

Het medisch beroepsgeheim



Een leidraad door de doolhof

Student: Drs. C.A. Nortier
Begeleiders: mr. M. Boerlage en prof. mr. E.P.R. Sutorius
Universiteit: Universiteit van Amsterdam
Faculteit der Rechtsgeleerdheid
Datum: juli 2006

Afbeelding omslag afkomstig van www.dunbrodyabbey.com.

Het medisch beroepsgeheim

Een leidraad door de doolhof

INHOUDSOPGAVE

| | |
|---|----|
| Inleiding en probleemstelling | 6 |
| Hoofdstuk 1. Introductie tot het medisch beroepsgeheim | 10 |
| 1.1. Algemeen | 10 |
| 1.1.1. Geschiedenis van het medisch beroepsgeheim in vogelvlucht | 10 |
| 1.1.2. Algemene ratio van het medisch beroepsgeheim | 11 |
| 1.1.3. Het medisch beroepsgeheim: absoluut of relatief? | 14 |
| 1.2. Wetsartikelen met betrekking tot het medisch beroepsgeheim | 16 |
| 1.2.1. Art. 272 Sr: de zwijgplicht | 16 |
| 1.2.2. Art. 218 Sv: het verschoningsrecht | 18 |
| 1.3. Problemen en onduidelijkheden rond het medisch beroepsgeheim | 20 |
| 1.4. Onderscheid zwijgplicht en verschoningsrecht | 22 |
| Hoofdstuk 2. Gerechvaardigde schendingen van het medisch beroepsgeheim | 25 |
| 2.1. Inleiding | 25 |
| 2.1.1. Vertrouwensrelatie arts-patiënt | 26 |
| 2.1.2. Object van het medisch beroepsgeheim | 27 |
| 2.1.3. Wie heeft zeggenschap over het geheim? | 28 |
| 2.1.4. Subsidiariteit en proportionaliteit | 29 |
| 2.2. Gerechvaardigde doorbrekingen van het medisch beroepsgeheim | 30 |
| 2.2.1. De wettelijke meldplicht | 31 |
| 2.2.2. Toestemming van de patiënt | 32 |
| 2.2.3. Conflict van plichten | 37 |
| 2.3. Het conflict van plichten; een nieuwe benadering | 38 |
| 2.3.1. Het conflict van plichten in relatie tot de zwijgplicht | 42 |
| 2.3.2. Het conflict van plichten in relatie tot het verschoningsrecht | 45 |
| 2.4. Stroomdiagram | 48 |
| Hoofdstuk 3. Het medisch beroepsgeheim in de actualiteit | 50 |
| 3.1. Kindermishandeling | 50 |
| 3.1.1. Inleiding | 50 |
| 3.1.2. Melding van kindermishandeling vóór nieuwe WJZ | 51 |
| 3.1.3. De nieuwe Wet op de Jeugdzorg | 52 |
| 3.1.4. Bespreking nieuwe wetgeving | 55 |
| 3.2. HR 29 juni 2004, NJ 2005/273 | 60 |
| 3.2.1. Inleiding | 60 |
| 3.2.2. Het arrest | 60 |
| 3.2.3. Naar een conflict van plichten op morele gronden? | 65 |
| 3.3. Wettelijke meldplichten | 67 |
| 3.3.1. Inleiding | 67 |
| 3.3.2. Enige aspecten van meldplichten | 67 |
| Hoofdstuk 4. Conclusie | 72 |
| 4.1. Inleiding | 72 |
| 4.2. Stroomdiagram | 73 |
| 4.2.1. De zwijgplicht en het stroomdiagram | 74 |
| 4.2.2. Het verschoningsrecht en het stroomdiagram | 76 |
| 4.3. Ten uitgeleide | 79 |
| Literatuurlijst | 81 |

Inleiding en probleemstelling

Inleiding

Bij het afleggen van de artseneed belooft iedere pas afgestudeerde arts dat: 'ik zal geheimhouden wat mij is toevertrouwd'.¹ Deze belofte van het medisch beroepsgeheim wordt gezien als een van de belangrijkste pijlers van het geneeskundig vak: zonder vertrouwensrelatie met de patiënt ontbreekt de basis voor een goede behandeling en wordt de kans op genezing kleiner.²

Het is duidelijk dat geen enkele arts het genezingsproces een strobreed in de weg wil zitten; dat is immers waar hij zo lang voor is opgeleid. Maar zo vanzelfsprekend als het medisch beroepsgeheim wellicht op het eerste gezicht lijkt, zo veel onduidelijkheden brengt het in de praktijk met zich mee. Niet in de laatste plaats is dit omdat aan het medisch beroepsgeheim niet alleen geneeskundige overwegingen ten grondslag liggen, maar sinds het beroepsgeheim aan het eind van de 19^e eeuw een wettelijke basis kreeg³, is het vooral een juridisch leerstuk geworden. De vele jurisprudentie die in de loop der tijd rond het medisch beroepsgeheim is ontstaan, vormt een ondoorgrondelijke informatiebron waaruit de arts moet putten wanneer hij te maken krijgt met het maken van afwegingen op basis van zijn beroepsgeheim. Niet voor niets gaf Hazewinkel-Schuringa haar nog immer veelgeciteerde werk over het beroepsgeheim, de titel '*De doolhof van het beroepsgeheim*'.⁴

Deze ondoorgrondelijkheid van de materie geldt niet alleen voor niet-juristen. Ook voor juristen vormt de dynamiek van de dikwijls tegengestelde belangen waar men bij het medisch beroepsgeheim mee te maken krijgt, een obstakel om de zaken duurzaam in perspectief te plaatsen.⁵ Iedere verandering in opvatting of verlegging van prioriteiten in de samenleving gaat gepaard met een verschuiving binnen de constellatie van belangen die op dat moment voor het beroepsgeheim gelden. En steeds krijgen weer andere belangen het predicaat van 'zwaarste belang' opgelegd. Op het gebied van de geneeskunde worden deze invloeden extra sterk gevoeld omdat het beroep van arts een spilfunctie vervult op veel

¹ *De Nederlandse Artseneed*, Utrecht: VSNU/ KNMG, 2003.

² Met de Wet op de beroepen in de individuele gezondheidszorg (BIG) werd in 1994 de eed als voorwaarde voor toelating tot het beroep afgeschaft. Zij bleef nog wel figureren als een plechtige afsluiting van de opleiding. Vergelijk ook E.B. van Veen in het hieronder (noot 5) genoemde preadvies uit 2004, p. 23.

³ De ambtelijke en beroepsmatige geheimhoudingsplicht werd in 1886 in art. 272 Sr verankerd: Wet van 15 april 1886, Stb 1886, 64. Laatstelijk gewijzigd bij de wet van 21 april 1984, Stb. 1984, 129.

⁴ D. Hazewinkel-Schuringa, *De doolhof van het beroepsgeheim*, Haarlem: H.D. Tjeenk Willink, 1959. Sinds het verschijnen van dit werk is de term doolhof veelvuldig door schrijvers over dit onderwerp overgenomen.

⁵ Veelzeggend in dit verband is de titel van het onlangs verschenen preadvies van de Vereniging voor Gezondheidsrecht, *Het beroepsgeheim, continuïteit en verandering*, Den Haag: Sdu Uitgevers, 2004.

gebieden in de samenleving. Maatschappelijke thema's, zoals bijvoorbeeld een goed functionerende medische stand, de privacyrechten van de patiënt, de veiligheid in de samenleving etc., hebben elkaar in de tijd afgewisseld en de grondslag geleverd voor het maken van uiteenlopende afwegingen. Vooral door maatschappelijk heikle punten als euthanasie, kindermishandeling en recent het internationaal terrorisme, is duidelijk geworden dat heersende opvattingen met betrekking tot het medisch beroepsgeheim op vrij korte termijn opzij kunnen worden gezet door het uitvaardigen van nieuwe wetten waarin bijvoorbeeld meldplichten zijn vervat. Het is echter maar de vraag of dergelijke codificaties leiden tot een consequentere benadering van het leerstuk.⁶ Waar in het ene geval een doorbreking van het beroepsgeheim wordt gerechtvaardigd met het oog op de belangen van de patiënt (kindermishandeling), tellen in het andere geval de belangen van die patiënt juist nauwelijks mee in de afweging (terrorisme).⁷ Is in het ene geval sprake van een *meldplicht* voor artsen (euthanasie), in het andere geval creëert men juist een *meldrecht* (kindermishandeling).

Niet alleen de wetgever lijkt zich niet vast te willen pinnen op een eenduidige benadering van het beroepsgeheim in het algemeen en het medisch beroepsgeheim in het bijzonder. Ook uit de jurisprudentie komt een beeld naar voren waarin het medisch beroepsgeheim een wisselende status wordt toebedeeld. Stond tot voor kort als een paal boven water dat het opsporingsbelang moet wijken voor het belang dat wordt gediend met het medisch beroepsgeheim, uit een recent arrest van de Hoge Raad blijkt nu zelfs dat de opsporing van misdrijven, gepleegd in het verleden, aanleiding kan geven het verschoningsrecht van een geheimhouder opzij te zetten.⁸ Ook worden, vooral door lagere rechters, criteria voor een gerechtvaardigde doorbreking van het beroepsgeheim, niet consequent gehanteerd. Zo werd onlangs een arts veroordeeld omdat hij zich *niet* voor een conflict van plichten gesteld zag. Hoewel dit op zichzelf al een unicum was – meestal gaat het juist om artsen die zich *onterecht* op een conflict van plichten hebben beroepen - was in dit geval des te opmerkelijker dat het conflict van plichten al aanwezig werd geacht op basis van slechts twee criteria, daar waar volgens het door velen gehanteerde 'rijtje van Leenen'⁹ ten minste zes criteria bestaan voor de aanwezigheid van een conflict van plichten. De

⁶ Zie ook Hoofdstuk 3, paragraaf 3.3.

⁷ Er bestaat nog geen wetgeving waarin artsen en andere geheimhouders worden verplicht om hun vermoedens met betrekking tot terroristische activiteiten van hun patiënten aan justitie door te geven. Geheel ondenkbeeldig is dit scenario in de naaste toekomst niet, gezien de voortvarendheid waarmee het probleem tegemoet wordt getreden. Voor andere geheimhouders, zoals advocaten en notarissen bestaat wel een meldplicht met betrekking tot criminele activiteiten van hun cliënten. Deze meldplicht staat in de Wet Meldpunt Ongebruikelijke Transacties (Wet MOT 2003).

⁸ HR 29 juni 2004, *NJ* 2005/ 273. Dit arrest zal uitgebreid aan de orde komen in Hoofdstuk 3, paragraaf 3.2.

⁹ Voor de invulling van het conflict van plichten geldt het 'cumulatieve rijtje van Leenen', zo genoemd door W. Kastelein in haar bijdrage aan het preadvies uit 2004, t.a.p.,p. 150. Zie ook Hoofdstuk 2, paragraaf 2.3.

rechtbank oordeelde: '*dat weliswaar niet aan alle voorwaarden voor een conflict van plichten is voldaan, doch ten minste aan twee*'.¹⁰

Wat opvalt in de jurisprudentie en de rechtsliteratuur met betrekking tot het medisch beroepsgeheim is dat de termen 'individuele, maatschappelijke en professionele belangen', over elkaar buitelen en lijken te strijden om de status van het meest gewichtige belang. Soms wordt een maatschappelijk belang aangehaald om het beroepsgeheim te doorbreken, zoals bij het bovengenoemde arrest van de rechtbank Assen, en soms dient juist een maatschappelijk belang, bijvoorbeeld de onbevreesde gang naar de hulpverlener, als argument om het niet te doorbreken. Dergelijke tweeslachtige belangen kunnen zelfs tegenover elkaar komen te staan in één afweging. Dit alles staat dikwijls aan het maken van een professioneel verantwoorde en tegelijkertijd juridisch zuivere belangenafweging in de weg. Hierdoor ontstaat onzekerheid bij zowel artsen, die op het maken van een verkeerde afweging kunnen worden afgerekend, als bij patiënten, op wiens geheimen de afweging betrekking heeft.

Probleemstelling en aanpak scriptie

Uit het voorgaande blijkt dat de benadering van het medisch beroepsgeheim door de personen en autoriteiten die er mee te maken hebben, zeer inconsequent is. Dit probleem wordt mijns inziens grotendeels veroorzaakt door het feit dat er een duidelijk en gestructureerd overzicht van de in het geding zijnde belangen ontbreekt. Ook ontbreekt het aan een stroomschema aan de hand waarvan de arts systematisch door zijn afwegingen geloodst kan worden en tot een gerechtvaardigde doorbreking van zijn beroepsgeheim kan komen. Het doel van deze scriptie is het opvullen van deze beide hiaten.

