

STAAT VAN VERWARRING

Over euthanasie, vergevorderde dementie en het recht op leven

Britta van Beers*

Mag een arts op grond van een eerder opgestelde euthanasieverklaring het leven van haar diep demente patiënt beëindigen, omdat zij meent dat er sprake is van uitzichtloos, ondraaglijk lijden, zelfs als de inmiddels wilsonbekwaam geworden patiënt zelf expliciet zegt (nog) niet dood te willen? Onlangs beantwoordde de rechtbank Den Haag deze vraag bevestigend. Dit artikel biedt een kritische juridische en rechtsfilosofische analyse van het vonnis.

1 Inleiding

'Ik wil gebruikmaken van het wettelijk recht om euthanasie op mij toe te passen, wanneer ik daar zelf de tijd voor rijp acht. Ik wil beslist niet geplaagd worden in een instelling voor demente bejaarden. Ik wil tijdig een menswaardig afscheid nemen van mijn dierbare naasten. Mijn moeder is indertijd 12 jaar verpleegd in een instelling voordat zij stierf, dus heb ik dit proces van dichtbij meegemaakt. [...] Dit wil ik beslist niet meemaken, het heeft mij ernstig getraumatiseerd en heeft de hele familie veel verdriet gedaan. [...] Vertrouwde, tegen de tijd dat de kwaliteit van mijn leven zodanig slecht is geworden, dat [...] op mijn verzoek euthanasie zal worden toegepast.'¹

Een groeiend aantal Nederlanders is in het bezit van een wilsverklaring waarin zij aangeven euthanasie te wensen in het geval zij ooit dement worden. Onlangs trok de Dag van de Wilsverklaring, een jaarlijkse informatiebijeenkomst georganiseerd door de Nederlandse Vereniging voor Vrijwillige Euthanasie (NVVE), een recordaantal bezoekers. Er moest zelfs een aanmeldstop worden ingelast.² Dergelijke berichtgeving suggereert dat steeds meer mensen voorbereidingen treffen om te voorkomen dat zij de laatste jaren van hun leven moeten spenderen in een staat van volledige afhankelijkheid en verwarring, overgeleverd aan het overwerkte personeel van verpleeghuizen die ten onder dreigen te gaan aan bezuinigingen en bureaucratisering. Maar hoeveel zekerheid kunnen Nederlandse burgers ontlenen aan een schriftelijke wilsverklaring?

Op zich biedt de Nederlandse euthanasiewet, beter bekend als de Wet toetsing levensbeëindiging (Wtl), artsen de mogelijkheid om euthanasie te verlenen op grond van een wilsverklaring. Artikel 2 lid 2 Wtl stelt:

'Indien de patiënt van zestien jaren of ouder niet langer in staat is zijn wil te uiten, maar voordat hij in die staat geraakt tot een redelijke waardering van zijn belangen terzake in staat werd geacht, en een schriftelijke verklaring, inhoudende een verzoek om levensbeëindiging, heeft afgelegd, dan kan de arts aan dit verzoek gevolg geven.'

In beginsel kan een dergelijke wilsverklaring dus ook uitkomst bieden voor patiënten die lijden aan de ziekte van Alzheimer of een andere vorm van dementie en daardoor op zeker moment hun wil niet langer kunnen uiten. Daarbij dient wel, zo blijkt uit het vervolg van deze bepaling, voldaan te zijn aan de algemene zorgvuldigheidseisen voor euthanasie, die in deze gevallen 'van overeenkomstige toepassing' zijn. Zo dient de arts, ook in het geval van een wilsverklaring, na te gaan of er sprake is van 'uitzichtloos en ondraaglijk lijden van de patiënt' (art. 2 lid 1 sub b Wtl).

Wat dat betreft was reeds vanaf de inwerkingtreding van de euthanasiewet in 2002 duidelijk dat een schriftelijke wilsverklaring de ondertekenaar weinig tot geen zekerheid kan bieden, zeker in het geval van dementie. Voorafgaand aan de ziekte of in een vroegtijdig stadium ervan is immers nog onduidelijk hoe men vergevorderde dementie zal ervaren, hoezeer men dat lot op het moment van ondertekening van de wilsverklaring ook verafschuwt. De bittere

* Prof.dr.mr. B.C. van Beers is hoogleraar recht, ethiek en biotechnologie aan de Vrije Universiteit Amsterdam, Faculteit Rechtsgeleerdheid, afdeling Rechtstheorie en Rechtsgeschiedenis.

1 Citaat ontleend aan Rb. Den Haag 11 september 2019, ECLI:NL:RBDHA:2019:9506, *GJ* 2019/142, m.nt. T.M. Schalken, r.o. 4.4.1.

2 A. van Stoffelen, "'Waarom zouden wij nog jaren moeten lijden? Dat kost ook hartstikke veel geld'", *de Volkskrant*, 6 oktober 2019.

realiteit is dat dementie een dermate radicaal verlies van de persoonlijke identiteit teweeg brengt, dat patiënten gaandeweg dit slopende ziekteproces zich wellicht niet meer bewust zullen zijn van hun situatie of daaronder mogelijk zelfs niet meer lijden, laat staan dat hun lijden 'uitzichtloos en ondraaglijk' is. Daarmee is de conclusie onvermijdelijk dat 'de wilsverklaring [...] geen waardebon voor euthanasie' kan zijn.³

Vanaf de inwerkingtreding van de euthanasiewet in 2002 was duidelijk dat een schriftelijke wilsverklaring de ondertekenaar weinig tot geen zekerheid kan bieden

Toch blijft er veel onduidelijkheid over de voorwaarden die gelden voor euthanasie op grond van een wilsverklaring. Want hoe dient een arts te handelen in gevallen waarin *wel* vaststaat dat een ernstig demente patiënt uitzichtloos en ondraaglijk lijdt? Wat betekent de wettelijke zorgvuldigheidseis van een 'een vrijwillig en weloverwogen verzoek van de patiënt' (art. 2 lid 1 sub a Wtl) in deze gevallen, waarin de patiënt inmiddels wilsonbekwaam is geworden? Kan een eerder opgestelde euthanasieverklaring die functie volledig overnemen, zodat een arts op grond daarvan euthanasie mag verlenen, ook als de patiënt op geen enkele wijze meer kan aangeven dat zij dood wil? Sterker nog, staat een arts in haar recht om op grond van een euthanasieverklaring het leven van haar patiënt te beëindigen, indien zij meent dat deze laatste uitzichtloos en ondraaglijk lijdt, zelfs als de patiënt zelf expliciet zegt (nog) niet dood te willen?

Deze vragen staan centraal in de eerste rechtszaak over euthanasie sinds de inwerkingtreding van de euthanasiewet in 2002.⁴ Volgens de verdachte in kwestie, een verpleeghuisarts die het leven beëindigde van haar diep demente patiënte, maakt het niet uit of een patiënt, eenmaal wilsonbekwaam geworden, aangeeft nog niet te willen sterven. Dat is nu juist de functie van de wilsverklaring, stelt de arts in deze zaak. De rechtbank Den Haag is het eens met haar interpretatie van de euthanasiewet op dit punt. Inmiddels heeft de procureur-generaal (P-G) bij de Hoge Raad, Jos Silvis, in deze zaak een casatieberoep in het belang der wet ingesteld. Blijkens zijn vorderingen⁵ onderschrijft ook de P-G de visie van de arts op de functie van de wilsverklaring. Het woord is nu aan de Hoge Raad.

In dit artikel kom ik tot een kritische analyse van het vonnis van de Haagse rechtbank en de vorderingen van de P-G. Eerst bied ik een beschrijving van de feiten van de zaak (§ 2), en een overzicht van de uitspraken die inmiddels door verschillende instanties over deze zaak zijn gedaan (§ 3). Vervolgens kom ik tot een juridische en rechtsfilosofische beschouwing. De centrale stelling van dit artikel is dat de uitleg die de arts, de Haagse rechtbank en de P-G geven aan de betekenis en functie van de schriftelijke wilsverklaring in geval van vergevorderde dementie op meerdere niveaus problematisch is. Ten

eerste zijn voor deze uitleg geen doorslaggevende argumenten te vinden in het Nederlandse euthanasierecht, dat op dit punt doortrokken is van tegenstrijdigheden (§ 4). Ten tweede steunt deze uitleg op een problematische interpretatie van het beginsel zelfbeschikking (§ 5). En tot slot wringt deze benadering met het recht op leven zoals neergelegd in artikel 2 EVRM (§ 6).

