

VU Research Portal

De betekenis van de schriftelijke wilsverklaring, de verplichte consultatie en het ondraaglijke lijden bij beslissingen over euthanasie bij patiënten met dementie

Rozemond, N

published in

Delikt en Delinkwent
2021

document version

Publisher's PDF, also known as Version of record

document license

Article 25fa Dutch Copyright Act

[Link to publication in VU Research Portal](#)

citation for published version (APA)

Rozemond, N. (2021). De betekenis van de schriftelijke wilsverklaring, de verplichte consultatie en het ondraaglijke lijden bij beslissingen over euthanasie bij patiënten met dementie. *Delikt en Delinkwent*, 2021(3), 183-200. Article 2021/16. <http://deeplinking.kluwer.nl/?param=00D4E301&cpid=WKNL-LTR-Nav2>

General rights

Copyright and moral rights for the publications made accessible in the public portal are retained by the authors and/or other copyright owners and it is a condition of accessing publications that users recognise and abide by the legal requirements associated with these rights.

- Users may download and print one copy of any publication from the public portal for the purpose of private study or research.
- You may not further distribute the material or use it for any profit-making activity or commercial gain
- You may freely distribute the URL identifying the publication in the public portal

Take down policy

If you believe that this document breaches copyright please contact us providing details, and we will remove access to the work immediately and investigate your claim.

E-mail address:

vuresearchportal.ub@vu.nl

De betekenis van de schriftelijke wilsverklaring, de verplichte consultatie en het ondraaglijke lijden bij beslissingen over euthanasie bij patiënten met dementie²

DD 2021/16

De Koffie-arresten van de Hoge Raad over euthanasie bij dementie hebben nog geen volledige duidelijkheid verschaft over de betekenis van de wettelijke zorgvuldigheidseisen voor artsen. Dat blijkt uit een nieuwe uitspraak van het Regionaal Tuchtcollege Amsterdam over een geval van euthanasie bij een patiënte met vergevorderde dementie. De zorgvuldigheidseisen moeten daarom worden verduidelijkt aan de hand van de uitgangspunten die de Hoge Raad en de tuchtcolleges hebben geformuleerd in de Koffiezaak, met name het uitgangspunt dat een patiënte met dementie het recht heeft om over haar eigen leven te beschikken.

1. Inleiding: na de Koffie-arresten

Voor het eerst sinds de arresten van de Hoge Raad van 21 april 2020 in wat de “Koffie-euthanasie” of de “Koffiezaak” is gaan heten,³ heeft een medisch tuchtcollege geoordeeld over de euthanasie bij een patiënte met dementie.⁴ In de Koffiezaak stond de vraag centraal of de arts de schriftelijke wilsverklaring van de patiënte mocht volgen zonder met de patiënte te overleggen over de levensbeëindiging. De arts voerde de euthanasie uit door een slaapmiddel in de koffie van de patiënte te doen (vandaar de Koffiezaak) en vervolgens een dodelijk middel toe te dienen via een infuus.

De patiënte in die zaak had in haar schriftelijke wilsverklaring bepaald dat zij euthanasie wilde “wanneer ik daar zelf de tijd rijp voor acht” en “op mijn verzoek”. De patiënte had nog niet aangegeven dat zij de tijd rijp achtte en daarom was het Regionaal Tuchtcollege Den Haag in navolging van de Regionale Toetsingscommissie Euthanasie van oordeel dat de schriftelijke wilsverklaring niet kon worden gevolgd. Bovendien was het tuchtcollege van oordeel dat de arts eerst had moeten proberen om met de patiënte te overleggen over de uitvoering van de euthanasie voordat zij daartoe overging. Beide oordelen van het tuchtcollege werden bevestigd door het Centraal Tuchtcollege voor de Gezondheidszorg.⁵

De Hoge Raad casseerde de uitspraak van het Centraal Tuchtcollege omdat de tuchtcolleges volgens de Hoge Raad geen zelfstandig oordeel over de schriftelijke wilsverklaring hebben gegeven, maar de uitleg van de toetsingscommissie hebben gevolgd. Bovendien hebben de tuchtcolleges de arts te weinig ruimte gegund bij de uitleg van de schriftelijke wilsverklaring. Niet alleen de tekst van die verklaring is bepalend, maar ook de bedoelingen die daaraan ten grondslag liggen en uit andere omstandigheden kunnen worden afgeleid.⁶

1 *Universitair hoofddocent strafrecht Vrije Universiteit Amsterdam.*

2 N. Rozemond, ‘De betekenis van de schriftelijke wilsverklaring, de verplichte consultatie en het ondraaglijke lijden bij beslissingen over euthanasie bij patiënten met dementie’, DD 2021/16.

3 HR 21 april 2020, ECLI:NL:HR:2020:712, NJ 2020/428 m.nt. P.A.M. Mevis en HR 21 april 2020, ECLI:NL:HR:2020:713, NJ 2020/429 m.nt. P.A.M. Mevis.

4 Regionaal Tuchtcollege Amsterdam 17 augustus 2020, ECLI:NL:TGZRAMS:2020:93.

5 R.o. 5.10 en 5.13 in Regionaal Tuchtcollege Den Haag 24 juli 2018, ECLI:NL:TGZRSGR:2018:165, bevestigd in r.o. 4.8 en 4.9 in Centraal Tuchtcollege 19 maart 2019, ECLI:NL:TGZCTG:2019:68. Zie voor het oordeel van de Regionale Toetsingscommissie Euthanasie Oordeel 2016-85, te vinden op www.euthanasiecommissie.nl.

6 R.o. 5 en 6 in HR 21 april 2020, ECLI:NL:HR:2020:713.

Opmerkelijk is dat de Hoge Raad geen oordeel gaf over de rechtsopvatting van de tuchtcolleges dat de arts eerst had moeten proberen om met de patiënte te overleggen voordat zij tot uitvoering van de schriftelijke wilsverklaring kon overgaan.⁷ De wettelijke overlegplicht van de arts is vastgelegd in artikel 7:448 lid 1 BW/WGBO zoals dat artikel sinds 1 januari 2020 luidt. Het Regionaal Tuchtcollege Den Haag was van oordeel dat deze overlegplicht al eerder gold op grond van de algemene zorgvuldigheidsnorm (de “professionele standaard”) van artikel 47 lid 1 Wet BIG waaraan de tuchtcolleges het handelen van artsen toetsen. Het tuchtcollege verwees in zijn uitspraak ook naar “de regelgeving rond dwangbehandeling en dwangmedicatie”. Op 1 januari 2020 trad daarvoor een nieuwe wettelijke regeling in werking: de Wet zorg en dwang psychogeriatrische en geestelijk gehandicapte cliënten (Wzd). Op grond van artikel 3 lid 1 Wzd beslissen psychogeriatrische patiënten zelf over de zorg die aan hen wordt verleend. Dat is een specificatie van het algemene beslissingsrecht van patiënten uit artikel 7:450 lid 1 BW/WGBO waarnaar het tuchtcollege eveneens verwees. Het tuchtcollege noemde als grondslag van de overlegplicht verder het recht van de patiënte om over haar eigen leven te beschikken. Dit recht raakt de patiënte in beginsel niet kwijt wanneer zij dement wordt, aldus het tuchtcollege.⁸

In zijn vordering tot cassatie in het belang der wet had de procureur-generaal hierover wel een standpunt ingenomen. Volgens de procureur-generaal kan uit de parlementaire geschiedenis van de Wet toetsing levensbeëindiging op verzoek en hulp bij zelfdoding (Wtl) niet worden afgeleid dat een overlegplicht voor de arts bestaat.⁹ De tuchtcolleges baseerden de overlegplicht echter niet op de Wtl, maar op artikel 7:448 lid 1 BW/WGBO, de regelgeving rond dwangbehandeling en dwangmedicatie (sinds 1 januari 2020 de Wzd) en het zelfbeschikkingsrecht van de patiënte. Daarover nam de procureur-generaal in zijn vordering geen uitdrukkelijk standpunt in en ook de Hoge Raad gaf niet aan dat de rechtsopvatting van de tuchtcolleges hierover onjuist is.

Het oordeel van de tuchtcolleges over de toepasselijkheid van de gezondheidsrechtelijke bepalingen en het zelfbeschikkingsrecht van de patiënt is van belang voor nieuwe beslissingen over verschillende aspecten van euthanasie, zoals de uitleg van de schriftelijke wilsverklaring, de rol van de verplichte consultatie en de beoordeling van het ondraaglijke lijden. Dat zijn de aspecten die aan de orde kwamen in de nieuwe uitspraak van het Regionaal Tuchtcollege Amsterdam van 17 augustus 2020. Ook bij de beoordeling van deze aspecten kunnen de wettelijke overlegplicht van de arts en het zelfbeschikkingsrecht van de patiënte worden betrokken.

Op het punt van de uitleg van de schriftelijke wilsverklaring volgde het tuchtcollege op 17 augustus 2020 de arresten van de Hoge Raad van 21 april 2020. De arts had in dit geval wel de ruimte om de schriftelijke verklaring zo uit te leggen dat zij van toepassing was op de situatie waarin de patiënte zich bevond. De patiënte was opgenomen in een verpleeghuis en dat wilde ze blijkens haar schriftelijke wilsverklaring niet. Op de punten van de verplichte consultatie en het ondraaglijke lijden kwam het tuchtcollege tot het oordeel dat de arts ten onrechte het advies van de SCEN-arts (een specialist ouderengeneeskunde) naast zich had neergelegd en niet tot de overtuiging had kunnen komen dat de patiënte ondraaglijk leed.

In dit artikel wil ik onderzoeken in hoeverre de oordelen van het tuchtcollege in de nieuwe zaak in overeenstemming zijn met de Koffie-arresten van de Hoge Raad en de

7 De Hoge Raad geeft wel een oordeel over r.o. 4.7 en 4.8 uit de uitspraak van het Centraal Tuchtcollege, maar laat r.o. 4.9 onbesproken. Zie r.o. 5.2 en 6.2 in HR 21 april 2020, ECLI:NL:HR:2020:713, NJ 2020/429 m.nt. P.A.M. Mevis en punt 11-12 in de noot van Mevis.

