

De grens tussen strafbare euthanasie en medische palliatieve sedatie; over de ‘Typizität’ van levensbeëindigend handelen

*Mr. V.E. van de Wetering, prof. mr. P.A.M. Mevis en prof. dr. A. van der Heide**

1. Inleiding

Het recht op de grens van leven en dood is onderwerp van soms stevige discussie en rechtsvorming. Een daarbij wat verwaarloosd aspect is de afbakening van euthanasie ten opzichte van palliatieve sedatie. Bij euthanasie gaat het om ‘het opzettelijk beëindigen van het leven van een ander op diens uitdrukkelijk en ernstig verlangen’, zoals een en ander in art. 293 lid 1 van het Wetboek van Strafrecht wordt omschreven, want euthanasie, ook indien begaan door een arts, is een strafbaar feit. Bij palliatieve sedatie is het willen beëindigen van het leven niet aan de orde, maar gaat het om het verlagen van het bewustzijn van een patiënt in de laatste levensfase. Dit handelen wordt, anders dan euthanasie, gezien als normaal medisch handelen dat als zodanig niet via het strafrecht gereguleerd wordt.¹

Mede gelet op de verregaande consequenties van het onderscheid veronderstelt het recht een heldere afbakening tussen deze twee handelwijzen. Naar verschillende maatstaven en afbakeningscriteria gekeken, moet echter worden geconcludeerd dat de schijn van heldere afbakening bedriegt. Daar waar onduidelijkheid bestaat, is helderheid geboden. Zonder die helderheid loopt de arts het risico van vervolging ter zake van euthanasie, zo blijkt onder meer uit de hierna nader te bespreken zaak V.² en de zaak ‘Tuitjenhorn’³. De toenemende aandacht bij het Openbaar Ministerie voor het handelen van de arts omtrent het levenseinde vereist volstreekte helderheid⁴, ook meer dan in het verleden werd beoogd te verschaffen, juist ook om onnodige strafvervolging te voorkomen.

In het onderstaande onder 2 worden beide vormen van handelen eerst nader geanalyseerd. Vervolgens wordt onder 3 uiteengezet dat de afbakening veel minder helder is dan wordt verondersteld en wenselijk is. Daarna volgt in de onderdelen 4 en 5 een verkenning van de oplossin-

gen die in het verleden (vergeefs) voor dit probleem zijn aangedragen. Na een tussenstand volgt in onderdeel 7 vervolgens een verkenning van andere mogelijkheden en onze suggestie voor een goede afbakening in wet- en regelgeving en in de rechtspraktijk.

2. Nadere duiding van euthanasie en palliatieve sedatie

Euthanasie werd door de Staatscommissie Euthanasie in 1985 gedefinieerd als het ‘opzettelijk levensbeëindigend handelen door een ander dan de betrokkene, op diens verzoek’.⁵ Datgene wat de Staatscommissie euthanasie noemt, werd in 1886 strafbaar gesteld in art. 293 lid 1 Sr, zij het dat krachtens dat artikel het verzoek de vorm moet hebben van een ‘uitdrukkelijk en ernstig verlangen’. Het Wetboek van Strafrecht kent de term euthanasie als kwalificatie van dit misdrijf niet. Het gaat in deze bepaling om een verbijzondering van moord (art. 289 Sr) en doodslag (art. 287 Sr); wanneer er geen uitdrukkelijk en ernstig verlangen bestaat, valt de gedraging onder een van deze laatstgenoemde twee delicten. Het krachtens art. 293 lid 1 Sr te bewijzen opzet is beperkt tot opzet op doden en includeert het voorwaardelijk opzet; het onderscheid verder niet naar dader of diens motief. Ook als het een arts is die de euthanasie verricht, valt diens gedraging onder de delictomschrijving van art. 293 lid 1 Sr. Toch verandert door deze typische hoedanigheid van de ‘dader’ het nodige. Het tweede lid van art. 293 Sr bevat immers een bijzondere strafuitsluitingsgrond waarop (uitsluitend) een arts zich na uitvoering van euthanasie

* Mr. V.E. van de Wetering is onderzoeker in opleiding, Erasmus MC, afdeling Maatschappelijke Gezondheidszorg, Rotterdam. Prof. mr. P.A.M. Mevis en prof. dr. A. van der Heide zijn hoogleraar straf- en strafprocesrecht aan de Erasmus Universiteit respectievelijk hoogleraar besluitvorming en zorg rond het levenseinde, Erasmus MC, afdeling Maatschappelijke Gezondheidszorg.

1. Daargelaten dat toepasselijkheid van art. 307 Sr (dood door schuld) en art. 287 Sr (doodslag) in voorkomende gevallen niet uitgesloten is.
2. Rb. Breda 10 november 2004, ECLI:NL:RBBRE:2004:AR5394; Hof 's-Hertogenbosch 19 juli 2005, ECLI:NL:GHSHE:2005:AU0211.
3. Wij nemen verder geen standpunt in over de inhoud van deze zaak, maar evident is dat een dergelijke zaak niet op deze manier tot de grote discussies moet leiden waartoe zij aanleiding heeft gegeven.
4. Ook het perspectief van de patiënt vraagt om helderheid voor de arts. Een van de aanbevelingen uit een onderzoek onder nabestaanden door Patiëntenfederatie Nederland maakt de wens duidelijk ervoor te zorgen dat het proces van palliatieve sedatie ‘zo kort mogelijk duurt als eenmaal het besluit tot palliatieve sedatie is genomen’. Die wens is begrijpelijk maar maakt voor de arts in de praktijk het onderscheid met en de afbakening ten opzichte van euthanasie er niet gemakkelijker op. Zie rapport Patiëntenfederatie Nederland, Palliatieve sedatie, juni 2019, p. 5-6.
5. Rapport van de Staatscommissie Euthanasie, deel 1: Advies, Den Haag: Staatsuitgeverij 1985, p. 26.

kan beroepen.⁶ Na toetsing van de euthanasie door de Regionale Toetsingscommissies Euthanasie (RTE)⁷ kan blijken dat het handelen van de arts straffeloos is. De verdere uitwerking van dit artikellid is voorzien in de Wet toetsing levensbeëindiging op verzoek en hulp bij zelfdoding (Wtl), waar art. 293 lid 2 Sr naar verwijst.

Volgens de KNMG is palliatieve sedatie 'het opzettelijk verlagen van het bewustzijn van een patiënt in de laatste levensfase'.⁸ Meestal worden daarbij medische behandelingen, inclusief het toedienen van vocht en voeding, gestaakt, met uitzondering van het verstrekken van medicatie ter bestrijding van symptomen, zoals morfine. In de richtlijn Palliatieve sedatie van de KNMG worden diverse vormen van palliatieve sedatie beschreven: continu of intermitterend, oppervlakkig of diep. In relatie tot euthanasie is in het bijzonder de variant 'continu en diep' van belang. Dat is de variant waarin de patiënt tot aan zijn overlijden in een voortdurende toestand van diepe slaap wordt gebracht en niet meer aanspreekbaar is. Het oogmerk dat de arts met (deze vorm van) palliatieve sedatie nastreeft, is het opheffen van de lijdenservaring van de patiënt in de laatste fase van het leven. Om met deze vorm van palliatieve sedatie te mogen starten moet volgens de richtlijn, naast de aanwezigheid van refractaire symptomen, de levensverwachting beperkt zijn tot maximaal twee weken. Dit om te voorkomen dat het afzien van toediening van vocht en voeding van invloed is op het moment van overlijden. Mits 'lege artis', dus conform de criteria van de richtlijn toegepast, bekort continue en diepe sedatie het leven volgens de KNMG niet.⁹ De patiënt sterft een natuurlijke dood. Dat laatste is bij euthanasie juist niet het geval. Daarin schuilt een belangrijk verschil tussen euthanasie en palliatieve sedatie, niet in de laatste plaats vanwege de juridische gevolgen.

3. Drie aspecten ter onderscheiding; (be)handelingwijze, doel en levensverwachting

3.1. De (be)handelingwijze als criterium voor onderscheid? Idealiter is palliatieve sedatie een behandelingwijze waarbij geen middelen worden gebruikt die de dood veroorzaken. In de benadering van de richtlijn wordt een slaapmiddel toegediend. Toch krijgt de patiënt in de praktijk vaak ook morfine, bijvoorbeeld om pijn of kortademigheid te bestrijden, ook in de fase van palliatieve sedatie. Daarbij bestaat bij morfinegebruik het risico dat de adem prikkel bij de patiënt wordt onderdrukt en deze daarop overlijdt.

Bovendien wordt nogal eens morfine toegediend in een hogere dosering dan noodzakelijk met het oog op het sedatieve effect dat ook het gevolg kan zijn van het onderdrukken van de adem prikkel. Ook dan, in deze zgn. 'morfineplus-categorie', kan daardoor de dood worden bespoedigd. Ten slotte is het totaal aan middelengebruik vaak complex. Er is in elk geval sprake van sederende middelen, zoals benzodiazepinen. Dat middel kan reeds op zichzelf, maar zeker in combinatie met morfinegebruik en/of in combinatie met het stoppen van de toediening van vocht en voeding, het levenseinde bespoedigen. Al is lang niet zeker *wanneer* dat het geval is, de conclusie moet zijn dat palliatieve sedatie complexer is dan de richtlijn suggereert. In een bijlage van de richtlijn wordt in dit kader benadrukt dat het verschil tussen continu en diep sederen enerzijds en euthanasie anderzijds ligt in het effect van beide handelwijzen, namelijk het bekorten van het leven.¹⁰ Als wij het in de woorden van de richtlijncommissie mogen zeggen, dan is het kennelijk zo dat palliatieve sedatie niet adequaat is voor het bewerkstelligen van de dood van de patiënt. Gegeven de voorgeschreven behandelingwijze verkort sedatie het leven niet. Echter, in de praktijk is palliatieve sedatie een complexe, veelomvattende behandelingwijze die wel degelijk als neveneffect kan hebben dat de dood (eerder) intreedt.¹¹ De (be)handelingwijze levert daarmee geen absoluut of voldoende onderscheidend criterium tussen palliatieve sedatie en euthanasie op.

3.2. Het doel, het opzet en het te verwachten effect als onderscheidend criterium?

Bij euthanasie handelt de arts met het opzet, ja zelfs het oogmerk op het teweegbrengen van de dood en in de verwachting dat het overlijden van de patiënt direct, dat wil zeggen binnen enkele minuten, volgt. Bij palliatieve sedatie is daarvan in principe geen sprake. De arts brengt iemand opzettelijk in slaap in de verwachting dat de patiënt door deze bewustzijnsverlaging geen ervaring meer heeft van (ernstig) lijden, zulks tot aan het overlijden als gevolg van diens ziekte of aandoening. Maar zoals gezegd is bepaald niet uit te sluiten dat palliatieve sedatie tot het (eerder) overlijden van de patiënt leidt. Hoe is dan de situatie als de arts willens en wetens palliatieve sedatie toepast op een manier die wel degelijk tot het versneld intreden van de dood leidt of kan leiden? Wanneer de arts het eerder intreden van de dood als het ware op de koop toeneemt? Hoe verhoudt zich dit tot het strafrechtelijke leerstuk van voorwaardelijk opzet op het doden?

6. In het kader van het betoog achten wij de observatie relevant dat hier een belangrijk verschil in appreciatie begint. De jurist stelt vast dat een gedraging is begaan die onder een delictomschrijving valt, maar acht vervolgens een rechtvaardigingsgrond van toepassing. Een arts denkt in de eerste plaats in termen van het toepassen of het uitvoeren van een juiste (be)handeling bij de patiënt en heeft moeite met het model dat dit als een uitzondering op een strafbaar feit gewaardeerd en beoordeeld wordt. Dit sluit aan bij het kwalificatieverschil dat ook Van Tol gesignaleerd heeft in zijn empirisch onderzoek: D. van Tol, *Grensgeschillen; een rechtssociologisch onderzoek naar het classificeren van euthanasie en ander medisch handelen rond het levenseinde* (diss. Groningen), Groningen: Grafimedia 2005. Zie ook de Evaluatie Wet toetsing levensbeëindiging op verzoek en hulp bij zelfdoding, Den Haag: ZonMw 2017, p. 240 e.v.