Staat een arts in haar recht om op grond van een euthanasieverklaring het leven van haar patiënt te beëindigen, indien zij meent dat deze laatste uitzichtloos en ondraaglijk lijdt, zelfs als de patiënt zelf expliciet zegt (nog) niet dood te willen?

2 Tegenstrijdigheden in wilsverklaring en gedrag van patiënte

In deze zaak gaat het om een verpleeghuisarts die het leven van een 74-jarige, zwaar demente patiënte beëindigde op basis van twee wilsverklaringen die zij had opgesteld nadat de ziekte van Alzheimer bij haar was geconstateerd. Daarin gaf de patiënte aan euthanasie te willen zodra zij naar een verpleeghuis zou moeten. Een fragment uit de tweede versie van de euthanasieverklaring is opgenomen aan het begin van dit artikel.

Een nadere blik op het fragment laat zien dat de wilsverklaring voor meerderlei uitleg vatbaar is. Enerzijds geeft de patiënte aan 'beslist niet geplaatst [te willen] worden in een instelling voor demente bejaarden'. Daarmee maakt zij krachtig duidelijk aan welke situatie zij beoogt te ontkomen. Anderzijds stelt zij toch inspraak te wensen met betrekking tot het moment van euthanasie: de euthanasie mag pas plaatsvinden 'wanneer [zij] daar zelf de tijd voor rijp acht' en zij vertrouwt erop 'dat op [haar] verzoek euthanasie zal worden toegepast' wanneer haar kwaliteit van leven drastisch is afgenomen. In de eerdere versie van haar wilsverklaring stelt zij zelfs euthanasie te wensen wanneer zij 'nog enigszins wilsonbekwaam' is en spreekt zij de hoop uit dat zij 'vrijwillig geëuthanaseerd'⁶ wordt zodra ze niet meer thuis kan blijven wonen.

Echter, toen het moment was aangebroken waarop de patiënte noodgedwongen naar het verpleeghuis moest en zij daarmee was beland in de situatie die zij van tevoren zo had verafschuwd, verkeerde zij, tragisch genoeg, in een dermate grote staat van verwarring, dat zij niet meer eenduidig kon aangeven wat haar wensen met betrekking tot euthanasie waren. Weliswaar gaf ze in die cruciale periode meermaals aan dood te willen, maar voegde daar dan even later aan toe: 'maar niet nu'. Ook in de dagen na opname in het verpleeghuis (3 maart 2016), anderhalve maand voordat de levensbeëindiging werd uitgevoerd (22 april 2016), vertelde de patiënte verschillende keren aan de verpleeghuisarts nog verder te willen leven, zoals in het medisch dossier te lezen is:

3 B. Keizer, 'De wilsverklaring is geen waardebon voor euthanasie', *Trouw* 14 september 2018.

4 Rb. Den Haag 11 september 2019, ECLI:NL:RBDHA:2019:9506, *GJ* 2019/142, m.nt. T.M. Schalken.

5 Parket bij de HR 17 december 2019, ECLI:NL:PHR:2019:1338; Parket bij de HR 17 december 2019, ECLI:NL:PHR:2019:1339.

6 Rb. Den Haag 11 september 2019, ECLI:NL:RBDHA:2019:9506, *GJ* 2019/142, m.nt. T.M. Schalken, r.o. 4.4.1.



Foto: Manon Heinsman | © Ars Aequi

'8 maart 2016: Mw. vindt het verschrikkelijk, maar kan niet zeggen wat. (...) Als zij weer zegt dat zij het verschrikkelijk vindt vraag ik of zij weet dat zij dementie heeft. Dat lijkt zij te herkennen. Ik vraag of zij daarmee verder wil leven: ja dat wil zij wel, zij wil niet dood. Dit herhaalt zij meer malen.

10 maart 2016: Dan vraag ik of zij het erg vindt om dementie te hebben. Dat woord herkent zij niet. [...] Dan vraag ik haar of zij liever dood zou willen zijn: ja, als ik ziek [word] dan wel, maar nu nog niet hoor!'⁷

Tegelijkertijd is te lezen dat de patiënte vrijwel dagelijks (tot wel 20 keer per dag) aan het verplegend personeel aangaf dood te willen.⁸

Kernvraag van deze zaak is of de verpleeghuisarts mocht overgaan tot euthanasie, gezien de tegenstrijdigheden in niet alleen de eerdere euthanasieverklaringen, maar ook in de uitingen en gedragingen van de patiënte

Kernvraag van deze zaak is of de verpleeghuisarts mocht overgaan tot euthanasie, gezien de tegenstrijdigheden in niet alleen de eerdere euthanasieverklaringen, maar ook in de uitingen en gedragingen van de patiënte. Daarbij moet worden vermeld dat de arts,

buiten medeweten van haar patiënte maar in overleg met haar familieleden, voorafgaand aan de uitvoering een slaapmiddel had toegevoegd aan de koffie van patiënte 'om te voorkomen dat patiënte zich tegen de toediening van de euthanatica zou verzetten en het tot een worsteling zou komen'.⁹ Ofwel, zoals euthanasie-arts en filosoof Bert Keizer schrijft, 'om gespartel te voorkomen'.¹⁰ Uit het verslag van de Regionale Toetsingscommissie Euthanasie (verder: RTE) blijkt dat de patiënte desondanks 'tijdens het inbrengen van het infuus een terugtrekkende beweging maakte en tijdens de toediening van [het dodelijke middel] overeind kwam, waarna zij is vastgehouden om te voorkomen dat zij zich verder zou verzetten'.¹¹

Wat waren de beweegredenen van de arts? De volgende passage uit het oordeel van de RTE over de zaak biedt een inzicht in haar logica:

'De arts heeft over haar handelwijze verklaard dat zij na lang beraad had besloten om de levensbeëindiging uit te voeren. Nu patiënte niet meer wilsbekwaam was, waren haar uitingen voor de arts op dat moment niet meer relevant. Ook als patiënte voorafgaand aan de uitvoering had gezegd dat zij niet dood wilde, zou de arts naar eigen zeggen de levensbeëindiging verder hebben uitgevoerd'.¹²

3 Rechterlijke onenigheid

Verschillende juridische instanties hebben zich inmiddels over deze 'hard case' gebogen. Allereerst is, in overeenstemming met de Wvta, de zaak gemeld bij een van de RTE's. Het oordeel van de RTE in kwestie

7 Rb. Den Haag 11 september 2019, ECLI:NL:RBDHA:2019:9506, GJ 2019/142, m.nt. T.M. Schalken, r.o. 4.4.1.

8 Rb. Den Haag 11 september 2019, ECLI:NL:RBDHA:2019:9506, GJ 2019/142, m.nt. T.M. Schalken, r.o. 4.4.1.

9 RTE oordeel 2016-85, zie www.euthanasiecommissie.nl/uitspraken/publicaties/oordelen/2016/niet-gehandeld-overeenkomstig-de-zorgvuldigheidsisen/oordeel-2016-85, p. 13-14.

10 B. Keizer, 'Een huiveringwekkend voorbeeld van euthanasie', *Trouw* 13 september 2019.

11 RTE oordeel 2016-85, p. 14.

12 RTE oordeel 2016-85, p. 14.

luidde dat de arts onzorgvuldig had gehandeld. Naar aanleiding van dit oordeel zijn twee verschillende trajecten van start gegaan. Ten eerste heeft het Openbaar Ministerie een strafrechtelijk onderzoek ingesteld, hetgeen heeft geresulteerd in vervolging van de arts, waarbij de officier van justitie evenwel geen strafoplegging vorderde. Het vonnis van de Haagse rechtbank is de voorlopige uitkomst van deze strafrechtelijke procedure.