8 R.o. 5.13 in Regionaal Tuchtcollege Den Haag 24 juli 2018, ECLI:NL:TGZRSGR:2018:165. Zie ook r.o. 5.10.

9 Punt 6.1-6.14 in de vordering van de procureur-generaal van 17 december 2019, ECLI:NL:PHR:2019:1339.

gezondheidsrechtelijke en mensenrechtelijke uitgangspunten die de tuchtcolleges in de Koffiezaak formuleerden. De strekking van mijn betoog zal zijn dat op alle punten nadere verduidelijkingen noodzakelijk zijn. Aan het slot van mijn artikel zal ik ingaan op de vraag of de verduidelijkingen hadden moeten worden gezocht door middel van strafrechtelijke vervolging van de arts. Naar mijn mening is dat niet het geval en zullen de vereiste verduidelijkingen moeten worden gegeven door de toetsingscommissies en de tuchtcolleges en niet door de strafrechter.

Een strafrechtelijke vervolging van de arts zou in de nieuwe zaak slechts gerechtvaardigd zijn geweest wanneer het OM het uitdrukkelijk onderbouwde standpunt had kunnen innemen dat moet worden afgeweken van het oordeel van de tuchtrechter. Wel moet het OM in deze zaak alsnog overwegen om het Expertisecentrum Euthanasie als rechtspersoon te vervolgen om deze instelling te dwingen adequate maatregelen te nemen ter bescherming van het recht op leven van patiënten met dementie. Daartoe bestaat een positieve verplichting op grond van de rechtspraak van het Europees Hof voor de Rechten van de Mens over de bescherming van het recht op leven van bijzonder kwetsbare personen in de gezondheidszorg.

Voordat ik de nieuwe uitspraak van het Regionaal Tuchtcollege Amsterdam bespreek, zal ik eerst ingaan op de vraag of de Wet op de geneeskundige behandelingsovereenkomst en de Wet zorg en dwang psychogeriatrische en geestelijk gehandicapte cliënten van toepassing kunnen zijn bij euthanasie. In de literatuur bestaat daarover twijfel die kan worden weggenomen op grond van het recht op leven en het zelfbeschikkingsrecht van de patiënte. Deze rechten zijn bepalend voor het antwoord op de vraag in hoeverre gezondheidsrechtelijke regelingen van toepassing zijn bij euthanasie.

2. De verhouding tussen de WGBO, de Wzd en de Wtl

In de literatuur wordt wel betoogd dat de Wet op de geneeskundige behandelingsovereenkomst en de Wet zorg en dwang psychogeriatrische en geestelijk gehandicapte cliënten niet van toepassing zijn bij euthanasie. De Wet toetsing levensbeëindiging op verzoek en hulp bij zelfdoding zou een exclusieve regeling zijn onder uitsluiting van de algemene bepalingen van de WGBO en de Wzd.¹⁰ Dat is echter niet de opvatting van de tuchtcolleges: de WGBO en de Wzd bevatten algemene zorgvuldigheidseisen die ook onder artikel 47 lid 1 Wet BIG vallen en daarom op grond van deze bepaling van toepassing zijn bij euthanasie. Dat is ook wel logisch als het bijvoorbeeld gaat om de verplichte dossiervoering (artikel 7:454 lid 1 BW), de plicht om aan de patiënt inzage te geven in zijn dossier (artikel 7:455 BW), de geheimhoudingsplicht (artikel 7:457 lid 1 BW) en de plicht om een medische handeling buiten de waarneming van anderen uit te voeren (artikel 7:459 lid 1 BW).

Op grond van artikel 7:464 lid 1 BW gelden de bepalingen van de WGBO ook bij medische handelingen die niet krachtens een behandelingsovereenkomst worden verricht voor zover de aard van de rechtsbetrekking zich daartegen niet verzet. Dat is bij euthanasie niet het geval: de hierboven genoemde plichten gelden ook bij euthanasie. De regeling van vertegenwoordiging bij medische handelingen (artikel 7:465 lid 3 BW) is echter wel uitgesloten

10 Zie bijvoorbeeld T. Vis, 'De Euthanasiearresten van de Hoge Raad: lessen voor de toekomst', *NTS* 2020/77, p. 249-250 en H.J.J. Leenen e.a., *Handboek gezondheidsrecht*, 8ste druk, Den Haag: Boom juridisch 2020, p. 109. Zie hierover ook het debat tussen L.A.P. Arends, 'De euthanasieovereenkomst: non-existent of een juridische werkelijkheid?', *TvGR* 2017, p. 399-405, J.G. Sijmons, 'De onmogelijke euthanasieovereenkomst: geen geneeskundige behandelingsovereenkomst', *TvGR* 2017, p. 406-410 en L.A.P. Arends & J.G. Sijmons, 'Vervolg discussie: euthanasie onder de WGBO', *TvGR* 2017, p. 566-570.

bij euthanasie. Alleen de patiënt zelf kan om euthanasie verzoeken (artikel 2 lid 1 onder a en artikel 2 lid 2 Wtl) en dat kan daarom niet door een vertegenwoordiger worden gedaan. De Wtl bevat bijzondere zorgvuldigheidseisen in aanvulling op de algemene zorgvuldigheidseisen van het Nederlandse gezondheidsrecht. Deze bijzondere zorgvuldigheidseisen zijn noodzakelijk op grond van het ingrijpende karakter van euthanasie en de fundamentele rechten die daarbij in het geding zijn: het recht op leven en het zelfbeschikkingsrecht van de patiënt. Daarom moet de Wtl niet als exclusieve regeling, maar als aanvullende regeling worden beschouwd met extra waarborgen ten opzichte van de WGBO en de Wzd. Daaraan kan worden toegevoegd dat euthanasie meestal wordt verleend in het kader van een behandelingsovereenkomst tussen de arts en de patiënt waarop de WGBO van toepassing is. Een beslissing om tot levensbeëindiging over te gaan is daardoor ook een beslissing over de behandeling van de patiënt op grond van de behandelingsovereenkomst. Bij patiënten met dementie betekent de levensbeëindiging ook een beslissing over de zorg in het kader van de Wzd. Op grond van artikel 7:450 lid 1 BW en artikel 3 lid 1 Wzd heeft de patiënt een beslissingsrecht over de medische behandeling en de psychogeriatrische zorg die aan hem wordt verleend. Daaruit kan worden afgeleid dat de patiënt ook het recht heeft om te beslissen of een medische behandeling en verleende zorg moeten worden gestaakt. Als argument voor de uitsluiting van de WGBO bij euthanasie wordt wel verwezen naar de parlementaire geschiedenis van de Wtl. Daarin wordt aangegeven dat de medische exceptie niet als strafuitsluitingsgrond geldt bij euthanasie, omdat euthanasie geen *normaal* medisch handelen is. Daaruit kan worden afgeleid dat euthanasie volgens de wetgever wel medisch handelen is, maar dat daarvoor bijzondere regels gelden in verband met strafuitsluiting.¹¹ Bij euthanasie geldt de bijzondere strafuitsluitingsgrond van artikel 293 lid 2 en artikel 2 Wtl. Dat betekent dat voor strafuitsluiting bij euthanasie extra zorgvuldigheidseisen in acht moeten worden genomen in vergelijking met de medische exceptie, zoals de eis dat de patiënt ondraaglijk en uitzichtloos lijdt (artikel 2 lid 1 onder b Wtl) en de eis dat een onafhankelijke arts moet worden geraadpleegd (artikel 2 lid 1 onder e Wtl).¹² Deze extra eisen gelden niet bij de medische exceptie als strafuitsluitingsgrond voor een *normale* medische behandeling.

Daaruit kan echter niet worden afgeleid dat de algemene bepalingen van de WGBO over informatieverstrekking, overleg, toestemming, dossiervorming, geheimhouding en uitvoering buiten de waarneming van anderen niet van toepassing zijn bij euthanasie. De uitsluiting van de medische exceptie betekent wel dat voor strafuitsluiting bij euthanasie bijzondere zorgvuldigheidseisen gelden. De arts moet zich daarbij ook houden aan de inzichten van de medische wetenschap en de in de medische ethiek geldende normen: de professionele standaard van artikel 7:453 BW en artikel 47 Wet BIG.¹³

Deze algemene inzichten en normen en de specifieke verplichtingen van de Wet BIG, de WGBO, de Wzd, de Wtl moeten zo worden uitgelegd dat het recht van een patiënte met dementie om over haar eigen levenseinde te beslissen effectief wordt beschermd. De grondslag van dat recht is het Europees Verdrag voor de Rechten van de Mens (EVRM) en het

11 Vis, a.w., p. 240 met verwijzing naar de Nota naar aanleiding van het verslag *Kamerstukken II 1999/2000, 26691*, nr. 6, p. 8. De cursivering staat in deze Nota waarin weer wordt doorverwezen naar de rechtspraak van de Hoge Raad hierover. Zie r.o. 9.4 in HR 21 oktober 1986, ECLI:NL:HR:1986:AC9531, NJ 1987/607, m.nt. G.E. Mulder: de medische exceptie geldt niet bij euthanasie.

12 Vgl. L.A.P. Arends, a.w., p. 401.

13 R.o. 4.4 in HR 21 juni 1994, ECLI:NL:HR:1994:AD2122, NJ 1994/656 m.nt. T.M. Schalken (Chabot), r.o. 4.3.1 in HR 24 december 2002, ECLI:NL:HR: AE8772, NJ 2003/167 m.nt. T.M. Schalken (Brongersma) en r.o. 4.11.2 in HR 21 april 2020, ECLI:NL:HR:2020:712, NJ 2020/428 m.nt. P.A.M. Mevis, waar de Hoge Raad verwijst naar "de inzichten en normen van medische professionals". Daaruit blijkt dat de Hoge Raad de professionele standaard van artikel 7:453 BW wel van toepassing acht bij euthanasie.

