

Ministerie van Volksgezondheid, Welzijn en Sport
t.a.v. de minister mevrouw drs. E.I. Schippers
Postbus 20350
2500 EJ DEN HAAG

Den Haag, 23 juni 2017
dossiernummer: 103644
uw kenmerk:
telefoonnummer: +31 (0)70 335 35 65
e-mail: e.vandenbosch@advocatenorde.nl

Betreft: consultatie Regels voor het afnemen, bewaren, verstrekken, gebruiken en vernietigen van menselijk materiaal voor andere doeleinden dan actuele diagnostiek of geneeskundige behandeling van de donor

Geachte minister,

Op 24 april 2017 is de internetconsultatie Regels voor het afnemen, bewaren, verstrekken, gebruiken en vernietigen van menselijk materiaal voor andere doeleinden dan actuele diagnostiek of geneeskundige behandeling van de donor. De NOvA heeft zijn adviescommissie strafrecht gevraagd te adviseren.

Bijgaand stuur ik u het advies van de adviescommissie. De algemene raad sluit zich aan bij de overwegingen van de adviescommissie en verzoekt u deze bij de verdere uitwerking te betrekken.

Met de meeste hoogachting,
namens de algemene raad,



mw. mr. R.G. van den Berg
algemeen secretaris

bijlage: advies van de adviescommissie strafrecht

Bezoekadres
Neuhuyskade 94
2596 XM Den Haag
Tel. 070 - 335 35 35
Fax 070 - 335 35 31

Postadres
Postbus 30851
2500 GW Den Haag

www.advocatenorde.nl

ADVIES

Van	: adviescommissie strafrecht
Datum	: 23 juni 2017
Betreft	: voorstel van wet Regels voor het afnemen, bewaren, verstrekken, gebruiken en vernietigen van menselijk materiaal voor andere doeleinden dan actuele diagnostiek of geneeskundige behandeling van de donor (Wet zeggenschap lichaamsmateriaal)

Samenvatting

De adviescommissie strafrecht (ACS) adviseert tot:

- schrapping van de in art. 15, derde tot en met achtste lid, van de Wet voorgestelde mogelijkheid tot gebruik van lichaamsmateriaal voor strafvorderlijke doeleinden, en schrapping van de voorgestelde wijzigingen in het Wetboek van Strafvordering, alsmede;
- schrapping van het overgangsrecht zoals vermeld in art. 24, derde lid, van de Wet.

Ter toelichting geldt het navolgende.

I. Inleiding

Onderhavig wetsvoorstel introduceert de mogelijkheid om lichaamsmateriaal dat in een medische context is verkregen te gebruiken voor strafvorderlijke doeleinden. In art. 15, derde tot en met achtste lid, van de Wet worden daartoe nadere regels gesteld. Met betrekking tot deze nieuwe regels behelst art. 24, derde lid, van de Wet een voorstel van overgangsrecht.

De ACS onderschrijft de brede maatschappelijke kritiek die het wetsvoorstel inmiddels ten deel is gevallen,¹ en verwijst daarnaar. In dit advies zal zij in aanvulling daarop uiteenzetten waarom de voorgestelde regeling (ook) vanuit strafvorderlijk perspectief onhoudbaar is. Die onhoudbaarheid is hierin gelegen dat het voorstel berust op een onjuiste waardering van het medisch verschoningsrecht en voorbij ziet aan de stevige positie die dat verschoningsrecht in het strafprocesrecht heeft verworven. Voor het creëren van een uitzondering op het medisch verschoningsrecht zoals door het wetsvoorstel voorgestaan is geen steun te vinden in de rechtspraak van de Hoge Raad, terwijl zij zich evenmin verhoudt tot bestaande wetgeving en in voorbereiding zijnde wetsvoorstellen.

De noodzaak van de voorgestelde wetswijziging ontbreekt bovendien.