7. Op grond van art. 293 lid 2 Sr jo. art. 7 lid 2 Wet op de lijkbezorging (Wlb) rust op de arts de plicht zijn levensbeëindigend handelen (zelf) te melden bij de gemeentelijk lijkschouwer. Dat melden is blijkens art. 293 lid 2 Sr een zelfstandige voorwaarde om een geslaagd beroep te kunnen doen op de bijzondere strafuitsluitingsgrond van dat artikellid.

8. KNMG-richtlijn Palliatieve sedatie, herziene versie 2009, p. 18.

9. KNMG-richtlijn Palliatieve sedatie, herziene versie 2009, bijlage 3, p. 67.

10. KNMG-richtlijn Palliatieve sedatie, herziene versie 2009, bijlage 3, p. 67 e.v.

11. Vgl. ook G.A. den Hartogh, 'Continuous deep sedation and homicide: an unsolved question in ethics and law', *Medicine, Health Care and Philosophy* 2016; 19, p. 285-297.

Op het eerste gezicht lijken de termen doel, oogmerk, intentie en opzet bij het spreken over palliatieve sedatie hetzelfde te betekenen, namelijk de achterliggende subjectieve gedachte over wat degene die handelt (de arts) wil bereiken. Dat is bij palliatieve sedatie niet de dood van de patiënt. Maar de nadere precieze, strafrechtelijke betekenis en reikwijdte van deze termen wordt voor het eventuele bestaan van een 'grijs' gebied op de grens van palliatieve sedatie en euthanasie van cruciaal belang. Dat blijkt als we 'opzet' en 'oogmerk' aan een nadere juridische analyse onderwerpen. Opzet in een juridische context kent een ruimere betekenis dan in het algemene spraakgebruik. De term opzet in juridische zin sluit namelijk (handelen met) bewustheid in en omvat aldus meer dan alleen de (of een) intentie (oogmerk) van het handelen. De lichtste vorm van opzet in juridische zin is het 'voorwaardelijk opzet'. Daarbij wordt opzet op een bepaald gevolg aanwezig geacht indien de handelende persoon willens en wetens (bewust) de naar algemene ervaringsregels aanmerkelijk te achten kans heeft aanvaard dat dit gevolg door zijn handelen zal intreden (en hij desondanks handelt). Hij heeft daarmee dan (het risico op) het intreden van dit gevolg willens en wetens op de koop toe genomen.¹² Van een naar algemene ervaringsregels aanmerkelijk te achten kans is volgens de Hoge Raad sprake indien het gaat om een in de gegeven omstandigheden reële, niet onwaarschijnlijke mogelijkheid.¹³ Terug naar ons thema: men zegt wel 'bij palliatieve sedatie wordt wel gestorven, maar niet gedood' vanwege het ontbreken van het oogmerk (intentie) van doden. In strafrechtelijke zin kan daarbij echter wel sprake zijn van opzet op de dood, als de aanmerkelijke kans daarop als gevolg van het handelen bewust op de koop toe wordt genomen.

De onduidelijkheid in de afbakening van euthanasie en palliatieve sedatie wordt gevormd door het feit dat art. 293 Sr voorwaardelijk opzet op het doden includeert, maar dat daarvan bij palliatieve sedatie ook sprake kan zijn. Uit het sterfgevallenonderzoek 2010¹⁴ blijkt dat artsen bij palliatieve sedatie regelmatig rekening houden met het mogelijke effect van bespoediging van het levenseinde.¹⁵ Ook in het meest recente sterfgevallenonderzoek kan hiervan bevestiging gevonden worden.¹⁶ Artsen hielden in 38% van de gevallen waarin zij een patiënt continu en diep seederden tot aan het overlijden rekening met de mogelijkheid dat hierdoor het overlijden bespoe-

digd kon worden en in 2% van de gevallen was bespoediging van het levenseinde naar eigen zeggen zelfs het doel van de sedatie. Nu moet daar bij worden aangetekend dat niet duidelijk is of de door de artsen in deze gevallen onderkende bespoediging van het overlijden daadwerkelijk heeft plaatsgevonden c.q. of zij hun eigen handelen op dit punt wel steeds juist inschatten,¹⁷ maar heldere afbakening ziet er ook op dit punt anders uit.

De (tussen)conclusie moet zijn dat waar reeds naar de abstracte omschrijving van het handelen een helder onderscheid tussen palliatieve sedatie en euthanasie lang niet altijd te maken is, dat onderscheid zo mogelijk nog vager wordt als we bij dat handelen het mogelijk gevolg en de bewustheid daarvan bij de arts betrekken.

3.3. *(Beperkte) levensverwachting als helder criterium?* Bij de rechtvaardiging van euthanasie door een arts op grond van de Wtl wordt geen eis gesteld aan de levensverwachting van de patiënt. Euthanasie kan, indien voldaan wordt aan de zorgvuldigheidsvereisten, ook worden ingezet wanneer de natuurlijke dood nog jaren op zich laat wachten of het moment van intreden daarvan nog geheel onduidelijk is. Volgens de KNMG-richtlijn is een kenmerkend aspect van de handelwijze palliatieve sedatie daarentegen dat het moet gaan om handelen bij een patiënt in de laatste levensfase. Die eis staat mede in het teken van het feit dat palliatieve sedatie naast het toedienen van een slaapmiddel ook bestaat uit de onthouding van de toediening van vocht en voeding.¹⁸ Dat moet niet te lang duren. Daarom is in dat kader de levensverwachting van de patiënt van belang. Onder 'de laatste levensfase' verstaat de KNMG-richtlijn dat de dood ten gevolge van de ziekte 'op redelijk korte termijn' moet worden verwacht.¹⁹ Met 'redelijk korte termijn' wordt bedoeld op minder dan een tot twee weken.²⁰ Als de dood ten gevolge van de onderliggende aandoening langer op zich zou laten wachten, is er een gereede kans dat de patiënt bij toepassing van palliatieve sedatie eerder aan uitdroging dan aan diens oorspronkelijke ziekte sterft.²¹

In de praktijk is de beperking tot een termijn van minder dan een tot twee weken voor de dood als voorwaarde voor palliatieve sedatie echter nogal problematisch. Zo blijkt uit het sterfgevallenonderzoek 2010 dat artsen moeite hebben met het inschatten van de levensverkorting bij pijn- en symptoombestrijding: 11% kon de vraag naar

12. Het leerstuk van voorwaardelijk opzet is op heldere manier door de Hoge Raad o.a. uiteengezet in het arrest in de medische strafzaak bekend geworden als de zaak *Jansen Steur*. Zie HR 17 mei 2016, ECLI:NL:HR:2016:862, NJ 2017/67, m.nt. P.A.M. Mevis.

13. HR 29 mei 2018, ECLI:NL:HR:2018:718.

14. Het sterfgevallenonderzoek is een onderzoek naar de frequentie van euthanasie en andere medische beslissingen rond het levenseinde, dat sinds 1990 elke vijf jaar uitgevoerd wordt.

15. Sterfgevallenonderzoek 2010, p. 30.

16. Sterfgevallenonderzoek 2015, p. 127-129.

17. Daarover bestaat wel discussie. Zie G.A. den Hartogh, 'De definitie van euthanasie in het onderzoek naar medische beslissingen rond het levenseinde', *NJB* 2013/656, afl. 13, p. 798-805 en Van Tol, a.w., (noot 6), p. 138 e.v.

18. Handelingen die de duur van deze stervensfase verlengen, worden gezien als medisch zinloze handelingen. Zo dus ook de toediening van vocht en voeding.

19. KNMG-richtlijn Palliatieve sedatie, herziene versie 2009, p. 18.

20. KNMG-richtlijn Palliatieve sedatie, herziene versie 2009, p. 26.

21. Vgl. B.E. Chabot, G.A. den Hartogh & J.J.M. van Delden, 'Een eng begrip. Sobere definitie van palliatieve sedatie nodig', *Medisch Contact* 60, nr. 37, september 2005, p. 1466. Ook zij menen dat sedatie, lege artis uitgevoerd, op zichzelf geen levensverkortend effect heeft, 'maar dat is vaak wel het geval bij het afzien van vochttoediening als de resterende levensverwachting meer dan een week is'.

hoeveel tijd het leven van de patiënt door de handelwijze werd bekort niet beantwoorden. Voor intensivering van pijn- en symptoombestrijding geldt verder dat er in 15% van de gevallen naar schatting van de arts sprake was van levensverkorting van een dag of meer, in 3% van de gevallen van een week of meer en bij 1% van een maand of meer.²² In de richtlijn Palliatieve sedatie worden cijfers besproken waaruit blijkt dat 47% van de patiënten die continu en diep geseedeerd zijn binnen 24 uur overleden is, 47% binnen een tot zeven dagen en 4% binnen een tot twee weken. Bij 2% van de patiënten duurde het langer dan twee weken.^{23,24} Den Hartogh schrijft over deze cijfers, refererend aan de door de KNMG ingestelde commissie ter voorbereiding van de richtlijn Palliatieve sedatie die stelt dat een mens maximaal circa twee weken geheel zonder vocht in leven kan blijven: 'Een gezond mens wel, maar ook een stervende patiënt in de laatste fase van zijn ziekte? Deze gedachtegang vooronderstelt bovendien dat artsen de levensverwachting van zulke patiënten min of meer op de dag nauwkeurig kunnen inschatten. Dat is niet het geval: boven de 48 uur wordt de onzekerheidsmarge al snel aanzienlijk. Als de patiënt van zijn arts nog twee weken krijgt, kan dat in feite zo maar een maand worden'.²⁵ Het nauwkeurig inschatten van de resterende levensverwachting van een ernstig zieke patiënt blijkt lastig, zo niet onmogelijk.

In de discussie over palliatieve sedatie, in aanloop naar de KNMG-richtlijn, werd door onder anderen Chabot, Den Hartogh en Van Delden al geadviseerd 'de laatste levensfase' niet op te nemen in de definitie van palliatieve sedatie.²⁶ Allereerst geven zij aan dat wanneer een arts palliatieve sedatie toepast buiten deze laatste levensfase, hij met iets anders bezig is dan hetgeen onder de definitie valt, en er daarom voor dat handelen weer afzonderlijke richtlijnen ontwikkeld zouden moeten worden. Daarnaast verwoorden zij hun twijfel omtrent de betrouwbaarheid van de inschatting van die laatste levensfase. Ook de richtlijn zelf geeft aan dat het in de praktijk niet altijd eenvoudig is een inschatting te maken van de termijn waarop een patiënt zal overlijden.²⁷ Duidelijk is dat wanneer sprake is van een evident langere levensverwachting dan twee weken, het toepassen van palliatieve sedatie inclusief het nalaten van de toediening van vocht en voeding onder levensbeëindigend handelen met voorwaardelijk opzet geschaard lijkt te moeten worden.

Een tweede probleem betreft de toepassing van palliatieve sedatie bij patiënten met een, al dan niet met zekerheid,

geschatte levensverwachting van twee weken of minder. Ook *binnen* die twee weken kan deze handelwijze levensbekortend werken. Hoewel de richtlijn-commissie argumenteert dat door het afzien van de toediening van vocht en voeding in die fase de patiënt niet sneller zal komen te overlijden omdat de patiënt al stervende is en dus vrijwel altijd overlijdt aan de gevolgen van de onderliggende ziekte,²⁸ bestaan er toch ook tegengeluiden. 'Wie in deze context "zuiver" wil sederen, dus met de zekerheid dat de procedure het leven niet bekort, zal de stervende tijdens de sedatie kunstmatig vocht en voeding moeten toedienen tot de dood intreedt', aldus Keizer en Swart.²⁹ Zij voegen hieraan toe dat dit geen houdbare suggestie is.