Internationaal Verdrag inzake de Rechten van Personen met een Handicap (IVRPH). De mensenrechten uit deze verdragen bepalen uiteindelijk in hoeverre de wetsbepalingen van de WGBO en de Wzd van toepassing zijn bij euthanasie en hoe de Wtl moet worden uitgelegd in verband met het beëindigen van de levens van patiënten met dementie. Op grond van artikel 12 lid 2 IVRPH moet worden erkend dat personen met een handicap, waaronder ook mensen met dementie vallen (artikel 1 VRPH), handelingsbekwaam zijn “in alle aspecten van het leven”. Op grond van artikel 12 lid 3 IVRPH moeten zij daarom zo veel mogelijk worden ondersteund in het nemen van eigen beslissingen over hun leven.¹⁴

De Hoge Raad heeft zich in de Koffie-arresten niet uitgelaten over de toepasselijkheid van de WGBO en de Wzd, het recht van de patiënte om over haar eigen leven te beschikken en de mensenrechtenverdragen die dat recht beschermen. Kennelijk acht de Hoge Raad verduidelijking in het belang der wet niet nodig op deze punten. De Hoge Raad legt de strekking van cassatie in het belang der wet als volgt uit op zijn website: “Cassatie in het belang der wet heeft geen rechtsgevolgen voor de betrokken partijen. De beslissing van de Hoge Raad is in deze gevallen alleen bedoeld om duidelijkheid te geven met het oog op andere gevallen.”¹⁵

Er moet daarom vanuit worden gegaan dat de oordelen van de tuchtcolleges op deze punten wel duidelijk en ook juist zijn. Deze oordelen zijn in de Koffiezaak ook de enige oordelen die expliciet zijn gebaseerd op het recht van de patiënte om over haar eigen leven te beschikken. Dat is een mensenrechtelijk argument om de uitspraken van de tuchtcolleges op deze punten wel te volgen. Uiteindelijk geven het recht op leven en het zelfbeschikkingsrecht van patiënten de doorslag bij de uitleg van de Wtl.¹⁶ De arts heeft inmiddels laten weten dat zij geen herziening verzoekt bij het Centraal Tuchtcollege op grond van artikel 52 Wet BIG.¹⁷ Daaruit volgt dat de oordelen van de tuchtcolleges hierover niet meer ter discussie kunnen worden gesteld in de Koffiezaak en dat de waarschuwing voor de arts definitief is.¹⁸

3. De strekking van de schriftelijke wilsverklaring

In de Koffiezaak oordeelden de toetsingscommissie en de tuchtcolleges dat de arts niet de schriftelijke wilsverklaring had mogen volgen vanwege onduidelijkheden in die verklaring. De patiënte had daarin bepaald dat zij euthanasie wilde als zij daar zelf de tijd rijp voor achtte en dat had zij nog niet aangegeven. De rechtbank had hierover een ander oordeel. De strekking van de schriftelijke verklaring was volgens de rechtbank dat de patiënte de

14 Zie hierover N. Rozemond, ‘Euthanasie bij mensen met dementie volgens het *supported decision-making regime* van artikel 12 van het Verdrag inzake de Rechten van Personen met een Handicap’, *Handicap & Recht* 2021, nr. 1.

15 <https://www.hogeraad.nl/over-ons/bijzondere-taken-hoge-raad-procureur-generaal/cassatie-belang-wet/>.

16 Zie hierover de noten van T.M. Schalken onder HR 21 april 2020, ECLI:NL:HR:2020:712, *GJ* 2020/70 en J.H. Hubben onder HR 21 april 2020, ECLI:NL:HR:2020:713, *GJ* 2020/71. Zie ook A.C. Hendriks, ‘Schriftelijk euthanasieverzoek bij vergevorderde dementie als basis’, *Rechtsgeleerd Magazijn THEMIS*, 2020-3, p. 130 en 132, N. Rozemond, ‘De juridische plicht om euthanasie te bespreken met patiënten met dementie voordat artsen schriftelijke wilsverklaringen kunnen uitvoeren’, *NTS* 2020/76 en N. Rozemond, ‘Het mensenrechtelijke tekort van het Nederlandse euthanasierecht’, *NTM/NJCM Bulletin* 2020/29.

17 Zie het interview met de arts Marinou Arends in *de Volkskrant* van 23 oktober 2020. In het interview en in haar recente boek over de Koffiezaak zegt de arts niets over het feit dat ze daarmee in juridische zin het oordeel van de tuchtcolleges accepteert. Zie M. Arends, *Aangeklaagd voor Euthanasie*, Oosterwijk: Wolf Legal Publishers 2020.

18 Dit is over het hoofd gezien bij de recente wijziging van de EuthanasieCode 2018 van de Regionale Toetsingscommissies Euthanasie in november 2020. De gewijzigde versie verwijst ten onrechte niet naar de gezondheidsrechtelijke en mensenrechtelijke normen waarop de uitspraken van de tuchtcolleges in de Koffiezaak zijn gebaseerd en de wettelijke informatie- en overlegplicht van de arts uit art. 7:448 BW/WGBO. Zie p. 40 en 42 van de herziene EuthanasieCode 2018, te vinden op www.euthanasiecommissie.nl.

regie aan de arts wilde overdragen voor het geval dat zij in een verpleeghuis zou worden opgenomen en wilsonbekwaam zou zijn geworden.

De Hoge Raad was het met het oordeel van de toetsingscommissie en de tuchtcolleges eens. De Hoge Raad overwoog:

“De in acht te nemen zorgvuldigheid brengt mee dat de arts daartoe het verzoek – en eventuele opvolgende verzoeken – uitlegt met het oog op het achterhalen van de bedoelingen van de patiënt. Daarbij moet hij letten op alle omstandigheden van het geval en niet slechts op de letterlijke bewoordingen van het verzoek.”¹⁹

Hier volgt de Hoge Raad geen verklaringstheorie: de schriftelijke wilsverklaring is niet de grondslag van de levensbeëindiging. De Hoge Raad volgt wel een wilstheorie: de wil of de bedoeling die in de verklaring tot uitdrukking komt, is de grondslag van de levensbeëindiging.²⁰ Volgens de Hoge Raad was die wil in dit geval wel duidelijk: de patiënte wilde euthanasie voor het geval dat zij zou moeten worden opgenomen in een verpleeghuis.²¹

In de nieuwe zaak had de patiënte een vergelijkbare clausule opgenomen in haar schriftelijke wilsverklaring: zij wilde niet worden opgenomen in een verpleeghuis en zij wilde dan euthanasie. De toetsingscommissie achtte de schriftelijke wilsverklaring in dit geval niet voldoende duidelijk, omdat de arts van het Expertisecentrum Euthanasie niet zelf met de patiënte over euthanasie heeft overlegd toen zij haar schriftelijke wilsverklaring opstelde en ook niet in een later stadium. De arts heeft evenmin overlegd met de huisarts en de specialist van de patiënte. Na het opstellen van haar schriftelijke wilsverklaring heeft de patiënte zich niet meer tegenover haar artsen uitgelaten over deze verklaring en de achterliggende bedoelingen daarvan. De verklaring was zes jaar oud op het moment van de euthanasie en de toetsingscommissie twijfelde daarom over de vraag of de wilsverklaring wel uitdrukking gaf aan “de blijvende wil van de patiënte tot aan het moment waarop zij haar wilsbekwaamheid verloor”. Ook de toetsingscommissie hanteert dus geen verklaringstheorie, maar een wilstheorie: niet de letterlijke verklaring, maar “de blijvende wil” is de grondslag van de levensbeëindiging.²²

Hierover oordeelde het Regionaal Tuchtcollege Amsterdam anders naar aanleiding van de arresten van de Hoge Raad van 21 april 2020: de schriftelijke wilsverklaring geeft volgens het tuchtcollege de omstandigheden weer waarin de patiënte zich ten tijde van de levensbeëindiging bevond. Ze was opgenomen in een verpleeghuis wat ze volgens haar schriftelijke verklaring niet wilde. Daarom kon de arts de levensbeëindiging in beginsel wel baseren op de schriftelijke verklaring. Bovendien had de patiënte met haar echtgenoot en kinderen gesproken over haar weigering om te worden opgenomen in een verpleeghuis en dat gaf volgens het tuchtcollege “(net) voldoende blijk van wat patiënte niet meer wilde”.²³ Verklaringen van de patiënte tegenover familieleden over wat zij niet wilde, zijn echter geen verzoeken aan een arts dat zij wel euthanasie wil. Bovendien is de patiënte tegen haar schriftelijke wilsverklaring in toch opgenomen in een verpleeghuis. Uit de uitspraken van de toetsingscommissie en het tuchtcollege blijkt niet waarom de patiënte is opgenomen. Net als patiënte in de Koffiezaak wilde de patiënte volgens haar schriftelijke wilsverklaring

19 R.o. 6.3 en 6.4 in HR 21 april 2020, ECLI:NL:HR:2020:713, NJ 2020/429 m.nt. P.A.M. Mevis, met verwijzing naar r.o. 4.5.2 in HR 21 april 2020, ECLI:NL:HR:2020:712, NJ 2020/428 m.nt. P.A.M. Mevis.

20 Zie hierover N. Rozemond, ‘Wil of verklaring. Wat is de grondslag van levensbeëindiging bij patiënten met gevorderde dementie?’, *NJB* 2019/1419.

21 R.o. 6.6 in HR 21 april 2020, ECLI:NL:HR:2020:713, NJ 2020/429 m.nt. P.A.M. Mevis.

22 Oordeel 2017-103.

23 R.o. 5.9 Regionaal Tuchtcollege Amsterdam 17 augustus 2020, ECLI:NL:TGZRAMS:2020:93.

niet worden opgenomen in een verpleeghuis. Deze schriftelijke verklaring gaf zij aan haar huisarts met wie zij de verklaring besprak. De strekking van de verklaring lijkt daarom een opnameverbod te zijn waaraan de huisarts is gebonden in combinatie met een euthanasieverzoek aan de huisarts om het leven van de patiënte te beëindigen wanneer opname noodzakelijk zou zijn. Kennelijk heeft de huisarts zowel het opnameverbod als het euthanasieverzoek van de patiënte genegeerd.

In de Koffiezaak heeft de huisarts vlak voor de opname wel met de patiënte overlegd over euthanasie. De patiënte verklaarde toen dat zij geen euthanasie wilde.²⁴ Dat was de reden waarom de patiënte toch werd opgenomen in het verpleeghuis, ondanks het opnameverbod uit de schriftelijke wilsverklaring. Na de opname legde de verpleeghuisarts de schriftelijke wilsverklaring uit als een verzoek aan de verpleeghuisarts om tot levensbeëindiging over te gaan. Dat was ook de strekking die de rechtbank aan haar verzoek toekende.²⁵ Het is echter de vraag of dat de juiste interpretatie is van de schriftelijke wilsverklaring die zich lijkt te richten tot de huisarts met een opnameverbod en een euthanasieverzoek. De patiënte heeft haar verklaring aan haar huisarts gegeven en met deze arts besproken en daaruit kan worden afgeleid dat zij ook aan deze arts euthanasie verzocht voor het geval zij zou moeten worden opgenomen in een verpleeghuis. Haar wil was echter veranderd op het moment dat de schriftelijke wilsverklaring van toepassing was, wat ook de betekenis van die verklaring veranderde. Er kon door die wilsverandering niet zonder meer vanuit worden gegaan dat de patiënte geen opname in een verpleeghuis wilde. Zij stemde tegenover haar huisarts juist wel in met opname in een verpleeghuis. Daarom was niet langer aan de voorwaarde voor uitvoering van de schriftelijke wilsverklaring voldaan en kon de huisarts de patiënte geen euthanasie verlenen. In het verpleeghuis verklaarde de patiënte tegenover de verpleeghuisarts dat zij verder wilde leven met dementie en dat zij niet dood wilde omdat zij het nog niet zo erg vond.²⁶ In haar vonnis gaat de rechtbank echter niet op deze verklaringen in bij haar uitleg van de schriftelijke wilsverklaring en de bedoelingen van de patiënte voor en na haar opname.