In Hoofdstuk 1 bespreek ik ter introductie enkele algemene zaken met betrekking tot het medisch beroepsgeheim, zoals de geschiedenis (paragraaf 1.1.1), de betreffende wetsartikelen (paragraaf 1.2.) en de problemen en onduidelijkheden die rond het onderwerp zijn ontstaan (paragraaf 1.3.). In paragraaf 1.4. maak ik een onderscheid tussen doorbrekingen van het beroepsgeheim op basis van respectievelijk de zwijgplicht en het verschoningsrecht. Dit onderscheid zal in de rest van de scriptie tot uitgangspunt dienen.

In Hoofdstuk 2 vindt een systematische bespreking plaats van de drie gerechtvaardigde doorbrekingen van het beroepsgeheim die in de jurisprudentie zijn aanvaard (paragraaf 2.2. e.v.). Bijzondere aandacht besteed ik hierbij aan het conflict van

¹⁰ Rechtbank Assen 16 juli 2003, *TvGr* 2003-64; In feite wilde deze rechtbank duidelijk maken dat er soms een maatschappelijke plicht bestaat om het beroepsgeheim te doorbreken, maar het is er niet in geslaagd om een criterium hiervoor aan te leggen.

plichten omdat de criteria die hiervoor worden gehanteerd naar mijn mening te veel afwijken van het oorspronkelijke concept van overmacht. Ik geef in paragraaf 2.3. een 'nieuwe' benadering van het conflict van plichten. In paragraaf 2.4. zal ik op basis van mijn bevindingen in Hoofdstuk 2, een stroomdiagram presenteren aan de hand waarvan een arts tot een gerechtvaardigde doorbreking van zijn beroepsgeheim kan komen.

In Hoofdstuk 3 sta ik stil bij de omstandigheid dat het medisch beroepsgeheim steeds meer onder druk komt te staan van het maatschappelijk zwaar gewaardeerde belang van de opsporing van ernstige misdrijven. Dit betreft met name misdrijven waarvan men meent dat ze de veiligheid van de samenleving als geheel ernstig kunnen ondermijnen, zoals kindermishandeling, terrorisme en andere misdrijven tegen het leven van personen gericht. Ik zal deze actualiteit bespreken aan de hand van nieuwe wetgeving met betrekking tot het meldrecht van kindermishandeling (paragraaf 3.1. e.v.), een recent arrest (paragraaf 3.2. e.v.) en de wijze waarop nieuwe meldplichten binnen de samenleving steeds vaker een legitimatie vinden. (paragraaf 3.3. e.v.)

In het concluderende Hoofdstuk 4 zal ik het door mij geïntroduceerde stroomdiagram toetsen als instrument bij doorbrekingen op basis van de zwijgplicht (paragraaf 4.2.1.) en het verschoningsrecht (paragraaf 4.2.2.).

Hoofdstuk 1. Introductie tot het medisch beroepsgeheim

1.1. Algemeen

1.1.1. Geschiedenis van het medisch beroepsgeheim in vogelvlucht

Het medisch beroepsgeheim heeft een lange geschiedenis die terugvoert tot de tijd van Hippocrates toen de befaamde eed werd opgesteld.¹¹ De toenmalige opstellers van de eed hadden niet dezelfde concepties van privacy en medische ethiek voor ogen zoals dat vandaag de dag het geval is. De eed was ook niet bedoeld om rechten of geheimen van patiënten te beschermen, maar met het uitspreken van de eed gaf men aan dat men tot een bepaalde groep genezers ging horen, ter onderscheiding van andere concurrerende genezers uit die tijd. Het was dus veeleer een getrouwensbelofte aan de opleider en aan de andere genezers uit de groep en niet zozeer een ethische belofte. Uiteraard kwam in de eed wel tot uitdrukking wat de groep als een deugdzame beroepsuitoefening beschouwde. In de literatuur wordt de eed van Hippocrates in verband gebracht met een specifieke filosofische stroming die zwijgzaamheid hoog in het vaandel had staan.¹²

Vanaf 1750 werd de eed uitgesproken door genezers die een meer humanistische benadering van het artsenberoep voorstonden. In deze conceptie lag de nadruk op medemenselijkheid, geduld, discretie en geheimhouding, eer, soberheid en vooral sympathie met de patiënt. Ook in deze tijd diende het afleggen van de eed vooral om aan te geven dat men tot een bepaald 'esprit de corps' behoorde, waarmee men zich wilde onderscheiden van anderen, zoals kwakzalvers.

Pas vanaf de 19^e eeuw kreeg het beroepsgeheim ook betekenis buiten het domein van de medische elite. Met de groeiende rol van de rijksoverheid op het terrein van de volksgezondheid, kwam het tot een verankering van een eed in de wet en werd deze een voorwaarde voor toelating tot het beroep van geneeskundige, apotheker of vroedvrouw.¹³ De geheimhoudingsplicht speelde hierin een voorname rol. Maar de bemoeienis van de

¹¹ De klassieke tekst met betrekking tot het beroepsgeheim luidt: 'dat ik, welk huis ik ook binnentrede, alles, wat ik gedurende mijn geneeskundig beroep of ook zonder dit, zien of horen mocht met betrekking tot het leven der mensen en dat niet verder verbreid mag worden, zal verzwijgen', zoals geciteerd door D. Hazewinkel-Suringa, De doolhof van het beroepsgeheim, Haarlem: H.D. Tjeenk Willink, 1959, p. 70, noot 1.

¹² Vergelijk E.B. van Veen in zijn bijdrage aan het preadvies van 2004, t.a.p., p. 22.

overheid met betrekking tot het medisch beroepsgeheim beperkte zich niet slechts tot het waarborgen van de kwaliteit van de medische beroepsgroep. In 1886 werd de geheimhoudingsplicht als het ware uit de eed gelicht en kreeg het een zelfstandige plaats toebedeeld in het Wetboek van Strafrecht. De wetgever erkende met het invoeren van het art. 272 Sr dat het vertrouwen in sommige beroepen een zodanig essentiële rol speelt, dat dit strafrechtelijke bescherming behoeft.

Intussen zijn in de wet voldoende waarborgen gegeven voor een goed functionerende medische beroepsgroep. De eed is uit de wet verdwenen als voorwaarde voor toelating tot het beroep¹⁴ en wordt slechts nog ter plechtige afsluiting van de geneeskundestudie uitgesproken. Hoewel ook de geheimhoudingsplicht in diverse (o.a. gezondheidsrechtelijke) wetten is ondergebracht, heeft de wetgever het nog altijd als noodzakelijk beschouwd de geheimhoudingsplicht strafrechtelijk te beschermen. Hoe groot dat belang wordt geacht blijkt nog eens te meer uit het feit dat de geheimhoudingsplicht van sommige beroepsbeoefenaren zelfs tegenover de rechter in foro mag worden gehandhaafd. Daar waar een iedere burger verplicht is te getuigen wanneer hij door de rechter is opgeroepen, mogen deze geheimhouders bij hoge uitzondering zich onthouden van medewerking aan het proces van waarheidsvinding door een beroep te doen op hun verschoningsrecht (art. 218 Sv).

1.1.2. Algemene ratio van het medisch beroepsgeheim

Afhankelijk van de groep vertegenwoordigers binnen de samenleving die met het medisch beroepsgeheim te maken krijgt, - medici, juristen, wetgevende instanties maar ook patiënten -, wordt aan de noodzaak voor het bestaan van het medisch beroepsgeheim een verschillende ratio gegeven.

Medici zelf ontlenen het belang van hun beroepsgeheim vooral aan de individuele vertrouwensrelatie met hun patiënten, die danig zou worden verstoord als geheimen van patiënten tegen hun wil door de arts aan derden bekend zouden worden gemaakt. Een zodanig verstoorde vertrouwensrelatie staat doorgaans een goede behandeling in de weg waardoor de uitoefening van het vak praktisch onmogelijk zou worden. Maar ook de reputatie van de beroepsgroep als geheel staat op het spel.¹⁵ Het medisch beroep wordt wel beschouwd als een *officium nobile*. Hiermee wordt bedoeld op een beroep dat groot aanzien

¹³ Wet van 1 juni 1865, Stb. 60.

¹⁴ Dit gebeurde in 1994 met de invoering van de Wet op de beroepen in de individuele gezondheidszorg (BIG). Wet van 11 november 1993, Stb. 655, iwtr. 1 januari 1994.

geniet omdat het van essentieel belang is voor de samenleving, - immers de volksgezondheid is in het geding -, en omdat het berust op gespecialiseerde kennis die door de beoefenaar pas na een lange opleiding wordt vergaard.¹⁶ Met name de georganiseerde beroepsgroep van medici, zoals in Nederland de Koninklijke Nederlandse Maatschappij tot bevordering der Geneeskunst (de KNMG), waakt nauwlettend over de integriteit van haar leden door hen door middel van regelingen en richtlijnen te wijzen op de verantwoordelijkheden die het *officium nobile* met zich meebrengt. Het hanteren van het medisch beroepsgeheim krijgt hierbij grote aandacht.

Vanuit het oogpunt van de patiënt is vooral het recht op bescherming van zijn privacy van belang. Het medisch beroepsgeheim van de arts voorkomt immers dat gevoelige informatie over zijn persoon niet zonder zijn toestemming bij derden terechtkomt. Uiteraard is ook zijn gezondheid in het geding, omdat, zoals uit het bovenstaande blijkt, zonder wederzijdse openheid geen sprake kan zijn van een goede behandeling. Doch dit is slechts een *indirect* gevolg van het niet eerbiedigen door de arts van de privacy van de patiënt.

Hoewel de visies van medici en patiënten op het beroepsgeheim buitengewoon belangrijk zijn omdat zij immers behoren tot de groep van rechtstreeks betrokkenen, en omdat zij, - in het geval van de arts -, zelfs diegenen zijn die beslissen over de wijze waarop het wordt toegepast, is het vooral de ratio die de wetgever en juristen aan het leerstuk hebben gegeven, die richtinggevend is geweest in de discussies rond het beroepsgeheim. De ratio die de wetgever aan het medisch beroepsgeheim heeft verbonden wordt niet zozeer gevonden in de sfeer van de arts-patiëntrelatie of de beroepsmoraal, maar heeft begrijpelijkerwijs veeleer een maatschappelijke strekking. De nadruk wordt in deze zienswijze gelegd op de belangrijke (en onmisbare) taak die voor de gezondheidszorg in de samenleving is weggelegd en de noodzaak dat zij goed blijft functioneren. In het geval van bijvoorbeeld het geneeskundig beroep is dit slechts mogelijk indien het vertrouwen in de hulpverlener kan worden gegarandeerd omdat vertrouwen nu juist het wezenskenmerk uitmaakt van de medische hulpverlening. Sinds een arrest van de Hoge Raad uit 1913 werd dit algemeen maatschappelijk belang verwoord als de 'onbevreesde gang naar de hulpverlener': 'dat al hetwelk geacht moet worden den geneesheer als zodanig te zijn toevertrouwd geheim blijve, vermits alleen bij voldoening aan dien eisch kan worden voorkomen dat zieken zelve, of zij die geroepen zijn voor hen te zorgen, uit vrees voor

¹⁵ Vergelijk R.L.M. Wijshoff-Vogelzang, *Arts-Patiënt*, Deventer: Kluwer, 1985: p. 69: 'de schending van het geheim wordt als een handeling beschouwd die het vertrouwen in de stand der geneeskundigen ondermijnt'.