Ten tweede heeft de Inspectie voor de Gezondheidszorg een tuchtrechtelijk onderzoek ingesteld. Dit onderzoek heeft geleid tot een klacht van de Inspectie voor de Gezondheidszorg bij het Regionaal Tuchtcollege voor de Gezondheidszorg. Tegen de resulterende beslissing¹³ van het regionale tuchtcollege is de arts in beroep gegaan bij het Centraal Tuchtcollege voor de Gezondheidszorg, hetgeen eveneens inmiddels tot een beslissing¹⁴ heeft geleid.

De gekozen benaderingen en eindconclusies van de RTE, beide tuchtrechters en de rechtbank Den Haag lopen sterk uiteen. Waar de RTE en beide tuchtrechters oordeelden dat de arts in strijd met verschillende normen had gehandeld, ontsloeg de meervoudige strafkamer van de rechtbank Den Haag de arts van alle rechtsvervolging. Volgens de rechtbank handelde de arts in overeenstemming met de zorgvuldigheidseisen van de WtI, waardoor het bewezenverklarde feit noch als levensbeëindiging op verzoek (art. 293 Sr), noch als moord (art. 289 Sr) kan worden gekwalificeerd. Een arrest van de Hoge Raad over de kwestie wordt in het voorjaar van 2020 verwacht. Op het moment van schrijven heeft de P-G bij de Hoge Raad reeds cassatie in het belang der wet gevorderd met betrekking tot zowel de tuchtrechtelijke als de strafrechtelijke procedure. Blijkens beide vorderingen¹⁵ sluit de P-G zich aan bij de benadering van de Haagse rechtbank.

De staat van rechtsonzekerheid – om niet te zeggen: verwarring – is enorm, nu de Regionale Toetsingscommissie Euthanasie, tuchtrechter en strafrechter tot uiteenlopende benaderingen en botsende conclusies zijn gekomen

Het arrest van de Hoge Raad wordt met spanning afgewacht, ook al zal dit geen gevolgen hebben voor de arts in kwestie. Omdat het Openbaar Ministerie (OM) een voortzetting van de procedure te belastend vond voor de arts, is geen gewoon rechtsmiddel ingesteld. In plaats daarvan heeft het OM de P-G bij de Hoge Raad verzocht om cassatie in het belang der wet in te stellen en op die manier duidelijkheid te verschaffen aan de strafrechtelijke praktijk, aan artsen en aan mensen met een euthanasieverklaring.

Inderdaad is de staat van rechtsonzekerheid – om niet te zeggen: verwarring – enorm, nu de RTE, tuchtrechter en strafrechter tot uiteenlopende benaderingen en botsende conclusies zijn gekomen. Volgens de RTE zijn, zelfs als men voorbijgaat aan verschillende tegenstrijdigheden in de wilsverklaring, nog altijd 'twee, elkaar uitsluitende lezingen van de dementieclausule'¹⁶ mogelijk, waardoor de arts te

weinig aanknopingspunten had voor de levensbeëindiging. Daarnaast vindt de RTE dat de arts 'een grens heeft overschreden'¹⁷ door het toevoegen van een slaapmiddel aan de koffie van patiënte buiten haar medeweten.

Ook het Regionaal Tuchtcollege oordeelt dat het handelen van de arts op meerdere punten de toets der kritiek niet kan doorstaan en legt de arts een 'berisping' op (art. 48 lid 1 sub b Wet op de beroepen in de individuele gezondheidszorg).¹⁸ Volgens het Regionaal Tuchtcollege bevatten de wilsverklaringen meerdere 'tegenstrijdigheden' en uitte patiënte zich 'wisselend over een concrete doodswens'.¹⁹ Dat de arts naar eigen zeggen zelfs door zou zijn gegaan met de levensbeëindigende handelingen als patiënte op dat moment expliciet had gezegd niet dood te willen, rekent het tuchtcollege haar in het bijzonder aan:

'Ook demente patiënten houden het recht om alsnog euthanasie te weigeren. [...] Dit betekent dat zelfs bij een toereikende wilsverklaring levensbeëindiging niet kan plaatsvinden wanneer de gedragingen/uitingen van patiënt nadien (nadat patiënt wilsonbekwaam is geworden) niet in lijn zijn met deze wilsverklaring.'²⁰

Daarnaast verwijt de regionale tuchtrechter de arts dat zij niet eens heeft geprobeerd de actuele toestemming van patiënte te krijgen voor zowel sedatie als levensbeëindiging.²¹

Het Centraal Tuchtcollege legt een lichtere maatregel op: een 'waarschuwing' (art. 48 lid 1 sub a).²² Hoewel beide tuchtrechters het inhoudelijk eens zijn over de onzorgvuldige handelwijze van de arts, oordeelt het Centraal Tuchtcollege dat dit gedrag haar slechts in beperkte mate kan worden verweten.²³

Het vonnis van de rechtbank Den Haag kent een geheel andere toon en strekking dan de oordelen van de RTE en beide tuchtcolleges. Niet alleen ontslaat de rechtbank de arts van alle rechtsvervolging; ook neemt het rechterlijk college in zijn vonnis opvallend genoeg de omstrede redenering van de arts over dat de uitingen of wensen van de patiënte ten aanzien van leven en dood, vanaf het moment dat zij wilsonbekwaam werd, irrelevant waren. Ik citeer de kernoverwegingen op dat punt in hun geheel, omdat zij in de rest van dit artikel uitgebreid worden besproken:

'De rechtbank is van oordeel dat, gegeven de diep demente toestand waarin de patiënte zich inmiddels bevond, op de verdachte niet de plicht rustte te informeren naar een actuele levens- of stervenswens van de patiënte. Daarmee wordt een eis gesteld die de wet niet kent. De specifieke positie van de wilsonbekwame patiënt brengt met zich dat mondelinge verificatie van zijn wens en zijn lijden niet mogelijk is. Met die eis zou afbreuk worden gedaan aan de wilsverklaring, die nu juist bedoeld is voor de situatie dat degene die de wilsverklaring heeft afgegeven in een situatie van ondraaglijk en uitzichtloos lijden zal geraken en niet langer in staat is zijn wil te uiten. [...]

Het zou naar het oordeel van de rechtbank in strijd zijn met de strekking van de WtI dat een eenmaal wilsonbekwaam geworden persoon wel in staat zou zijn een eerder door hem of haar gedaan rechtsgeldig euthanasieverzoek te herroepen. [...]

- 13 RTG Den Haag 24 juli 2018, ECLI:NL:TGZRSGR:2018:165, *GJ* 2018/109, m.nt. T.M. Schalken.
- 14 CTG 19 maart 2019, ECLI:NL:TGZCTG:2019:68, *TvGR* 2019, afl. 3, m.nt. E. Pans.
- 15 Parket bij de HR 17 december 2019, ECLI:NL:PHR:2019:1338; Parket bij de HR 17 december 2019, ECLI:NL:PHR:2019:1339.
- 16 RTE Oordeel 2016-85, p. 12.
- 17 RTE Oordeel 2016-85, p. 14.
- 18 RTG Den Haag 24 juli 2018, ECLI:NL:TGZRSGR:2018:165, *GJ* 2018/109, m.nt. T.M. Schalken.
- 19 RTG Den Haag 24 juli 2018, ECLI:NL:TGZRSGR:2018:165, *GJ* 2018/109, m.nt. T.M. Schalken, r.o. 5.9.
- 20 RTG Den Haag 24 juli 2018, ECLI:NL:TGZRSGR:2018:165, *GJ* 2018/109, m.nt. T.M. Schalken, r.o. 5.10.
- 21 RTG Den Haag 24 juli 2018, ECLI:NL:TGZRSGR:2018:165, *GJ* 2018/109, m.nt. T.M. Schalken, r.o. 5.13.
- 22 CTG 19 maart 2019, ECLI:NL:TGZCTG:2019:68, *TvGR* 2019, afl. 3, m.nt. E. Pans.
- 23 CTG 19 maart 2019, ECLI:NL:TGZCTG:2019:68, *TvGR* 2019, afl. 3, m.nt. E. Pans, r.o. 4.14-4.15.
- 24 Rb. Den Haag 11 september 2019, ECLI:NL:RBDHA:2019:9506, *GJ* 2019/142, m.nt. T.M. Schalken, r.o. 5.3.2.
- 25 Parket bij de HR 17 december 2019, ECLI:NL:PHR:2019:1338, sub 14.1.
- 26 Parket bij de HR 17 december 2019, ECLI:NL:PHR:2019:1338, sub 13.16.
- 27 Parket bij de HR 17 december 2019, ECLI:NL:PHR:2019:1338, sub 10.17.
- 28 Rb. Den Haag 11 september 2019, ECLI:NL:RBDHA:2019:9506, *GJ* 2019/142, m.nt. T.M. Schalken, r.o. 5.3.2. Silvis gaat hierin mee (Parket

bij de HR 17 december 2019, ECLI:NL:PHR:2019:1338, sub 10.17).