Kortom, het vaststellen van de met palliatieve sedatie verbonden maximale termijn van twee weken gaat met veel onzekerheid gepaard. En een daartoe beperkte levensverwachting sluit daarbij niet uit dat handelen van invloed kan zijn op het intreden van de dood. Als het zo ingewikkeld is om vast te stellen wat iemands levensverwachting is, in hoeverre kan een richtlijn daar dan op gebaseerd zijn? Duidelijk is in elk geval dat een voldoende heldere afbakening van palliatieve sedatie respectievelijk euthanasie ook op grond van dit laatste aspect uit de omschrijving van palliatieve sedatie lastig te maken is.

3.4. Conclusie: geen onderscheid mogelijk op basis van de drie aspecten

De conclusie is dat de aanname dat de definitie van palliatieve sedatie helder is en dat palliatieve sedatie altijd onderscheiden kan worden van euthanasie onjuist is. Uit een analyse van de belangrijkste drie onderdelen van die definitie blijkt niet alleen dat de afbakening onduidelijk is, maar ook dat er gevallen van palliatieve sedatie zijn die onder de definitie van euthanasie vallen. Doordat de afbakening tussen de twee handelwijzen voor de arts onhelder is, zal de arts die uitgaat van normaal medisch handelen in de zin van palliatieve sedatie niet op het idee komen om bij het inzetten van palliatieve sedatie de zorgvuldigheidscriteria uit art. 293 lid 2 Sr jo. art. 2 lid 1 Wtl na te leven. Zo zal hij bijvoorbeeld niet vooraf een andere, onafhankelijke arts raadplegen.³⁰ Ook zal er nogal eens geen sprake zijn van een 'uitdrukkelijk en ernstig verlangen' als bedoeld in art. 293 lid 1 Sr c.q. van een 'vrijwillig en weloverwogen verzoek' als bedoeld in art. 2 lid 1 Wtl. Eigenlijk ontzegt de arts zichzelf hiermee op voorhand de mogelijkheid te kunnen voldoen aan de genoemde zorgvuldigheidscriteria en dus de mogelijkheid

22. Sterfgevallenonderzoek 2010, p. 38-39.

23. KNMG-richtlijn Palliatieve sedatie, herziene versie 2009, p. 26.

24. Dit zijn cijfers uit 2005. De derde evaluatie van de Wtl bevat de nieuwste cijfers: respectievelijk 53%, 45%, 1% en 0% langer dan twee weken.

25. G.A. den Hartogh, 'Palliatieve sedatie en euthanasie. Commentaar op een richtlijn', *TvGr* 2006, p. 93.

26. B.E. Chabot, G.A. den Hartogh & J.J.M. van Delden, 'Een eng begrip. Sobere definitie van palliatieve sedatie nodig', *Medisch Contact* 60, nr. 37, september 2005, p. 1464-1466.

27. KNMG-richtlijn Palliatieve sedatie, herziene versie 2009, p. 26.

28. KNMG-richtlijn Palliatieve sedatie, herziene versie 2009, p. 35.

29. A.A. Keizer & S.J. Swart, 'Palliatieve sedatie, het sympathieke alternatief voor euthanasie?', *NTvG* 2005 (149), p. 449-451.

30. Overigens wordt regelmatig wel een palliatief consultant geraadpleegd, maar is dit niet verplicht.

om zich succesvol te beroepen op de strafuitsluitingsgrond van art. 293 lid 2 Sr in geval achteraf, na het overlijden van de patiënt, blijkt dat zijn handelen de grens van de strafbepaling van art. 293 lid 1 Sr overschreden heeft.³¹

4. De tot nu toe gevoerde discussie omtrent het (bewust) bespoedigen van de dood bij palliatieve sedatie in de rechtsvorming en de rechts-toepassing

Zoals uit paragraaf 3 naar voren komt, is bepaald niet uitgesloten dat de arts palliatieve sedatie uitvoert op een wijze die tot bespoediging van het levenseinde leidt en dat de arts zich daarvan bewust is. Dat is een effect en gevolg dat hij doorgaans niet wil, in de zin van 'niet beoogt', maar dat hij, desondanks handelend, wel aanvaardt in de zin van 'bewust als gevolg van zijn handelen op de koop toenemend'. In juridische zin is daarmee al snel van opzet op bespoediging van het overlijden van de patiënt sprake. Dat dit als problematisch ervaren wordt, wijzen pogingen tot oplossing ervan in het verleden uit. In dit onderdeel verkennen wij die eerder beproefde oplossingen.

4.1. Verdient evidentie wellicht toch uitdrukkelijke regeling?; het voorstel van de Staatscommissie Euthanasie

In 1985 trachtte de Staatscommissie Euthanasie in een van de eerste aanzetten tot een wettelijke euthanasieregeling in het Wetboek van Strafrecht in een voorgesteld art. 293quater Sr uitdrukkelijk vast te leggen dat onder levensberoving, onderscheidenlijk levensbeëindiging, niet moet worden verstaan 'een verhaasting van de dood als bijkomend gevolg van een behandeling, welke noodzakelijk is voor en naar haar aard rechtstreeks is afgestemd op het verlichten van het ernstig lijden van een patiënt'.^{32, 33} De Staatscommissie betoogde dat een handeling die een verhaasting van de dood als bijkomend gevolg van lijdensverlichting heeft, in het algemeen een onomstreden handeling zou zijn, die geen expliciete uitsluiting van strafbaarheid behoeft. Tegelijk achtte zij het zinvol een dergelijke bepaling tóch in het Wetboek van Strafrecht op te nemen, zodat geen onduidelijkheid zou ontstaan over de vraag of deze handeling tot (strafbare) euthanasie gerekend moet worden: 'Hoewel de Staatscommissie beseft dat een dergelijke (negatieve) definitiebepaling strikt genomen niet in de negentiende titel behoeft te worden opgenomen, acht zij een bepaling terzake toch noodzake-

lijk, omdat is gebleken – onder meer uit de hoorzittingen – dat er in de praktijk onduidelijkheid bestaat over de vraag of deze gedragingen tot euthanasie gerekend moeten worden'.³⁴ De Staatscommissie zag daarmee toentertijd al onder ogen dat, om een sluitend systeem te doen ontstaan, het verstandig was ook te beschrijven wat *niet* (meer) onder het (strafrechtelijk) systeem diende te vallen.

4.2. De andere benadering van Ch.J. Enschedé

Met het voorstel van de Staatscommissie voor een dergelijke bepaling bleek echter niet het laatste woord gezegd. De bekende strafrechtjurist Enschedé spreekt de Staatscommissie tegen en merkte indertijd, in 1986 (dat is: ver voordat palliatieve sedatie als term en handeling bekend werd), al op dat het een in het recht onhoudbare opvatting is dat er van opzettelijke levensberoving of levensbeëindiging *geen* sprake (meer) is of kan zijn indien en zodra die levensberoving niet langer het *doel* van de gedraging is, zoals de Staatscommissie (wel) stelde. De crux van het verschil schuilt (weer) in het voorwaardelijk opzet; Enschedé's woorden volgend: 'Vandaar dat de geneeskundige die in kalm beraad en rustig overleg binnen de maatstaven van de medische standaard medicamenteus pijn bestrijdt wetende dat de versnelling van de dood daarvan het gevolg zal zijn, in termen van de wet opzettelijk en met voorbedachten rade zijn patiënt van het leven berooft. Want ook de voorbedachte raad is er, al is die niet op de dood maar op de pijnbestrijding gericht'.³⁵

Enschedé ging uit van een andere reikwijdte van art. 293 en 294 Sr. In zijn benadering is een bepaling als voorgesteld door de Staatscommissie niet ten overvloede, maar is deze juist *onmisbaar* om bepaalde vormen van symptoombestrijding bij het door de Staatscommissie voorgestelde systeem buiten het strafrecht te houden. Hij stelt daarbij veeleer de vraag centraal of een systeem dat deze expliciete uitsluiting noodzakelijk maakt wel deugt. Volgens hem is dat niet het geval, want dergelijke handelingen zijn 'van oudsher tot op de dag van vandaag algemeen als ethisch onomstreden normale medische handelingen door een grote meerderheid in onze samenleving ethisch aanvaard'.³⁶ Enschedé meent dat de Staatscommissie zich door haar eigen voorstel en benadering, waarin deze handelingen via het voorwaardelijk opzet onder het strafrechtelijk systeem vallen, klem heeft gezet. Hij betoogt dat de Staatscommissie er ten onrechte van uitgaat dat art. 287, 289 en 293 Sr het medisch handelen bestrijken: 'Zij betoogt dat naar nú geldend recht die artikelen

31. Dat levert daarmee ook problemen op ten aanzien van de op grond van de Wtl op de arts rustende meldplicht als voorwaarde voor strafeloosheid. Zie daarover nader V.E. van de Wetering, A. van der Heide & P.A.M. Mevis 'De meldplicht van de arts. Een problematisch aspect in het strafrechtelijk controlemechanisme bij euthanasie en hulp bij zelfdoding', *DD* 2018/64, p. 804-824.

32. Rapport van de Staatscommissie Euthanasie, deel 1: Advies, Den Haag: Staatsuitgeverij 1985, p. 43.

33. De volledige tekst van het voorgestelde art. 293quater Sr luidt: Voor de toepassing van de bepalingen van deze titel wordt onder levensberoving onderscheidenlijk levensbeëindiging niet verstaan: a. het niet instellen, onderscheidenlijk het staken van een behandeling op uitdrukkelijk en ernstig verlangen van de patiënt; b. het niet instellen, onderscheidenlijk het staken van een behandeling in gevallen waarin een zodanige behandeling naar heersend medisch inzicht zinloos is; c. het niet behandelen van een bijkomende ziekte of aandoening bij een patiënt die naar heersend medisch inzicht onomkeerbaar het bewustzijn heeft verloren; d. een verhaasting van de dood als bijkomend gevolg van een behandeling, welk noodzakelijk is voor en naar haar aard rechtstreeks is afgestemd op het verlichten van het ernstig lijden van een patiënt.

34. Rapport van de Staatscommissie Euthanasie, deel 1: Advies, Den Haag: Staatsuitgeverij 1985, p. 73.

35. Ch.J. Enschedé, 'Kanttekeningen bij het advies van de Staatscommissie euthanasie', *NJB* 1986, afl. 2, p. 39.

36. Ch.J. Enschedé, 'Kanttekeningen bij het advies van de Staatscommissie euthanasie', *NJB* 1986, afl. 2, p. 39.

dat bereik hebben. Dat nu is niet waar, en dat betekent, dat de voorstellen van de commissie, verhuuld, rijkelijk revolutionair zijn. De bepalingen op moord en doodslag zijn alléén op medici toepasselijk die de grenzen van de medische standaard hebben overschreden. Binnen die grenzen hebben artsen altijd thanasiehandelingen, al dan niet op verzoek, op verlangen of met instemming met hun patiënt, verricht. Maar in het systeem van het ontwerp worden alle tot nog toe geaccepteerde thanasiehandelingen strafbaar behoudens de aanwezigheid van een speciale wettelijke uitzonderingsgrond'.³⁷ Enschedé beoogt daarbij dat het voorstel van de Staatscommissie miskent dat 'de in artikel 293quater Sr genoemde handelingen altijd en van oudsher door artsen in volle gerustheid van hun professionele geweten werden en worden verricht, zonder dat ooit iemand op het idee is gekomen dat die handelingen onder bereik van art. 287 en 289 zouden vallen'.³⁸ Hierin komt Enschedé's eigen opvatting naar voren dat (zelfs) euthanasie tot het gewoon medisch handelen behoort, een weg die de Hoge Raad en de Wtl-wetgever later uitdrukkelijk niet zijn ingeslagen. Enschedé eindigt zijn pleidooi met de stelling dat euthanasie zich zonder aanzienlijke schade niet wettelijk laat regelen. 'Het recht kan slechts, maar moet dan ook, een buitengrens stellen die geen arts mag overschrijden. Dat dwingende recht – dat alleen door de rechter kan worden ontwikkeld – moet de plaats markeren waar het gedogen van medische thanasiehandelingen gaat strijden met de openbare orde of de goede zeden. Legt men die grens enger, dan wordt het recht een instrument van onderdrukking van andersdenkenden'.³⁹