¹⁶ Verburg benoemt dit element met de term 'exclusiviteit': Vast moet kortom staan, dat bij een bepaald type van probleem alleen de beoefenaar van dat beroep adequate hulp kan verlenen". J.J.I. Verburg, *Het verschoningsrecht van getuigen in strafzaken*, Groningen: H.D. Tjeenk Willink, 1975: p. 89.

openbaarheid zich laten weerhouden geneeskundige hulp in te roepen'.¹⁷ Men ging van de veronderstelling uit dat een grote groep patiënten, uit vrees dat bepaalde persoonlijke informatie in handen zou komen bij de verkeerde personen, zou wegblijven bij de hulpverleners en op die manier verstoken zou blijven van adequate hulp. Sommige tegenstanders van een vergaand medisch beroepsgeheim meenden echter dat de drang naar zelfbehoud sterker zou zijn dan de angst voor het bekend worden van persoonlijke informatie.¹⁸ Uit Amerikaans onderzoek uit de jaren tachtig is inmiddels gebleken dat het beroepsgeheim van de arts wel degelijk van invloed is op de hulpvraag.¹⁹

Hoewel de volksgezondheid en een onverstoorde gang naar de hulpverlener nog steeds een belangrijke plaats in onze samenleving innemen, is het zwaartepunt van de ratio van het medisch beroepsgeheim in de laatste decennia voortdurend verplaatst. Vanaf de jaren tachtig werd er steeds meer belang gehecht aan de rechten van het individu en hierdoor werd de ratio van het medisch beroepsgeheim voornamelijk gezocht in het recht op privacy van de patiënt. In de jaren negentig bleek de politiek van vrije ontplooiing van het individu en terughoudende bemoeienis van de overheid met het persoonlijke leven van de burgers tekort te schieten toen bleek dat grote groepen zwakkeren en weerlozen het niet redden in het sterk individualistisch getinte klimaat. Maatschappelijke heikele kwesties als kindermishandeling en huiselijk geweld die zich veelal in de verborgenheid afspeelden, werden door de grote schaal waarop het bleek plaats te vinden beschouwd als een bedreiging voor velen. De bestrijding ervan werd gezien als een maatschappelijke noodzaak en kon slechts worden bewerkstelligd door openheid van diegenen die er mee in aanraking kwamen.

In de laatste paar jaar is de aandacht voor het welzijn en de veiligheid van bepaalde zwakke groepen in onze samenleving verschoven naar de veiligheid voor *alle* burgers. In de strijd tegen de georganiseerde criminaliteit en het internationaal terrorisme wordt een ieder opgeroepen zijn of haar steentje bij te dragen in het voorkomen van situaties van onveiligheid door bijvoorbeeld het verstrekken van informatie die de veiligheid ondermijnende netwerken helpt blootleggen. Ook de opsporing van bepaalde maatschappelijke misstanden die in veel gevallen slechts op een kleine groep van toepassing zijn, worden door de impact die ze hebben op de samenleving, beschouwd als een

¹⁷ HR 21 april 1913, *NJ* 1913, 958.

¹⁸ D. Hazewinkel-Suringa verzet zich hevig tegen de groep critici van een vergaand medisch beroepsgeheim die meent dat het instinct tot zelfbehoud bij mensen sterk genoeg zou werken om toch naar een arts te gaan, ook wanneer zij weten dat deze tegenover een rechter zou moeten spreken. Sterker nog, zij stelt 'Angst dat de dokter zal aanbrengen of getuigen, kan de misdadiger medische hulp doen versmaden met de kans dat hij de dood belooft voor een vergrijp, waarvoor deze allicht niet is verdiend.' T.a.p., 1959: p.42.

¹⁹ Zie ook paragraaf 2.1.1. voor de bronvermeldingen van deze onderzoeken.

bedreiging voor iedereen. De methodes om aan informatie te komen die politie en justitie ten dienste staan worden steeds talrijker. Dit gaat tegelijkertijd gepaard met een afkalving van een aanzienlijk deel van de grondrechten van de burgers. Maar door velen lijkt dit te worden beschouwd als een soort nieuwe burgerplicht waarmee een veiligere samenleving kan worden bereikt. Het medisch beroepsgeheim dat in essentie nu juist voorkomt dat bepaalde informatie openbaar wordt, komt in botsing met deze nieuwe burgerplicht. Uit jurisprudentie van voornamelijk lagere rechters, maar onlangs ook in een arrest van de Hoge Raad²⁰, volgt dat het medisch beroepsgeheim steeds vaker wijkt voor andere belangen waarbij de veiligheid van burgers in het geding is.

Zo wordt duidelijk hoe de aard van de samenleving een sterke invloed heeft op de wijze waarop aan de ratio en de reikwijdte van het medisch beroepsgeheim inhoud wordt gegeven. Het is de vraag of specifieke nuanceringen, zoals bijvoorbeeld de codificering van het meldrecht voor kindermishandeling, en het bijbrengen van conflicterende 'burgersplichtsgevoelens' bij artsen, het antwoord vormen in de benadering van het medisch beroepsgeheim. Dit zal in hoofdstuk 3 nader worden bekeken.

1.1.3. Het medisch beroepsgeheim: absoluut of relatief?

Hoewel in de rechtsliteratuur over veel aspecten met betrekking tot het medisch beroepsgeheim nog geen eenduidigheid is bereikt, is men het er in het algemeen over eens dat het medisch beroepsgeheim niet absoluut is. De gedachte dat een arts in alle toonaarden zwijgt over de privégegevens van zijn patiënt lijkt een aantrekkelijk gegeven met het oog op de vertrouwensrelatie tussen arts en patiënt, en past in de opvatting dat een goede vertrouwensrelatie onontbeerlijk is voor het gunstige verloop van de geneeskundige behandeling. Maar door de meesten wordt tegenwoordig gemeend dat de verantwoordelijkheden van de arts veel verder reiken dan het eigen vakgebied.²¹ Door zijn spilfunctie in de samenleving begeeft de arts zich op de meest uiteenlopende maatschappelijke terreinen van bijvoorbeeld sociaal- en maatschappelijk werkers, verzekeringsmaatschappijen, arbeidsorganisaties, maar ook van politie en justitie. Hij komt op die manier in aanraking met andere belangen en normen waarvoor hij zijn verantwoordelijkheid niet mag ontlopen, en die soms kunnen botsen met de belangen die

²⁰ HR 29 juni 2004, *NJ* 2005/273.

²¹ Dat het beroepsgeheim niet absoluut is, blijkt ook uit de volgende overweging van de Hoge Raad in het arrest van 14 december 1948 (*NJ* 1949/ 95): 'dat de mogelijkheid bestaat dat met de openbaarmaking van het geheime stuk een algemeen belang wordt gediend, zwaarder wegend dan het belang dat bij het bewaren van het geheim is betrokken; dat dan de rechter, die de omstandigheden van het geval heeft te beoordelen, zal beslissen of de openbaarmaking al dan niet een strafbaar feit oplevert.'

worden gedekt door het medisch beroepsgeheim. Indien deze andere belangen in de ogen van de arts ook nog eens zwaarder wegen, kan hij ertoe besluiten zijn beroepsgeheim te doorbreken.

Het medisch beroepsgeheim is dus relatief; aan een eventuele doorbreking ervan moet een uitgebreide belangenafweging voorafgegaan zijn. Het maken van die afweging dient door de arts zelf te gebeuren, en is in zekere zin subjectief, maar in de loop van de laatste eeuw zijn in de jurisprudentie en in de rechtsliteratuur verschillende criteria ontwikkeld, waaraan een gerechtvaardigde doorbreking moet voldoen. Dit zou een consequente hantering van het beroepsgeheim moeten opleveren, zodat alle betrokkenen, namelijk patiënten, artsen én samenleving, weten waar ze aan toe zijn wanneer een beslissing op dit punt moet worden genomen. Betrouwbaarheid en integriteit is immers een eerste vereiste waar het het medisch beroepsgeheim betreft. Desondanks hebben de geboden criteria niet altijd voor de gewenste duidelijkheid gezorgd. In de eerste plaats heeft dit te maken met het feit dat het altijd een afweging van verschillende belangen blijft, waarbij de onderlinge samenhang tussen de belangen, in iedere situatie weer anders kan komen te liggen. In die finale beoordeling staat de arts alleen en blijft altijd sprake van een bepaalde mate van subjectiviteit. Een complicerende factor bij het maken van een afweging is dat dezelfde belangen zowel kunnen worden aangevoerd als reden om het beroepsgeheim te bewaren, als om het te doorbreken. Te denken valt bijvoorbeeld aan het belang van de patiënt. Bij een vermoeden van kindermishandeling kan het in het belang van het kind (de patiënt) zijn dat de arts de gemeente mishandeling doorgeeft aan andere instanties die het kind voor verder onheil kunnen behoeden, maar tegelijkertijd kan het in het belang van het kind zijn om familierelaties niet verder onder druk te zetten met als mogelijk neveneffect dat het nog meer agressie over zich heen krijgt en wellicht door zijn ouders aan het medische circuit wordt onttrokken.

Een soortgelijke dubbelzinnigheid valt te ontwaren in het reeds enkele malen aangehaalde arrest van de Hoge Raad²² waarbij een van de belangrijkste argumenten voor het medisch beroepsgeheim, namelijk een onbevreesde gang naar de hulpverlener, juist werd aangegrepen als argument om het medisch beroepsgeheim te laten wijken voor de waarheidsvinding. De rechtbank stelde dat het achterwege blijven van een onafhankelijk (strafrechtelijk) onderzoek, 'ten gevolge van de uitoefening van het verschoningsrecht in een zaak als de onderhavige, afbreuk kan doen aan het maatschappelijk belang dat de ouders van een kind zich vrijelijk en zonder vrees voor het wegvallen van die bescherming voor hun kind om bijstand en advies tot een arts moeten kunnen wenden en hun kind als patiënt in

een centrum als het onderhavige moeten kunnen laten opnemen.' Ofwel het feit dat de arts zich in dit geval aan zijn beroepsgeheim houdt, zou ouders in de toekomst kunnen doen besluiten hun kinderen niet naar deze instelling te sturen: een verstoring van de gang naar de hulpverlener. Het moge duidelijk zijn dat dergelijke constructies niet bijdragen aan de helderheid in deze materie, en het beeld van het beroepsgeheim als doolhof alleen maar versterken.

1.2. Wetsartikelen met betrekking tot het medisch beroepsgeheim

De twee belangrijkste wetsartikelen met betrekking tot het medisch beroepsgeheim zijn te vinden in het Wetboek van Strafrecht en het Wetboek van Strafvordering, respectievelijk de zwijgplicht van art. 272 Sr en het verschoningsrecht van art. 218 Sv. De eerste bepaling is zeer algemeen van aard en bevat een norm die tegenover derden werking heeft. De tweede bepaling maakt onderdeel uit van ons strafvorderlijk stelsel en heeft slechts werking tegenover de rechter(-commissaris). Ook in civielrechtelijke en gezondheidsrechtelijke regelingen staan meerdere bepalingen die met het medisch beroepsgeheim te maken hebben. Ik zal mij echter in deze scriptie zo veel mogelijk beperken tot de strafrechtelijke aspecten van het medisch beroepsgeheim.

1.2.1. Art. 272 Sr: de zwijgplicht

De wetgever heeft het bewaren van geheimen in de uitoefening van sommige beroepen zo belangrijk geacht, dat in 1886 de zwijgplicht werd vastgelegd in het strafrecht.²³ Op straffe van detentie van 1 jaar of het betalen van een aanzienlijke geldboete werd de geheimhouder gemaand niet lichtvaardig om te gaan met vertrouwelijke informatie van zijn cliënten of patiënten en deze voor zich te houden.

De bewoordingen van het huidige art. 272 Sr stammen uit 1967²⁴, met uitzondering van die van de geldboetesanctie die in 1984²⁵ werden vervangen.

Artikel 272 Sr luidt:

²² HR 29 juni 2004, *NJ* 2005/273. Dit arrest wordt uitgebreid besproken in Hoofdstuk 3, paragraaf 3.2.

²³ Wet van 3 maart 1881, *Stb* 35, *iwtr*: 1 september 1886.

²⁴ De wet van 30 juni 1967 *Stb*. 377 wijkt op enkele punten van de oorspronkelijke, uit 1881 daterende bewoordingen af. De belangrijkste aanpassingen zijn de vervanging van de term 'bekend maken' in 'schenden' en het introduceren van een culpoos element in de vorm van 'hij die redelijkerwijs moet vermoeden' dat hij een geheimhoudingsplicht heeft. Bovendien werd het strafmaximum opgetrokken van 6 maanden gevangenisstraf naar 1 jaar en werd de geldboete vertienvoudigd.

²⁵ Wet van 10 maart 1984, *Stb*. 91.