¹ Zie o.a.

https://www.privacybarometer.nl/brieven/12170/Reactie_op_internetconsultatie_Wet_zeggenschap_lichaamsmateriaal,
<https://www.rtlnieuws.nl/nederland/politiek/felle-kritiek-op-plan-om-dna-uit-ziekenhuizen-aan-justitie-te-geven>,
<https://www.nrc.nl/nieuws/2017/05/02/alweer-een-uitzondering-op-beroepsgeheim-8564981-a1556957>,
http://binnenland.eenvandaag.nl/tv-items/73779/toegang_justitie_tot_dna_nadelig_voor_medisch_onderzoek,
<http://politiek.tpo.nl/2017/05/01/bonusquote-vvd-jongeren-woedend-op-edith-schippers-vvd-wegens-dna-databank/>,
<http://politiek.tpo.nl/2017/05/01/dna-databank-de-tegenargumenten/> en <https://www.medischcontact.nl/nieuws/laatste-nieuws/artikel/dna-vrijgeven-tast-rechtspositie-ziekenhuizen-aan.htm>.

In het licht van het voorgaande ontraadt de ACS de voorgestelde mogelijkheid van gebruik van lichaamsmateriaal voor strafvorderlijke doeleinden tot wet te verheffen. Ook het overgangsrecht is naar het oordeel van de ACS niet handhaafbaar.

II. Het medisch verschoningsrecht vanuit strafvorderlijk perspectief

Artsen, medisch personeel en ziekenhuizen hebben een geheimhoudingsplicht en een verschoningsrecht ten opzichte van al datgene wat hen bij het uitoefenen van het beroep op het gebied van de individuele gezondheidszorg als geheim is toevertrouwd, of wat daarbij als geheim te hunner kennis is gekomen of wat daarbij te hunner kennis is gekomen en waarvan zij het vertrouwelijke karakter moesten begrijpen.

Buiten kijf staat dat het lichaamsmateriaal waarop onderhavig wetsvoorstel betrekking heeft informatie betreft die thans ingevolge art. 88 Wet BIG onder het medisch beroepsgeheim valt, en tevens ingevolge onder meer art. 96a, derde lid, Sv onder het professioneel verschoningsrecht.

Aan de medische geheimhoudingsplicht en het professioneel verschoningsrecht wordt dusdanig veel gewicht toegekend dat algemeen is aanvaard dat zij in strafzaken dienen te worden gerespecteerd, ook als de opsporing bij doorbreking daarvan zou zijn gebaat. Immers, aldus de Hoge Raad:

‘Aan het verschoningsrecht ligt ten grondslag dat het maatschappelijk belang dat de waarheid in rechte aan het licht komt, moet wijken voor het maatschappelijk belang dat een ieder zich vrijelijk en zonder vrees voor openbaarmaking van het toevertrouwde om bijstand en advies tot de verschoningsgerechtigde moet kunnen wenden.’²

De MvT bij onderhavig wetsvoorstel stelt in het verlengde hiervan terecht (p. 17):

‘Met “toegang tot zorg” wordt bedoeld dat burgers erop moeten kunnen vertrouwen dat zorgverleners uitsluitend in het belang van hun patiënten handelen. Indien zij dat vertrouwen niet of niet meer hebben, zal de bereidheid bij burgers om medische zorg te zoeken, afnemen. En dat zou een zeer onwenselijke situatie zijn.’

Tegen deze achtergrond is begrijpelijk dat in de wet en in de rechtspraak van de Hoge Raad door de jaren heen maar drie situaties zijn geaccepteerd waarin het medisch verschoningsrecht in het belang van de opsporing mocht worden gepasseerd. De eerste is die waarin de verschoningsgerechtigde vrijwillig afstand doet van zijn verschoningsrecht. De tweede betreft die waarin het verschoningsrecht betrekking heeft op een voorwerp of gegevens die het voorwerp uitmaken van het strafbare feit (*corpus*) of tot het plegen daarvan hebben gediend (*instrumentum*). In de derde situatie nopen zeer uitzonderlijke omstandigheden tot doorbreking van het medisch verschoningsrecht.