4.3. Driemaal is scheepsrecht?

Waar de Staatscommissie Euthanasie en Enschedé het al niet eens konden worden, werd als reactie op het rapport van de Staatscommissie Euthanasie ook nog een derde visie aangedragen door toenmalig hoofdofficier van justitie Josephus Jitta. Hij trok de 'onomstredenheid' van een handeling in de vorm van pijnbestrijding met verhaasting van de dood als bijkomend gevolg in twijfel. Zo schreef

hij in reactie op het conceptwetsvoorstel van de Staatscommissie dat deze commissie uit het oog verloor dat 'bij pijnbestrijding met de dood als op de koop toe genomen nevengevolg de grens tussen aanvaardbaar en onaanvaardbaar medisch handelen vliesdun is en vrijwel oncontroleerbaar'. Hij meende dat men van deze vorm van pijnbestrijding kan zeggen dat zij wordt gehanteerd met minstens voorwaardelijk opzet op het teweegbrengen van de dood, en in de praktijk dan ook wel wordt gebruikt als *verhulling* van levensbeëindigend handelen.⁴⁰ Josephus Jitta stond in deze zienswijze niet alleen. In de memorie van toelichting bij het oorspronkelijke wetsvoorstel van het Kamerlid Wessel-Tuinstra wordt beredeneerd dat het aanbrengen van een onderscheid tussen directe euthanasie (handeling primair gericht op levensbeëindiging) en indirecte euthanasie (handeling primair gericht op verzachting van lijden van de patiënt met de aanvaarding dat deze handeling ook tot gevolg zal hebben dat het sterven van de patiënt wordt bespoedigd) niet bijdraagt aan verheldering van het vraagstuk van euthanasie: 'Ook hier rijst het gevaar dat gehandeld wordt op de grens van vrijwilligheid of zonder dat de betrokkene volledig is geïnformeerd. De werkgroep Euthanasie van de V.V.D. zegt in haar in 1981 onder verantwoordelijkheid van het hoofdbestuur der V.V.D. uitgebrachte rapport over deze onderscheiding: "Door sommigen wordt indirecte euthanasie niet als een vorm van euthanasie beschouwd. Deze opvatting is naar de mening van de werkgroep niet juist, omdat het bewust aanvaarden van het bijkomend effect van een steeds hogere dosis pijnstillende middelen gelijk gesteld kan worden met een handeling die levensbekorting beoogt". Ondergetekende onderschrijft deze opvatting'.^{41, 42}

4.4. Herbaling in twee Wtl evaluaties

Met deze reacties op het rapport van de Staatscommissie eind jaren 80 van de vorige eeuw is de discussie niet verstomd, integendeel.⁴³ Opvallend is namelijk dat in zowel de eerste als in de tweede wetsevaluatie van de Wtl uit respectievelijk 2007 en 2012 expliciet aanbevolen wordt

37. Ch.J. Enschedé, 'Kanttekeningen bij het advies van de Staatscommissie euthanasie', *NJB* 1986, afl. 2, p. 40.

38. Ch.J. Enschedé, 'Kanttekeningen bij het advies van de Staatscommissie euthanasie', *NJB* 1986, afl. 2, p. 40.

39. Ch.J. Enschedé, 'Kanttekeningen bij het advies van de Staatscommissie euthanasie', *NJB* 1986, afl. 2, p. 41. Zoals hiervoor onder 2 uiteengezet volgde de wetgever in de Wtl uitdrukkelijk niet de redenering van Enschedé; de wetgever hield (controle op) euthanasie volgens de regels der kunst binnen het strafrecht door middel van het introduceren van een bijzondere strafuitsluitingsgrond die de strafwaardigheid van het feit zelf opheft, en middels toetsing van de handeling door een multidisciplinaire deskundigencommissie (RTE).

40. A.N.A. Josephus Jitta, 'Het rapport van de Staatscommissie Euthanasie. Vergelijking met het wetsvoorstel Wessel-Tuinstra', *NJB* 1986, afl. 2, p. 46.

41. *Kamerstukken II* 1983/84, 18331, 3, p. 11.

42. Het is overigens de vraag of expliciete uitsluiting alle problemen ook daadwerkelijk zou oplossen; mogelijk ontstaat er dan een ander grijs gebied. Josephus Jitta is in ieder geval tegen een dergelijke uitsluitingsbepaling: 'Gelet op de vaagheid van deze grenzen acht ik het maatschappelijk gezien onverantwoord om categorisch te verklaren dat deze vorm van pijnbestrijding niet onder het Wetboek van Strafrecht valt. Daarmee zou men op voorhand iedere mogelijkheid van controle op dit medisch handelen op de grens van leven en dood uitsluiten.' Zie A.N.A. Josephus Jitta, 'Het rapport van de Staatscommissie Euthanasie. Vergelijking met het wetsvoorstel Wessel-Tuinstra', *NJB* 1986, afl. 2, p. 46.

43. De discussie in de Kamerstukken in aanloop naar een wettelijke regeling voor euthanasie lijkt te suggereren dat er een onderscheid te maken is op basis van de vraag of sprake is van een verzoek of niet. Het – kort gezegd – verrichten van wat thans als palliatieve sedatie omschreven is, is in de Kamerstukken, in het verlengde van het rapport van de Commissie-Remmelink, als normaal medisch handelen aangeduid. Dat zou niet hebben te gelden voor de categorie van de actieve levensbeëindiging door een arts in het kader van stervenshulp zonder uitdrukkelijk verzoek van de patiënt in geval van een onomkeerbaar elkaar beïnvloedend beginnend falen van vitale functies. Zie o.a. *Kamerstukken II* 1991/92, 20383, 14. Binnen de in dit artikel centraal gestelde problematiek is dit punt van verzoek of niet echter niet het onderscheidend criterium dat kan helpen de grens tussen palliatieve sedatie en euthanasie met voldoende helderheid af te bakenen. Dat sprake is van normaal medisch handelen (ondanks dat het om levensbeëindigend handelen gaat) is niet onderscheidend nu de onhelderheid in de afbakening schuilt in de reikwijdte van art. 293 lid 1 Sr (ondanks dat dat artikel reeds een verzoek vereist). Dat de discussie over

om, in navolging van het uit 1985 stammende voorstel van de Staatscommissie, in het Wetboek van Strafrecht op te nemen dat onder levensbeëindiging op verzoek niet wordt verstaan het geïndiceerde en proportionele gebruik van middelen ter verlichting van lijden, ook als daarmee het overlijden wordt bespoedigd.⁴⁴ Aan deze aanbeveling is nimmer gevolg gegeven; in de derde evaluatie komt zij (zonder opgave van redenen) niet meer voor. Wel wordt aanbevolen het onderscheid tussen levensbeëindigend handelen enerzijds en reguliere symptoombestrijding en palliatieve sedatie anderzijds op te nemen in de scholing van artsen. Aanbevolen wordt verder om overdosering van morfine met bespoediging van het levenseinde als doel te vermijden.⁴⁵

4.5. De moeilijkheid van afbakening in de praktijk: de zaak V.

De zaak waarin het vraagstuk omtrent het grijze gebied bij uitstek speelde, is de zaak-V. uit 2003.⁴⁶ Assistent-geneeskundige V. werd vervolgd voor onder andere het opzettelijk en met voorbedachten rade van het leven beroven van een terminaal zieke 77-jarige man, terwijl V. zijn handelen zelf onder de noemer symptoombestrijding en palliatieve sedatie bracht. Zowel een strafrechtelijke als tuchtrechtelijke procedure volgde, met als uitkomst vrijspraak respectievelijk ongegrondverklaring van de klacht: er was sprake van normaal medisch handelen.

In deze zaak ging de rechtbank (te Breda) expliciet in op het mogelijke bestaan van voorwaardelijk opzet bij de verdachte op de dood van zijn patiënt. Zo overwoog de rechtbank: 'Uitgangspunt bij de verdere beoordeling dient te zijn of verdachte uitgaande van de conditie van de heer D., de te verwachten levensduur en de ten aanzien van hem afgesproken behandeling, met zijn handelingen een zodanige verkorting van de levensduur willens en wetens heeft aanvaard dat geoordeeld moet worden dat bij zijn handelen de verkorting van het leven voorop stond. Het is immers maatschappelijk aanvaard dat pijnbestrijding plaatsvindt, in omstandigheden als hiervoor weergegeven ook door middel van sederen, zelfs indien dit, zoals vaak het geval zal zijn, als neveneffect, ertoe leidt dat de patiënt eerder komt te overlijden. De enkele kans op eerder overlijden is onder deze omstandigheden niet voldoende om voorwaardelijk opzet op het doden aan te nemen'.⁴⁷ De rechtbank meende dat de aangetroffen medicijnen weliswaar de dood kunnen verklaren, maar de aangetroffen concentraties niet bijzonder hoog waren, in elk geval niet zodanig dat daaruit mogelijk het bewijs van voorwaardelijk opzet bij de verdachte op de dood van de patiënt kon worden afgeleid. Bij deze vaststelling moet worden opgemerkt dat palliatieve sedatie als gezegd ook nog een andere zijde kent: het niet langer toedienen van vocht en

voeding aan de patiënt. Behalve de vaststelling dat van verder medisch ingrijpen is afgezien, rept de rechtbank niet over dit aspect van palliatieve sedatie in relatie tot het opzet bij de verdachte. Ook de gedachtegang over het medicatiegebruik is opvallend. De rechtbank meent dat de enkele kans op eerder overlijden niet voldoende is om voorwaardelijk opzet aan te nemen. De aanmerkelijkheid van de kans is echter vooral van belang als de verdachte ontkent zich van de kans op een bepaald gevolg van zijn handelen bewust te zijn geweest. Daarvan is in casu geen sprake.

Het is begrijpelijk dat de Rechtbank Breda vanuit het perspectief van de arts begrip kon en wilde opbrengen voor de situatie, maar de vertaling naar het juridische leidt wel tot de nodige vraagtekens. Onzes inziens valt te betwijfelen of het vonnis van de rechtbank aangaande voorwaardelijk opzet juridisch gezien klopt. Wellicht verklaart dat waarom het Gerechtshof in Den Bosch het in hoger beroep ten dele over een andere boeg gooit doordat het hof overweegt dat 'bij het onderzoek ter terechtzitting in hoger beroep niet is komen vast te staan, dat de dood van [slachtoffer] door de onder 1. weergegeven toediening van medicijnen is veroorzaakt'.⁴⁸ Los van het voorwaardelijk opzet is het voor het hof kennelijk onzeker of de dood van de patiënt wel door het handelen van de arts is ingetreden. Mocht inderdaad geen sprake zijn van causaliteit tussen het feitelijke handelen van de verdachte en de dood van zijn patiënt, dan komt men niet toe aan de vraag naar het bewijs van opzet. Maar zeker naar de thans vigerende opvatting over het criterium van de causaliteit (kan het gevolg in redelijkheid aan de verdachte worden toegerekend?), kan niet al te veel twijfel over de causaliteit van verdachtes handelen bestaan. Opvallend is dat het hof aan zijn overwegingen nog toevoegt dat het tot de overtuiging gekomen is 'dat – gezien zowel de aard van de middelen als de dosering ervan – verdachtes bedoeling bestrijding van de bij [slachtoffer] waargenomen symptomen was en niet de beëindiging van diens leven'. Het is onduidelijk of deze toevoeging over het motief bij de verdachte het hof tot zijn juridisch oordeel over de causaliteit heeft gebracht. Minstens zo belangrijk is dat het stoppen van het toedienen van vocht en voeding aan de patiënt door de verdachte ook bij het Bossche Hof buiten de overwegingen is gebleven.