29 In deze eis is de invloed van het *Brongersma*-arrest te herkennen (HR 24 december 2002, ECLI:NL:HR:2002:AE8772, *NJ* 2003/167, m.nt. T.M. Schalken (*Brongersma*)). Zie voor een nadere beschouwing: K. Rozemond, 'De voortdurende invloed van de Hoge Raad op het euthanasierecht', *AA* maart 2015, p. 231-237 (AA20150231).

30 Rb. Den Haag 11 september 2019, ECLI:NL:RBDHA:2019:9506, *GJ* 2019/142, m.nt. T.M. Schalken, r.o. 4.4.4.

31 HR 13 maart 1981, ECLI:NL:HR:1981:AG4158, *NJ* 1981/635, m.nt. C.J.H. Brunner (*Haviltex*).

32 S.R. Bakker & L. Postma, 'Volenti non fit iniuria. Over de betekenis van de toestemming in het (medisch) strafrecht', *Strafblad* 2019, afl. 3, p. 24.

33 RTE oordeel 2016-85, p. 12.

34 Een recent voorbeeld is RTE oordeel 2019-79 (zie www.euthanasiacommissie.nl/uit-spraken-en-uitleg/dementie/documenten/publicaties/oordelen/2019/2019-61-tm-2019-80/oordeel-2019-79). Ook hier is sprake van vergevorderde dementie, een euthanasieverklaring en tegenstrijdige uitingen van de patiënt. Het oordeel van de RTE luidt echter 'zorgvuldig'.

35 Zie bijv. de discussie tussen Klaas Rozemond en Govert den Hartogh over dit punt (K. Rozemond, 'Wil of verklaring. Wat is de grondslag van levensbeëindiging bij patiënten met vergevorderde euthanasie?', *NJB* 2019/1494; G. den Hartogh, 'Euthanasie op grond van een schriftelijke wilsverklaring. Oude en nieuwe rechtsvragen', *NJB* 2017/1702; G. den Hartogh, 'De betekenis van de schriftelijke wilsverklaring', *NJB* 2012/648; K. Rozemond, 'Euthanasie en dementie: het actuele verlangen en het reële alternatief', *NJB* 2012/288).

36 Zie hierover Rozemond 2019, p. 1868-1870.

37 E. Pans, *De normatieve grondslagen van het Nederlandse euthanasierecht* (diss. Amsterdam VU), Nijmegen: Wolf Legal Publishing 2006.

38 Zie de noot van Pans bij CTG 19 maart 2019, ECLI:NL:TGZCTG:2019:68, *TvGR* 2019, afl. 3, p. 289.

39 P.A.M. Mevis, 'Over de randen van de euthanasiewetgeving', *DD* 2016/35, p. 382.

De rechtbank is voorts van oordeel dat, gelet op het feit dat de patiënte haar wil niet meer coherent kenbaar kon maken, de verdachte geen contra indicaties hoefde te zien in de tegenstrijdige uitingen van de patiënte omtrent haar levens- of juist stervenswens.²⁴

In zijn cassatievordering komt P-G Silvis tot de conclusie dat het vonnis van de rechtbank niet 'onjuist is of op ontoereikende gronden berust'.²⁵ Volgens hem mogen levensbeëindigende handelingen van artsen slechts marginaal worden getoetst. Zo bezien 'horen de toetsingscommissie, de tuchtrechter en de strafrechter, als zij de overtuiging van de arts toetsen, die slechts te beoordelen naar de maatstaf of de arts in redelijkheid tot die overtuiging kon komen'.²⁶ Hetzelfde geldt voor de beantwoording van de meest nijpende vragen van deze casus, zoals 'de vraag of tegenstrijdige uitingen van de wilsonbekwame patiënt omtrent zijn stervenswens in het specifieke geval als contra-indicatie moet worden beschouwd'.²⁷

De rechtbank poetst de tegenstrijdigheden weg met een *Haviltex*-achtige benadering. In een kwestie van leven of dood, waarbij degene van wie de verklaring afkomstig is niet meer in staat is tot nadere toelichting, lijkt 'haviltexen' niet op zijn plaats

4 Een rechtlijnig vonnis over een zaak doortrokken van tegenstrijdigheden

Hoe te denken over het vonnis van de rechtbank? Een eerste vraagteken kan worden geplaatst bij de overweging van de rechtbank dat het informeren naar een actuele levens- of stervenswens van een patiënt een eis is 'die de wet niet kent'.²⁸ Inderdaad zwijgt de wet op dit punt. Het zwijgen van de wet sluit echter niet de mogelijkheid uit dat er op dat punt wel degelijk nadere voorwaarden bestaan. Zo is de gedachte, dat het lijden medisch gekwalificeerd dient te zijn om voor euthanasie in aanmerking te komen, ook niet expliciet in de WtI opgenomen, terwijl het zonder twijfel een bestaand juridische vereiste is.²⁹

Ook kunnen er vragen worden gesteld over de rechterlijke interpretatie van de wilsverklaring van patiënte. De rechtbank overweegt 'dat het euthanasieverzoek en de dementieclausules ondubbelzinnig waren over de wens tot euthanasie bij opname in een verpleeghuis wegens vergevorderde dementie'.³⁰ Dat de rechtbank meermaals het woord 'ondubbelzinnig' gebruikt in deze context, is opmerkelijk, gezien de tegenstrijdigheden in de tekst van de wilsverklaring, zoals ook beide tuchtrechters en de RTE benadrukken.

De rechtbank poetst deze tegenstrijdigheden weg met een *Haviltex*-achtige benadering.³¹ Dat is verontrustend, niet alleen omdat verschillende zinsdelen in zowel de eerste als de tweede versie van de wilsverklaring suggereren dat patiënte wel degelijk gekend wilde worden bij de besluitvorming rondom haar dood; ook lijkt 'haviltexen' in een kwestie van

leven of dood,³² waarbij degene van wie de verklaring afkomstig is niet meer in staat is tot nadere toelichting, niet op zijn plaats. Zoals de RTE in haar oordeel over de hetzelfde dossier schrijft:

'Gegeven deze twijfel [rondom de betekenis van de wilsverklaring], en in aanmerking nemend dat het hier letterlijk om een vraagstuk van leven en dood gaat en de levensbeëindiging onomkeerbaar is, moet naar het oordeel van de commissie aan de veilige kant worden gebleven en aan de meer restrictieve lezing van de dementieclausule worden vastgehouden'.³³

Eveneens bevreemdend is dat de rechtbank voorbijgaat aan de uitspraken die patiënte nog in de laatste weken van haar leven deed, waarbij zij tegen de arts mede meermaals aangaf nog niet dood te willen. In die zin behoorde, in tegenstelling tot hetgeen de rechtbank stelt, enige vorm van 'mondelijke verificatie' kennelijk wel degelijk nog tot de mogelijkheden vlak voor de levensbeëindiging. Een paar overwegingen verder erkent de rechtbank weer wel dat patiënte uitingen deed met betrekking tot 'haar levens- of juist stervenswens', maar doet deze dan af als irrelevant omdat de patiënte toch wilsonbekwaam was.