In de recente zaak wilden de huisarts van de patiënte en de artsen die aan het verpleeghuis waren verbonden de euthanasie niet uitvoeren, waarna de arts van het Expertisecentrum Euthanasie de uitvoering van de schriftelijke wilsverklaring op zich nam. Het is echter niet uitgesloten dat ook deze patiënte (net als de patiënte in de Koffiezaak) van wil was veranderd en heeft ingestemd met opname in het verpleeghuis. De patiënte heeft haar schriftelijke verklaring ook niet aan de arts van het expertisecentrum overhandigd en met haar overlegd over de bedoelingen die aan deze verklaring ten grondslag lagen. Het is daarom de vraag of haar schriftelijke wilsverklaring nog wel overeenstemde met haar bedoelingen op het moment van opname en als een verzoek aan de arts van het expertisecentrum kan worden uitgelegd.

Wat de legitimatie van de arts van het expertisecentrum is om in dit geval de schriftelijke verklaring uit te voeren, is daarom onduidelijk. Ze heeft niet kunnen nagaan of opname in het verpleeghuis het gevolg was van een wilsverandering bij de patiënte en de schriftelijke wilsverklaring was niet tot haar gericht. Ze heeft ook niet met de patiënte en de behandelende artsen overlegd over de achterliggende bedoelingen van de schriftelijke wilsverklaringen en mogelijke veranderingen in die bedoelingen. Het probleem van de betrokkenheid van de arts is dat zij niet tijdig met de patiënte heeft overlegd, passend bij haar bevattingvermogen, zoals in artikel 7:448 lid 1 BW/WGBO is voorgeschreven en volgens

24 R.o. 4.4.1 in Rechtbank Den Haag 11 september 2019, ECLI:NL:RBDHA:2019:9506.

25 R.o. 4.4.4 in Rechtbank Den Haag 11 september 2019, ECLI:NL:RBDHA:2019:9506.

26 Zie de notities hierover in het medisch dossier, weergegeven in r.o. 2.13 van Regionaal Tuchtcollege Den Haag 24 juli 2018, ECLI:NL:TGZRSGR:2018:165.

de tuchtcolleges is vereist. De rechtvaardiging van de levensbeëindiging door de arts kan daarom niet zonder meer worden afgeleid uit de tekst van de schriftelijke verklaring of de bedoelingen van de patiënte.

Dit probleem is nog niet expliciet aan de orde is geweest in de uitspraken van de toetsingscommissies en de tuchtcolleges, hoewel de toetsingscommissie in de recente zaak wel feitelijk vaststelt dat de arts niet met de patiënte heeft overlegd over levensbeëindiging en ook niet met andere artsen van de patiënte. De toetsingscommissies gaan er in andere zaken echter ook van uit dat patiënten met vergevorderde dementie kunnen worden 'aangemeld' door derden (echtgenoot, kinderen) bij het Expertisecentrum Euthanasie.²⁷ Dat uitgangspunt staat op gespannen voet met artikel 2 lid 1 onder a Wtl: alleen de patiënt zelf kan aan een arts om euthanasie verzoeken. Dat volgt ook uit artikel 3 lid 1 Wzd en artikel 7:450 lid 1 BW/WGBO en het daaraan ten grondslag liggende zelfbeschikkingsrecht van de patiënte: de patiënte moet in beginsel zelf beslissen over haar medische behandeling en over de zorg die aan haar wordt verleend en dat geldt ook voor de beslissing over haar levenseinde. Dat laatste kan ook door middel van een schriftelijk verzoek in de zin van artikel 2 lid 2 Wtl, maar dat moet dan wel duidelijk blijken uit de tekst van de schriftelijke verklaring en de achterliggende bedoelingen daarvan. Daaruit moet kunnen worden afgeleid dat de patiënt wil dat een arts van het Expertisecentrum Euthanasie het verzoek uitvoert wanneer de eigen huisarts of de verpleeghuisarts dat niet wil doen.

In beide zaken (de Koffiezaak en de zaak van 17 augustus 2020) is niet vastgesteld dat de patiënte met haar schriftelijke verzoek inderdaad een dergelijke bedoeling had en dat de schriftelijke wilsverklaring een verzoek aan de verpleeghuisarts of de arts van het expertisecentrum was om het leven van de patiënte te beëindigen. In de Koffiezaak staat bovendien vast dat de patiënte van wil was veranderd en instemde met opname en verblijf in een verpleeghuis waardoor de betekenis van haar schriftelijke wilsverklaring was veranderd. In de recente zaak staat eveneens vast dat de patiënte was opgenomen in een verpleeghuis, terwijl zij in haar schriftelijke verklaring nadrukkelijk had aangegeven dat ze dat niet wilde, en ook staat vast dat de uitvoerende arts geen overleg in de zin van artikel 7:448 BW heeft gevoerd met de patiënte. De opname in het verpleeghuis had voor de uitvoerende arts, de toetsingscommissie en het tuchtcollege een reden moeten zijn om te onderzoeken waarom de patiënte toch was opgenomen tegen haar schriftelijke wilsverklaring in. Het is immers niet uitgesloten dat ook deze patiënte van wil was veranderd en instemde met opname, en die wil is bepalend voor de vraag of de arts de euthanasie mocht uitvoeren. Een patiënte met dementie heeft het recht om over haar eigen leven te beslissen. Zij heeft daarom ook het recht om euthanasie te weigeren wanneer zij van wil is veranderd ten opzichte van haar schriftelijke verklaring.²⁸

4. De functies van de verplichte consultatie

Op grond van artikel 2 lid 1 onder e Wtl is consultatie van een onafhankelijke arts verplicht. Deze arts moet zelf de patiënt zien en zijn schriftelijk oordeel geven over de vraag of is voldaan aan de wettelijke zorgvuldigheidseisen. In het nieuwe geval had een SCEN-arts, tevens specialist ouderengeneeskunde, de patiënt gezien en als zijn oordeel gegeven dat de schriftelijke wilsverklaring niet als verzoek kon gelden in de zin van artikel 2 lid 1 onder a Wtl, omdat de SCEN-arts de bedoelingen die daaraan ten grondslag lagen niet kon achterhalen. De SCEN-arts kon ook niet vaststellen dat de patiënte ondraaglijk leed en

27 Zie bijvoorbeeld Oordeel 2019-79 en Oordeel 2020-88.

28 R.o. 5.10 en 5.13 in Regionaal Tuchtcollege Den Haag 24 juli 2018, ECLI:NL:TGZRSGR:2018:165.

bovendien was er volgens de SCEN-arts voor euthanasie een redelijk alternatief in de vorm van opname in een gespecialiseerd verpleeghuis voor patiënten met dementie (de patiënte was opgenomen in een verzorgingshuis zonder specialisatie op dat gebied).

De arts van het Expertisecentrum Euthanasie besloot na overleg met zes artsen van het Multidisciplinair Overleg (MDO) van het Expertisecentrum Euthanasie het oordeel van de SCEN-arts niet te volgen en de euthanasie toch uit te voeren. Dat was naar het oordeel van de toetsingscommissie en het tuchtcollege niet zonder meer toegestaan. Weliswaar is het oordeel van de SCEN-arts geen bindend advies voor de uitvoerende arts, maar deze arts moet wel aan de toetsingscommissie en het tuchtcollege kunnen uitleggen waarom zij het oordeel van de SCEN-arts niet heeft gevolgd, en dat kon de arts in dit geval niet. De uitleg kwam erop neer dat de arts het oordeel van de SCEN-arts ondeugdelijk vond, maar dat had voor de arts de aanleiding moeten zijn om aan de SCEN-arts een beter onderbouwd oordeel te vragen of om een tweede onafhankelijke arts in te schakelen. De collega's van het expertisecentrum zijn geen onafhankelijke artsen in de zin van artikel 2 lid 1 onder e Wtl. In het licht van het oordeel van de SCEN-arts en de beschikbare informatie kon de arts daarom niet tot de overtuiging komen dat de patiënte ondraaglijk leed en er geen alternatief was voor de verlichting van het lijden.²⁹

Kennelijk bestond bij de arts en ook bij het MDO van het Expertisecentrum Euthanasie onduidelijkheid over de strekking van het oordeel van de SCEN-arts. Dat oordeel werd opgevat als een *second opinion*, een advies dat de arts wel of niet kan opvolgen, afhankelijk van de vraag of de arts en de experts van het MDO het met dat advies eens zijn. In gevallen van euthanasie bij wilsbekwame patiënten kan een dergelijke handelwijze gerechtvaardigd zijn op grond van de toestemming die de patiënt zelf kan geven voor de euthanasie. De patiënt kan het verzoek na het negatieve oordeel van een SCEN-arts herhalen en op grond van die herhaling kan de uitvoerende arts tot de overtuiging komen dat het verzoek wel vrijwillig en weloverwogen is, de patiënte ook ondraaglijk en uitzichtloos lijdt en er bovendien geen alternatieven zijn om het lijden te verlichten.

Dat is echter anders bij een patiënte die niet meer in staat is om haar wil te uiten over de vraag of haar leven moet worden beëindigd en ook niet meer kan aangeven of zij ondraaglijk lijdt. In een dergelijk geval krijgt het oordeel van een SCEN-arts extra gewicht: de toetsingscommissie, het tuchtcollege en de strafrechter moeten aan de hand van dat oordeel kunnen bepalen of de arts tot de overtuiging kon komen dat de patiënte een vrijwillig en weloverwogen verzoek tot levensbeëindiging heeft gedaan, ondraaglijk en uitzichtloos leed en er geen alternatieven beschikbaar waren om het lijden te verlichten.