In de tuchtzaak werd nog wat nader ingegaan op het punt dat het handelen gericht was op levensbeëindiging of (aanzienlijke) levensverkorting en de daarmee corresponderende intentie van de arts. Het Regionaal Tuchtcollege Zwolle maakte daarbij snel duidelijk dat die intentie op zichzelf geen meetpunt is: 'Naar het oordeel van het College is bij de beoordeling van verweerders handelen

het zoeken naar een meer heldere afbakening na deze discussie in de Kamerstukken langs andere wegen werd voortgezet tot aan twee evaluaties van de Wtl toe, illustreert dat in het onderscheid langs de lijn van verzoek/geen verzoek niet de oplossing ligt.

44. Evaluatie Wet toetsing levensbeëindiging op verzoek en hulp bij zelfdoding, Den Haag: ZonMw 2007, p. 29 respectievelijk 2012, p. 230.

45. Evaluatie Wet toetsing levensbeëindiging op verzoek en hulp bij zelfdoding, Den Haag: ZonMw 2017, p. 249.

46. Rb. Breda 10 november 2004, ECLI:NL:RBBRE:2004:AR5394; Hof 's-Hertogenbosch 19 juli 2005, ECLI:NL:GHSHE:2005:AU0211. Zie nader over deze zaak J. Legemaate, 'Symptoombestrijding en palliatie versus levensbeëindiging: een terugblik op de zaak Vencken', *NTvG* 2006 (150), p. 1689-1692.

47. Rb. Breda 10 november 2004, ECLI:NL:RBBRE:2004:AR5394, r.o. 7.

48. Hof 's-Hertogenbosch 19 juli 2005, ECLI:NL:GHSHE:2005:AU0211. Inhoudelijk is het arrest beperkt tot de bevestiging van het vonnis van de rechtbank met een enkele aanvullende overweging.

zijn intentie – het geheel van persoonlijke doeleinden en drijfveren – op zichzelf niet relevant. Waar het om gaat, is of verweerders handelen (...) door de situatie van patiënt geïndiceerd of tenminste gerechtvaardigd was'. Daarbij was van belang in hoeverre sprake was van lijden, of de toegepaste medicatie een binnen de beroepsgroep aanvaard – effectief – antwoord op het bestaande lijden was en of een andere wijze van behandelen in redelijkheid mogelijk was.⁴⁹ De gedachtegang van het College leek hiermee aan te sluiten bij de toelichting bij het hiervoor besproken, door de Staatscommissie voorgestelde art. 293quater Sr. Daarin werd immers vermeld: 'Onderdeel d is zodanig geformuleerd, dat in het concrete geval het middel door het lijden moet zijn geïndiceerd en op de verlichting daarvan moet zijn afgestemd. Bestaat er in het concrete geval geen medische indicatie voor de betreffende handeling, of overschrijdt de geneeskundige opzettelijk de aangewezen dosering of had hij ook een ander middel kunnen gebruiken, dat niet als neveneffect levensbeëindiging heeft, dan is het doel niet de verlichting van het lijden, maar de beëindiging van het leven. In dat geval valt het handelen van de arts onder de werking van artikel 293 Sr'.⁵⁰

De zaak V. illustreert dat het voorwaardelijk opzet vertroebelend werkt bij het maken van een adequaat onderscheid tussen palliatieve sedatie en euthanasie. Omdat de uitdrukkelijke uitsluiting van een verhaasting van de dood als bijkomend gevolg niet is overgenomen in het Wetboek van Strafrecht, kan het niet anders dan dat de gedraging van de arts die in het besef van die verhaasting palliatief sedeert tot op de dag van vandaag via het voorwaardelijk opzet onder de delictomschrijving van art. 293 lid 1 Sr valt. Daarbij is het uiteraard de vraag of het ook wenselijk is dergelijke handelingen aan te merken als in beginsel strafbare, levensbeëindigende handelingen. Dat de Rechtbank Breda in de zaak V. geen voorwaardelijk opzet aannam, kan ter zake een signaal zijn. De rechtbank lijkt te worstelen met een juridisch systeem dat niet strookt met de (medische) werkelijkheid. Zij komt met een verrassende interpretatie van het voorwaardelijk opzet, die niet lijkt te stroken met wat voorwaardelijk opzet normaliter inhoudt. In zijn onderzoek uit 2005 maakt Van Tol duidelijk dat over de jaren heen een consistent verschil in perspectief tussen arts en jurist lijkt te bestaan.⁵¹ Het verschil tussen het juridische systeem en de medische werkelijkheid is ook een kwalificatieprobleem.⁵² In ieder geval wordt andermaal duidelijk dat er een grijs gebied van onheldere afbakening tussen palliatieve sedatie en euthanasie bestaat, waarbij het de vraag is of de juridische tweedeling (nog) strookt met de praktijk. En is het grijze

gebied dan het probleem of is het de onderliggende tweedeling die gemaakt is en niet (meer) kloppend lijkt?

5. Via het huidig toetsingsmechanisme een antwoord op overlappend gebied?

Uit de voorgaande paragraaf blijkt dat er in het verleden verschillende pogingen zijn gedaan een oplossing te vinden voor het probleem dat palliatieve sedatie overlapt met euthanasie. Voordat we toekomen aan bespreking van mogelijke alternatieve oplossingen, verdient eerst nog een ander aspect enige nadere aandacht. Ook aan de hand van het in 2002 met de Wtl in werking getreden toetsingsmechanisme zijn er in het verleden namelijk pogingen gedaan de grensoverschrijding op te lossen, en wel via twee wegen.

5.1. Palliatieve sedatie onder competentie Regionale Toetsingscommissies Euthanasie

Allereerst is in 2003 door De Wijkerslooth, toenmalig voorzitter van het College van P-G's, geopperd palliatieve sedatie onder de competentie van de toetsingscommissies te laten vallen. Hij schreef: 'De arts die iemand in coma bracht en vervolgens de toediening van voedsel en vocht afbrak, had misschien niet de intentie dat die persoon uiteindelijk zou overlijden, maar strafrechtelijk is hier wel degelijk een relevante samenhang. Als de dood van de patiënt een zeer waarschijnlijk gevolg van de door de arts gepleegde handelingen is, kan daarmee het opzet worden bewezen'.⁵³ Zoals we bij het bespreken van de levensverwachting als onderscheidend aspect hebben aangeduid, komt Den Hartogh tot een soortgelijke conclusie als De Wijkerslooth. Hij meent dat de parallel lopende handelingen van het starten van palliatieve sedatie en het onthouden van de toediening van vocht en voeding gezien moeten worden als een vorm van doden. Hij meent dat dit in ieder geval zo is in zaken waarbij de levensverwachting van de patiënt langer is dan het nu in de richtlijn erkende maximum van twee weken, maar dat daarnaast discutabel is of dat niet ook geldt voor gevallen onder dat maximum.⁵⁴

Op die veronderstelling van het bewijs van het opzet stelde De Wijkerslooth terminale sedatie in effect gelijk aan euthanasie, dus behoort die palliatieve sedatie volgens deze auteur dezelfde externe controle op de zorgvuldigheid ervan te krijgen. Palliatieve sedatie dus onder het strafrecht en via art. 293 lid 2 Sr onder de competentie van de RTE's, en standaard getoetst. Los van het feit dat dit op veel weerstand bij artsen zal stuiten en de RTE's onder de huidige regelgeving al overvraagd zijn, is het gestelde door De Wijkerslooth inderdaad het andere

49. Regionaal Tuchtcollege Zwolle 10 maart 2005, *Medisch Contact* 2005; 60: p. 499-501, r.o. 5.3.

50. Rapport van de Staatscommissie Euthanasie, deel 1: Advies, Den Haag: Staatsuitgeverij 1985, p. 77.

51. Zie D. van Tol, *Grensgeschieden; een rechtssociologisch onderzoek naar het classificeren van euthanasie en ander medisch handelen rond het levenseinde* (diss. Groningen), Groningen: Grafimedia 2005 en Evaluatie Wet toetsing levensbeëindiging op verzoek en hulp bij zelfdoding, Den Haag: ZonMw 2007, resp. 2012 en 2017.

52. Vgl. ook P.A.M. Mevis, 'Over de randen van de euthanasiewetgeving', *DD* 2016/35, p. 377.

53. J.L. de Wijkerslooth, 'Twee lacunes in de euthanasieregeling', *Opportuun* 2003, nr. 10. Waar voorheen gesproken werd van 'terminale sedatie', wordt dezelfde handeling tegenwoordig veelal palliatieve sedatie genoemd. Daaronder kan ook worden verstaan tijdelijke en/of intermitterende sedatie.

54. G.A. den Hartogh, 'Continuous deep sedation and homicide: an unsolved question in ethics and law', *Medicine, Health Care and Philosophy*, 2016; 19, p. 285-297.

uiterste waar wij niet voor zouden willen pleiten. Toch is het een stellingname die andermaal de noodzaak van heldere afbakening illustreert.

5.2. Poging in de praktijk; verzoek tot toetsing palliatieve sedatie

Het vraagstuk omtrent de reikwijdte van de toetsing door RTE's is vervolgens ook via een andere weg aan het licht getreden. In een zaak uit 2005 kreeg een RTE een vraag voorgelegd over een casus waarin een arts een ernstig zieke en lijdende patiënt palliatief gesedeerd had. Hoewel er volgens de arts voldaan was aan de criteria voor palliatieve sedatie, meldde hij de casus aan als overlijden ten gevolge van uitvoering van euthanasie, omdat hij ook het infuus van de patiënt gestopt had. De RTE oordeelde dat het afzien van kunstmatige toediening van voeding en vocht normaal medisch handelen betreft wanneer het aanvangen of voortzetten daarvan medisch zinloos is of wanneer daarvan op verzoek van de patiënt wordt afgezien. De toetsingscommissie ging dus niet mee met De Wijkerslooth, die juist betoogde dat dit handelen vanwege het voorwaardelijk opzet-begrip bijzonder medisch handelen kon worden. De RTE kwam echter verder niet aan toetsing toe vanwege het feit dat zij de voorgelegde zaak buiten haar beoordelingscompetentie achtte nu het immers naar haar oordeel niet over euthanasie ging.⁵⁵

6. Tussenstand in opmaat naar mogelijke oplossingen

Eerdere pogingen om het vraagstuk over de afbakening van palliatieve sedatie en euthanasie op te lossen blijken dus te zijn gestrand. Dat maakt dat de zoektocht voortgezet dient te worden. Bij de nadere uitwerking van de twee handelwijzen kwam een cruciale bevinding naar voren. Vanuit het strafrecht gedacht is euthanasie een strafbaar feit waarbij bewustheid van het gevolg van het handelen bepalend is. Wanneer voldaan wordt aan de delictomschrijving in lid 1 van art. 293 Sr, en het verboden gevolg (het overlijden van de betrokken persoon) inderdaad intreedt, wordt de grens van strafbaarheid overschreden. Daar doet eventuele toepassing van het tweede lid van datzelfde art. 293 Sr niet aan af. Echter, wanneer er vanuit het perspectief van de arts wordt gekeken staat het opheffen van ondraaglijk lijden centraal en wordt euthanasie een *middel*: op grond van het medische perspectief is euthanasie een middel dat de arts tot zijn beschikking heeft om ervoor te zorgen dat de patiënt niet meer ondraaglijk lijdt. Het effect van het handelen in de zin van de dood van de patiënt is in dit perspectief niet langer bepalend; het handelen wordt een instrument ter bestrijding van ondraaglijk lijden. In zo'n perspectief komt euthanasie op gelijke voet te staan met palliatieve sedatie als normale medische handeling met een soortgelijk doel, namelijk voldoen aan de plicht als arts om een patiënt niet langer te laten lijden dan strikt noodzakelijk is. Het 'grijze gebied' wordt dan ineens minder een probleem. Het feit dat juristen het gebied 'grijs' noemen, is een indicatie dat het onderliggende zwart-witte uitgangspunt in

het recht niet (meer) klopt. Het lijkt zodoende te gaan om een verschil van perspectief tussen de arts en jurist.