In het Wetsvoorstel tot vaststelling van Boek 2 van het nieuwe Wetboek van Strafvordering wordt uitdrukkelijk vastgehouden aan deze – zorgvuldig door wetgever en Hoge Raad tot stand gebrachte – balans tussen enerzijds het belang dat met het medisch verschoningsrecht is gediend,

² Zie bijv. HR 21 oktober 2008, ECLI:NL:HR:2008:BD7817, NJ 2008/630.

en anderzijds het belang van de opsporing. Art. 2.7.6.2.2 (nieuw) Sv behelst hiervan de codificatie.³

De MvT bij het nieuwe Boek 2 benadrukt daarbij nog eens dat lichaamsmateriaal onder het professioneel verschoningsrecht valt en zodoende géén voorwerp van inbeslagname behoort te zijn (p. 216):

‘Ook wordt “aan voorwerpen te ontlene informatie” toegevoegd. De huidige beperking tot brieven en andere geschriften zou strikt genomen betekenen dat wanneer een arts bijvoorbeeld een bloedmonster of urinemonster van de verdachte onder zich heeft, dat voorwerp in beslag kan worden genomen en de informatie die daaraan kan worden ontleend, kan worden gebruikt. Hierdoor ontstaat theoretisch de situatie dat de arts zich kan verschonen van het afgeven van het medische dossier waarin de resultaten van onderzoek aan een bloedmonster zijn opgenomen, maar dat hij wel het bloedmonster moet afgeven, waaruit politie en justitie die resultaten dan vervolgens kunnen afleiden. Dit staat op gespannen voet met de ratio van de regeling, te weten dat personen niet belemmerd moeten worden om zich tot een verschoningsgerechtigde te wenden om bijstand en advies. In de praktijk wordt al aangenomen dat dergelijke aan voorwerpen te ontlene informatie ook onder het verschoningsrecht valt.’

Uit het voorgaande volgt dat het lichaamsmateriaal waarop het wetvoorstel betrekking heeft naar huidig en toekomstig strafprocesrecht door het medisch beroepsgeheim en professioneel verschoningsrecht wordt beschermd. Gevolg daarvan is dat zulk materiaal niet ten behoeve van de opsporing mag worden gebruikt, tenzij zich één van de drie genoemde uitzonderingssituaties voordoet. Over de vraag of daarvan inderdaad sprake is kan naar huidig en toekomstig strafprocesrecht – in het kader van een beklagprocedure⁴ – worden geprocedeerd bij de rechter-commissaris, de raadkamer van de rechtbank en de Hoge Raad, waardoor in deugdelijke rechtsbescherming is voorzien.

III. Het onderhavige wetsvoorstel: zeer uitzonderlijke omstandigheden?

In het onderhavige wetsvoorstel wordt fundamenteel gebroken met de hiervoor weergegeven situatie. Het wetsvoorstel introduceert in art. 15, derde tot en met achtste lid, immers een uitzondering op het medische beroepsgeheim en verschoningsrecht. De MvT (p. 17) suggereert dat daarbij wordt aangeknoopt bij de jurisprudentie van de Hoge Raad, op grond waarvan het belang van de waarheidsvinding in zeer uitzonderlijke omstandigheden prevaleert boven het verschoningsrecht. Die suggestie is echter onterecht.

De Hoge Raad heeft in zijn rechtspraak benadrukt dat de vraag naar het bestaan van zeer uitzonderlijke omstandigheden niet in het algemeen kan worden beantwoord, maar van geval tot

³ Deze bepaling luidt als volgt: “Behoudens artikel 2.7.6.2.2.3, vijfde lid, kan van gegevens of aan voorwerpen te ontlene informatie waarover het verschoningsrecht zich uitstrekt geen kennis worden genomen, tenzij:

a. de professioneel verschoningsgerechtigde daar toestemming voor geeft;
b. de voorwerpen of gegevens het voorwerp van het strafbare feit uitmaken of tot het begaan daarvan hebben gediend; of
c. zeer uitzonderlijke omstandigheden maken dat het belang van de waarheidsvinding in een bepaald geval zwaarder weegt dan het maatschappelijk belang, bedoeld in artikel 1.6.2.2.2.”