In het Chabot-arrest uit 1994 heeft de Hoge Raad aangegeven wat de functie is van een beoordeling door een onafhankelijke deskundige in geval van hulp bij zelfdoding aan een psychiatrisch patiënte. De Hoge Raad overwoog:

“In een geval als het onderhavige (...) behoort de rechter aan zijn onderzoek naar de gegrondheid van het beroep op noodtoestand, gelet op de uitzonderlijk grote behoedzaamheid waarmee hij zijn oordeel te dien aanzien dient te vormen, ook ten grondslag te leggen het oordeel van een onafhankelijke deskundige zoals bedoeld in 6.3.2 die in elk geval de patiënt heeft gezien en onderzocht. In verband met 's rechters oordeelsvorming ten aanzien van de vraag of aanvaarding van noodtoestand strookt met maatstaven van proportionaliteit en subsidiariteit behoort een mede op eigen onderzoek van de patiënt steunend oordeel van een onafhankelijke collega van de verdachte arts zich uit te strekken tot de ernst van het lijden en de uitzichtloosheid daarvan, en

29 Zie de Beoordeling in Oordeel 2017-103 van de toetsingscommissie en r.o. 5.14-5.17 in Regionaal Tuchtcollege Amsterdam 17 augustus 2020, ECLI:NL:TGZRAMS:2020:93.

in dat verband tot andere mogelijkheden voor hulpverlening. Bij de beoordeling of sprake is van zo ondraaglijk en uitzichtloos lijden dat daardoor het verlenen van hulp bij zelfdoding als een in noodtoestand gerechtvaardigde keuze is aan te merken, is immers van belang dat van zodanige uitzichtloosheid in beginsel geen sprake kan zijn indien een reëel alternatief om dat lijden te verlichten door de betrokkene in volle vrijheid is afgewezen. Verder zal deze deskundige in zijn onderzoek moeten betrekken de beantwoording van de vraag, of er bij de patiënt sprake is van een vrijwillige en weloverwogen besluitvorming zonder dat diens beslisvaardigheid is beïnvloed door zijn ziekte of aandoening.”³⁰

Uit deze overweging blijkt wat de functie van de verplichte consultatie is in een geval waarin de patiënt lijdt aan een geestesziekte. Deze consultatie is in een dergelijk geval geen *second opinion* in de zin van een advies ter ondersteuning van de uitvoerende arts, maar een *deskundigenoordeel* dat ten grondslag moet liggen aan het onderzoek van de strafrechter naar de toepasselijkheid van de strafuitsluitingsgrond. Zonder een oordeel van een onafhankelijke deskundige over de zorgvuldigheidseisen en de beslisvaardigheid van de patiënt kan de strafrechter niet tot het oordeel komen dat de arts zich met succes op een strafuitsluitingsgrond kan beroepen.³¹

Ook in het geval van het beoordelen van het levensbeëindigende handelen van een arts bij een patiënte met vergevorderde dementie kan de beoordelende instantie (strafrechter, tuchtrechter, toetsingscommissie) niet tot het oordeel komen dat de arts zorgvuldig heeft gehandeld zonder daarbij het oordeel van een onafhankelijke deskundige te betrekken over de zorgvuldigheidseisen en de wilsbekwaamheid van de patiënt. In een dergelijk geval heeft het oordeel van de onafhankelijke deskundige een speciale status die afwijkt van een gewone consultatie, namelijk de status van een verplicht deskundigenoordeel dat de grondslag moet vormen van het onderzoek van een toetsingscommissie, tuchtrechter of strafrechter naar de zorgvuldigheid van de levensbeëindiging. Deze speciale status geldt niet bij euthanasie in het geval dat een patiënt in staat is zijn wil hierover te uiten, maar alleen in het geval dat daarover twijfel bestaat vanwege een geestesziekte.

Ook de EuthanasieCode 2018 van de toetsingscommissies gaat uit van een speciale status van het oordeel van de deskundige in gevallen van euthanasie in een latere fase van dementie. Deze code bevat hierover de volgende passage:

“De omstandigheid dat de patiënt zijn wil niet meer kan uiten zal doorgaans aanleiding geven om een tweede onafhankelijke arts, met specifieke deskundigheid ter zake te raadplegen (zoals een geriater, een specialist ouderengeneeskunde of een internist-ouderengeneeskunde). Deze deskundige dient een – waar nodig op eigen onderzoek berustend– oordeel te geven over de wilsbekwaamheid van de patiënt, de ondraaglijkheid en uitzichtloosheid van het lijden van de patiënt en eventuele redelijke alternatieven. Het ligt in de rede dat de arts de consultant en de deskundige ook de gelegenheid geeft om zich uit te laten over de concrete wijze waarop de arts voornemens is de euthanasie uit te voeren.”³²

Ook deze passage gaat ervan uit dat bij euthanasie in een late fase van dementie een deskundige moet worden geraadpleegd die de wilsbekwaamheid van de patiënt moet beoordelen, en ook het ondraaglijke en uitzichtloze lijden van de patiënt en het ontbreken van redelijke alternatieven. Kennelijk zijn de toetsingscommissies in navolging van het

30 R.o. 6.3.3 in HR 21 juni 1994, ECLI:NL:HR:1994:AD2122, NJ 1994/656 m.nt. T.M. Schalken.

31 R.o. 6.3.4 in HR 21 juni 1994, ECLI:NL:HR:1994:AD2122, NJ 1994/656 m.nt. T.M. Schalken.

32 EuthanasieCode 2018, p. 41-42 (aangepast naar aanleiding van de arresten van de Hoge Raad van 21 april 2020), te vinden op www.euthanasiecommissie.nl.

Chabot-arrest van oordeel dat daarbij geen sprake is van een gewone raadpleging van een onafhankelijke arts in de zin van artikel 2 lid 1 onder e Wtl, maar van een beoordeling van de zorgvuldigheidseisen door een deskundige. Dat is een andere beoordeling dan de reguliere raadpleging van een SCEN-arts. Het gaat om een beoordeling die specifieke deskundigheid vereist in verband met de aard van de ziekte (dementie in een latere fase) en de specifieke problematiek van het beoordelen van de wilsbekwaamheid, de ondraaglijkheid van het lijden en de beschikbare alternatieven bij deze ziekte. Dat is in overeenstemming met de parlementaire geschiedenis van de Wtl waaruit blijkt dat de wetgever de eisen uit het Chabot-arrest heeft willen codificeren.³³

In de Koffiezaak heeft de Hoge Raad overwogen dat de onafhankelijke arts “specifieke deskundigheid ter zake” moet hebben.³⁴ De Hoge Raad heeft daaraan niet de conclusie verbonden dat het verslag van de deskundige als een verplicht deskundigenverslag moet worden beschouwd, maar dat lijkt wel de bedoeling van de Hoge Raad te zijn in het licht van het Chabot-arrest, de EuthanasieCode 2018 en de parlementaire geschiedenis van de Wtl. Het vereiste van specifieke deskundigheid zou zo kunnen worden uitgelegd dat het verslag van een arts in de zin van artikel 2 lid 1 onder e Wtl in het geval van euthanasie bij een patiënt met vergevorderde dementie moet voldoen aan de eisen van een deskundigenverslag in de zin van artikel 51i e.v. Sv.³⁵ De rechter is verplicht een deskundigenverslag ten grondslag te leggen aan zijn onderzoek naar de zorgvuldigheidseisen van artikel 2 lid 1 onder a t/m e Wtl en naar de wilsbekwaamheid van de patiënt in de zin van artikel 2 lid 2 Wtl. Daardoor krijgt het deskundigenverslag een functie die is te vergelijken met het verplichte advies van gedragsdeskundigen – waaronder een psychiater – bij de beslissing om een verdachte de maatregel van terbeschikkingstelling op te leggen (artikel 37a lid 3 Sr). Het vereiste van specifieke deskundigheid en de bijzondere status van het oordeel van de deskundige gelden niet in het algemeen bij raadpleging op grond van artikel 2 lid 1 onder e Wtl, maar uitsluitend bij de bijzondere problematiek van euthanasie bij mensen met vergevorderde dementie en bij vergelijkbare problematiek, zoals hulp bij zelfdoding aan een psychiatrisch patiënt.

Vanwege de bijzondere problematiek van de wilsbekwaamheid in de zin van artikel 2 lid 2 Wtl bij mensen met vergevorderde dementie zou kunnen worden betoogd dat het oordeel van de deskundige verder gaat dan het verslag van een deskundige in de zin van artikel 55i Sv. Artikel 3 lid 2 van de Wet zorg en dwang schrijft voor dat de wilsbekwaamheid van een psychogeriatrisch patiënt moet worden vastgesteld door “een deskundige, niet zijnde de bij de zorg betrokken arts, overeenkomstig de daarvoor gangbare richtlijnen”. Bij de vaststelling van wilsbekwaamheid is deze deskundige zelf de beslisser: alleen de deskundige in de zin van artikel 3 lid 2 Wzd kan de wilsbekwaamheid van de patiënt vaststellen en niet de bij de zorg betrokken arts.³⁶ Dat moet de deskundige volgens een gangbare richtlijn doen. Dat sluit aan bij het vereiste van artikel 51i lid 1 Sv dat de deskundige de toegepaste methode, de betrouwbaarheid van de methode en de resultaten ervan en zijn bekwaamheid bij de toepassing van de methode in zijn deskundigenverslag moet verantwoorden.

33 *Kamerstukken II 1999/2000*, 26691, nr. 6, p. 7.

34 R.o. 4.9 in HR 21 april 2020, ECLI:NL:HR:2020:712, *NJ 2020/428* m.nt. P.A.M. Mevis.

35 Dit betekent naar mijn mening niet dat de deskundige op het moment van onderzoek al moet zijn benoemd als strafrechtelijk deskundige, maar wel dat zijn verslag moet voldoen aan de vereisten van artikel 51i lid 1 Sv en dat hij in een eventuele strafzaak als deskundige moet kunnen worden benoemd en gehoord over zijn onderzoek.

36 Zie hierover N. Rozemond, ‘Het vaststellen van wilsbekwaamheid bij patiënten met dementie ter zake van beslissingen over het beëindigen van hun leven’, *TvGR 2020* (44) 4, p. 361-374.