Dat brengt ons ook weer bij de bepaling van de Staatscommissie. De Staatscommissie adviseerde pijnbestrijding met voorwaardelijk opzet op het doden nadrukkelijk uit te sluiten van de reikwijdte van de strafbepaling en daarmee van strafbaarheid van art. 293 Sr, zodat geen onduidelijkheid zou ontstaan over de vraag of die handeling tot euthanasie gerekend moet worden. Zowel de eerste als de tweede wetsevaluatie van de Wtl bevatte een aanbeveling in deze richting. De Staatscommissie en wetsevaluaties erkennen hiermee impliciet dat er een grijs gebied op de grens van euthanasie en palliatieve sedatie bestaat. Een voorstel c.q. aanbeveling voor een uitdrukkelijke wettelijke bepaling was anders overbodig geweest. De Staatscommissie komt niet met een inhoudelijke oplossing maar geeft aan dat, voor zover het handelen in het grijze gebied naar de (juridische) letter onder euthanasie valt, het niet wenselijk is het daarvoor geldende systeem van beoordeling toe te passen. De Staatscommissie maakt er een afbakeningsprobleem van, en wel afbakening in het toepasselijke stelsel van rechtshandhaving en controle. Bij nader inzien is dit zo gek nog niet. Art. 293 lid 2 Sr biedt een regeling voor de arts om door middel van euthanasie ondraaglijk lijden te beëindigen. Omdat pijnbestrijding met voorwaardelijk opzet op het doden in het verlengde van palliatieve sedatie ligt, lijkt de Staatscommissie het niet wenselijk te vinden die handeling onder het strafrecht te laten vallen. Het lijkt er dan op dat het niet zozeer nodig is het onderscheid tussen palliatieve sedatie en gevallen van euthanasie in het verlengde daarvan nader inhoudelijk te preciseren of te formaliseren. Men kan kennelijk een heel eind komen met het nader regelen van het handelen van de arts in beide situaties vanuit het gemeenschappelijke van beide handelwijzen. Bij euthanasie is opzet op de dood een gegeven alleen al blijkt uit de gekozen middelen; bij palliatieve sedatie wordt het risico van de dood op de koop toe genomen. Het gemeenschappelijke is dat in beide gevallen sprake is van een *middel* met als doel de patiënt te sparen voor verder ondraaglijk lijden. Het is daarbij een interessante gedachte dat in dat gemeenschappelijke van het middel, het grijze gebied zelf dan niet het probleem (b)lijkt te zijn, maar eerder de bestaande (juridische) afscheiding tussen palliatieve sedatie en euthanasie.

7. Een verkenning van enkele mogelijke oplossingen voor het probleem

Geconstateerd kan worden dat de suggestie van een heldere afbakening op grond van de toepasselijke regelgeving niet klopt. Daaruit vloeit voort dat er gevallen van palliatieve sedatie zijn waarop art. 293 Sr en de Wtl van toepassing is, en die daarmee eigenlijk ter toetsing gemeld zouden moeten worden bij een RTE. De arts zal dan bijna per definitie niet naar de zorgvuldigheidscriteria voor euthanasie gehandeld hebben omdat hij de behandeling niet als euthanasie zal hebben 'voorgezet'. De strafuitsluitingsgrond van art. 293 lid 2 Sr is dan niet van toepassing.

55. Regionale Toetsingscommissies Euthanasie, jaarverslag 2005, p. 8. De beslissing is niet gepubliceerd omdat de RTE niet toekwam aan toetsing.

Het ingewikkelde aan dit probleem is dat het niet lijkt te gaan om verwijtbaar handelen van artsen in de zin dat zij euthanasie hebben toegepast zonder zich daarbij aan de zorgvuldigheidscriteria te (willen) houden, maar dat het kennelijk gaat om een handeling die niet beleefd wordt als euthanasie. Vanuit die invalshoek kunnen enkele oplossingen bedacht worden die tot een betere afbakening leiden.⁵⁶

7.1. Het ontbreken van de materiële wederrechtelijkheid

Allereerst is er de mogelijkheid om de onhelderheid van afbakening weg te nemen door het gebruik van het concept van het ontbreken van de materiële wederrechtelijkheid.⁵⁷ Deze ongeschreven algemene strafuitsluitingsgrond (rechtvaardigingsgrond) werd door de Hoge Raad voor het eerst (maar tegelijk ook voor het laatst en niet eens helemaal duidelijk) aangenomen in de Veearts-arresten.⁵⁸ Van Veen typeerde deze ontwikkeling als het geruisloos zetten van de stap van een niet toepasselijk zijn van een delictomschrijving naar de exceptionele omstandigheid, die bestraffing verhindert.⁵⁹ Bij het ontbreken van materiële wederrechtelijkheid gaat het om een situatie waarbij de gedraging van verdachte voldoet aan de delictomschrijving (bijvoorbeeld die van art. 293 lid 1 Sr), maar waarbij deze gedraging niet als wederrechtelijk aangemerkt zou moeten worden, aangezien het achterliggende beschermde rechtsgoed door de gedraging niet wordt geschaad: het kan daarmee de bedoeling van de wetgever niet zijn geweest de verdachte hiervoor daadwerkelijk te willen straffen.⁶⁰ Daarmee rijst echter de vraag of het in zo'n geval niet juist aan de wetgever is om de reikwijdte van de strafbepaling inzichtelijk te maken.

Voor de straffeloosheid van palliatieve sedatie die over de grens van euthanasie (of eventueel doodslag of moord) gaat, is de mogelijkheid van het verval van wederrechtelijkheid via deze optie van afwezigheid van materiële wederrechtelijkheid ook om een andere reden een doodlopende weg. Immers: een beroep op het ontbreken van de materiële wederrechtelijkheid is alleen mogelijk wanneer datgene wat er gebeurt en het belang dat daarmee wordt gediend, in het verlengde ligt van het rechtsgoed dat de wetgever met de betreffende strafbepaling heeft willen beschermen. Daarmee is een belangrijke complicatie bij deze eerste mogelijke oplossing een feit. Immers, art. 293 lid 1 Sr beschermt het recht op leven. Dat geldt

evenzeer voor palliatieve sedatie met voorwaardelijk opzet op de dood; dat dit doden niet het *motief* van het handelen van de arts vormt, doet niet af aan het feit dat sprake is van een krenking van het rechtsgoed dat de wetgever nu juist wel uitdrukkelijk wil beschermen. Een poging het probleem van het grijze gebied op te lossen via een beroep op het ontbreken van de materiële wederrechtelijkheid lijkt hier dan ook te stranden.

7.2. Juridisch handvat van tekstinterpretatie de oplossing?

De voorgaande mogelijkheid belicht een modaliteit van het aannemen van een strafuitsluitingsgrond als *uitzondering* van strafbaarheid van een gedraging die op zichzelf wel onder een delictomschrijving valt. Echter, er is meer dan alleen de mogelijkheid van een uitzondering. Zo bestaat er om tot straffeloosheid van bepaald gedrag te geraken ook de variant van het beperkend interpreteren van de delictomschrijving door de rechter. Zoals we hiervoor zagen is het Enschedé geweest die in het kader van de niet-strafbaarheid van euthanasie begaan door een arts in de jaren '80 van de vorige eeuw de variant van 'beperkend interpreteren van een delictomschrijving' onder de aandacht heeft gebracht. Hij verdedigde de opvatting dat de arts die binnen de grenzen van zijn medische professie handelt, ondanks het feit dat dat handelen euthanasie includeert, het leven van zijn patiënt niet *berooft* in de zin van art. 293 lid 1 Sr, zoals dat artikel vóór 1 april 2002 nog luidde.⁶¹ Enschedé maakte dus gebruik van de methode van tekstuele interpretatie tot beperking van strafbaarheid.⁶² Die vorm van interpretatie van art. 293 lid 1 Sr werd echter door de Hoge Raad in het bekende euthanasie-arrest uit 1984 expliciet afgewezen⁶³ en is thans ook niet meer mogelijk nu art. 293 lid 1 Sr sedert 2002 spreekt van het veel neutralere 'levensbeëindiging'. Biedt deze modaliteit niet toch ook een handvat om aan een betere afbakening tussen euthanasie en palliatieve sedatie bij te dragen? Dat zou dan moeten gebeuren door te redeneren dat bij palliatieve sedatie, vanwege het uitsluitende oogmerk van pijnbestrijding en het ontbreken van het doel, van het oogmerk om te doden, geen sprake is van 'levensbeëindiging' in de zin van art. 293 lid 1 Sr. In geval van het wegnemen van pijn in het kader van palliatieve sedatie gaat het om een normale medische handeling waar weliswaar de (eerder intredende) dood een gevolg van kan zijn, maar waarvan dat niet een beoogd gevolg is, zodat, zo zou de redenering dan moeten zijn, zodoende

56. Vgl. ook reeds C. Kelk, 'Aan de grens van het bestaan. Beschouwingen over euthanasie', in: J.K.M. Gevers e.a. (red.), *Grenzen aan de zorg; zorgen aan de grens* (Liber Amicorum H.J.J. Leenen), Alphen aan de Rijn: Samsom H.D. Tjeenk Willink 1990, p. 149-169.

57. Zie nader over beoogde uitsluiting van strafrechtelijke aansprakelijkheid aan de hand van diverse voorbeelden uit de strafrechtpraktijk V.E. van de Wetering, S.A. Eckhardt & S.R. Bakker 'De rol van het achterliggende rechtsgoed van strafbepalingen bij de beoordeling van de strafwaardigheid van gedrag', *DD* 2018/13, p. 138-167.

58. HR 27 juni 1932, *NJ* 1933, p. 60 en HR 20 februari 1933, *NJ* 1933, p. 918, m.nt. Taverne.

59. Th.W. van Veen, 'Het stelsel der excepties', in: J.P. Balkema e.a. (red.), *Gedenboek Honderd jaar Wetboek van Strafrecht*, Arnhem: Gouda Quint 1986, p. 356.

60. Zie hierover meer uitgebreid o.a. J. de Hullu, *Materieel strafrecht*, Deventer: Wolters Kluwer 2015, p. 353 e.v.

61. Ch.J. Enschedé, *De Arts en de Dood*, Deventer: Kluwer 1985.

62. Dit beperkend interpreteren van de in de delictomschrijving omschreven gedraging vindt buiten het terrein van euthanasie een duidelijk voorbeeld in een uitspraak van de Hoge Raad uit de jaren '70 inzake art. 280 Sr (onttrekking van een jeugdige aan het ouderlijk gezag). In de casus die leidde tot het arrest van 11 mei 1976 (*NJ* 1976/538, m.nt. Th.W. van Veen (JAC)) kwam de Hoge Raad tot het oordeel dat een handeling feitelijk gezien wel 'onttrekking aan het ouderlijk gezag' kan zijn, maar dat, wanneer die onttrekking tot doel heeft hulpverlening op gang te brengen en die hulpverlening gericht is op herstel van de relatie tussen ouder en kind, het niet om 'onttrekken' in de zin van de wet gaat. Het oogmerk van de handeling van de jeugdhulpverlener kleurt dan (de wederrechtelijkheid van) de handeling.

63. HR 27 november 1984, *NJ* 1985/106, m.nt. Th.W. van Veen.

van 'levensbeëindiging' in de zin van art. 293 lid 1 Sr geen sprake is. Wanneer de term levensbeëindiging uit art. 293 Sr zo wordt geïnterpreteerd dat daarvan alleen sprake is als de handeling daartoe adequaat en beoogd is, zou daarmee een oplossing voor het afbakeningsprobleem gevonden zijn. Er is bij palliatieve sedatie dan niet voldaan aan het bestanddeel levensbeëindiging in de zin van de wettelijke strafbepaling van art. 293 lid 1 Sr.