⁴ Ex art. 98, 552a en 552d Sv resp. art. 2.7.6.2.4.1 (nieuw) en art. 2.7.6.2.4.2 (nieuw) Sv.

geval moet worden beoordeeld. Daarbij moet volgens de Hoge Raad worden gelet op de aard en de ernst van het strafbare feit ten aanzien waarvan het vermoeden bestaat dat het is begaan, de aard en de inhoud van het materiaal waarover zich het verschoningsrecht uitstrekt in verband met het belang dat door het verschoningsrecht wordt gediend, en de mate waarin de betrokken belangen van de patiënt worden geschaad indien het verschoningsrecht wordt doorbroken.⁵

Voorts volgt uit de rechtspraak van de Hoge Raad dat het bestaan van zeer uitzonderlijke omstandigheden in de regel slechts aan de orde is als de verschoningsgerechtigde zélf verdachte is (of na doorbreking van het verschoningsrecht kan worden). Als een arts wordt verdacht van een jegens zijn patiënt gepleegd delict zal onder omstandigheden immers aanleiding kunnen bestaan om het met het verschoningsrecht gemoeide algemene belang dat een ieder zich vrijelijk en zonder vrees voor openbaarmaking van het aan hem toevertrouwde tot een arts moet kunnen wenden, in dat concrete geval te relativiseren.⁶

Door het introduceren van een in algemene criteria vervatte uitzondering op het medisch beroepsgeheim, zoals het onderhavige wetsvoorstel voorstaat, wordt voornoemde rechtspraak van de Hoge Raad miskend. De MvT neemt kennelijk tot uitgangspunt dat sprake is van zeer uitzonderlijke omstandigheden die doorbreking van het verschoningsrecht rechtvaardigen indien het om ernstige misdrijven gaat, de identiteit van de verdachte bekend is en zijn lichaamsmateriaal niet op andere wijze kan worden afgenomen. Voor die stelling biedt de rechtspraak van de Hoge Raad echter geen enkel aanknopingspunt. Die rechtspraak leert juist dat de vraag naar het bestaan van zeer uitzonderlijke omstandigheden casuïstisch van aard is (en dus niet in algemene criteria kan worden vervat), terwijl zij voorts uitwijst dat van zeer uitzonderlijke omstandigheden vrijwel uitsluitend sprake zal zijn wanneer de verschoningsgerechtigde zelf verdachte is (of kan worden). Dat gaat dus om wezenlijk andere situaties dan die waarop het wetsvoorstel betrekking heeft.

Geconstateerd moet worden dat het wetsvoorstel een onwenselijke en systematisch onjuiste uitzondering behelst op een algemeen geaccepteerde benadering van het professioneel verschoningsrecht in een strafvorderlijke context. Het is de ACS niet duidelijk waarom de bestaande en goed functionerende praktijk – die in het nieuwe Wetboek van Strafvordering ook uitdrukkelijk wordt gecodificeerd – op het door het wetsvoorstel genoemde punt aanpassing zou behoeven.

IV. Het onderhavige wetsvoorstel: procedurele waarborgen

Ook de ‘procedurele waarborgen’ die in het wetsvoorstel liggen besloten zijn naar het oordeel van de ACS niet in overeenstemming met de wijze waarop in het strafprocesrecht pleegt te worden omgegaan met het professioneel verschoningsrecht.

In de eerste plaats is opmerkelijk dat het antwoord op de vraag of de verschoningsgerechtigde zich op zijn verschoningsrecht kan beroepen niet aan die verschoningsgerechtigde zelf wordt gelaten, maar door een externe partij (een deskundigencommissie c.q. de rechter-commissaris) moet worden gegeven. Dat uitgangspunt staat haaks op de rechtspraak van de Hoge Raad, die

⁵ Bijv. HR 5 juli 2011, ECLI:NL:HR:2011:BP6138 (rov. 4.3.2).