1. *Hij die enig geheim waarvan hij weet of redelijkerwijs moet vermoeden dat hij uit hoofde van ambt, beroep of wettelijk voorschrift dan wel van vroeger ambt of beroep verplicht is het te bewaren, opzettelijk schendt, wordt gestraft met gevangenisstraf van ten hoogste een jaar of geldboete van de vierde categorie.*
2. *Indien dit misdrijf tegen een bepaalde persoon gepleegd is, wordt het slechts vervolgd op diens klacht.*

Met dit artikel wordt erkend dat privacy en het bewaren van het eigen geheim van groot belang zijn voor de leden van de samenleving, zo groot zelfs dat zij bereid zouden zijn afstand te nemen van bepaalde hulpverlening indien hiermee hun geheimen op straat zouden komen te liggen. In dit licht valt ook goed te begrijpen waarom het schenden van de geheimhoudingsplicht een klachtdelict is, ofwel waarom slechts tot een vervolging kan worden overgegaan indien de persoon wiens geheim het betreft een klacht tegen de geheimhouder heeft ingediend. Een strafrechtelijke vervolging van de normschending, hoe gewenst ook, brengt immers voor de betrokkene in veel gevallen opnieuw of zelfs een verdere openbaring van zijn geheim met zich mee, zodat hij zal moeten afwegen of hij dat voor lief neemt. De klacht als voorwaarde van vervolging is uitdrukking van hetzelfde respect voor privacy, dat eerder de norm zelf bepaalde.²⁶

Wie de geheimhouders zijn die onder de strafrechtelijke werking van dit artikel vallen, heeft de wetgever niet precies aangegeven. Het is aan de rechter overgelaten om nadere invulling aan het subject van art. 272 Sr te geven. Uit de Memorie van Toelichting van de wet uit 1886 volgt dat de wezenlijke grond van het beroepsgeheim moet worden gevonden in de aard van de professionele bezigheid, onverschillig of het betreft een ambt, een beroep of een door de wet omschreven activiteit. Steeds gaat het om personen van wie kan worden aangenomen dat zij hun professionele werkzaamheden slechts naar behoren kunnen vervullen indien de zekerheid bestaat dat alles wat hun ter ore komt in de uitoefening van hun beroep, geheim blijft.²⁷ Hieruit volgt in ieder geval dat het beroepen betreft die van voldoende algemeen belang zijn; hun voortbestaan en functioneren in de maatschappij moeten ondermeer met de norm van art. 272 Sr worden gegarandeerd. Inmiddels heeft de rechter al veel beroepen onder de zwijgplicht van art. 272 Sr geschaard. In ieder geval vallen hieronder de geheimhouders bij uitstek, het klassieke kwartet van de arts, de advocaat, de

²⁶ J.J.I. Verburg, *Het beroepsgeheim naar Nederlands recht*, Vereniging voor de vergelijkende studie van het recht van België en Nederland, Uitgave van de Nederlandse sectie, 1984, p. 6.

²⁷ HR 21 april 1913, dit beroemde oude arrest wordt nog steeds in veel werken aangehaald: "De verplichting tot geheimhouding berust op de eigenaardige eisen van het uitgeoefende beroep".

notaris en de geestelijke. Het succesvol verlopen van de hulpverlening van deze beroepsgroepen staat of valt met het geven van vertrouwelijke informatie door de hulpzoekende.²⁸

1.2.2. Art. 218 Sv: het verschoningsrecht

Waar art. 272 Sr de zwijgplicht vastlegt, legt art. 192 Sr juist de getuigplicht vast. Dit laatste artikel bedreigt straf tegen degene “die wettelijk als getuige (...) opgeroepen niet voldoet aan enige wettelijke verplichting die hij als zodanig te vervullen heeft.” In het strafprocesrecht is met name art. 221 Sv van belang op grond waarvan een opgeroepen getuige die weigert op de door de rechter gestelde vragen antwoord te geven, in gijzeling kan worden genomen. De vraag werpt zich op of de getuigplicht de zwijgplicht opheft. Die vraag is in het voetspoor van literatuur en rechtspraak bevestigend te beantwoorden. De zwijgplicht bevat een *algemene* norm tegenover derden, terwijl aan de getuigplicht –de verklaringsplicht in foro - de *bijzondere* norm ten grondslag ligt om tegenover de rechter niet te zwijgen maar te spreken. Hier is dus sprake van ‘lex specialis derogat legi generali. Wie spreekt valt dan ook buiten de reikwijdte van art. 272 Sr.²⁹ Dit zou betekenen dat geheimen of privégegevens van hulpzoekenden in principe veilig bij de geheimhouder zijn tot het moment dat deze om wat voor redenen dan ook gevraagd wordt ten overstaan van de rechter te komen getuigen. Hoewel de kans dat dit gebeurt vrij klein is, wordt het beroepsgeheim van veel beroepsbeoefenaren hiermee illusoir. Toch heeft de wetgever slechts voor een beperkte groep van geheimhouders bepaald dat zij ook tegenover de rechter mogen volharden in hun zwijgen.

Art. 218 Wetboek van Strafvordering luidt:

Van het geven van getuigenis of van het beantwoorden van bepaalde vragen kunnen zich ook verschonen zij die uit hoofde van hun stand, hun beroep of hun ambt tot geheimhouding verplicht zijn, doch alleen omtrent hetgeen waarvan de wetenschap aan hen als zodanig is toevertrouwd.

²⁸ Halverwege de jaren negentig pleitte F. de Graaf dat niet zozeer de vertrouwensrelatie voorop zou moeten staan, doch de persoonlijke levenssfeer van alle leden in de samenleving. Hij stelde: ‘iedere beroepsbeoefenaar (en iedere ambtenaar) heeft dus van tijd tot tijd de plicht te zwijgen. Dat geldt voor de arts, de verpleegkundige, de paramedicus, maar ook voor de journalist, de accountant, de casinhouder en de saxofonist.’ F. de Graaf, ‘De reikwijdte van het beroepsgeheim’, in F. de Graaf, C. Lameer (red.), *Medisch beroepsgeheim onder druk*, Houten/Diegem: Bohn, Stafleu van Lochum 1995, p.4).

²⁹ Noyons-Langemeijer-Rommelink, *Wetboek van Strafrecht*, Arnhem: Gouda Quint, 1969, aant. 2 op art. 272 Sr.

Ook bij dit artikel heeft de wetgever aan de rechter de ruimte gelaten om te bepalen welke beroepsbeoefenaren onder de werking van dit artikel vallen. Deze ruimte is echter een stuk restrictiever. Niet iedereen die een zwijgplicht heeft, heeft daarmee ook een verschoningsrecht. De getuigenis van een groot deel van de beroepsbevolking zou hiermee immers geblokkeerd worden wat een dramatische ondergraving van de werking van het strafproces met zich mee zou brengen. Om dit te voorkomen moet het verschoningsrecht dan ook worden beschouwd als een *uitzonderingsrecht*.

Uit de jurisprudentie volgt dat het gaat om vertrouwensberoepen die onmisbaar zijn voor de samenleving en waarvoor een zekere specialistische kennis nodig is, verkregen door opleiding, en voor wiens hulpverlening geen aanvaardbaar alternatief voorhanden is. Van Domburg vat het kernachtig samen als: verschoningsrecht ten behoeve van existentiële hulpverlening met een vertrouwelijk karakter.³⁰ De wetgever is van oordeel geweest dat er gevallen en omstandigheden kunnen zijn waarin het grote belang van de waarheidsvinding moet wijken voor deze andere belangen die het voortbestaan van dergelijke vertrouwensberoepen kunnen garanderen. In ieder geval maakt het klassieke kwartet van geestelijke, arts, notaris en advocaat weer deel uit van deze groep verschoningsgerechtigden.³¹ Hoewel het verschoningsrecht ook het oog heeft op het individuele belang van de hulpvrager, is het vooral het bovengenoemde maatschappelijke belang van de onbevreesde gang naar de hulpverlener die de ratio vormt van het verschoningsrecht. Het private belang alleen zou een uitzondering op de getuigplicht niet zonder meer rechtvaardigen.³²

Het is echter niet zo dat een arts, wanneer hij door de rechter iets gevraagd wordt, zich te allen tijde op dit recht mag beroepen. Er zijn in de jurisprudentie enkele nuanceringen aangebracht. Deze nuanceringen hebben vooral betrekking op de vraag wat onder het beroepsgeheim wordt verstaan, maar ook is bijvoorbeeld bepaald dat een arts zich niet achter zijn verschoningsrecht mag verschuilen als hij zelf een misdrijf heeft gepleegd. Om enigszins te kunnen controleren of de arts zich terecht op zijn verschoningsrecht beroept, is aan de rechter de mogelijkheid gegeven een marginale toetsing uit te voeren. Deze toetsing is slechts zeer oppervlakkig omdat met een preciezere toetsing een deel van de inhoud van het geheim naar buiten zou komen, iets wat immers juist voorkomen moet worden in het geval het verschoningsrecht op gerechtvaardigde wijze is gehanteerd door de arts.

³⁰ P.J.M. van Domburg, *Over de grenzen van het verschoningsrecht*, 's-Gravenhage: VUGA Uitgeverij B.V., 1994, p. 27.

³¹ Met betrekking tot de gezondheidszorg zijn erkend als vaste verschoningsgerechtigden: de arts, tandarts, apotheker, verloskundige en de verpleegkundige.

Ondanks zijn verschoningsrecht kan de arts toch besluiten om te gaan spreken. In dat geval loopt hij echter het risico voor de tucht- of de strafrechter te worden gedaagd voor het verbreken van zijn geheimhoudingsplicht ex art. 272 Sr. Het lijkt tegenstrijdig dat iemand die door de rechter wordt gevraagd om bepaalde informatie openbaar te maken, juist op dit feit kan worden aangesproken. Het wordt echter begrijpelijk indien men zich bedenkt dat de geheimhoudingsplicht van art. 272 Sr een klachtrecht is, dat op klacht van een belanghebbende, een patiënt in dit geval, bij een (andere) rechter wordt aangebracht. Overigens moet een rechter zich hiervan bewust zijn bij het ondervragen van een geheimhouder: hij moet een zekere terughoudendheid in acht nemen wanneer hij een arts in het getuigenbankje heeft zitten. Het is vooral aan de rechter om in te schatten met het verstrekken van welke informatie de arts zich op glad ijs begeeft. Hij is beter op de hoogte van de juridische implicaties. Als een arts eenmaal heeft besloten te gaan praten, loopt hij namelijk het risico uit het oog te verliezen wat wel en wat niet onder een gerechtvaardigde doorbreking valt.

Hoewel in het opsporingsonderzoek het verschoningsrecht niet geregeld is omdat nu eenmaal geen spreekplicht bestaat in die fase van het strafproces, is het verschoningsrecht wel van belang indien sprake is van inbeslagneming en doorzoeking. Ook zonder dat de geheimhouder zou spreken zou informatie over zijn patiënten bij justitie terechtkomen indien bij hem documenten met informatie in beslag worden genomen. Daarom bepaalt art. 98 Sv dat er niet zonder de toestemming van een verschoningsgerechtigde mag worden doorzocht en in beslag mag worden genomen. Volgens Alkema vindt het verschoningsrecht van art 218 Sv dat in strikte zin betrekking heeft op het geven van getuigenis, in art 98 Sv een oneigenlijke voortzetting op een ander terrein.³³ In hoofdstuk 2, paragraaf 2.3.2. kom ik terug op de problemen rond het medisch beroepsgeheim die zich voordoen bij inbeslagname en doorzoeking.

1.3. Problemen en onduidelijkheden rond het medisch beroepsgeheim

Eerder werd al gesproken over de belangenafweging die de arts moet maken wanneer hij overweegt zijn beroepsgeheim te doorbreken. Omdat het maken van een verkeerde afweging vergaande consequenties voor een arts kunnen inhouden - hij riskeert een gevangenisstraf, een geldboete of een tuchtrechtelijke berisping- is het belangrijk dat hij weet waar hij de legitimiteit van zijn afweging aan af kan lezen. Een belangrijke bron voor artsen is de jurisprudentie en de rechtsliteratuur die zich in de loop der tijd met betrekking

³² J.J.I. Verburg, t.a.p. 1975: p. 206 e.v.

tot dit onderwerp hebben ontwikkeld. Voor niet-juristen is het echter dikwijls ingewikkeld om wegwijs te worden in de wirwar van arresten en wetsartikelen over het onderwerp. Gelukkig wordt deze ondoorgrondelijkheid deels opgevangen door beroepsverenigingen als de KNMG (Koninklijke Nederlandse Maatschappij ter bevordering van de Geneeskunst) door het publiceren van protocollen en codes³⁴ die beroepsbeoefenaren inzicht moeten verstrekken in de huidige stand van zaken met betrekking tot het medisch beroepsgeheim en die hen kunnen helpen met het maken van een verantwoorde belangenafweging. Dergelijke publicaties zijn echter vaak bedoeld voor specifieke situaties, zoals bij een vermoeden van kindermishandeling of bij een verzoek tot euthanasie; aspecten van het medisch beroepsgeheim in andere situaties blijven soms onderbelicht. Dit zijn bijvoorbeeld aspecten als het afgeleid beroepsgeheim, toestemming van de patiënt, de informatie die onder het beroepsgeheim valt (het object), etc.