Dat brengt ons direct bij een belangrijke tegenwerping van deze variant. Wanneer het oogmerk daadwerkelijk de handeling kleurt en we langs die weg in tekstuele interpretatie een oplossing vinden voor het grijze gebied, dan rekenen we op de zuiverheid van het oogmerk van de arts. Binnen het grijze gebied vallen echter niet alleen gevallen waarbij duidelijk sprake is van de 'goede' intentie van de arts.⁶⁴ Alleen op het moment dat in *alle* gevallen gerekend kan worden op een zuiver oogmerk gericht op pijnbestrijding, kan mogelijk van een dergelijke tekstuele interpretatie gebruikgemaakt worden. Er is ook nog wel een andere belemmering van meer juridisch-technische aard. Beperkend interpreteren is eigenlijk alleen mogelijk bij objectieve bestanddelen omtrent de omschrijving van het gedrag. In de hier onderzochte oplossing wordt eigenlijk, via interpretatie van het feitelijke bestanddeel 'levensbeëindiging', een andere inhoud gegeven aan het opzet dat apart als bestanddeel in art. 293 lid 1 Sr voorkomt. Het zou in zoverre meer voor de hand liggen om de oplossing dan te zoeken in de beperking van strafbaarheid tot het handelen met het oogmerk van levensbeëindiging (in plaats van het opzet-bestanddeel van het huidige art. 293 lid 1 Sr). Bij palliatieve sedatie is immers van dat oogmerk geen sprake. Tegen deze oplossing verzet zich dan weer dat art. 293 lid 1 Sr een ruimere reikwijdte heeft dan het handelen van een arts. In het kader van die wenselijke reikwijdte ligt het niet voor de hand het opzetbestanddeel tot 'oogmerk' te beperken. Als laatste tegenargument voor deze oplossing moet worden genoemd dat de wetgever met de wetswijziging van de term 'levensberoving' naar 'levensbeëindiging' er juist voor heeft gekozen om de negatieve kwalificatie verbonden aan het bestanddeel 'levensberoving' uit art. 293 lid 1 Sr (oud) uit de delictsomschrijving te halen, maar dus wel alle opzettelijke vormen van levensbeëindiging in objectieve zin eronder heeft willen brengen. Deze drie tegenargumenten zorgen er daarom voor dat (ook) de poging het

afbakeningsprobleem op te lossen via tekstinterpretatie strandt.

7.3. *Naar Duits voorbeeld: Typizität*

De conclusie dat bovenstaande oplossingen niet passend lijken, brengt ons bij een derde mogelijkheid tot oplossing. In het kader van de discussie over strafbaarheid van euthanasie wees Kelk op het in de Duitse dogmatiek ontwikkelde leerstuk van Typizität als niet in het wetboek uitdrukkelijk voorziene modaliteit.⁶⁵ Dit leerstuk werd voor het eerst in het Nederlandse strafrecht geïntroduceerd door Pompe, zij het impliciet, in zijn noot bij het Hohner muziekinstrumentenarrest in de jaren '30 van de vorige eeuw.⁶⁶ In de casus die leidde tot dit arrest had verdachte door het aannemen van een valse hoedanigheid de afgifte van een hem niet toebehorende offerte bewerkstelligd. Dat klinkt als oplichting in de zin van art. 326 Sr. De verdachte had de afgifte in eerste instantie echter niet bewerkstelligd om er zelf beter van te worden, maar om bevestiging te vinden van zijn vermoeden dat een offerte uitgestuurd was, waarvan de prijs lager lag dan wat door de Hohner muziekfabrikanten aan grossiers toegestaan was. Desondanks nam de rechter het bewijs van (het oogmerk van) 'wederrechtelijke bevoordeling' in de zin van art. 326 Sr aan. In zijn noot onder het arrest is Pompe kritisch over het feit dat de rechter in deze zaak (uitsluitend) toetst aan de afzonderlijke bestanddelen van het delict. Hij meent dat er te weinig wordt gekeken naar de kwalificatie van het delict – in casu oplichting – als geheel. Er dient naar zijn oordeel niet te worden volstaan met de vervulling van de afzonderlijke bestanddelen van het delict. Er dient in voorkomende gevallen apart aandacht geschonken te worden aan de samenvattende kwalificatie in een strafbepaling: 'Het geheel is meer dan de som van de delen. Het geheel bevat immers een structuur van de gezamenlijke delen, welke in de bijeenvoeging der delen op zich zelf niet gegeven is'.⁶⁷ Het kan in de benadering van Pompe zo zijn dat alle bestanddelen van een delict vervuld zijn, maar dat deze bij elkaar het typische van het betreffende delict (i.c. oplichting) toch niet opleveren.⁶⁸

Typizität kan bijgevolg uitkomst bieden voor situaties waarbij de onderscheiden bestanddelen van de delictsomschrijving worden vervuld, maar waarin desondanks met kwalificatie van dat handelen als zodanig toch geen recht

64. V.E. van de Wetering, A. van der Heide & P.A.M. Mevis, 'De meldplicht van de arts. Een problematisch aspect in het strafrechtelijk controlemechanisme bij euthanasie en hulp bij zelfdoding', *DD* 2018/64, p. 804-824.

65. C. Kelk, 'Atypisch handelen en de grenzen van de delictsomschrijving', in: M. Groenhuijsen, T. Kooijmans & J. Ouwerkerk (red.), *Roosachtig strafrecht* (Liber amicorum Theo de Roos), Deventer: Kluwer 2013, p. 323-341.

66. HR 21 februari 1938, *NJ* 1938/929, m.nt. Pompe (Hohner muziekinstrumentenarrest).

67. W.P.J. Pompe in zijn noot bij HR 21 februari 1938, *NJ* 1938/929 (Hohner muziekinstrumentenarrest).

68. Een ander ietwat verkemelijk voorbeeld is het Gevangenisvoedsel-arrest (HR 14 oktober 1940, *NJ* 1941/87), eveneens met noot van Pompe. In de casus die leidde tot dit arrest had iemand anders dan de aangewezen dader zich gemeld aan de gevangenispoort om voor de veroordeelde diens straf van vier weken te voldoen. Nadat de persoonsverwisseling uitkwam, werd ook deze onterecht gedetineerde persoon vervolgd en veroordeeld voor oplichting: hij had immers met een valse hoedanigheid bewerkstelligd, zo was de gedachte, dat hij in de gevangenis 'van rijkswege' voeding kreeg waarop hij geen recht had. Aldus werd het oogmerk op de wederrechtelijke bevoordeling (door het verkrijgen van voedsel) aangenomen en daarmee werd deze verdachte via dit vermogensdelict veroordeeld voor het uitzitten van een straf die aan een ander was opgelegd. Daarbij was het verkrijgen van voeding natuurlijk niet het motief van deze dader. Kelk schrijft: 'Het atypische van de gedragingen in relatie tot de delictsomschrijving van oplichting (...) was in deze gevallen dat de dader met een wezenlijk ander doel of met een wezenlijk ander motief had gehandeld dan essentieel is voor het wettelijk gemarkeerde strafbare feit, zodat het moeilijk was om met droge ogen dit feit in zijn ware gestalte gepleegd te achten' (C. Kelk, 'Atypisch handelen en de grenzen van de delictsomschrijving', in: M. Groenhuijsen, T. Kooijmans & J. Ouwerkerk (red.), *Roosachtig strafrecht* (Liber amicorum Theo de Roos), Deventer: Kluwer 2013, p. 330). Met andere woorden: de bewezenverklarde handelingen hadden, hoewel strikt genomen onder de delicts-

wordt gedaan aan het type gedragingen waar de delictsomschrijving betrekking op heeft c.q. slechts op zou moeten hebben. De enkele vervulling van de bestanddelen lijkt dan onvoldoende recht te doen aan de toetsing van het bewezen handelen aan de delictsomschrijving in zijn geheel.⁶⁹ Iets kan letterlijk gezien vallen onder de delictsomschrijving, maar die omschrijving lijkt voor een bepaalde variant van het strafbaar gestelde handelen niet bedoeld te zijn. Er is dan ruimte om via het 'typische' van het delict over de band van de 'redelijke wetstoepassing' een niet-typische variant van strafbaarheid uit te sluiten. Waar Pompe meent dat Typizität *ad bonam partem* moet werken, ten gunste van de verdachte, gaat Kelk nog verder: 'Naar mijn oordeel zou de rechtsbeschermende werking eveneens moeten gelden ter zake van delicten die in het juridische en ook maatschappelijke verkeer een weliswaar ongeschreven doch in de praktijk wel degelijk algemeen bekende en geaccepteerde naam genieten waarmee een tamelijk uitgesproken beeld is verbonden'.⁷⁰ Aldus redenerend vindt Kelk in het leerstuk van Typizität een goede toets om de reikwijdte van de delictsomschrijving in te perken.^{71, 72}

De Typizität werkt daarmee als een kwalificatieuitsluitingsgrond: het ten laste gelegde kan (immers) wel worden bewezen, maar wordt niet als zodanig gekwalificeerd. Voor de toepassing ervan kan daarom ook enige steun worden gevonden in recente jurisprudentie van de Hoge Raad inzake witwassen en het verspreiden van afbeeldingen van seksuele gedragingen met jeugdigen als bedoeld in art. 240b Sr.⁷³ Zo meent de Hoge Raad dat in geval de verdachte het enkele 'verwerven of voorhanden hebben' van een voorwerp verweten wordt, dat afkomstig is van een door de verdachte zelf begaan misdrijf zonder dat sprake is van het verbergen of verhullen van de criminele afkomst van het voorwerp, er geen sprake is van het typische van witwassen dat, net als heling, een zekere mate van begunstiging (van een door een ander begaan misdrijf) in zich bergt. Ten aanzien van het verspreiden van seksuele afbeeldingen wijst de Hoge Raad erop dat de strafbepaling ook reeds volgens de wetgever niet het vrijwillig en risicoloos uitwisselen van beelden tussen leeftijdgenoten zou behoren te omvatten.

De Hoge Raad nam aldus voor deze specifieke situaties een op Typizität gelijkende kwalificatieuitsluitingsgrond aan voor bepaalde gedragingen die op zichzelf wel onder de delictsomschrijving vallen. In beide gevallen gaat het dan echter om situaties waarin de Hoge Raad meer of minder expliciet uit de wetsgeschiedenis afleidt dat de wetgever zelf heeft aangegeven dat de gedragingen niet strafbaar behoren te zijn.⁷⁴ Daarvan is in ons geval geen sprake. Toch is het interessant om met het bovenstaande in het achterhoofd te kijken naar de gevallen van palliatieve sedatie die 'naar de letter' onder art. 293 lid 1 Sr vallen. Immers, aan de bestanddelen van die delictsomschrijving wordt, zoals we zagen, nogal eens voldaan omdat het opzet in strafrechtelijke zin nu eenmaal ook voorwaardelijk opzet includeert. Als een arts de gevolgen van zijn palliatief handelen wilens en wetens op de koop toeneemt en daarbij aanvaardt dat de dood door zijn handelen eerder kan intreden dan zou zijn gebeurd zonder zijn handelen, dan wordt voldaan aan het opzet en zijn de bestanddelen van art. 293 lid 1 Sr vervuld. Kwalificatie als strafbare euthanasie 'voelt' echter, Kelks terminologie volgend, als een wat oneigenlijk geconstrueerde of geforceerde kwalificatie. Bij degene die de worsteling in de praktijk overziet, moet met ons het gevoel overheersen dat de delictsomschrijving voor een situatie als deze, namelijk het via het voorwaardelijk opzet aannemen van levensbeëindigend handelen bij palliatieve sedatie, niet geschreven is c.q. dat dergelijk handelen, in totaliteit en naar zijn strekking bekeken, niet onder art. 293 lid 1 Sr valt. Dat wordt veroorzaakt door het feit dat het 'delict' van een dergelijk palliatief handelen vanuit het artsenspectief een andere gedraging wordt; we wezen er hiervoor op dat niet de levensbeëindiging voorop staat, maar dat dit het (aangewezen en medisch verantwoorde) *middel* is om het lijden van de patiënt te verhelpen. Dit artsenspectief introduceert als het ware de Typizität. De opzettelijke levensbeëindiging in dergelijke gevallen van palliatieve sedatie, die, naar de letter en inhoud der afzonderlijke bestanddelen genomen, onder de delictsomschrijving van art. 293 lid 1 valt, zou in de 'Typizität' van het handelen van de arts, binnen de grenzen van medisch verantwoorde (definitie van) palliatieve sedatie, alsnog uitgesloten moeten (kunnen) worden van kwalificatie als strafbaar

omschrijving vallend, meer in totaliteit bekeken niet als oplichting mogen worden gekwalificeerd. Het lijkt niet passend de dader voor oplichting te straffen, omdat het niet strookte met de strekking van het delict. Het typische van de oplichting ontbrak aan de handelwijze. Andere voorbeelden hierbij uit de praktijk zijn hackers die te goeder trouw willen aantonen dat een computersysteem toegankelijk is voor buitenstaanders. Waarschijnlijk ligt hierin ook de grond waarom de Hoge Raad in zijn arrest van 12 maart 2013, *NJ* 2013/437, m.nt. N. Keijzer aanneemt dat een tongzoen (toch) geen verkrachting oplevert in de zin van art. 242 Sr ondanks dat alle bestanddelen van de delictsomschrijving vervuld zijn. De Hoge Raad komt daarmee terug komt op zijn eerdere opvatting ter zake. Overigens gebruiken wij de Typizität alleen ter *imperking* van strafrechtelijke aansprakelijkheid. Men kan zich afvragen of de Hoge Raad deze modaliteit in HR 20 november 2001, *NJ* 2003/632, m.nt. R. de Lange & P.A.M. Mevis inzake mensenroof (art. 278 Sr) niet in strafbaarheidsuitbreidende zin gebruikt heeft. Dat lijkt ons niet wenselijk, maar verkenning van die variant gaat het bestek van deze bijdrage te buiten.