De onenigheid tussen RTE, tuchtrechter en strafrechter suggereert dat er geen kant-en-klare antwoorden op deze lastige vragen te vinden zijn in de wetstekst

Daarnaast botst de rechtlijnige, formalistische logica van de rechtbank met de fundamentele juridische ambiguïteit en complexiteit waarvan dit vraagstuk is doortrokken. De onenigheid tussen de RTE, tuchtrechter en strafrechter suggereert dat er geen kant-en-klare antwoorden op deze lastige vragen te vinden zijn in de wetstekst. Zelfs de RTE's zijn het onderling oneens over de vraag of de actuele wil van een patiënt op het moment van levensbeëindiging nog altijd van belang is.³⁴ Ook onder wetenschappers bestaat onenigheid op dit punt.³⁵ Daarnaast wijst de wetsgeschiedenis in verschillende richtingen.³⁶ Esther Pans, auteur van een proefschrift over de normatieve grondslagen van het euthanasierecht,³⁷ karakteriseert de wethistorische onduidelijkheden als volgt:

'Steeds meer komt aan het licht dat in de parlementaire behandeling van de euthanasiewet een aantal belangrijke dilemma's niet of niet voldoende is "gezien". Zo is de werkelijke waarde en werking van de wilsverklaring niet goed doordacht. En evenmin hoezeer de wilsonbekwaamheid "inwerkt" op alle zorgvuldigheidseisen en hoe de arts daar dan mee om moet gaan'.³⁸

Hierbij wrekt zich mede dat de wettelijke regeling van de wilsverklaring niet het resultaat is geweest van een geleidelijk proces van jurisprudentiële normontwikkeling, zoals wel het geval was met de wettelijke zorgvuldigheidseisen (art. 2 lid 1 WtI). 'In zoverre ontbrak ervaring met dit deel van de nieuwe wetgeving', zoals strafrechtsgeleerde Paul Mevis schrijft.³⁹

Meer algemeen is volgens Mevis de wetgever zich te weinig bewust geweest van de bijzondere aard van euthanasie op basis van een schriftelijke wilsverklaring. Zijn conclusie luidt daarom:

'dat het bij de schriftelijke wilsverklaring om een situatie aan de rand van de Wtl gaat waarbij de grondslag van het wettelijk concept als zodanig nieuwe doordenking, misschien ook wel nieuwe wettelijke regeling behoeft. De prognosticerende wilsverklaring is simpelweg niet gelijk te stellen – ook niet zoveel mogelijk – met een uit een min of meer acuut lijden voortkomende wens van levensbeëindiging.⁴⁰

In het licht van het bijzondere karakter van euthanasie op basis van een wilsverklaring, en de juridische tegenstrijdigheden en onduidelijkheden waarvan de wettelijke regeling op verschillende niveaus is doortrokken, is verdere normontwikkeling noodzakelijk. Daarbij kan men niet volstaan met formalistische methoden van rechtsvinding, zoals een wethistorische of grammaticale interpretatie, maar is bezinning op de rechtsbeginselen die in het geding zijn onontbeerlijk. Hierna analyseer ik de visie van de rechtbank Den Haag en P-G Silvis in het licht van de beginselen van zelfbeschikking (§ 5) en beschermwaardigheid van leven (§ 6). Daarbij zal ik voorbijgaan aan de dubbelzinnigheden in de wilsverklaring van de patiënte, zodat de volgende vraag in alle zuiverheid kan worden verkend: heeft de arts gehandeld met respect voor de autonomie en het recht op leven van de patiënte door zich te baseren op haar wilsverklaring en daarmee na te laten haar actuele stervenswens te verifiëren?

In het licht van het bijzondere karakter van euthanasie op basis van een wilsverklaring, en de juridische tegenstrijdigheden en onduidelijkheden waarvan de wettelijke regeling op verschillende niveaus is doortrokken, is verdere normontwikkeling noodzakelijk

5 Zelfbeschikking en het 'nee' van een zwaar demente patiënt

Een nadere blik op het vonnis van de rechtbank en de vorderingen van P-G Silvis maakt duidelijk dat de schriftelijke wilsverklaring in hun benadering de volgende betekenis en functie krijgt: de wil van patiënte, zoals deze tot uitdrukking komt in de schriftelijke wilsverklaring die patiënte opstelde toen zij nog wilsbekwaam was, wordt geacht ook haar actuele wil te zijn vanaf het moment dat de wilsonbekwaamheid intreedt. Daarmee lijkt men er bij deze uitleg van uit te gaan dat de wettelijke regeling van de euthanasieverklaring in wezen een nieuw type juridische fictie introduceert,⁴¹ of op zijn minst een rechtsvermoeden: de arts mag doen alsof, of ervan uitgaan dat, de eerdere wil van patiënte ook haar actuele wil is. Aan deze fictie kennen rechtbank en P-G bovendien een enorm gewicht toe: zelfs als de patiënte, eenmaal wilsonbekwaam geworden, aangeeft nog te willen

leven, mag de arts met een beroep op de schriftelijke wilsverklaring deze uiting negeren en haar leven beëindigen, mits er voldaan is aan de overige vereisten voor euthanasie.

Hoe kan men rechtvaardigen dat op deze manier een juridische en papieren werkelijkheid boven de actuele, psychosociale werkelijkheid van de patiënte wordt geplaatst? De rechtbank volgt een juridisch-technische redenering: een wilsonbekwame is per definitie niet in staat tot besluitvorming en kan daarmee dus ook niet langer de wilsverklaring herroepen.⁴² Daarmee lijkt de rechtbank ten onrechte uit te gaan van een alles-of-niets-benadering ten aanzien van wilsbekwaamheid. In de praktijk is wilsbekwaamheid een gradueel en situationeel begrip dat 'kan variëren in de tijd en per beslissings- of handelingsdomein'.⁴³ Zou een wilsonbekwame werkelijk geen wil tot leven meer kunnen hebben? Eveneens is van belang dat het gebruik van juridische ficties en rechtsvermoedens grenzen kent, met name bij de regulering van vraagstukken met betrekking tot leven en dood.⁴⁴

P-G Silvis biedt een meer rechtsfilosofische argumentatie. Volgens hem heeft de wetgever zich bij de creatie van deze juridische fictie laten inspireren door de leer van 'precedent autonomy'.⁴⁵ Silvis verwijst daarbij naar het klassieke werk *Life's Dominion* van rechtsfilosoof Ronald Dworkin. Dworkin geeft de volgende uitleg van 'precedent autonomy':

'A competent person's right to autonomy requires that his past decisions about how he is to be treated if he becomes demented be respected even if they contradict the desires he has at that later point.'⁴⁶

Volgens deze benadering schendt een arts 'het recht op autonomie' van zijn patiënte als hij, geleid door haar actuele levenswens, besluit haar leven niet te beëindigen, zoals zijn patiënte in een eerder stadium had verzocht. Dworkin gaat daarin nogal ver. Zelfs als de Alzheimer-patiënte in kwestie een uiterst gelukkige indruk maakt – zoals patiënte Margo wiens casus Dworkin bespreekt en die de behandelend arts beschrijft als 'undeniably one of the happiest people'⁴⁷ die hij ooit heeft gekend – dan nog dient de levensbeëindiging te worden doorgezet.

Het is te prijzen dat Silvis, in tegenstelling tot de Haagse rechtbank, een poging doet tot een rechtstheoretische reconstructie van de wettelijke regeling van de euthanasieverklaring aan de hand van rechtsbeginselen. Zijn reconstructie is echter in meerdere opzichten problematisch. Zowel Dworkin eenzijdige nadruk op *autonomie*, als het *precedente* karakter dat hij eraan geeft, kunnen juridisch worden bevestigd in de context van euthanasie.

Om te beginnen met het eerste punt: zelfbeschikking is door de wetgever niet bedoeld als het dragende beginsel van de Wtl.⁴⁸ Zo wordt zelfbeschikking nergens in de memorie van toelichting genoemd. Centraal in de Wtl staat het conflict van plichten waarin de arts komt te verkeren bij euthanasie: het conflict tussen de plicht tot barmhartigheid en de plicht tot het beschermen van menselijk leven.⁴⁹ Die barmhartigheid komt vooral tot uitdrukking in de eis van 'ondraaglijk en uitzichtloos lijden'. Dworkin dat dit vereiste echter verwerpen als strijdig met de 'precedente autonomie' van patiënten met een wilsverklaring.