Het opschuiven van de grenzen die aan het medisch beroepsgeheim worden gesteld is niet geheel onproblematisch. Het opschuiven van grenzen is immers vaak een geleidelijk maatschappelijk proces dat niet onmiddellijk door middel van duidelijke en geldende wetten of regelingen voor een ieder te herkennen is.³⁵ Hierdoor ontstaan overgangsperioden waarin het soms onduidelijk is welke beslissingen en afwegingen met betrekking tot het probleem gemaakt dienen te worden. Met het oog op de verstreckende consequenties van het maken van een verkeerde afweging, is het niet geheel ondenkbeeldig dat sommige artsen er voor kiezen het zekere voor het onzekere te nemen en zich achter hun beroepsgeheim te verschuilen in gevallen dat spreken wellicht een meer wenselijke optie was geweest in het licht der omstandigheden. Op een dergelijke manier komt de feitelijke praktijk echter achter te lopen bij de maatschappelijke ontwikkelingen: hoewel velen achter de nieuwe opvattingen staan, zullen zij nog nauwelijks toepassing vinden bij degenen die ze ook daadwerkelijk moeten toepassen doordat er nog teveel onzekerheden bestaan. Het is zelfs mogelijk dat de weerstand die hierdoor bij beroepsgroepen ontstaat de komst van een wet kan uitstellen.

Een van de rechtsgebieden waar de dilemma's in relatie tot het medisch beroepsgeheim zeer grote vormen kunnen aannemen, is het strafrecht. Dit komt met name door de aanwezigheid van extreme belangen waar het mee gepaard gaat, en de vaak ingrijpende consequenties die een schending van het geheim voor de patiënt met zich mee kan brengen. Dit geldt zowel voor slachtoffers als voor daders, maar ook voor personen die

³³ EAAL in annotatie bij HR 22 november 1991, *NJ* 1992/ 315.

³⁴ Voorbeelden zijn de *Meldcode kindermishandeling 2002*, het *Kwaliteitsmanifest arts-patiëntrelatie 2003* en de *Handreiking beroepsgeheim en politie/ justitie 2004*.

³⁵ Overigens ligt het niet altijd in de lijn der bedoeling dat bindende wetten in het leven worden geroepen om de nieuwe grenzen vast te leggen; maar ook een professionele gedragscode of de publieke opinie kan voldoende druk uitoefenen om een juiste en in de tijd passende beslissing te nemen.

onterecht als verdachte worden aangemerkt op grond van informatie die door een arts is verschaft. Het raakvlak tussen strafrecht en het medisch beroepsgeheim is bovendien erg groot doordat de arts door de aard van zijn werkzaamheden veelvuldig in aanraking komt met patiënten die om wat voor reden dan ook onder strafrechtelijke bepalingen vallen.

Voorbeelden zijn bolletjesslikkers of drugsgebruikers, slachtoffers (of daders) van zedendelicten, slachtoffers (of daders) van geweld, HIV-positieven die opzettelijk anderen besmetten en ook bijvoorbeeld patiënten die in de vertrouwelijke gesprekken met hun arts verklaren dat zij het plan hebben iemand iets aan te doen cq. om het leven te brengen.

Juist op een terrein waar emoties soms de overhand voeren, is het belangrijk dat de arts kan terugvallen op een gestructureerd kader waarbinnen hij zijn afwegingen moet maken.

1.4. Onderscheid zwijgplicht en verschoningsrecht

Hoewel op het eerste gezicht het verschoningsrecht een logische uitwerking van de zwijgplicht lijkt, - het beroepsgeheim van de geheimhouder zou immers illusoir zijn indien hij te allen tijde ten overstaan van een rechter gedwongen zou kunnen worden de informatie alsnog op tafel te leggen-, moeten beide aspecten los van elkaar worden beschouwd.

Dit verschil valt onder anderen te verklaren aan de hand van de functie van beide artikelen. De zwijgplicht houdt een morele verplichting in en heeft als doel bepaalde normen te beschermen die belangrijk worden gevonden in de samenleving, waaronder het recht op privacy en de noodzaak van vertrouwen binnen bepaalde beroepen. Om die normen zo goed mogelijk te kunnen beschermen is het begrijpelijk dat het aantal adressaten niet al te restrictief wordt uitgelegd. Het verschoningsrecht echter is een procesregel en maakt onderdeel uit van een groter geheel, namelijk de procesgang bij de strafrechter (of de civiele rechter). Het heeft als doel de procesgang in positieve zin te dienen, ofwel door er voor te zorgen dat de procedure soepel en efficiënt verloopt, dan wel door te voorkomen dat zich tegenstrijdigheden voordoen. Dat de procedure juist wordt belemmerd door het verschoningsrecht door aan de geheimhouder de mogelijkheid te bieden zich te onthouden van medewerking aan de rechter, is ontegenzeggelijk het geval. De regeling is dan ook uitsluitend ingevoerd om aan te geven dat sommige normen zo belangrijk worden geacht dat zij voorrang behoren te krijgen boven een soepele procesgang. In het geval van het verschoningsrecht betekent dit dat de wetgever het belang van een onbevreesde gang naar de hulpverlener boven het belang van de waarheidsvinding heeft geplaatst. Het

verschoningsrecht is dan ook een uitzonderingsrecht waardoor de groep van verschoningsgerechtigden juist wel restrictief moet worden beoordeeld.

Aan de hand van het bovengenoemde verschil in plaats en functie van beide regelingen kan worden gezegd dat de ratio van de zwijgplicht vooral een ethisch aspect heeft: men moet zwijgen om zo bepaalde normen te eerbiedigen.³⁶ De ratio van het verschoningsrecht is daarentegen pragmatisch van aard: de mogelijkheid tot zwijgen volgt uit de samenhang van procesregels die door de wetgever zorgvuldig zijn opgesteld; eventuele ethische of morele afwegingen zijn hierin al verwerkt. Uit het voorgaande kan worden geconcludeerd dat een arts een doorbreking van zijn zwijgplicht vooral moet toetsen aan de privacy van de patiënt en de vertrouwensrelatie die hij met zijn patiënt heeft. Komt hij voor de keuze te staan zijn verschoningsrecht al dan niet prijs te geven, dan vormt de 'onbevreesde gang naar de hulpverlener' de belangrijkste leidraad.

Deze verschillen in ratio zijn echter niet altijd terug te vinden in de wijze waarop beide regelingen zowel in de rechtsliteratuur als in de jurisprudentie met betrekking tot het beroepsgeheim worden benaderd. Vaak worden zij over een kam geschoren bij de vraag onder welke omstandigheden een arts gerechtigd is zijn zwijgplicht te doorbreken of zijn verschoningsrecht dient prijs te geven. In beide gevallen wordt dikwijls gewerkt met een drietal criteria dat in de jurisprudentie vaste voet aan de grond heeft gekregen: 1) de patiënt moet toestemming hebben gegeven óf 2) er moet sprake zijn van een wettelijke plicht óf 3) er moet sprake zijn van een conflict van plichten. Deze criteria kunnen echter niet in gelijke mate op de beide schendingen van het beroepsgeheim worden toegepast. Zo zal bij een schending van de zwijgplicht de toestemming van de patiënt veel zwaarder meewegen dan bij een schending van het verschoningsrecht omdat in het eerste geval immers de vertrouwensrelatie als uitgangspunt wordt genomen, terwijl die in het tweede geval juist van minder belang is. Ook de invulling van het conflict van plichten verschilt in beide gevallen omdat bij de afweging van belangen in het ene geval de individuele belangen voorop staan en in het ander geval maatschappelijke belangen. Ik zal dit verschil in benaderingswijze van

³⁶ Dit is ook de conclusie van de Brauw e.a. die in 1988 meende dat de benadering van de zwijgplicht veel te pragmatisch van aard was waardoor men de eigen beroepsethiek te veel uit het oog verloor. Juist deze specifieke beroepsethiek was bepalend voor de wijze waarop problemen met de zwijgplicht konden worden opgelost. Voor het medische beroep is dit de vertrouwensrelatie tussen arts en patiënt. De Brauw (red.), *Medisch beroepsgeheim*, Baarn: Ambo, 1988, p.10.

Hoofdstuk 1

de zwijgplicht en het verschoningsrecht nader analyseren in Hoofdstuk 2, paragrafen 2.2. en 2.3.

Hoofdstuk 2. Gerechtvaardigde schendingen van het medisch beroepsgeheim

2.1. Inleiding

Hoewel de jurisprudentie en de rechtsliteratuur met betrekking tot het medisch beroepsgeheim niet altijd de benodigde handvatten bieden aan een arts om tot een professioneel verantwoorde en tegelijkertijd juridisch zuivere afweging te komen, komt er een drietal gerechtvaardigde doorbrekingen uit naar voren dat al decennialang standhoudt. Dit zijn schendingen op basis van een wettelijk voorschrift, toestemming van de patiënt en een conflict van plichten. Maar hiermee is nog niets gezegd over de *afwegingen* die aan de schending van het geheim ten grondslag moeten liggen, wil er sprake zijn van een rechtvaardiging. Omdat iedere afweging sterk gekoppeld is aan de casuïstiek en de arts vaak de enige is die van alle omstandigheden en implicaties op de hoogte is, ligt de verantwoordelijkheid voor het maken van die afweging volledig bij hem. Hij krijgt hierbij te maken met een veelheid aan tegengestelde belangen die in essentie soms zo veel van elkaar verschillen, dat het moeilijk is om ze in perspectief te plaatsen. Dit wordt nog eens bemoeilijkt doordat factoren als persoonlijk emoties en maatschappelijke druk, van invloed kunnen zijn op de wijze waarop de belangen worden geïnterpreteerd. Een leidraad aan de hand waarvan de arts zich door het doolhof van belangen kan laten leiden, is geen overbodige luxe.

Ik zal in dit hoofdstuk een bescheiden poging wagen om een gestructureerd overzicht te geven van de weg die een arts moet bewandelen vanaf het moment dat hij in een dilemma komt te verkeren. Als kader zal dienen het drietal gerechtvaardigde doorbrekingen dat in de jurisprudentie is aanvaard. Hierbij neem ik als uitgangspunt dat aan de zwijgplicht en het verschoningsrecht een verschillende ratio ten grondslag ligt.³⁷ Schendingen van het beroepsgeheim op basis van de zwijgplicht, zullen worden bekeken tegen het licht van individuele belangen, zoals de vertrouwensrelatie arts-patiënt en de privacy van de patiënt. Schendingen op basis van het verschoningsrecht daarentegen, vragen juist om een maatschappelijke toetsing die voornamelijk tot uiting komt in het belang van een onbevreesde gang naar de hulpverlener. Alvorens in te gaan op die situaties waarin het beroepsgeheim doorbroken mag worden, zal ik enkele algemene noties bespreken die bij iedere doorbreking (zowel bij de zwijgplicht als bij het verschoningsrecht) van belang zijn.

³⁷ Zie Hoofdstuk 1, paragraaf 1.4.

Dit zijn respectievelijk de vertrouwensrelatie arts-patiënt, de vraag welke informatie onder het beroepsgeheim valt, wie de zeggenschap over het geheim heeft en ten slotte de eisen van subsidiariteit en proportionaliteit.

In de laatste paragraaf zal ik een stroomdiagram presenteren waarin de door mij voorgestelde weg systematisch wordt weergegeven.

2.1.1. Vertrouwensrelatie arts-patiënt

De vertrouwensrelatie tussen arts en patiënt staat aan de basis van een succesvolle uitoefening van het geneeskundig vak. Zonder volledige openheid van de patiënt over zijn lichamelijke conditie, baseert de arts zijn diagnose en de daaropvolgende behandeling wellicht op onjuiste feiten waardoor de behandeling inadequaat kan blijken te zijn. Ditzelfde kan ook gebeuren indien de patiënt informatie met betrekking tot zijn geestelijke of zelfs sociale situatie achterhoudt. Een behandeling die voor de een toereikend is, is dat voor een ander door omstandigheden niet.³⁸ Uit Amerikaans onderzoek onder patiënten en psychotherapeuten is gebleken dat patiënten inderdaad informatie achterhouden voor de therapeut als zij er niet op kunnen vertrouwen dat hij zijn beroepsgeheim in acht neemt.³⁹

Nog fataler dan een gebrek aan openheid bij de patiënt kan zijn wanneer hij in zijn geheel geen hulp meer zoekt bij de hulpverlener uit angst dat bepaalde geheimen bij anderen bekend worden. Uit eveneens Amerikaans onderzoek is gebleken dat het feit dat de hulpverlener zijn beroepsgeheim zal doorbreken, een reden is om niet een behandeling aan te gaan⁴⁰, of om het aangaan van een behandeling uit te stellen met alle gevolgen van dien.⁴¹

Vertrouwensrelatie in relatie tot de onbevreesde gang naar de hulpverlener.