69. C. Kelk, 'Atypisch handelen en de grenzen van de delictsomschrijving', in: M. Groenhuijsen, T. Kooijmans & J. Ouwkerk (red.), *Roosachtig strafrecht* (Liber amicorum Theo de Roos), Deventer: Kluwer 2013, p. 328-329. In Angelsaksische systemen wordt dit ook wel aangeduid als fair labelling.

70. C. Kelk, 'Atypisch handelen en de grenzen van de delictsomschrijving', in: M. Groenhuijsen, T. Kooijmans & J. Ouwkerk (red.), *Roosachtig strafrecht* (Liber amicorum Theo de Roos), Deventer: Kluwer 2013, p. 329-330.

71. C. Kelk/F. de Jong, *Studieboek materieel strafrecht*, Deventer: Kluwer 2016, p. 108.

72. In feite doet Typizität ook denken aan het door M.P. Vrij geïntroduceerde beginsel van subsocialiteit, maar dat begrip is te vaag voor de toepassing die ons voor ogen staat.

73. Zie respectievelijk HR 26 oktober 2010, *NJ* 2010/655, m.nt. N. Keijzer (witwassen) en HR 9 juli 2016, *NJ* 2016/257, m.nt. N. Rozemond (verspreiden van afbeeldingen van seksuele gedragingen met jeugdigen).

74. Bij witwassen deed hij dat (te) impliciet, waarop de wetgever (eenvoudig) witwassen alsnog separaat strafbaar stelde.

gedrag als zodanig. Echter, met de 'normale', gangbare juridische oplossingen komen we daar eigenlijk niet.

Het zou de kritische aanvullende werking van de Typizität kunnen zijn om de arts hier in bescherming te nemen door niet de tekst van de delictsomschrijving te overstrekken teneinde daarmee de arts reeds op het niveau van interpretatie van het delict uit te sluiten van strafbaarheid, maar om toch de *ratio legis* van het delict voldoende tot zijn recht te laten komen. Dan bestaan er dus gevallen van palliatieve sedatie die weliswaar onder de juridische definitie van euthanasie en onder de reikwijdte van art. 293 lid 1 Sr vallen, maar die vanwege de Typizität toch niet als zodanig gekwalificeerd (dienen of hoeven te) worden. De arts gebruikt 'euthanasie' in die situaties immers als middel om lijden te verlichten. Het voordeel van deze benadering is, dat zij alleen kan gelden als het handelen van de arts aldus binnen de kaders van verantwoorde palliatieve sedatie is gebeven, en dus niet in geval hij zijn handelen als palliatieve sedatie benoemt, maar daarmee eigenlijk handelen met het oogmerk om te doden verheimelijkt. Wanneer bijvoorbeeld en met name uit de gebruikte middelen/medicijnen kan blijken dat de bedoeling van de arts lijdensverlichting is, ook wanneer hij zich ervan bewust is dat zijn handelen tot levensverkorting leidt c.q. kan leiden, verzet de Typizität van het misdrijf van art. 293 Sr zich ertegen de handeling als euthanasie te bestraffen. En ja, dan zijn we eigenlijk, zij het met een omweg en buiten de geschreven bepalingen van het Wetboek van Strafrecht om, terug bij het voorstel van de Staatscommissie en de aanbevelingen in de eerste twee wetsevaluaties. Die voorstellen behelzen in feite de erkenning van die Typizität, zij het door middel van expliciete uitsluiting van strafrecht in het Wetboek van Strafrecht zelf: codificatie van de Typizität voor alle gevallen van (medisch verantwoorde) palliatieve sedatie 'over de grens'. De werking van Typizität schept de o.i. noodzakelijke helderheid en verantwoorde afbakening. Mocht de officier van justitie in een concrete zaak 'desondanks' tot vervolging overgaan, dan is in het strafrecht Typizität als modaliteit beschikbaar om in ultimo het handelen van de arts aan te toetsen. Wel zo belangrijk is dat daarmee niet alleen een materieelrechtelijke, adequate voorziening wordt getroffen voor gevallen van palliatieve sedatie die onder de juridische definitie van euthanasie vallen in het 'ultieme' geval van strafvervolging. Een expliciete afbakening van niet strafbaar handelen werpt immers zijn schaduwwerking vooruit naar een eventueel voorbereidend onderzoek, ja zelfs naar het toetsingsmechanisme van de Wtl. Niet strafbare gedragingen hoeven immers ook niet strafrechtelijk te worden onderzocht, althans niet verder dan nodig is om de niet-strafbaarheid aan te nemen. De door ons voorgestane explicatie van uitsluiting van strafbaarheid schept daarmee ook in die fase helderheid en verantwoorde afbakening.

8. Conclusie

In 2006 schreef Pans dat er naar verwachting met de KNMG-richtlijn in grote lijnen duidelijkheid zou komen

over het grijze gebied tussen enerzijds euthanasie en anderzijds pijn- en symptoombestrijding in de laatste levensfase.⁷⁵ Ruim tien jaar later kunnen we in ieder geval stellen dat het niet gemakkelijk is in één regel te formuleren wat beide handelwijzen inhouden, zodanig dat ook daadwerkelijk helder is hoe ze van elkaar afgebakend zijn. Men moet zich in allerlei bochten wringen om duidelijk te maken waarin het verschil precies zit. En ook met dat wringen in bochten zijn we er nog niet. Men zoekt afbakening aan de hand van drie aspecten: het feitelijke handelen van de arts, het opzet c.q. oogmerk van de arts bij dat handelen en de (vermoedelijk beperkte) levensverwachting van de patiënt in kwestie. Maar ook langs deze drie aspecten bezien, zijn er varianten van palliatieve sedatie waarbij de grens met euthanasie overschreden wordt: er is een handeling uitgevoerd die ogenschijnlijk palliatieve sedatie is, maar die in principe toch onder de delictsomschrijving van art. 293 lid 1 Sr valt. Dat schuilt vooral in het feit dat het juridisch opzet het voorwaardelijk opzet omvat; het willens en wetens aanvaarden van de naar algemene ervaringsregels aanmerkelijke kans dat een gevolg intreedt. Dit maakt dat palliatieve sedatie in situaties waarin de arts zich bewust is van het feit dat door zijn handelen de dood van de patiënt sneller kan intreden, alhoewel dit niet het voornaamste doel van zijn handelen is, levensbeëindigend handelen met voorwaardelijk opzet is. Daarbij speelt mee dat het criterium van een levensverwachting van maximaal twee weken als voorwaarde om palliatieve sedatie te mogen starten, de zaken niet verheldert. Enerzijds bestaat onduidelijkheid over het daadwerkelijke effect van de handelingen op de duur van het leven van de patiënt. Anderzijds is het de vraag in hoeverre die termijn realistisch in te schatten is.

Er bestaat zodoende een grijs gebied tussen euthanasie als handelwijze buiten het normaal medische domein en palliatieve sedatie als normale medische handeling. De kern van het probleem lijkt echter niet zozeer te liggen bij het grijze gebied zelf, maar bij het feit dat de juridische indeling aan de hand van de klassieke leerstukken niet strookt met het medisch perspectief. Het antwoord op de vraag of men een grens overschreden acht, is afhankelijk van het perspectief waar vanuit gekeken wordt: medisch of juridisch. De zwart/wit afbakening die de regelgeving kent of althans suggereert, lijkt niet te passen bij het medische perspectief. Illustratief hiervoor is de uitspraak van de Rechtbank Breda in de zaak V. In de normale terminologie van het voorwaardelijk opzet zegt de rechter dat het in casu geen voorwaardelijk opzet was. Het is de vraag of dit juridisch gezien klopt, ondanks het feit dat de uitkomst van de rechtszaak (vrijspraak) begrijpelijk of in elk geval invoelbaar is. Daarmee ligt het probleem op tafel dat zelfs rechters kennelijk het idee hebben dat de juridische indeling niet strookt met de praktijk. Om het juridisch controlemechanisme optimaal te laten werken, is het noodzakelijk dat de juridische indeling van het medisch handelen aansluiting vindt bij de ervaringswereld van de arts. Dat door artsen en juristen blijken het grijze gebied nog niet altijd dezelfde taal gespro-

75. E. Pans, *De normatieve grondslagen van het Nederlandse Euthanasierecht* (diss. Amsterdam VU), Nijmegen: Wolf Legal Publishers 2006, p. 66.

ken wordt, gaf ons reden te onderzoeken of er op dat punt mogelijkheden tot verbetering bestaan.

Er zijn pogingen gedaan, onder meer door de Staatscommissie, een oplossing te vinden voor de onduidelijke afbakening in dit grijze gebied. Deze oplossingen zijn echter niet gevolgd, terwijl er wel behoefte is aan een meer heldere afbakening. Naar ons oordeel introduceert het 'artsenperspectief', waarin het beëindigen van het lijden van de patiënt voorop staat met palliatieve sedatie of – in ultimo – euthanasie als *middel* daartoe, als het ware de juridische modaliteit van de Typizität. Naar ons oordeel is de toepassing van deze modaliteit het meest aangewezen om het medisch en het juridisch perspectief op elkaar te doen aansluiten en verantwoord af te bakenen. Wanneer sprake is van voorwaardelijk opzet op het eerder doen intreden van de dood, maar de intentie is die van palliatieve sedatie, dan zou de rechter in geval van vervolging ondanks de bewezenverklaring kunnen bepalen dat het hier niet gaat om een geval waarvoor de wet bedoeld is. Daartoe kan het op langere termijn aangewezen zijn om met de Staatscommissie de vormen en gevallen van palliatieve sedatie 'over de grens' toch middels een uitdrukkelijke wettelijke bepaling van de reikwijdte van art. 293 lid 1 Sr uit te sluiten. Of dit ook de ultieme oplossing is, is niet gezegd. Het verleden laat in ieder geval zien dat de tot nu toe ondernomen pogingen om helderheid te scheppen in de afbakening tussen palliatieve sedatie en euthanasie nog niet geleid hebben tot een vruchtbare, voor alle betrokkenen adequate oplossing. Dat is sowieso een onwenselijke situatie; er bestaat een grijs (grens)gebied waarover artsen en juristen zich gezamenlijk dienen te buigen. Typizität kan naar ons oordeel helpen, juist omdat in dat model – paradoxaal gezegd – zaken nu juist niet alleen maar typisch juridisch of typisch medisch worden beschouwd.