Dat geldt ook voor een toetsingscommissie, tuchtcollege of strafrechter: zij kunnen niet zelf vaststellen dat een psychogeriatrisch patiënt wilsonbekwaam is ter zake van de beslissing om zijn leven te beëindigen, maar dat moet een deskundige hebben gedaan overeenkomstig de daarvoor gangbare richtlijnen. De deskundige moet dat verantwoorden in een verslag dat voldoet aan de eisen van artikel 51 lid 1 Sv. Wanneer een dergelijk deskundigenverslag ontbreekt, kan een arts niet tot uitvoering van een schriftelijke wilsverklaring overgaan. Doet een arts dat toch, dan moeten de toetsingscommissie, de tuchtrechter en de strafrechter ervan uitgaan dat de schriftelijke verklaring niet kan worden opgevat als verzoek in de zin van artikel 2 lid 1 onder a Wtl, omdat niet door een onafhankelijke deskundige is vastgesteld dat de patiënte wilsonbekwaam was in de zin van artikel 2 lid 2 Wtl. Er zijn derhalve drie soorten consultatie te onderscheiden bij beslissingen over euthanasie: (1) de reguliere consultatie bij wilsbekwame patiënten die hun vrijwillige en weloverwogen verzoek mondeling kunnen uiten tegenover de uitvoerende arts en de consulent en daarbij ook zelf kunnen aangeven dat zij ondraaglijk lijden; (2) de deskundigenconsultatie bij mensen met dementie in een late fase, waarbij de consultatie de functie van een verplicht deskundigenonderzoek heeft ten behoeve van de beoordelende instanties; (3) de deskundigenconsultatie over de wilsonbekwaamheid die slechts door een deskundige, niet zijnde de bij de zorg betrokken arts, kan worden vastgesteld, waarbij de deskundige de beoordeling moet uitvoeren overeenkomstig de daarvoor gangbare richtlijnen van de KNMG en Verenso.³⁷

In de Koffiezaak heeft de Rechtbank Den Haag aan haar onderzoek naar de zorgvuldigheidseisen en de wilsonbekwaamheid van de patiënte niet het oordeel van een onafhankelijke deskundige ten grondslag gelegd, zoals het Chabot-arrest en de EuthanasieCode 2018 vereisen en de Hoge Raad in de Koffie-arresten heeft bevestigd. De rechtbank heeft ook niet onderzocht of de wilsonbekwaamheid van de patiënte is vastgesteld door een deskundige overeenkomstig de daarvoor gangbare richtlijnen van de KNMG en Verenso. De rechtbank heeft in deze zaak zelf vastgesteld dat de patiënte niet meer begreep wat euthanasie was en daarom ook niet meer in staat was tot een coherente wilsuiting daarover. Het oordeel van de rechtbank was dat aan de uitingen van de patiënte “geen touw was vast te knopen”, waarbij de rechtbank Van Dale’s woordenboek heeft geraadpleegd om vast te stellen wat “coherente wilsuiting” betekent.³⁸ Dat er geen touw is vast te knopen aan wat de patiënte zei, is echter geen medische kwalificatie van wilsonbekwaamheid. De Van Dale is ook geen medisch handboek met informatie over een deskundige beoordeling van de wilsonbekwaamheid bij patiënten met dementie.

Hier is geen sprake van een oordeel van de rechtbank op basis van een “wetenschappelijk verantwoord medisch inzicht”³⁹ dat kan worden ontleend aan de gangbare medische richtlijnen voor het beoordelen van wilsbekwaamheid. Daarvoor is inderdaad het oordeel van een onafhankelijke arts met specifieke deskundigheid ter zake vereist, maar een dergelijk oordeel ontbreekt als grondslag van de beslissing in de Koffiezaak. De rechtbank heeft ook niet onderzocht wat de “specifieke deskundigheid ter zake” was van de geraadpleegde

37 KNMG-Modelrichtlijn en het daarbij behorende Stappenplan, opgenomen in *Implementatie van de WGBO. Van wet naar praktijk. Deel 2 Informatie en Toestemming* (te vinden op www.knmg.nl) en *Beginselen en vuistregels bij wilsonbekwaamheid bij oudere cliënten met een complexe zorgvraag* van de Vereniging van specialisten ouderengeneeskunde Verenso (te vinden op www.verenso.nl).

38 R.o. 5.3.2 in Rechtbank Den Haag 11 september 2019, ECLI:NL:RBDHA:2019:9506, zie ook r.o. 5.5.2 in HR 21 april 2020, ECLI:NL:HR:2020:712.

39 R.o. 4.4 in HR 21 juni 1994, ECLI:NL:HR:1994:AD2122, NJ 1994/656 m.nt. T.M. Schalken (Chabot) en r.o. 4.3.1 in HR 24 december 2002, ECLI:NL:HR: AE8772, NJ 2003/167 m.nt. T.M. Schalken (Brongersma).

SCEN-artsen.⁴⁰ Bovendien blijkt uit het recente boek van de verpleeghuisarts Arends dat er wel degelijk een touw was vast te knopen aan wat de patiënte tegen deze arts zei. Volgens Arends begreep de patiënte relevante informatie over euthanasie wel en kon ze ook haar keuze daarover kenbaar maken in de gesprekken met de arts: ze gaf in deze gesprekken steeds aan dat ze nog geen euthanasie wilde. Volgens Arends voldeed de patiënte daardoor aan ten minste twee van de vier criteria voor wilsbekwaamheid: het begrijpen van informatie en het kenbaar maken van een keuze.⁴¹

Er kan een verband worden gelegd tussen de verplichte consultatie van een deskundige en het zelfbeschikkingsrecht van de patiënt. De consultatie heeft bij patiënten met dementie de functie om hun zelfbeschikkingsrecht te beschermen en hen zo veel mogelijk in staat te stellen om zelf te beslissen over hun levenseinde en aan te geven of zij inderdaad ondraaglijk lijden. Het gevaar bestaat immers dat onbekwame artsen op grond van onbetrouwbare methoden en resultaten tot het oordeel komen dat een patiënt wilsonbekwaam is en ondraaglijk lijdt en dat er geen alternatieven zijn om het lijden te verlichten. Ter voorkoming van dat gevaar dient een onafhankelijke deskundige te onderzoeken in hoeverre dat inderdaad het geval is, waarbij de bedoelingen en de ervaringen van de patiënt zelf bepalend dienen te zijn voor het deskundigenoordeel van de specialist. Ook voor deze deskundige geldt daarbij de informatie- en overlegplicht op grond van artikel 7:448 BW: de deskundige zal bij zijn onderzoek de patiënt moeten informeren over de voorgenomen levensbeëindiging, daarover met de patiënt moeten overleggen en overeenkomstig een gangbare medische richtlijn moeten onderzoeken of de patiënt wilsonbekwaam is ter zake van de beslissing hierover. De deskundige zal ook verslag moeten uitbrengen van de betrouwbaarheid van de gebruikte methode en de resultaten ervan en zijn eigen bekwaamheid bij de toepassing van de methode.⁴²

5. De beoordeling van het ondraaglijke lijden

In de zaak van 17 augustus 2020 heeft een arts met specifieke deskundigheid ter zake van ouderengeneeskunde het verzoek, het lijden en de alternatieven beoordeeld. Deze specialist ouderengeneeskunde kwam tot het oordeel dat geen sprake was van een verzoek in de zin van artikel 2 lid 1 onder a Wtl, het ondraaglijke lijden niet kon worden vastgesteld en een redelijk alternatief beschikbaar was (opname in een gespecialiseerd verpleeghuis). De specifieke feiten lijken niet wezenlijk te verschillen van de relevante feiten in de Koffiezaak: het ging om een patiënte in een verpleeghuis die hevige emoties van boosheid,

40 De geraadpleegde personen waren een verpleegkundige, een psychiater en een gepensioneerd internist. Zie r.o. 2.17, 2.20 en 2.21 in Regionaal Tuchtcollege Den Haag 24 juli 2018, ECLI:NL:TGZRSGR:2018:165. Van deze personen is niet vastgesteld dat zij specifieke deskundigheid ter zake van ouderengeneeskunde hadden en ook is niet onderzocht of de verslagen van deze personen voldeden aan de vereisten van artikel 51 Sv op het punt van de toegepaste methode, de betrouwbaarheid van de methode en de resultaten ervan en de bekwaamheid van de deskundigen bij de toepassing, waarbij te denken valt aan de methode van het Stappenplan voor het beoordelen van wilsbekwaamheid uit de Modelrichtlijn van de KNMG en de richtlijn voor het beoordelen van wilsbekwaamheid van Verenso. Zie ook M. Arends, a.w., p. 77 e.v. waar een verantwoording van de deskundigheid van de SCEN-artsen en de door hen gebruikte methoden ontbreekt.

41 M. Arends, a.w., p. 52 e.v. Volgens Arends voldeed de patiënte niet aan de andere twee criteria voor wilsbekwaamheid: waarden van informatie en logisch redeneren (zie de Modelrichtlijn van de KNMG voor deze criteria), maar zij legt deze criteria onnodig restrictief uit. In haar boek ontbreekt ook een verantwoording van haar oordeel aan de hand van toepasselijke medische richtlijnen van de KNMG en Verenso, die er juist op zijn gericht om de patiënt zo veel mogelijk zelf te laten beslissen. Zie hierover N. Rozemond, *Het zelfgekozen levenseinde*, Leusden: ISVW Uitgevers 2021, hoofdstuk 8.

42 De richtlijn van Verenso (p. 9) noemt specifieke methoden voor het beoordelen van wilsbekwaamheid: de Amsterdamse vignetmethode en de Mac Arthur Competence Assessment Tool Treatment (MacCATT).

afweer en (fysiek) verzet toonde. In de Koffiezaak werd daaruit afgeleid dat de patiënte wel ondraaglijk leed, maar in de zaak van 17 augustus 2020 gaf de specialist ouderengeneeskunde te kennen dat heftige emoties van een patiënte bij gevorderde dementie als “zonder inhoud” worden gezien en daarom niet als lijden kunnen worden aangemerkt. Bovendien constateerde de deskundige bij de patiënte “intense belevingen van genoeg”. Dergelijke conclusies had een specialist ouderengeneeskunde ook in de Koffiezaak kunnen trekken, maar in die zaak heeft de rechtbank geen deskundigenverslag van een dergelijke specialist gebruikt bij haar beoordeling van de ondraaglijkheid van het lijden.⁴³

Het principiële punt in beide zaken betreft de vraag hoe ondraaglijk lijden bij een patiënte met vergevorderde dementie moet worden vastgesteld. Het moet daarbij gaan om lijden dat door de patiënte zelf als ondraaglijk wordt ervaren. Dat veronderstelt bij de patiënte het vermogen om het eigen lijden als ondraaglijk te *waarderen*. Het vermogen tot redelijke waardering van eigen belangen is precies het vermogen dat ontbreekt wanneer een patiënte wilsonbekwaam is geworden in de zin van artikel 2 lid 2 Wtl. Wanneer het vermogen om de eigen situatie te waarderen ontbreekt vanwege voortschrijdende dementie, kan het lijden van de patiënte wellicht niet meer als ondraaglijk worden gekwalificeerd vanuit het perspectief van de patiënte zelf. Dat een arts, een naaste of een rechter de toestand waarin de patiënte zich bevindt ondraaglijk vindt, is een waardeoordeel van de waarnemer, maar niet van de patiënte zelf.