⁶ Idem, rov. 4.3.3.

ondubbelzinnig inhoudt dat het in eerste instantie de verschoningsgerechtigde zélf is die uitmaakt wat wel en wat niet onder zijn verschoningsrecht valt.⁷

In de tweede plaats is onduidelijk hoe de voorgestelde procedurele waarborgen zich verhouden tot de waarborgen die uit hoofde van het Wetboek van Strafvordering gelden bij inbeslagneming van verschoningsgerechtigde informatie. Zoals hierboven reeds is aangegeven kent het Wetboek van Strafvordering een beklagprocedure tegen de inbeslagneming en het gebruik van (potentieel) verschoningsgerechtigde informatie. Het komt de ACS onwenselijk voor dat die procedure niet zou gelden in de gevallen waarin het onderhavige wetsvoorstel voorziet, al was het alleen maar omdat de hoogste rechter zich daardoor niet over de (bepaald belangrijke) materie zou kunnen uitlaten. Onduidelijk is voorts wat de processuele positie is van de verschillende betrokkenen. Moet de verschoningsgerechtigde überhaupt worden gehoord voordat het advies en/of de machtiging kunnen worden gegeven? Hoe verhoudt zich het standpunt van de deskundigencommissie tot het oordeel van de rechter-commissaris? De MvT (p. 18) vermeldt in dit verband dat de rechter-commissaris het advies 'in principe' niet terzijde zal kunnen schuiven. Wat wordt hiermee bedoeld? Wie heeft het laatste woord? En wat is de rol van de verdachte en diens raadsman? Welke mogelijkheden staan de verschoningsgerechtigde en de verdachte ter beschikking als zij het met het oordeel van de deskundigencommissie en/of de rechter-commissaris niet eens zijn? Een nadere toelichting wordt hier naar het oordeel van de ACS node gemist.

In de derde plaats plaatst de ACS een kanttekening bij de minder strenge eisen die ten aanzien van een slachtoffer zouden kunnen gelden, alsmede bij de leer van de 'veronderstelde toestemming'. Opgemerkt moet worden dat de MvT (p. 18) onvoldoende onderkent dat een cruciaal argument voor die veronderstelde toestemming door de Hoge Raad wordt ontleend aan het bestaan van 'een ernstig vermoeden van verwijtbaar ondeskundig handelen van de arts' ten opzichte van die patiënt. Dat is evenwel niet de situatie waarop het wetsvoorstel betrekking heeft. In alle gevallen waarin de geheimhouder zelf geen verdachte is (en hem ook geen verwijt kan worden gemaakt) blijft overeind staan dat aan toestemming van (de familie van) het slachtoffer geen doorslaggevende betekenis kan worden toegekend (vgl. ECLI:NL:HR:2012:BU6088, ECLI:NL:HR:2009:BG5979 en ECLI:NL:HR:2011:BP6141). De toestemming van een slachtoffer kan dus niet zo lichtvaardig worden verondersteld als het wetsvoorstel doet voorkomen.

V. Noodzaak van het onderhavige wetsvoorstel

Gelet op voornoemde systematische en fundamentele bezwaren tegen de voorgestelde mogelijkheid tot het gebruik van lichaamsmateriaal voor strafvorderlijke doeleinden, mag worden verlangd dat de noodzaak van het wetsvoorstel in ieder geval duidelijk blijkt. Ook dat is echter niet het geval.

Het wetsvoorstel zet hoofdzakelijk in op situaties waarin de (bekende) verdachte overleden of onvindbaar is. Ten aanzien van een overleden verdachte geldt ingevolge art. 69 Sr evenwel dat geen recht tot strafvordering meer bestaat, zodat er – in de woorden van de MvT (p. 217) – geen bewijsvoering meer is rond te krijgen. Het ontgaat de ACS dan ook waarom het wetsvoorstel voor deze gevallen noodzakelijk zou zijn. Ten aanzien van de verdachte die onvindbaar is geldt voorts dat een (onwenselijke) verstekveroordeling hoe dan ook niet executeerbaar is, terwijl het DNA van

⁷ Bijv. HR 12 februari 2013, ECLI:NL:HR:2013:BV3004, NJ 2013/505 en HR 28 juni 2016, ECLI:NL:HR:2016:1324, NJ 2016/378.

deze verdachte langs normale weg kan worden afgenomen zodra hij wel is getraceerd. De toegevoegde waarde van het wetsvoorstel is hier dus minimaal.