40 Mevis 2016, p. 382.

41 Zie hierover ook Pans 2005, p. 324.

42 Rb. Den Haag 11 september 2019, ECLI:NL:RBDHA:2019:9506, GJ 2019/142, m.nt. T.M. Schalken, r.o. 5.3.2.

43 E. Pans, 'Toetsing van wilsbekwaamheid bij dementerende ouderen', *UCERF 11 – Actuele ontwikkelingen in het familierecht*, 2017, zie <https://arsaequi.nl/product/ucerf-11-toetsing-van-wilsbekwaamheid-bij-dementerende-ouderen/>. Overigens is Pans het, blijkens andere publicaties (zie bijv. noot bij CTG 19 maart 2019, ECLI:NL:TGZCTG:2019:68, *TvGR* 2019, afl. 3), eens met de benadering van de rechtbank en gaat zij ervan uit dat patiënte ook ten aanzien van de keuze te willen blijven leven of te willen sterven wilsonbekwaam was.

44 Elders sta ik hierbij uitvoerig stil, zie B.C. van Beers, *Persoon en lichaam in het recht. Menselijke waardigheid en zelfbeschikking in het tijdperk van de medische biotechnologie* (diss. Amsterdam VU), Den Haag: BJu 2009, p. 379-395.

45 Parket bij de HR 17 december 2019, ECLI:NL:PHR:2019:1338, sub 1.17.

46 R. Dworkin, *Life's dominion. An argument about abortion, euthanasia, and individual freedom*, New York: Vintage Books 1994, p. 228.

47 Dworkin 1994, p. 221.

48 Pans 2005, onder meer p. 135 en 286.

49 Pans 2005, p. 83.

Daarnaast is van belang dat 'zelfbeschikking' in de Wtl niet wordt uitgelegd als een claimrecht ('de dood op bestelling'), maar een afweerrecht ('geen euthanasie zonder geïnformeerde toestemming') dat in de eerste plaats tot uitdrukking komt in het vereiste van een vrijwillig en weloverwogen verzoek. Meer algemeen kan worden gewezen op de beperkte werking van het beginsel *volenti non fit iniuria* ('een handeling kan niet onrechtvaardig zijn jegens degene die instemt met die handeling') wanneer het gaat om regulering van kwesties die raken aan het persoon-zijn en de lichamelijke van rechtssubjecten,⁵⁰ zoals in het medische strafrecht,⁵¹ en meer in het bijzonder het euthanasierecht.⁵² Tot slot is binnen Dworkin politiek-liberale filosofie van 'ethisch individualisme',⁵³ waarin persoonlijke autonomie en ontplooiing centraal staan, weinig aandacht voor de maatschappelijke context van euthanasie.

Het tweede punt betreft de 'precedente' werking die binnen de benadering van Dworkin, P-G Silvis en de rechtbank Den Haag aan zelfbeschikking wordt toegekend. Daarmee doel ik op de gedachte dat 'wat een wilsbekwame persoon opschrijft, belangrijker is dan een "nee" van een zwaar demente patiënt',⁵⁴ zoals Steven Pleiter, de directeur van het Expertisecentrum Euthanasie (voorheen: Levensindekliniek), de uitspraak van de rechtbank samenvat. Die gedachte is met name te herkennen in de overweging van de rechtbank dat een eenmaal wilsbekwaam geworden patiënt een eerder door hem of haar gedaan rechtsgeldig euthanasieverzoek niet meer kan herroepen.⁵⁵ Volgens het Regionale Tuchtcollege is een dergelijke benadering problematisch gezien het recht om over eigen leven te beschikken:

'Hoewel dat wellicht onwenselijk is vanuit de optiek van verweerster die het ondraaglijke en uitzichtloze lijden van patiënte wilde beëindigen, staat daar tegenover dat het uiteindelijk de patiënte is die het recht heeft om over haar eigen leven te beschikken. Dit recht raakt patiënte in beginsel niet kwijt wanneer zij dement wordt.'⁵⁶

Met andere woorden: volgens het Regionale Tuchtcollege dient op grond van 'het recht om over eigen leven te beschikken' de actuele wil van patiënte de doorslag te geven, en niet haar eerdere wil zoals neergelegd in de wilsverklaring.

Hoe te denken over deze stelling? Ethicus Govert den Hartogh is kritisch over de verwijzing van het Regionaal Tuchtcollege naar, in zijn woorden, een 'vermeend blijvend beschikkingsrecht'⁵⁷ van de patiënte. In zijn ogen zou een 'overblijvend beschikkingsrecht [...] een onding zijn',⁵⁸ onder meer omdat 'diep-demente patiënten op een gegeven ogenblik niet meer [weten] wat "dood zijn" inhoudt' en zij 'ter zake geen wil meer [kunnen] hebben'.⁵⁹ Naar analogie van een 'zelfbindingsverklaring' vindt Den Hartogh het dan ook 'te verdedigen dat vormen van dwang te legitimeren zijn als de patiënt daarvoor in zijn schriftelijke verklaring uitdrukkelijk toestemming heeft gegeven'.⁶⁰

Ik ben het met Den Hartogh eens dat van een volledig geïnformeerde toestemming geen sprake zal kunnen zijn bij vergevorderde dementie. In die zin moet het beginsel van zelfbeschikking in deze context noodzakelijkerwijze op een andere wijze worden geoperationaliseerd dan in de situatie van een tradi-

tionele geneeskundige behandelingsovereenkomst. Echter, deze relativering van de praktische mogelijkheden tot zelfbeschikking betekent nog niet dat men onder die omstandigheden het recht om zich te verzetten tegen levensbeëindiging verliest, en dat een arts, met een beroep op de eerdere wilsverklaring, het leven van een wilsbekwame patiënt met dwang mag beëindigen bij ondraaglijk en uitzichtloos lijden. Sterker nog, zoals ik in de volgende paragraaf zal betogen, is er reden om aan te nemen dat de meest waarschijnlijke interpretatie van het recht op leven (art. 2 EVRM) zich verzet tegen dergelijke praktijken. Om die stelling te kunnen onderbouwen, zet ik in de volgende paragraaf verschillende mogelijke visies op de betekenis van het recht op leven voor euthanasie uiteen, en betoog ik welke van deze visies het meest overtuigend is in het licht van de Straatsburgse jurisprudentie.

Tot op heden heeft het Europese Hof voor de Rechten van de Mens nog geen arrest gewezen over euthanasie, laat staan over euthanasieverklaringen. Wel kan uit de Straatsburgse jurisprudentie over zelfdoding en hulp bij zelfdoding een en ander worden afgeleid ten aanzien van dit vraagstuk

6 Heeft men het recht om te beschikken over eigen leven, of het recht om over eigen recht op leven te beschikken?

Uit de Straatsburgse jurisprudentie blijkt dat het recht op leven, zoals neergelegd in artikel 2 EVRM, de staat verplicht 'not only to refrain from the intentional and unlawful taking of life, but also to take appropriate steps to safeguard the lives of those within its jurisdiction'.⁶¹ Wat betekent deze overheidsverplichting tot bescherming van menselijk leven in de context van euthanasie bij vergevorderde dementie? Tot op heden heeft het Europese Hof voor de Rechten van de Mens (EHRM) nog geen arrest gewezen over euthanasie, laat staan over euthanasieverklaringen. Wel kan uit de Straatsburgse jurisprudentie over zelfdoding en hulp bij zelfdoding een en ander worden afgeleid ten aanzien van dit vraagstuk.

In deze paragraaf verken ik verschillende mogelijke visies op de betekenis van het recht op leven voor de discussie over euthanasie. De liberale rechtsfilosoof Joel Feinberg onderscheidt in een klassieke beschouwing⁶² over deze thematiek drie visies. Ik zal daaraan nog een vierde toevoegen. In een van deze visies is de benadering van de Haagse rechtbank en de P-G te herkennen. De centrale vraag van deze paragraaf is welke van deze visies het meest overtuigend is in het licht van de jurisprudentie over artikel 2 EVRM. Daarbij zal blijken dat de benadering van de Haagse rechtbank en de P-G niet alleen geen steun vindt in de jurisprudentie van het EHRM, maar daarmee zelfs in strijd kan worden geacht te zijn.