Uit het voorgaande volgt hoe precair de individuele vertrouwensrelatie tussen arts en patiënt is en hoezeer het beroep van medicus staat of valt met het bestaan van deze vertrouwensrelatie. Met vooral dit laatste komen we bij de maatschappelijke doorwerking die een vertrouwensbreuk in een individuele arts-patiëntrelatie kan opleveren: doordat in het

³⁸ Tot voorbeeld kan dienen de situatie van een chronisch zieke maar tegelijkertijd ook paranoïde patiënt die door zijn psychische gesteldheid angst heeft om zijn 'vergiftigde' medicatie in te nemen.

³⁹ D. Schuman and M. Weiner, 'The privilege study: an empirical examination of the psychotherapist-patient privilege', *North Carolina law review* 1982: 60, p. 894-492. J. Lindenthal en C. Thomas, 'Psychiatrist, the public and confidentiality', *Journal nerv. ment. dis.* 1982: 170, p. 319-323. Vergelijk W.L.J.M. Duijst-Heesters, *Boeven in het ziekenhuis*, Den Haag: Sdu Uitgevers, 2005, p.32.

⁴⁰ K. Woods and J. McNamara, 'Confidentiality: its effects on interviewee behaviour', *Professional psychology* 1980;5, P.714-721. Vergelijk Duijst 2005 t.a.p., p.32.

⁴¹ C. Rosen, 'Why clients relinquish their rights to privacy under sign-away pressures', *Professional psychology* 1977;8, p. 17-24. Vergelijk Duijst 2005 t.a.p., p.32.

verleden opgetreden vertrouwensbreuken in de openbaarheid zijn gekomen, kan ook bij andere leden van de samenleving het wantrouwen jegens de medische stand groeien. Het gevaar van een ernstig disfunctionerende geneeskunde ligt hierbij op de loer.

2.1.2. Object van het medisch beroepsgeheim

Het is van belang vast te stellen bij het prijsgeven van *welke* informatie er een vertrouwensbreuk kan optreden. Ofwel wat is het object van het medisch beroepsgeheim. Al in een arrest uit 1913 kwam naar voren dat niet alleen medische gegevens onder het beroepsgeheim vallen. Het beroepsgeheim strekte zich uit over al 'hetgeen waarvan de wetenschap aan hen [vertrouwenspersonen] als zoodanig is toevertrouwd'.⁴² Volgens Verburg wijst deze zinsnede erop dat het object van het beroepsgeheim wordt beperkt tot de wetenschap die de vertrouwensman in het kader van zijn gebruikelijke werkzaamheden pleegt te verkrijgen. Hiervan is volgens hem sprake zolang er een functioneel verband bestaat tussen de verkregen wetenschap en de grondslag van de verkrijging.⁴³ Enig onderscheid tussen vertrouwelijke en minder vertrouwelijke gegevens kan daarbij echter niet worden gemaakt. Hazewinkel-Suringa stelt bijvoorbeeld dat uitlatingen van de patiënt omtrent familie- of geldelijke aangelegenheden die niets met het ziektegeval te maken hebben maar die wel tijdens de behandeling zijn geuit, niet zonder meer te rangschikken zijn onder de geheimhoudingsplicht. De discretie die de arts met betrekking tot deze informatie moet betrachten voert zij terug tot een algemene fatsoensplicht die ook voor een ieder ander zou gelden.⁴⁴

Waar de precieze grens ligt tussen zwijgplicht en fatsoensplicht is moeilijk te zeggen, en daarom wordt tegenwoordig het object uitgelegd naar de ratio van het beroepsgeheim: geheim moet alles blijven waardoor de toegankelijkheid van de zorg en het schenden van de privacy van de patiënt in gevaar komt.⁴⁵ In een arrest uit 1990 stelt de Hoge Raad dat het beroepsgeheim, zich niet alleen uitstrekt 'tot feiten die betrekking hebben op de behandeling en verzorging van de aan zijn zorgen toevertrouwde patiënten, maar ook tot feiten die hem in zijn hoedanigheid zijn meegedeeld of waarvan hij in zijn hoedanigheid heeft kennis gekregen, en waarvan de openbaarmaking het vertrouwen zou beschamen dat patiënten met het oog op zijn hulpverlenende taak in hem moeten kunnen stellen. Aan deze eis zal in

⁴² HR 11 april 1913, *NJ* 1913, p. 958.

⁴³ J.J.I. Verburg, *Het beroepsgeheim naar Nederlands recht*, Preadvies, uitgegeven door de Vereniging voor de vergelijkende studies van het recht van België en Nederland, 1984, p. 29.

⁴⁴ D. Hazewinkel-Suringa, *De doolhof van het beroepsgeheim*, Haarlem: Tjeenk Willink, 1959, p. 71.

⁴⁵ Duijst 2005 t.a.p., p. 39.

het bijzonder zijn voldaan, wanneer het om feiten gaat die de persoonlijke levenssfeer van de aan hem toevertrouwde patiënten betreffen.⁴⁶

2.1.3. Wie heeft zeggenschap over het geheim?

De geheimhouding geldt ten opzichte van een ieder, behalve de patiënt zelf.⁴⁷ Dit leidt tot de vraag wie er zeggenschap heeft omtrent het verbreken van het beroepsgeheim. De algemene opvatting met betrekking tot deze vraag is dat het beroepsgeheim het recht van de patiënt is en niet het recht van de hulpverlener.⁴⁸ Het geheim wordt slechts door de hulpverlener bewaard. Het staat de patiënt dan ook altijd vrij om zijn eigen informatie naar buiten te brengen. Dit ontslaat de arts overigens niet geheel van zijn zwijgplicht: het feit dat de patiënt op eigen initiatief met zijn geheim naar buitenkomt geeft de arts geen vrijbrief om met Jan en alleman over het onderwerp te spreken. Het in eniger mate openbaar zijn van de gegevens, ook bijvoorbeeld in het geval van een strafrechtelijke procedure, betekent niet dat de arts de gegevens wereldkundig mag maken.⁴⁹ Ditzelfde speelt bijvoorbeeld ook wanneer de media op gedetailleerde wijze berichten over de ziekte van een publieke figuur. Een schrijnend voorbeeld is de kwestie Sylvia Millemac wier medisch dossier in zijn geheel op het internet in te zien was⁵⁰ in de vorm van een rapport van de Inspectie voor de Gezondheidszorg die onderzoek had gedaan naar de wijze waarop zij was 'geholpen' door hulpverleners uit het alternatieve circuit. Een van de argumenten van de IGz om het dossier in zijn geheel openbaar te maken, in al zijn details van menselijke aftakeling en ontreddeering, was dat veel van de informatie grotendeels al via de roddelpers naar buiten was gebracht en dat het publiek met deze voorbeeldcasus, zoals de ondertitel van het

⁴⁶ HR 23 november 1990, *NJ* 1991/761 m.nt. JBMV. Overigens pleit Vranken in zijn noot bij dit arrest wel voor enige nuancering ten aanzien van de invulling van het object van het verschoningsrecht: 'het enkele feit dat de persoonlijke, intieme levenssfeer in het geding is, is op zichzelf nog geen doorslaggevend argument om op voorhand elke vraag af te snijden. Mededelingen, bijv. over de normale gang van zaken in het tehuis of over het al of niet opzichtig uitdragen door het (vermeende) paar van hun relatie, kunnen voldoende zijn om, samen met ander bewijs, de balans te laten doorslaan in de ene of andere richting, zonder dat de vertrouwensrelatie van verpleger en patiënt geweld wordt aangedaan. Zie punt 5 en 6 van de noot.

⁴⁷ Hof Amsterdam 11 juli 1996, *TvGr* 1997, 13. Het beroepsgeheim kan dan ook niet gebruikt worden om een patiënt geen informatie te verschaffen omtrent zijn eigen gezondheidstoestand. Dit kan slechts op grond van de therapeutische exceptie (art. 7:448 lid 3 BW).

⁴⁸ H.J.J. Leenen en J.K.M. Gevers, *Handboek gezondheidsrecht Deel 1*, Houten: Bohn Stafleu van Lochem, 2000, p. 135. A. Hendriks, 'Het medisch beroepsgeheim. Enige actuele dilemma's', *NJCM-bulletin*, 5 (26), 2001, p. 527.

⁴⁹ CTG 10 mei 2005, *TvGr* 2005/33. Dit had betrekking op een psychiater die gegevens over de rechtzaak tussen hem en een patiënt naar het Brabants Dagblad stuurde, omdat hij veronderstelde dat de gegevens toch al openbaar waren. "het feit dat de arts bepaalde gegevens op een openbare zitting naar buiten heeft mogen brengen om zich te verdedigen betekent niet dat deze en andere gegevens over de patiënt vervolgens ook verder in de publiciteit mochten en mogen worden gebracht."

⁵⁰ En nog altijd *is*. Ondanks grote verontwaardiging toentertijd van onder anderen preadviseur E.J.C. de Jong, is het volledige Igz-rapport nog altijd in te zien op internet: http://www.igz.nl/15451/17876/Rapport_S.M._definitief_17_1.pdf, laatst bekeken op 24 juli 2006.

rapport luidt, gewezen kon worden op de mogelijke gevaren van een alternatieve behandeling.⁵¹ Tegenstanders van de openbaring van het rapport brachten het argument in dat van veronderstelde toestemming na de dood geen sprake kon zijn, nu Sylvia Millicam haar keuzes voor de verschillende behandelwijzen bij het volle verstand had gemaakt en daardoor niet verondersteld kon worden mee te willen werken aan het aan de kaak stellen van de groep alternatieve genezers.⁵²

Maar ook als de patiënt de arts nadrukkelijk verzoekt om bepaalde informatie bij derden bekend te maken en hij zelf daartoe niet goed in staat is, bijvoorbeeld doordat het bekendmaken gespecialiseerde kennis vereist, dan kan de arts, tegen de wens van de patiënt in, weigeren op dit verzoek in te gaan.

Uit het voorgaande volgt dat de patiënt weliswaar de zeggenschap heeft over zijn eigen geheim, maar dat de uiteindelijke verantwoordelijkheid voor het al dan niet doorbreken van het beroepsgeheim, bij de arts ligt.⁵³ Ik kom hier op terug in paragraaf 2.2.2. die betrekking heeft op de toestemming van de patiënt.

2.1.4. Subsidiariteit en proportionaliteit

De vraag of een doorbreking van het beroepsgeheim in een bepaalde situatie gerechtvaardigd is, is sterk aan de casuïstiek gekoppeld en dus afhankelijk van vele factoren. Er is een tweetal criteria waaraan iedere schending van het beroepsgeheim moet worden getoetst, alvorens kan worden vastgesteld of sprake is van een rechtvaardiging. Dit zijn de eisen van subsidiariteit en proportionaliteit. Het zijn in hoofdzaak ook deze criteria waarop een rechter zijn marginale toetsing van een beroepsgeheimschending kan baseren. Er moet een onderscheid gemaakt worden tussen de eisen van subsidiariteit en proportionaliteit *voorafgaande* aan een conflict van plichten en de *inhoudelijke* eisen van subsidiariteit en proportionaliteit *aan* een conflict van plichten.

De toets van subsidiariteit *vooraf* omvat de eis dat eerst moet worden gekeken of het doel dat met de bekendmaking is gediend, niet op een andere, minder ingrijpende manier kan worden bereikt. Hiervan is bijvoorbeeld sprake wanneer een arts een HIV-patiënt weet te overtuigen om zelf zijn partner van zijn besmetting op de hoogte te stellen.

Het proportionaliteitsvereiste ziet er vervolgens op toe dat het voordeel dat met het naar buiten treden van de informatie wordt bereikt, in verhouding staat tot de rechten die worden geschonden. Als meer kwaad dan goed wordt gedaan, moet een doorbreking

⁵¹ Verslag jaarvergadering Vereniging van Gezondheidsrecht 2004, *TvGr* 28 (2004), p. 353-360.

⁵² Zie ook E.J.C. de Jong, Geschonden zwijgplicht, *Medisch Contact*, 12 maart 2004, nr. 11, p. 400.

achterwege blijven. Dit dilemma kan zich voordoen wanneer familierelaties onder onevenredig grote druk zouden komen te staan bij een melding van kindermishandeling of andere vormen van thuisgeweld⁵⁴, zonder dat sprake is van een zeer ernstige of een uit de hand gelopen situatie.

Bij iedere negatieve beantwoording op de respectievelijke vragen of aan deze criteria is voldaan, moet worden afgezien van een schending van het beroepsgeheim. Deze toetsing vooraf doet recht aan het uitgangspunt dat het beroepsgeheim slechts in het uiterste geval mag worden doorbroken.