Ten aanzien van een overleden en begraven slachtoffer is het wetsvoorstel overigens al evenmin noodzakelijk. De praktijk leert immers dat het mogelijk is om een dergelijk slachtoffer op te graven, teneinde DNA af te nemen.

Belangrijker is echter dat nergens uit blijkt waarom de huidige procedure, waarin zo nodig via de normale weg van een beklagprocedure wordt getoetst of sprake is van zeer uitzonderlijke omstandigheden die doorbreking van het medisch verschoningsrecht rechtvaardigen, niet werkbaar zou zijn. Het komt de ACS onjuist voor om een zwaarwegende, principiële uitzondering op het medisch beroepsgeheim te introduceren, zonder dat de noodzaak van een dergelijke uitzondering is gebleken. In dit verband roept de ACS in herinnering dat art. 6, eerste lid, van de *Aanwijzingen voor de regelgeving* (zoals laatstelijk gewijzigd bij Stcrt. 2011, nr. 6602) bindend voorschrijft dat tot het tot stand brengen van nieuwe regelingen alleen wordt besloten indien de noodzaak daarvan is komen vast te staan. Het kan geen kwaad dit gebod nog eens extra onder de aandacht te brengen. Terughoudendheid is hier overigens temeer geboden nu naar de huidige stand van de rechtspraak nauwelijks consequenties (in termen van bewijsuitsluiting etc.) worden verbonden aan de niet-naleving van procedurele voorschriften, zodat niet teveel rechtsbescherming uitgaat van de procedurele waarborgen die het wetsvoorstel omgeven. Het risico op misbruik van de voorgestelde inbreuk op het medisch beroepsgeheim mag bepaald niet worden onderschat.

Het komt de ACS ten slotte juist voor om in het kader van de noodzaak van dit wetsvoorstel op een punt van uitvoering te wijzen. De vordering tot verstrekking wordt gericht aan de 'beheerder', met andere woorden: aan het ziekenhuis c.q. de medicus in kwestie. Dat veronderstelt dat bekend is welk ziekenhuis of welke medicus over het betreffende lichaamsmateriaal beschikt. Hoe komt het openbaar ministerie daar echter achter? Deze informatie valt op zichzelf ook onder het verschoningsrecht en kan dus niet worden gevorderd van de verschoningsgerechtigde, in ieder geval niet zonder de 'gewone' geheimhoudersprocedure te doorlopen. Of mag het openbaar ministerie aan alle verschoningsgerechtigden en potentiële bewaarders een vordering doen? Dan is feitelijk sprake van een *fishing expedition*, hetgeen niet de bedoeling kan zijn.

VI. Overgangsrecht

In de MvT (p. 26) wordt er terecht op gewezen dat het EVRM verlangt dat een beperking van het recht op privacy bij wet moet zijn voorzien. Het in art. 24, derde lid, van de Wet voorgestelde overgangsrecht voldoet niet aan dit vereiste, nu het mogelijk maakt dat met terugwerkende kracht gebruik wordt gemaakt van reeds afgenomen materiaal, terwijl dat gebruik ten tijde van de afname niet te voorzien was.

VII. Conclusie

De ACS is van oordeel dat de noodzaak van de in art. 15 van de Wet voorgestelde mogelijkheid tot het gebruik van lichaamsmateriaal voor strafvorderlijke doeleinden niet is gebleken, terwijl het voorstel wel een vergaande (categorisch afgebakende) inbreuk op het medisch beroepsgeheim introduceert. Daarmee wordt aan het belang en de positie van het professioneel verschoningsrecht

in een strafvorderlijke context – zoals zorgvuldig tot uitdrukking gebracht in de huidige wet, in toekomstige wetgevingsvoorstellen en in de rechtspraak van de Hoge Raad – tekort gedaan.

Voorts acht de ACS het voorgestelde overgangsrecht strijdig met het EVRM.