50 Elders ga ik hierop uitgebreid in (zie Van Beers 2009, zie vooral § 1.3, 3.1 en 3.3.5).

51 Voor een nadere analyse en referenties, zie Bakker & Postma 2019. In § 3.1.2 van dit artikel gaan de auteurs specifiek in op de relatie tussen het volenti-beginsel en de wettelijke regeling van de euthanasieverklaring.

52 Pans 2005, p. 320; Bakker & Postma 2019, p. 22-23.

53 Zie R. Dworkin, *Sovereign virtue. The theory and practice of equality*, Cambridge: Harvard University Press 2002, p. 448-449.

54 F. Weeda, 'Rechter: euthanasie bij demente vrouw was zorgvuldig', *NRC Handelsblad*, 11 september 2019.

55 Rb. Den Haag 11 september 2019, ECLI:NL:RBDHA:2019:9506, *GJ* 2019/142, m.nt. T.M. Schalken, r.o. 5.3.2.

56 RTG Den Haag 24 juli 2018, ECLI:NL:TGZRSGR:2018:165, *GJ* 2018/109, m.nt. T.M. Schalken, r.o. 5.13.

57 G. den Hartogh, 'De wil van de wilsbekwame patiënt. Commentaar op een uitspraak van het Regionaal Tuchtcollege voor de Gezondheidszorg te Den Haag', *TvGR* 2018, afl. 5, p. 436.

58 Den Hartogh 2018, p. 437.

59 Den Hartogh 2018, p. 441.

60 Den Hartogh 2018, p. 441.

61 EHRM 9 juni 1998, 23413/94, *NJ* 2004/543, m.nt. E.A. Alkema (*L.C.B. t. Verenigd Koninkrijk*), r.o. 36.

62 J. Feinberg, 'Voluntary euthanasia and the inalienable right to life', in: J. Feinberg, *Rights, Justice, and the bounds of liberty*, Princeton: Princeton University Press 1980, p. 221-251.

Volgens een eerste mogelijke interpretatie is het recht op leven in wezen een *plicht* tot leven ('mandatory right'), zodat iedere vorm van euthanasie een ontkenning van dat recht vormt. Het is onwaarschijnlijk dat het EHRM deze 'paternalistische' interpretatie⁶³ onderschrijft, gezien de Straatsburgse erkenning van 'an individual's right to decide by what means and at what point his or her life will end'⁶⁴ onder het recht op privéleven van artikel 8 EVRM. Het EHRM zette reeds in het *Pretty*-arrest de toon voor dit zelfbeschikkingsrecht met de volgende krachtige woorden:

'Without in any way negating the principle of sanctity of life protected under the Convention, the Court considers that it is under Article 8 that notions of the quality of life take on significance. In an era of growing medical sophistication combined with longer life expectancies, many people are concerned that they should not be forced to linger on in old age or in states of advanced physical or mental decrepitude which conflict with strongly held ideas of self and personal identity.'⁶⁵

In *Haas t. Zwitserland*, net als *Pretty* een zaak over hulp bij zelfdoding, overweegt het EHRM bovendien dat 'the Convention must be read as a whole' en dat artikel 2 en 8 EVRM in onderlinge samenhang moeten worden gezien.⁶⁶ Dat betekent eveneens dat het onwaarschijnlijk is dat artikel 2 EVRM zich principieel verzet tegen euthanasie.

Volgens een tweede benadering is het recht op leven een 'discretionair recht',⁶⁷ dat wil zeggen, een recht dat de vrijheid beschermt om te doen met het object van dat recht wat men maar wil, in dit geval het eigen leven. Zo beschermt het recht op vrijheid van vereniging eveneens de vrijheid om zich *niet* bij een vereniging aan te sluiten. Hoewel dit mensenrecht onvervreemdbaar is, kan het object van dit recht wel degelijk worden vervreemd. Volgens Feinberg is ook het recht op leven een discretionair recht. Dat betekent dat het recht op leven eveneens een recht op de dood en dus op euthanasie zou zijn. Feinbergs liberaal-filosofische visie komt echter niet overeen met de Straatsburgse interpretatie van dit mensenrecht.⁶⁸ Het EHRM verwerpt deze benadering expliciet in *Pretty*:

'Article 2 of the Convention [...] is unconcerned with issues to do with the quality of living or what a person chooses to do with his or her life. [...] Article 2 cannot, without a distortion of language, be interpreted as conferring the diametrically opposite right, namely a right to die; nor can it create a right to self-determination in the sense of conferring on an individual the entitlement to choose death rather than life.'⁶⁹

Binnen de derde mogelijke visie op het recht op leven wordt de zelfbeschikkingscomponent nog verder uitgebreid. Volgens deze 'extreem anti-paternalistische benadering'⁷⁰ is niet alleen het object van het recht op leven vervreemdbaar, zodat ook de zelfgekozen dood eronder valt; ook het recht op leven *als recht* kan en mag dan worden vervreemd. De enige eis die geldt is dat de keuze om het recht op leven af te staan weloverwogen, vrijwillig en goed geïnformeerd is.

Feinberg geeft als voorbeeld een rechtsorde die het toestaat dat persoon A met huurmoordenaar B overeenkomt dat B, wanneer het hem maar zint, A

van het leven mag beroven.⁷¹ Binnen de extreem anti-paternalistische benadering beschermt het recht op leven ook de keuze om een dergelijk 'dodelijk contract' te ondertekenen. Zelfs voor de aartsvader van het liberalisme, John Stuart Mill, zou dit te ver gaan. In *On Liberty* verwerpt hij het concept van een slavernij-contract met de volgende woorden, die eveneens toepasselijk op deze situatie zijn: 'The principle of freedom cannot require that he should be free not to be free. It is not freedom to be allowed to alienate his freedom.'⁷² Feinberg zelf heeft eveneens ernstige twijfels over deze interpretatie, zoals blijkt uit zijn analyse elders van slavernij-contracten. Zo werpt hij de vraag op of het toestaan van dergelijke contracten niet een verharding van de maatschappij teweeg zou brengen, waarvan vooral zwakkere partijen het slachtoffer zouden worden.⁷³

Naar mijn mening is het deze controversiële, 'extreem anti-paternalistische' interpretatie van het recht op leven die ten grondslag ligt aan de redenering van de Haagse rechtbank en P-G Silvis. In plaats van een dodelijk contract is nu sprake van een schriftelijke wilsverklaring, die de arts tot niets verplicht, maar die de arts onder omstandigheden mag en kan interpreteren als de actuele wil van de patiënt, waarbij de patiënt, zodra wilsonbekwaamheid wordt geacht te zijn ingetreden, deze wilsverklaring niet meer kan herroepen. Weliswaar is een belangrijk verschil met het dodelijke contract dat er sprake moet zijn van zowel wilsonbekwaamheid als 'uitzichtloos en ondraaglijk lijden', maar de onderliggende logica van beide arrangementen vertoont een sterke gelijkenis: men kan het recht op leven vervreemden, mits op basis van een vrijwillige keuze.

Naar mijn mening is het de controversiële, 'extreem anti-paternalistische' interpretatie van het recht op leven die ten grondslag ligt aan de redenering van de Haagse rechtbank en P-G Silvis

Deze kijk op het recht op leven lijkt mij slecht te verenigen met de Straatsburgse jurisprudentie. Ten eerste kan worden beredeneerd dat verdragsstaten die constructies als deze toestaan het recht op leven van hun burgers schenden omdat zij daarmee voorbijgaan aan de vraag of de ondertekenaar op het moment dat zijn leven wordt beëindigd nog wel met deze daad instemt. Zoals strafrechtsgesleerde Tom Schalken het kernachtig verwoordt in zijn noot bij het vonnis van de Haagse rechtbank: 'Wilsonbekwaamheid houdt rechtsbescherming in – recht op leven versus recht op zelfbeschikking –, geen afstand van dat recht.'⁷⁴ In dat verband is de volgende overweging uit *Haas* veelzeggend:

'The Convention must be read as a whole. In consequence, it is appropriate to refer, in the context of examining a possible violation of Article 8, to Article 2 of the Convention, which creates for the authorities a duty to protect *vulnerable persons*, even against actions by which they *endanger their own lives* [...]. For the Court, this latter Article obliges the

63 Feinberg 1980, p. 248-249.

64 EHRM 20 januari 2011, 31322/07, ECHR 2011/53, m.nt. G. den Hartogh (*Haas t. Zwitserland*), r.o. 51.

65 EHRM 29 april 2002, 2346/02, NJ 2004/543, m.nt. E.A. Alkema (*Pretty t. Verenigd Koninkrijk*), r.o. 65.

66 *Haas t. Zwitserland*, r.o. 54.