Dit punt wordt nadrukkelijk aan de orde gesteld door de specialist ouderengeneeskunde in de zaak van 17 augustus 2020. De toetsingscommissie en het tuchtcollege nemen dat punt over: de arts kon in dit geval niet tot de overtuiging komen dat de patiënte daadwerkelijk ondraaglijk lijden *ervoer*, zowel gedurende het ziekteproces als vlak voor de uitvoering van de euthanasie.⁴⁴ Een collega van de arts bij het expertisecentrum, die bij de uitvoering van de euthanasie betrokken was, was van mening dat de patiënte “een deerniswekkende indruk” maakte. Het tuchtcollege merkt daarover op dat uit die *indruk* niet kan worden afgeleid dat inderdaad sprake is van lijden bij de patiënte *zelf*.⁴⁵ Deze tweede expert van het Expertisecentrum Euthanasie heeft net als de uitvoerende arts van dat centrum een onjuiste opvatting over wat ondraaglijk lijden betekent bij een patiënte met vergevorderde dementie.

De Hoge Raad leidde in de Koffiezaak uit de parlementaire geschiedenis van de Wtl af dat bepaalde omstandigheden volgens de wetgever als ondraaglijk lijden kunnen worden aangemerkt.⁴⁶ Wat de wetgever hierover vindt, is echter niet doorslaggevend. Beslissend is wat volgens het medisch oordeel van een deskundige bij de patiënte kan worden vastgesteld over de wijze waarop zij zelf haar lijden ervaart. Ook hier kan het zelfbeschikkingsrecht als normatieve grondslag voor het deskundigenoordeel worden aangevoerd: levensbeëindiging is niet gerechtvaardigd omdat anderen (de wetgever, de rechter, de arts of een naaste) de situatie van de patiënte ondraaglijk vinden, maar omdat de patiënte dat zelf zo ervaart en een arts met specifieke deskundigheid ter zake het ondraaglijk lijden bij de patiënte zelf kan vaststellen. Dat lijkt de Hoge Raad ook te concluderen uit de parlementaire geschiedenis: “De arts zal steeds op een zorgvuldige en navolgbare wijze moeten vaststellen dat

43 De rechtbank verwijst wel naar de oordelen van de consultant van de Levensindekliniek en de SCEN-artsen (r.o. 5.3.3 in Rechtbank Den Haag 11 september 2019, ECLI:NL:RBDHA:2019:9506). De rechtbank heeft echter niet de specifieke deskundigheid van deze personen vastgesteld ter zake van ouderengeneeskunde. Uit het vonnis blijkt ook niet of hun verslagen met betrekking tot het ondraaglijke en uitzichtloze lijden van de patiënte voldoen aan de vereisten van art. 511 lid 1 Sv. Ook M. Arends, a.w., p. 77 e.v. verschaft hierover geen duidelijkheid.

44 Zie de Beoordeling in Oordeel 2017-103 (cursivering door NR).

45 R.o. 5.16 in Regionaal Tuchtcollege Amsterdam 17 augustus 2020, ECLI:NL:TGZRAMS:2020:93 (cursivering door NR).

46 R.o. 4.6.2 in HR 21 april 2020, ECLI:NL:HR:2020:712, NJ 2020/428 m.nt. P.A.M. Mevis.

daadwerkelijk sprake is van actueel ondraaglijk lijden van de patiënt”.⁴⁷ In deze conclusie van de Hoge Raad ontbreekt echter het essentiële woord in verband met het zelfbeschikkingsrecht: het moet gaan om actueel ondraaglijk lijden van de patiënt *zelf*.

6. Tuchtrectelijke of strafrectelijke beoordeling?

In de Koffiezaak was de rechtbank van oordeel dat de officier van justitie ontvankelijk was in de vervolging van de arts. De rechtbank overwoog:

“Bovendien ziet de tuchtprocedure met name op het overtreden van (medische) normen die gekoppeld zijn aan het professionele handelen van de verdachte in het kader van haar BIG-registratie (registratie voor de Beroepen in de Individuele Gezondheidszorg), terwijl in deze strafzaak belangrijke juridische aspecten aan de orde zijn. Het is bij uitstek de taak van de strafrechter om de strafbepaling van artikel 293, eerste lid, Wetboek van Strafrecht en de rechtvaardigingsgrond zoals opgenomen in artikel 293, tweede lid, Sr juncto artikel 2 van de Wtl uit te leggen. Daarbij komt nog dat de belangrijkste rechtsvraag die de officier van justitie aan de rechtbank wil voorleggen (“rust op de arts de plicht tot verificatie van de actuele levens- of stervenswens bij een wilsonbekwame, diep demente patiënte om te kunnen spreken van een vrijwillig en weloverwogen verzoek?”) niet door de tuchtrechter is beantwoord.”⁴⁸

Aan deze overwegingen liggen twee opvattingen ten grondslag. Allereerst is de strafrectelijke beoordeling op grond van artikel 2 Wtl volgens de rechtbank een andere dan de tuchtrectelijke beoordeling aan de hand van artikel 47 Wet BIG. Bovendien heeft de tuchtrechter in de Koffiezaak volgens de rechtbank niet de rechtsvraag beantwoord of de arts een plicht tot verificatie van de stervenswens heeft bij een wilsonbekwame patiënte. Die laatste opvatting van de rechtbank is betwistbaar. De tuchtrechter heeft immers geoordeeld dat de arts een informatie- en overlegplicht heeft op grond van artikel 7:448 en artikel 7:450 BW/WGBO, de regelgeving rond dwangbehandeling en dwangmedicatie (inmiddels de Wzd) en het zelfbeschikkingsrecht van de patiënte. De tuchtrechter heeft ook geoordeeld dat de arts in strijd met deze plicht heeft gehandeld door de patiënte niet te informeren over de voorgenomen levensbeëindiging en niet met de patiënte daarover te overleggen.

De officier van justitie heeft over deze rechtsopvatting van de tuchtrechter geen uitdrukkelijk onderbouwd standpunt ingenomen in zijn requisitoir.⁴⁹ Dat had een reden kunnen zijn om de officier van justitie niet-ontvankelijk te verklaren in de vervolging van de arts. De officier van justitie heeft immers niet aan de hand van de relevante overwegingen van de tuchtcolleges aangegeven wat een strafrectelijke vervolging zou kunnen verduidelijken over de informatie- en overlegplicht van de arts en het zelfbeschikkingsrecht van de patiënte. De Hoge Raad heeft in de Koffiezaak ook aangegeven dat beoordeling van euthanasie zaken door toetsingscommissies en tuchtcolleges de voorkeur verdient:

“De wetgever heeft gekozen voor een wettelijk stelsel waarbinnen de beoordeling van een levensbeëindiging op verzoek van de patiënte door een arts, primair buiten het strafrecht plaatsvindt door gespecialiseerde Regionale Toetsingscommissies Euthanasie. Bij de beoordeling van de zorgvuldigheid van het medisch handelen van de arts gelden ten aanzien van de grenzen waarbinnen dat medisch handelen moet plaatsvinden de inzichten en normen van medische professionals.

47 R.o 4.6.3 in HR 21 april 2020, ECLI:NL:HR:2020:712, NJ 2020/428 m.nt. P.A.M. Mevis.

48 R.o. 3.3 in Rechtbank Den Haag 11 september 2019, ECLI:NL:RBDHA:2019:9506.

49 Het requisitoir in de Koffiezaak is te vinden op www.om.nl

(<https://www.om.nl/actueel/nieuws/2019/08/26/om-arts-in-euthanasiezaak-wel-schuldig-maar-geen-straf>).

Voor zover een geval van levensbeëindiging op verzoek van de patiënt door een arts leidt tot strafrechtelijke vervolging, kan de strafrechter uitleg geven aan de wettelijke regeling, maar past hem een terughoudende opstelling bij de beantwoording van de vraag welk medisch handelen binnen dit kader aanvaardbaar is.

Afgezien hiervan brengt ook de omstandigheid dat ieder medisch handelen van een arts, dus ook zijn handelingen in het kader van een levensbeëindiging op verzoek, aan het medisch tuchtrecht is onderworpen, mee dat strafvervolging niet steeds de meest aangewezen reactie is op een mogelijk geval van onzorgvuldig medisch handelen in het kader van een levensbeëindiging op verzoek van de patiënt door een arts.⁵⁰

Hiermee bevestigt de Hoge Raad de uitgangspunten van zijn eerdere rechtspraak: het levensbeëindigende handelen van artsen moet worden beoordeeld aan de hand van “de inzichten en normen van medische professionals”. Dat zijn het wetenschappelijk verantwoord medisch inzicht en de in de medische ethiek geldende normen die volgens eerdere rechtspraak van de Hoge Raad ook het beoordelingskader van de strafrechter vormen.⁵¹ Deze professionele standaard geldt voor artsen op grond van artikel 7:453 BW/WGBO. Het wetenschappelijk verantwoord medisch inzicht kan worden gebaseerd op verklaringen van deskundigen. De in de medische ethiek geldende normen kunnen worden gespecificeerd in de uitspraken van de tuchtcolleges op grond van artikel 47 lid 1 Wet BIG. Deze inzichten en normen zijn uiteindelijk te herleiden tot het zelfbeschikkingsrecht van de patiënte. Dit mensenrecht is ook beslissend voor de uitleg van de Wtl. Daaruit volgt dat de strafrechtelijke beoordeling van zorgvuldigheidseisen niet verschilt van de tuchtrechtelijke beoordeling, maar juist hetzelfde beoordelingskader als uitgangspunt heeft. Om die reden moet de strafrechter volgens de Hoge Raad terughoudend zijn bij de uitleg van dat beoordelingskader. De Wtl moet worden uitgelegd in dit beoordelingskader dat bestaat uit de professionele standaard die wordt bepaald door de medische wetenschap, het gezondheidsrecht en de mensenrechten uit het EVRM en het IVRPH.