Nadat eenmaal is komen vast te staan dat een doorbreking gerechtvaardigd is, komt de *inhoudelijke* subsidiariteits- en proportionaliteitseis om de hoek kijken. Deze zien er respectievelijk op toe dat de arts de melding doet bij een instantie die aan een oplossing van het dreigende gevaar het beste kan bijdragen (soms is dat de politie, maar vaak ook niet, zoals bij kinderbescherming) en dat de arts niet meer aan de openbaarheid mag prijsgeven dan voor het weren van het gevaar noodzakelijk is.⁵⁵ In het eerste geval, namelijk bij toetsing vooraf, ligt de toetsing ten grondslag aan de vraag of een doorbreking van het beroepsgeheim überhaupt gerechtvaardigd is, en in het tweede geval, bij de inhoudelijke toetsing, heeft de toetsing betrekking op de mate waarin het beroepsgeheim geschonden mag worden.

Verskillende schrijvers pleiten ervoor dat de toetsing aan de criteria van subsidiariteit en proportionaliteit *vooraf*, niet onverkort dient te worden toegepast wanneer een arts een vermoeden van kindermishandeling wil melden bij een AMK op basis van de nieuwe Wet op de Jeugdzorg. Omdat het hier een codificatie van het conflict van plichten betreft, waarin de wetgever al heeft aangegeven hoe de in het geding zijnde belangen tegenover elkaar dienen te worden afgewogen, is het niet nodig dat de arts wederom deze strenge eisen nog eens doorloopt.⁵⁶

2.2. Gerechtvaardigde doorbrekingen van het medisch beroepsgeheim

⁵³ RB Haarlem 21 mei 1987, *NJ*1988/624, HR 2 oktober 1990, *NJ*1991/124.

⁵⁴ Schalken en Duijst geven de voorkeur aan deze benaming boven de term 'huiselijk geweld' omdat het geweld in deze situaties nu eenmaal niet zo huiselijk is.

⁵⁵ Vergelijk W.L.M.J. Duijst en T. Schalken, De plicht om af te zien van het verschoningsrecht of: waar het medisch beroepsgeheim moet wijken voor de opsporing, *Tijdschrift voor Gezondheidsrecht*, 29 (2005), p.124-134.

⁵⁶ J.K.M. Gevers, Hulpverlener en Kindermishandeling, *Tijdschrift voor Gezondheidsrecht* 28 (2004), p. 269-280. E.J.C. de Jong, 'Het beroepsgeheim en derdenbelangen', *Preadvies Beroepsgeheim, continuïteit en verandering*, Den Haag: Sdu uitgevers BV, 2004, p.128.

In de literatuur en de jurisprudentie worden drie gevallen aanvaard waarbij de arts gerechtigd is zijn beroepsgeheim te doorbreken. Dit gebeurt vaak in de volgende volgorde: toestemming van de patiënt, wettelijke bepaling en conflict van plichten. Ik zal deze volgorde omdraaien: **wettelijke bepaling, toestemming van de patiënt en conflict van plichten**. Deze volgorde baseer ik op de mate van verantwoordelijkheid die de arts heeft ten aanzien van het maken van een afweging. In het geval van een wettelijke meldplicht heeft de arts nauwelijks enige verantwoordelijkheid ten aanzien van de doorbreking van zijn beroepsgeheim; de wetgever heeft de afweging al voor hem gemaakt. In het geval een patiënt toestemming geeft aan de arts om zijn beroepsgeheim te verbreken, moet de arts hele goede redenen hebben om tegen deze wens in te gaan. Ofwel een groot deel van de verantwoordelijkheid ten aanzien van de doorbreking ligt bij de patiënt, de arts draagt echter de eindverantwoordelijkheid ten aanzien van de uiteindelijke beslissing. En in het laatste geval, het conflict van plichten, ligt de volledige verantwoordelijkheid bij de arts; het betreft een persoonlijke afweging waar niemand hem in bijstaat. De genoemde volgorde is bovendien een systematisch hulpmiddel voor de arts bij het bepalen of zijn beroepsgeheim gerechtvaardigd doorbroken mag worden.⁵⁷

Ik zal bij alle drie de gerechtvaardigde doorbrekingen bekijken of en in welke zin zij kunnen worden toegepast op zowel de situatie dat de arts zijn zwijgplicht doorbreekt als de situatie dat de arts zijn verschoningsrecht prijsgeeft. Hierbij zal rekening worden gehouden met de verschillende ratio. Bij het conflict van plichten zal dit uitgebreid gebeuren in een aparte paragraaf, paragraaf 2.3. e.v.

2.2.1. De wettelijke meldplicht

In een aantal wetten is de verplichting tot het verschaffen van informatie voor de arts opgenomen. Deze bepalingen derogeren aan de *zwijgplicht* en zetten hiermee het beroepsgeheim opzij. Hierdoor vervalt de strafbaarheid van de arts voor schending van het beroepsgeheim op basis van art. 42 Sr. Dit artikel garandeert straffeloosheid bij het begaan van een strafbaar feit ter uitvoering van een wettelijk voorschrift.⁵⁸ Een voorbeeld is de Wet bestrijding infectieziekten uit 1998 die de arts verplicht melding te maken van bepaalde besmettelijke ziekten wanneer hij die bij een patiënt heeft vastgesteld. Een ander voorbeeld is de Wet op de lijkbezorging, waarin voor de behandelend arts de verplichting is

⁵⁷ Zie ook het stroomschema aan het einde van dit hoofdstuk, paragraaf 2.4.

⁵⁸ Zijn strafbaarheid vervalt niet indien de arts meer informatie over de patiënt verschaft dan de wet van hem verlangt. Dit valt onder de in paragraaf 2.1.4 genoemde proportionaliteitseis. Art. 6 lid 3 Infectieziektenwet

opgenomen tot het melden van een twijfel over natuurlijke dood aan de gemeentelijke lijkschouwer (art 7 Wlb).

De arts heeft in dergelijke gevallen nauwelijks enige zeggenschap over de wijze waarop de afweging moet worden gemaakt. De wetgever heeft de belangenafweging ten aanzien van het beroepsgeheim bij de arts weggenomen en beslist dat in deze specifieke gevallen er andere maatschappelijke belangen zijn die zwaarder wegen dan de vertrouwensrelatie tussen arts en patiënt en de daarmee samenhangende onbevreesde gang naar de hulpverlener. De wetgever is in principe erg terughoudend met het vaststellen van dergelijke bepalingen omdat zij de onbevreesde gang naar de hulpverlener erg hoog in het vaandel heeft staan. De situaties waarop de bepalingen betrekking hebben zijn echter van een zo existentieel belang voor het voortbestaan en het functioneren van de samenleving, dat die verantwoordelijkheid niet bij een individuele arts kan worden neergelegd. Dit wordt duidelijk als men zich bedenkt wat de gevolgen voor de samenleving kunnen zijn wanneer een mondiale griepandemie uitbreekt. Uit risicoanalyses voor Nederland volgt dat 25 tot 30 % van de gehele bevolking ziek wordt, met als mogelijk gevolg een grootschalige maatschappelijke ontwrichting.⁵⁹ In art. 3 van de Infectieziektenwet is voorzien in een spoedprocedure waarmee een nieuw en zeer besmettelijk virus door de minister van Volksgezondheid in samenspraak met de Ministerraad kan worden toegevoegd aan de lijst waarvoor de meldingsplicht geldt.

In principe is bij een doorbreking op grond van een wettelijke meldplicht alleen de zwijgplicht in het geding. Het geval dat een arts ten overstaan van de rechter zal spreken over iets waartoe hij al eerder op grond van een wettelijke bepaling verplicht was, is slechts hypothetisch. Als de situatie zich al voor zou doen, dan zou de arts spreken op grond van die wettelijke plicht, los van zijn verschoningsrecht.

2.2.2. Toestemming van de patiënt

Als er geen sprake is van een wettelijke plicht om te spreken, maar de arts zich toch in de situatie geplaatst ziet waarin spreken wenselijker is, dan moet hij dit vervolgens met de patiënt bespreken en toestemming vragen voor de bekendmaking. Het betreft immers diens gegevens. Vooral bij dilemma's die spelen op het gebied van het strafrecht, kunnen de gevolgen voor de patiënt bij een doorbreking zeer ingrijpend zijn. Dit geldt voor slachtoffers, daders en verdachten. De vertrouwensrelatie staat zonder uitzondering op scherp in deze

bepaalt bijvoorbeeld dat overige gegevens van de patiënt die niet door de wet genoemd worden, slechts met diens toestemming kunnen worden verstrekt.

situaties. Het vereiste van toestemming geeft uitdrukking aan het respect voor privacy en doet recht aan de onderlinge vertrouwensrelatie. Het is zelfs denkbaar dat een arts, door in dialoog te treden met zijn patiënt en te luisteren naar diens argumenten, van een verdere doorbreking van zijn beroepsgeheim afziet.⁶⁰

Omdat de uiteindelijke beslissing met betrekking tot de beroepsgeheimschending bij de arts ligt⁶¹, wordt verondersteld dat toestemming in sommige gevallen optioneel is. Als door de arts bijvoorbeeld al bij voorbaat de inschatting wordt gemaakt dat de patiënt geen toestemming zal verlenen, kan hij de mening zijn toegedaan dat het vragen om toestemming achterwege kan blijven. Toch kan in geval van een eventuele klachtprocedure die door de patiënt tegen de arts is aangespannen, deze manier van handelen worden aangemerkt als onzorgvuldig. Ook los hiervan doet een dergelijke handelswijze door artsen het vertrouwen in de medische stand geen goed. Het uitgangspunt moet altijd zijn: vragen om toestemming, tenzij dit om praktische redenen of redenen die samenhangen met gevaar voor personen, niet mogelijk is.⁶² Alleen in deze laatste gevallen kan het vragen van toestemming worden overgeslagen en rechtstreeks verder worden gekeken of een rechtvaardiging kan plaatsvinden op grond van een conflict van plichten.

Van belang is dat sprake is van een gerichte toestemming⁶³, dat wil zeggen dat de patiënt precies weet op welke informatie zijn toestemming betrekking heeft en wat de mogelijke consequenties zijn van het geven van toestemming.⁶⁴ Indien de patiënt door zijn lichamelijke of geestelijke gesteldheid niet in staat is toestemming te geven of een inschatting te maken van de consequenties, kan worden gewerkt met het begrip veronderstelde toestemming. Ditzelfde geldt voor overleden patiënten van wie men een sterke aanwijzing heeft dat hij zijn toestemming zou hebben gegeven als hij nog in leven zou zijn geweest.⁶⁵

Ik zal hieronder enkele aspecten bespreken van het toestemmingsvereiste bij een doorbreking van het beroepsgeheim, zowel op basis van de zwijgplicht als van het verschoningsrecht. Hierbij beperk ik mij zo veel mogelijk tot strafrechtelijke situaties.

Toestemming bij doorbreking van de zwijgplicht

⁵⁹ Kamerstukken II 2005-2006, 28 807, nr.87, 29 september 2005.

⁶⁰ De term toestemming kan in dit verband soms voor onduidelijkheden zorgen omdat een arts zelfs na het krijgen van gevraagde toestemming, als nog kan besluiten om niet te doorbreken.

⁶¹ Zie paragraaf 2.1.3.

⁶² Vergelijk P. Baeten en L. Janssen, *Samenwerking en beroepsgeheim*, Utrecht: NIZW, 2002, p.9.

⁶³ In 1994 is deze doorbreking van het beroepsgeheim bij toestemming van de patiënt gecodificeerd in boek 7: art. 457 lid 1 BW. Wet van 17-11-1994, Stb. 837 jo 838. Iwtr: 01-04-1995.

⁶⁴ Hof Amsterdam 27 december 1990, *NJ* 1992/140.

⁶⁵ E.J.C. de Jong, Geschonden zwijgplicht, *Medisch Contact*, afl. 11 (59), 2004, p. 400.

Bij de zwijgplicht ligt het initiatief van de doorbreking vaak bij de arts. Toestemming om de zwijgplicht te doorbreken zal in veel gevallen niet vanzelfsprekend zijn omdat de belangen die zijn gediend met een doorbreking van het beroepsgeheim, niet noodzakelijkerwijs de belangen van de patiënt zullen zijn. Diens belangen kunnen zelfs ernstig onder druk komen te staan door een bekendmaking. Te denken valt aan een HIV-patiënt wiens partner niet op de hoogte is van zijn besmetting. Het inlichten van de partner door de arts kan ingrijpende gevolgen hebben voor de sociale en relationele omstandigheden van de patiënt. Een bekendmaking kan ook strafrechtelijke consequenties voor de patiënt hebben. Wanneer een arts bijvoorbeeld op de hoogte raakt van een voornemen tot moord door een van zijn patiënten, zal hij deze van zijn daad willen afhouden door de politie in te schakelen.