67 Feinberg 1980, p. 249-250.

68 Zie hierover uitgebreider: G. den Hartogh, 'Het Europese Hof over hulp bij suïcide', AA 2003, p. 96-104 (AA20030096).

69 *Pretty t. Verenigd Koninkrijk*, r.o. 39.

70 Feinberg 1980, p. 250-251.

71 Feinberg 1980, p. 245-246.

72 J.S. Mill [1859], *On liberty*, Londen: Penguin 1985, p. 173.

73 J. Feinberg, 'Legal paternalism', in: J. Feinberg, *Rights, Justice, and the bounds of liberty*, Princeton: Princeton University Press 1980, p. 124.

74 Zie GJ 2019/142.

national authorities to prevent an individual from taking his or her own life if the decision has not been taken freely and with full understanding of what is involved' (cursive-ring BvB).⁷⁵

Met andere woorden, mede gezien de kwetsbaarheid van demente patiënten, staat de vrijwilligheid van de levensbeëindiging hier op het spel, zodat zowel het recht op leven (art. 2 EVRM) als het uit het recht op privéleven (art. 8 EVRM) afgeleide recht om over eigen leven te beschikken dreigt te worden ondergraven. Dit lijkt mij een zo fundamentele kwestie dat de brede beoordelingsmarge die aan verdragsstaten toekomt in moreel gevoelige zaken als deze niet noodzakelijkerwijs in de weg staat aan verdragsschending. Daaraan kan worden toegevoegd dat een overheid binnen de context van artikel 8 EVRM gerechtvaardigd inbreuk kan maken op het recht om over eigen leven te beschikken, indien dat 'in een democratische samenleving noodzakelijk is in het belang van [...] de bescherming van de rechten van anderen' (art. 8 lid 2 EVRM), met name wanneer het gaat om zwakkere partijen.⁷⁶ Tot slot kan men zich afvragen of de marginale toetsing die P-G Silvis voorstaat in het geval van euthanasie op grond van een schriftelijke wilsverklaring wel voldoet aan de op de overheid rustende onderzoeksplicht bij overlijdensgevallen, zoals voortvloeit uit artikel 2 EVRM.⁷⁷

Hoe moet de relatie tussen zelfbeschikking en het recht op leven dan wel worden gezien? Naar mijn mening onderschrijft het EHRM een vierde interpretatie van het recht op leven, die evenwel ontbreekt in Feinbergs lijst. Op het spectrum van mogelijke interpretaties bevindt zij zich ergens tussen de eerste en de tweede interpretatie. Binnen deze vierde benadering is het recht op leven geen recht op de dood (tweede interpretatie), en kan men aan artikel 2 EVRM dan ook geen recht op euthanasie ontleenen. Het is echter evenmin een plicht tot leven (eerste interpretatie). Het beschermt het leven van het rechtssubject tegen *onvrijwillige levensbeëindiging*. *Vrijwillige levensbeëindiging*, op basis van een actuele, intrinsieke en goed geïnformeerde wil tot sterven, is zo bezien in beginsel niet in strijd met het recht op leven. Pas zodra levensbeëindiging onvrijwillig wordt, ofwel 'if the decision has not been taken freely and with full understanding of what is involved',⁷⁸ komt het recht op leven in het geding.

In die zin speelt zelfbeschikking in de context van artikel 2 EVRM slechts in afgezwakte vorm een rol, namelijk in de beperkte betekenis van afweersrecht (geen levensbeëindiging zonder instemming). Euthanasie is, mits omringd met de nodige waarborgen en gebaseerd op een actuele wil, niet strijdig met deze opvatting van het recht op leven. Daarbij zal op basis van de Straatsburgse jurisprudentie over zelfdoding wel rekening moeten worden gehouden met de kwetsbare positie van psychiatrische patiënten.⁷⁹

Voor euthanasie in het geval van dementie betekent deze visie dat een actuele wil tot sterven onontbeerlijk is. Sterker nog, wanneer men ervan uitgaat dat een patiënt, eenmaal wilsonbekwaam geworden, zijn wilsverklaring niet langer kan herroepen, en een arts daarom vervolgens het leven van die patiënt mag beëindigen in geval van ondraaglijk en uitzichtloos lijden, desnoods met dwang, is dat in strijd met de Straatsburgse interpretatie van het recht op leven.

Als de Nederlandse rechtsorde werkelijk deze koers gaat varen, zal de buitenwereld Nederland terecht kunnen gaan beschouwen als een staat in verwarring

7 Conclusie

Moet een euthanasieverklaring worden gezien als enkel een vervanging van de wilsuiting van de patiënt, en dient er op het moment van de levensbeëindiging nog altijd sprake te zijn van een actuele wil tot sterven, die evenwel niet meer geuit kan worden maar waarvan de schriftelijke wilsverklaring een indicatie is? Of is het zo dat de eerder opgestelde wilsverklaring, die uitdrukking geeft aan de ideeën die de patiënt had toen hij nog wilsbekwaam was, via een juridische fictie eveneens verondersteld mag worden de actuele wil te zijn, ook als die actuele wil om te sterven er feitelijk niet meer is of er zelfs sprake is van een actuele wens om te blijven leven?

De tweede benadering ligt ten grondslag aan het vonnis van de rechtbank Den Haag en de cassatievordering van P-G Silvis. In dit artikel heb ik betoogd dat voor deze uitleg geen doorslaggevende argumenten te vinden zijn in het bestaande Nederlandse euthanasierecht, dat doortrokken is van tegenstrijdigheden en fundamentele ambiguïteit ten aanzien van deze vraag (§ 4). Ten tweede wordt aan zelfbeschikking een problematische betekenis gegeven in deze uitleg (§ 5). Tot slot heb ik betoogd dat deze uitleg wringt met het recht op leven zoals neergelegd in artikel 2 EVRM (§ 6).

Om deze redenen is te hopen dat de Hoge Raad in zijn arrest de eerste benadering zal kiezen. Zodra zelfbeschikking in de context van euthanasie tot een verblindende ideologie verwordt die ver verwijderd is van de geleefde werkelijkheid, dreigt eveneens 'een functieverandering van de staat', zoals Pessers en Sachs schrijven, die 'niet zonder gevaren [is] voor het morele karakter van de staat zelf'.⁸⁰ Het recht op leven behoort immers tot de fundamenten van de democratische rechtsstaat, als grondslag én beperking van overheidsmacht. Kortom, als de Nederlandse rechtsorde werkelijk deze koers gaat varen, zal de buitenwereld Nederland terecht kunnen gaan beschouwen als een staat in verwarring.

⁷⁵ Haas *t. Zwitserland*, r.o. 54.

⁷⁶ *Pretty t. Verenigd Koninkrijk*, r.o. 74.

⁷⁷ Zie hierover nader A.C. Hendriks, 'Recht op leven en recht op een zelfgekozen dood: een toetsing van de Nederlandse euthanasiewet aan het EVRM', *NTM* 2014, afl. 2, p. 151-181.

⁷⁸ Haas *t. Zwitserland*, r.o. 54.

⁷⁹ EHRM [GK] 31 januari 2019, 78103/14, *EHRC* 2019/89, m.nt. A.C. Hendriks (*Fernandes de Oliveira t. Portugal*), r.o. 113.

⁸⁰ D. Pessers & A. Sachs, 'Verblind door euthanasiasme', *NRC Handelsblad*, 25 februari 2017.