Inmiddels heeft het OM besloten om de zaak tegen de arts van het Expertisecentrum Euthanasie voorwaardelijk te seponeren met een proeftijd van een jaar. Volgens het OM heeft de arts wel in strijd gehandeld met de consultatieplicht van artikel 2 lid 1 onder e Wtl. Volgens een door het OM benoemde deskundige kon de arts in dit geval echter ook tot de overtuiging komen dat de patiënte ondraaglijk leed en dat daarvoor geen redelijke andere oplossing bestond.⁵² Het probleem met deze sepotbeslissing is dat de door het OM geraadpleegde deskundige niet zelf de patiënte heeft gezien en onderzocht. Uit het Chabot-arrest en de EuthanasieCode 2018 volgt dat dat wel is vereist en dat de rechter en dus ook het OM het verslag van een deskundige die de patiënte zelf heeft gezien en onderzocht als grondslag van zijn toetsing aan de zorgvuldigheidseisen moet gebruiken. Daarom had het OM zijn vervolgingsbeslissing moeten baseren op het verslag van de specialist ouderengeneeskunde die de patiënte wel heeft gezien en onderzocht, zoals de toetsingscommissie en het tuchtcollege dat hebben gedaan. Nu geeft het OM met zijn voorwaardelijke sepot het signaal af dat een arts tegen het oordeel van de geraadpleegde deskundige kan ingaan in de verwachting dat ook de toetsingscommissie, het tuchtcollege en het OM dat zullen doen. Dat signaal is niet in overeenstemming met de strekking van het Chabot-arrest, de

50 R.o. 4.11.2 en 4.11.3 in HR 21 april 2020, ECLI:NL:HR:2020:712.

51 R.o. 4.4 in HR 21 juni 1994, ECLI:NL:HR:1994:AD2122, NJ 1994/656 m.nt. T.M. Schalken en r.o. 5.3.1 in HR 24 december 2002, ECLI:NL:HR:2002:AE8772, NJ 2003/167 m.nt. T.M. Schalken.

52 Zie het persbericht en de beslissing van het OM van 12 november 2020 op <https://www.om.nl/actueel/nieuws/2020/11/12/arts-niet-vervolgd-voor-euthanasie>.

EuthanasieCode 2018 en de uitspraken van de toetsingscommissie en het tuchtcollege in deze zaak.

Opmerkelijk is ook het ontbreken van een mensenrechtelijke argumentatie in de sepotbeslissing van het OM. Het OM heeft niet onderzocht of de levensbeëindiging in dit geval in overeenstemming was met het zelfbeschikkingsrecht van de patiënte en haar recht op leven. Op grond van de rechtspraak van het EHRM is het OM daartoe wel verplicht in verband met het vermoeden dat in dit geval een inbreuk op deze rechten is gemaakt door de arts.⁵³ Dat vermoeden bestaat op grond van de uitspraken van de toetsingscommissie en het tuchtcollege en daarom had het OM zijn beslissing moeten baseren op de mensenrechten van de patiënte. Een verwijzing naar het EVRM en het IVRPH ontbreekt echter in de sepotbeslissing van het OM, net als in de Koffiearresten van de Hoge Raad, die op het punt van de mensenrechten kennelijk onvoldoende duidelijkheid hebben gegeven voor nieuwe gevallen. Daarom had het OM de uitspraken van de tuchtcolleges in de Koffiezaak moeten volgen: de beslissing over de vervolging moet worden gebaseerd op het recht van de patiënte om over haar eigen leven te beschikken.

Toch lijkt de sepotbeslissing van het OM wel te kunnen worden gerechtvaardigd, maar dan op een andere grond: er is in deze zaak na de oordelen van de toetsingscommissie en het tuchtcollege geen reden om de arts strafrechtelijk te vervolgen. Dat had echter wel een betere motivering kunnen opleveren van de sepotbeslissing van het OM. Een strafrechtelijke aanvulling op de uitspraken van de toetsingscommissie en het tuchtcollege is in dit geval niet noodzakelijk, omdat die uitspraken wel duidelijk zijn. Tuchtrechtelijk geldt de uitspraak van het tuchtcollege nog steeds: de arts is niet in beroep gegaan. Dat had voor het OM een reden moeten zijn om deze uitspraak te volgen en de gronden van deze uitspraak nadrukkelijk te bevestigen in zijn sepotbeslissing.

7. **Conclusie: vervolging vereist een uitdrukkelijk onderbouwd standpunt**

De conclusie die uit de Koffiezaak zou kunnen worden getrokken, is dat het OM de vervolgingsbeslissing in dit soort zaken moet onderbouwen aan de hand van de professionele standaard voor artsen zoals deze standaard door de toetsingscommissies en de tuchtcolleges wordt uitgelegd. De beslissing om te vervolgen zou ook moeten berusten op de oordelen van een onafhankelijke deskundige die zelf de patiënte heeft gezien en onderzocht en zich over de toepasselijke zorgvuldigheidseisen heeft uitgesproken in een deskundigenverslag dat aan de vereisten van artikel 51l Sv voldoet. De vervolgingsbeslissing moet bovendien berusten op de toepasselijke gezondheidsrechtelijke regelingen (WGBO, Wzd, richtlijnen van de KNMG en Verenso) en mensenrechtenverdragen (EVRM en IVRPH). Kennelijk hebben de Koffie-arresten hierover onvoldoende duidelijkheid verschaft. Dat is een gevolg van het feit dat deze arresten niet op gezondheidsrechtelijke regelingen en mensenrechten van patiënten met dementie zijn gebaseerd. Deze arresten hebben ook niet verduidelijkt wat de functie is van de onafhankelijke artsen “met specifieke deskundigheid ter zake” en welke eisen gelden voor de verslagen van deze deskundigen.

De Hoge Raad heeft echter wel duidelijk gemaakt dat een beoordeling van euthanasie zaken door gespecialiseerde toetsingscommissies en tuchtcolleges op grond van de inzichten en normen van medische professionals de voorkeur verdient. Daarom past de strafrechter terughoudendheid bij de beoordeling van euthanasiezaken. Dat geldt ook voor het OM: bij de vervolgingsbeslissing zijn de oordelen van de toetsingscommissies en de tuchtcolleges

53 R.o. 103 en 105 in EHRM 31 januari 2019, No. 78103/14 (Fernandes de Oliveira t. Portugal).

in beginsel leidend. Er is slechts reden voor een strafrechtelijk onderzoek wanneer het OM kan onderbouwen dat in aanvulling op de oordelen van de toetsingscommissie en de tuchtrechter een strafrechtelijke vervolging noodzakelijk is. Wanneer dat niet het geval is, is er geen reden voor zelfstandig strafrechtelijk onderzoek en kan de zaak worden geseponeerd onder uitdrukkelijke bevestiging van de gronden waarop de uitspraken van de toetsingscommissie en het tuchtcollege berusten. Dat geldt ook voor de zaak waarin het tuchtcollege op 17 augustus 2020 uitspraak deed: die uitspraak is op zich wel duidelijk en daarom was een strafrechtelijk onderzoek niet noodzakelijk.⁵⁴

Bijzonder aan deze zaak is echter de betrokkenheid van het Expertisecentrum Euthanasie waarover de toetsingscommissie en het tuchtcollege niet hebben geoordeeld. De arts heeft haar besluit om het leven van de patiënte te beëindigen genomen in samenspraak met haar collega's in het MDO van het expertisecentrum. De arts heeft aangegeven dat zij daartoe niet zou zijn overgegaan wanneer een collega uit het MDO haar mening over de ondraaglijkheid van het lijden niet zou hebben gedeeld. Deze collega was ook betrokken bij de uitvoering van de euthanasie.⁵⁵ Uit de bespreking van de zaak in het MDO kan worden afgeleid dat het Expertisecentrum Euthanasie beschikkingsmacht had over het handelen van de arts en welbewust heeft aanvaard dat de arts de euthanasie zou uitvoeren en daarover zelfs heeft meebeslist. Daardoor is het expertisecentrum als rechtspersoon strafrechtelijk aansprakelijk voor de euthanasie en komen ook de feitelijk leidinggevers binnen dat centrum strafrechtelijk in beeld.⁵⁶

Het OM moet daarom alsnog onderzoeken of het Expertisecentrum Euthanasie en de feitelijk leidinggevers strafrechtelijk moeten worden vervolgd. Het lijkt immers om structureel beleid van het expertisecentrum te gaan en niet om een fout van een individuele arts.⁵⁷ Dat moet een reden voor het OM zijn om het expertisecentrum en de feitelijk leidinggevers te vervolgen om deze instelling en de leiding daarvan te dwingen adequate maatregelen te nemen ter bescherming van het recht op leven en het zelfbeschikkingsrecht van patiënten met dementie. Uit de rechtspraak van het Europees Hof voor de Rechten van de Mens kan worden afgeleid dat het OM daartoe is verplicht op grond van het recht op leven van de patiënte dat wordt beschermd door artikel 2 EVRM.⁵⁸

54 Op dit punt ben ik het eens met het betoog van Tim Vis, de raadsman van de arts in deze zaak. Zie Vis, a.w., p. 245 e.v.: het is de bedoeling van de wetgever en de Hoge Raad om het OM op afstand te houden.

55 R.o. 5.15 in Regionaal Tuchtcollege Amsterdam 17 augustus 2020, ECLI:NL:TGZRAMS:2020:93. Zie ook Oordeel 2017-103.

56 R.o. 3.4 in HR 21 oktober 2003, ECLI:NL:HR:2003:AF7938, NJ 2006/328 m.nt. P.A.M. Mevis en r.o. 3.5.2 en 3.5.3 in HR 26 april 2016, ECLI:NL:HR:2016:733, NJ 2016/375 m.nt. H.D. Wolswijk.

57 Zie de verklaring van het Expertisecentrum Euthanasie van 18 augustus 2020 op www.expertisecentrum euthanasie.nl onder Actueel (geraadpleegd op 22 januari 2021): "Tuchtrechter interpreteert euthanasiewet te eng." Op 12 november plaatste het centrum op zijn website het bericht: "Openbaar Ministerie: euthanasie was gerechtvaardigd" met daarin de mededeling "onze arts heeft ruimschoots aan alle zorgvuldigheidseisen voldaan". Dat is een onjuiste weergave van de voorwaardelijke sepotbeslissing van het OM waarbij het expertisecentrum bovendien miskent dat de arts tuchtrechtelijk is gewaarschuwd en die waarschuwing nog steeds onverkort geldt.

58 R.o. 103 en 105 in EHRM 31 januari 2019, No. 78103/14 (Fernandes de Oliveira t. Portugal).