doen.

9. SLOTBESCHOUWING.

In de vorige paragraaf heb ik mij sterk gemaakt voor het "ne bis in idem"-beginsel. Zelf trek ik hieruit de consequentie dat ik in deze slotbeschouwing niet in herhaling zal treden. Even heb ik overwogen om de welgemeende adviezen aan mijn vakbroeders in deze eindparagraaf nog eens op een rij te zetten. Ik heb dit niet gedaan omdat ik dit preadvies op strikt persoonlijke titel heb geschreven en een dergelijke opsomming te veel de schijn zou wekken dat ik de pretentie heb om mijn O.M.-collega's een algemeen geldend strafrechtelijk beleidsrecept voor te schrijven.
Ik heb dit preadvies geschreven omdat ik in mijn ruim twintigjarige loopbaan bij het Openbaar Ministerie heb bemerkt, dat sommige leden daarvan zich bij de behandeling van medische strafzaken nog niet erg gemakkelijk kunnen losmaken van het traditionele strafrechtelijke denken over commune criminaliteit en dat dan ook in hun aanpak hiervan tot uitdrukking brengen.
Ik heb in het voorgaande willen benadrukken dat medische delicten vrijwel steeds een tamelijk uniek karakter hebben, dat een met dit karakter rekening houdende genuanceerde aanpak rechtvaardigt.

De nog een enkele keer door een Officier van Justitie gehanteerde houwdegen zal door een pincet vervangen moeten worden. Een medisch gespecialiseerde Officier van Justitie die weet welke deskundige hij moet raadplegen en dan ook werkelijk bij zulk een deskundige te rade gaat zal beter in staat zijn om die pincet doeltreffend te hanteren.
Wellicht kan hij van dit instrument ook gebruik maken om eventuele waardevolle suggesties uit mijn betoog over te nemen.

NOTEN.

1. De gynaecoloog heeft van dat vonnis hoger beroep aangetekend. Ten tijde van het opstellen van dit pre-advies was deze appèlzaak nog niet door het Haagse Gerechtshof afgedaan.
2. Artikel 67a lid 2 sub 1° Wetboek van Strafrecht noemt als grond voor voorlopige hechtenis "indien wegens het vermoedelijk begane feit levenslange gevangenisstraf, dan wel tijdelijke van twaalf jaren of meer, kan worden opgelegd en de rechtsorde ernstig door dat feit is geschokt".
3. Uitgave Gouda Quint b.v. Arnhem 1989.
4. Ambtsgebied van de Gerechtshoven te Amsterdam, 's-Gravenhage, Arnhem, 's-Hertogenbosch en Leeuwarden. In ieder hofressort bevinden zich drie soms vier arrondissementsrechtbanken.
5. De overleggroep Openbaar Ministerie - Staatstoezicht op de Volksgezondheid naar de voorzitter ook wel de "werkgroep Addens" genoemd is bij briefwisseling van de Minister van Justitie van 15 juni 1977 en de Minister van Volksgezondheid en Milieuhygiëne van 15 maart 1978 ingesteld. Deze overleggroep heeft tot taak de samenwerking te bevorderen en te begeleiden tussen het O.M. en de Geneeskundige Inspectie bij de opsporing en afdoening van strafbare feiten in de medische sfeer, alsmede bij de voorkoming daarvan.
6. HR 27 november 1984, N.J. 1985, nr. 106.
7. Van der Wal, De Beaufort, Feber e.a. "Euthanasie, knelpunten in een discussie", Ambo uitgave 1987, ISBN 90-263.0826.4.
8. Onder meer HR 25 april 1916, N.J. 1916, nr. 763 en HR 26 november 1934, N.J. 1935, nr. 374.
9. Onder meer HR 8 december 1941, N.J. 1942, nr. 235, HR 23 oktober 1956, N.J. 1957, nr. 107.
10. Staatsblad 1865, 60.
11. 5e en 6e druk p. 205.
12. Parket-vergadering: periodieke vergadering van alle Officieren van justitie onder leiding van de Hoofdofficier van Justitie, waarin vooral beleidszaken aan de orde komen.
13. Verslag 83.00321 d.d. 11 december 1986 nr. 85/R336.
14. Artikel 167 lid 2 Wetboek van Strafrecht: "Van vervolging kan worden afgezien op gronden aan het algemeen belang ontleend.

15. J.H.A.M. Hubben, (destijds inspecteur bij het Staatstoezicht op de Geestelijke Volksgezondheid voor Noord-Brabant en Limburg) "Psychotherapie en Recht". Dissertatie U.v.A. Nijmegen 1984.
16. Mr. M.E.W.H. De Bock-Joosten "Hoe zelfstandig is het Staatstoezicht op de Volksgezondheid?" NJB 10 september 1988, afl. 30, pag. 1077.
17. Wet van 18 januari 1956, Staatsblad 51.
18. Wet van 2 juli 1928, Staatsblad 222.
19. Zie ook H.J.J. Leenen: "De juridische positie van het Staatstoezicht op de volksgezondheid". Tijdschrift voor Sociale Gezondheidszorg, 1986, nr. 5.
20. Jaarverslag van deze overleggroep 1984, pag. 9.
21. Deze rapportage is in 1976 opgesteld door een werkgroep bestaande uit ambtenaren van Justitie, Volksgezondheid en de geneeskundige inspectie, die ook tot oprichting van de overleggroep Addens adviseerde.
22. F.E.Frenkel "Beraadslaging over het onderwerp: Zijn nadere wetgevende voorzieningen op het gebied van het tuchtrecht en tuchtprocesrecht wenselijk? Handelingen 1971 der Nederlandse Juristenvereniging, deel 2, Zwolle 1971 pag. 100 - 104.
23. Over de strafrechtelijke en tuchtrechtelijke merites van de Terpzaak: zie ook mijn artikel "de Terp-zaak een toelichting" in Medisch Contact nr. 7 van 13 februari 1987.
24. B. de Gaay Fortman: Medisch Tuchtrecht voor geneeskundigen, tandartsen en vroedvrouwen (een oplossing van geschillen) Zwolle, 1947.
25. In de Memorie van Toelichting van de Medische Tuchtwet 1928 wordt de mogelijkheid van dubbele vervolging als volgt geargumenteerd:
"Het is denkbaar, dat een geval, dat ligt binnen de grenzen van dit wetsontwerp tevens ligt binnen die van een bepaling van het Wetboek van Strafrecht, of grond oplevert voor een burgerrechtelijke vordering. Er is geen reden dergelijk samenheffen uit te sluiten omdat de klacht van dit ontwerp en de aktie gegrond op Strafwet of Burgerlijk Wetboek ieder een eigen belang beschermen hebben". (Memorie van Toelichting bijlage Handelingen Tweede Kamer, zitting 1924-1925 290/3, pag. 5).