In bovengenoemde gevallen is het onwaarschijnlijk dat de patiënt zijn toestemming zal verlenen voor het naar buiten brengen van de informatie. Soms kan het vragen om toestemming zelfs onverstandig zijn omdat dit gevaar kan opleveren voor derden of voor de arts zelf. Bovendien kan de urgentie soms zo hoog zijn en is snel ingrijpen vereist, zodat er eenvoudigweg geen tijd is om toestemming te vragen. In al deze gevallen dat de arts geen toestemming heeft gekregen of niet heeft kunnen vragen, kunnen de mogelijkheden van een conflict van plichten worden onderzocht. (zie paragraaf 2.2.3 en 2.3 e.v.)

Toch zijn er voldoende gevallen denkbaar waarbij patiënten wel hun toestemming verlenen. Over het algemeen zullen dit vaker slachtoffers zijn dan daders omdat immers veelal *hun* belangen met een doorbreking worden gediend. Bij kindermishandeling zijn het echter ook vaak de ouders die toestemming voor een doorbreking geven omdat zij hiermee hopen professioneel te worden begeleid bij hun ernstige problemen. Hoewel de uitdrukkelijke toestemming van de patiënt de zwijgplicht in de meeste gevallen opheft⁶⁶, is de arts hiermee niet *verplicht* om de informatie te openbaren waarvan hij het niet verstandig acht dat het bij derden terechtkomt.⁶⁷ Juist het gebrek aan inzicht bij de patiënt in zijn eigen gezondheids situatie kan hem soms niet de implicaties doen inzien die een eventuele bekendmaking van zijn gegevens met zich meebrengt.⁶⁸ De arts doorziet deze implicaties soms beter en kan, ter bescherming van zijn patiënt, besluiten bepaalde informatie toch niet

⁶⁶ Vergelijk A.J. Struijs, *Signalering ethiek en gezondheid 2005*, rapport uitgegeven door het Centrum voor Ethiek en Gezondheid (CEG) i.s.m. Raad voor de Volksgezondheid en Zorg (RVZ), p. 95. P.J.W. de Brauw (red.), *Medisch beroepsgeheim*, Baarn: Ambo, 1988, p. 18. F. de Graaf en C. Lameer, *Medisch beroepsgeheim onder druk*, Houten/ Diegem: Bohn Stafleu van Loghum, 1995, p. 26.

⁶⁷ Zie noot 60 met betrekking tot de paradox dat een arts na gevraagde toestemming niet bekend maakt.

⁶⁸ Hazewinkel-Schuringa 1959 t.a.p., p. 44: 'dat in vele gevallen het de betrokkenen ontbreekt aan die kennis van zaken, nodig om de betekenis en de draagwijdte van hun verlof tot vrijelijk spreken te overzien. Bij patiënten is dit schering en inslag...'

openbaar te maken. Om de indruk van bevoogding die hierbij ontstaat, weg te nemen, moet de arts zijn patiënt wijzen op alle consequenties van een eventuele bekendmaking van zijn gegevens. Indien de patiënt ook dan volhardt in zijn toestemming, moet de arts hele goede redenen hebben om niet te spreken.⁶⁹ Door het geven van zijn uitdrukkelijke toestemming levert de patiënt echter wel een bepaald deel van zijn privacy in en geeft hij hiermee aan dat deze informatie niet meer onder de exclusiviteit van hun wederzijdse vertrouwensrelatie valt. Hiermee doet hij afstand van de mogelijkheid om tegen de arts een klacht in te dienen op grond van art. 272 lid 2 Sr.

Toestemming bij prijsgeven van het verschoningsrecht

Wanneer een arts door de rechter of rechter-commissaris wordt betrokken bij respectievelijk de waarheidsvinding of de opsporing van strafbare zaken, zal hij zijn eventuele medewerking moeten toetsen aan de onbevreesde gang naar de hulpverlener. (zie paragraaf 1.4) Dat houdt in dat wanneer een patiënt wenst of toestaat dat zijn hulpverlener spreekt terwijl het publiek nu juist door dat zelfde spreken het vertrouwen in de medische stand zal verliezen, een beroep op het verschoningsrecht nog steeds is geboden.⁷⁰ Dit aspect kwam aan de orde in een strafzaak tegen een van incest verdachte vader.⁷¹ Zijn verdediging wilde een getuigenverklaring van de psychiater met betrekking tot de geestelijke gesteldheid van de dochter, waaruit zou kunnen volgen dat de aantijgingen van incest op leugens berustten. Hoewel zij haar psychiater hier toestemming voor had verleend, besliste de Hoge Raad: *'De in de toelichting op het middel vervatte stelling dat art. 218 Sv geen toepassing vindt indien door de direct belanghebbende toestemming wordt gegeven voor het verstrekken van informatie als te dezen bedoeld, is onjuist, omdat het verschoningsrecht van de psychiater zijn grondslag vindt in het algemene maatschappelijke belang dat men zich vrijelijk en zonder vrees voor openbaarmaking van het aan hem toevertrouwde tot hem als vertrouwenspersoon kan wenden, en derhalve niet in het individuele belang van degenen die van zijn hulp gebruik maken. Een toestemming als hiervoren bedoeld heft dan ook het verschoningsrecht van de psychiater niet op.'* Van belang in deze zaak was dat de patiënte die toestemming had verleend, haar juridische positie kon verzwakken indien de gegevens met betrekking tot haar behandeling, aan de zaak tegen haar vader zouden worden

⁶⁹ De Brauw verwoordt het als volgt: '[de arts] mag in ieder geval niet menen dat zijn zwijgplicht is opgeheven als hij de redenen waarom de patiënt hem daartoe toestemming geeft, niet kan onderschrijven.' De Brauw 1988 t.a.p., p. 19.

⁷⁰ Vergelijk P.J.M. van Domburg, *Over de grenzen van het verschoningsrecht*, 's-Gravenhage: VUGA Uitgeverij B.V., 1994, p. 40.

⁷¹ HR 2 oktober 1990, *NJ*1991/124.

toegevoegd. Het is niet ondenkbeeldig dat deze omstandigheid heeft meegespeeld bij de beslissing van de Hoge Raad.

Een ander veelgehoord argument waarom de arts terughoudend zou moeten zijn met het openbaren van informatie ondanks toestemming van de patiënt, is die van de 'silence significatif': het feit dat de arts in het ene geval spreekt en in het andere geval juist niet, zou immers tot de conclusie kunnen leiden dat men in het laatste geval iets te verbergen heeft.⁷² Dit zou een onbedoelde precedentenwerking hebben voor volgende gevallen waarbij de patiënt toestemming tot prijsgeven van zijn geheimen geeft. Het geheim als collectief belang zou hiermee op de tocht komen te staan.⁷³

Nu vaststaat dat een arts ondanks toestemming van de patiënt niet tot schending van zijn geheim gehouden is, dringt zich de vraag op of het vragen van toestemming überhaupt noodzakelijk is bij het verschoningsrecht. En zo ja, in welke gevallen hij deze toestemming bepalend mag laten zijn bij de beslissing om zijn verschoningsrecht prijs te geven. Wat de eerste vraag betreft, moet deze bevestigend worden beantwoord. Door de patiënt in het geheel niet de mogelijkheid te geven zich uit te spreken over het prijsgeven van diens eigen geheim, zou de wederzijdse vertrouwensrelatie zo'n ernstige deuk kunnen oplopen dat het bijna niet zonder gevolgen kan blijven voor de onbevreesde gang naar de hulpverlener. Ook hier moet het uitgangspunt zijn dat te allen tijde geprobeerd moet worden toestemming van de patiënt te verkrijgen. Deze toestemming kan vervolgens tot een gerechtvaardigde doorbreking leiden als aan twee voorwaarden is voldaan. Ten eerste dient de arts van mening te zijn dat de onbevreesde gang naar de hulpverlener niet verstoord wordt en ten tweede moet het gevaar van een silence significatif zo klein mogelijk zijn. In het bovengenoemde arrest kon de getuigenis van de arts nadelig uitpakken voor zijn patiënt. Het is denkbaar dat indien de arts door de verdediging van de patiënt wordt ingeroepen om ontlastende verklaringen voor zijn patiënt af te leggen, de onbevreesde gang nauwelijks wordt geschaad als duidelijk wordt dat de arts de volledige toestemming van de patiënt heeft en bovendien diens belang voor ogen heeft. Vooral als een zaak uitvoerig door de media is gevolgd, kan een weigering van de arts zelfs op onbegrip bij het publiek stuiten. Afhankelijk van de op het spel staande belangen en van de consequenties voor de patiënt bij een eventuele weigering, moet de arts het gevaar voor een silence significatif laten meewegen. Overigens speelt de silence significatif vaker een rol in civiele zaken waar sprake is van standaardprocedures. In het strafrecht waar een belangrijke plaats is weggelegd voor

⁷² Duijst 2005 t.a.p., p. 41. Leenen en Gevers 2000 t.a.p., p. 233.

⁷³ De Brauw 1988 t.a.p., p. 19.

de casuïstiek, loopt men minder snel het risico dat zaken als vergelijkbare gevallen worden beschouwd.

2.2.3. Conflict van plichten

Bij een wettelijke meldplicht is het voor de arts duidelijk dat hij zijn zwijgplicht op gerechtvaardigde wijze mag, of beter *moet*, doorbreken en ook in het geval hij toestemming van de patiënt heeft gekregen is de kans dat hij straf- of tuchtrechtelijk hierop wordt aangesproken zeer klein. De meeste problemen en onzekerheden met betrekking tot het beroepsgeheim doen zich juist in die gevallen voor dat de verantwoordelijkheid van de afweging volledig bij de arts komt te liggen. Dit zijn situaties die zo concreet en specifiek zijn dat het niet mogelijk is ze te ondervangen in algemene wettelijke regelingen. In de jurisprudentie wordt deze groep doorbrekingen ingedeeld onder de noemer conflict van plichten. Hieruit komt naar voren in welke vergelijkbare gevallen een of meer zwaarwegende belangen een plicht kunnen doen ontstaan die rechtvaardigen dat de arts niet voldoet aan zijn wettelijke plicht tot geheimhouding. Vooral indien het beroepsgeheim in relatie tot het strafrecht wordt bekeken, zal blijken dat het overgrote deel van de doorbrekingen op grond van een conflict van plichten plaatsvindt: het aantal wettelijke meldplichten is beperkt en het verkrijgen van toestemming van de patiënt zal met het oog op de zware of belastende gevolgen van een bekendmaking, vaak niet verkregen (kunnen) worden. In de nu volgende bespreking van het conflict van plichten zal ik mij beperken tot de strafrechtelijk gerelateerde gevallen van geheimschendingen.

Het conflict van plichten speelt zowel een rol bij de zwijgplicht als bij het verschoningsrecht. Een voorbeeld van het eerste geval is wanneer de arts ontdekt dat een patiënt mogelijk een ernstig misdrijf heeft begaan, dan wel tegenover hem het plan uit om een misdrijf te begaan. De arts verkeert dan in het volgende dilemma: voldoen aan zijn wettelijke plicht tot geheimhouding of uitvoering geven aan een gevoelde plicht om mensen te behoeden voor mogelijk levensgevaar. Een voorbeeld bij het verschoningsrecht is wanneer de arts door een rechter wordt gevraagd een getuigenis af te leggen in een strafzaak tegen de ouders van een mishandeld kind. Nog vaker komt het conflict van plichten ter sprake als bij de arts documenten of andere gegevens in beslag worden genomen in het kader van de opsporing van een misdrijf waar zijn patiënt, al dan niet als verdachte, bij betrokken is. Ook hier kan een dilemma ontstaan waarbij bovendien het belang van de opsporing zich tussen de conflicterende belangen voegt.

Het is niet verwonderlijk dat een arts wiens verantwoordelijkheden door zijn maatschappelijke spilfunctie zo veelzijdig zijn, regelmatig tegen belangen op loopt die hij zich aantrekt en die kunnen botsen met zijn medisch beroepsgeheim. Zo zijn alle belangen die met het leven en welzijn van mensen in het algemeen (ofwel: existentiële belangen) en patiënten in het bijzonder samenhangen, belangen die artsen zich dienen aan te trekken. Dit is immers in essentie het object van hun professie. Maar steeds vaker wordt de arts ook gewezen op zijn burgerlijke verantwoordelijkheden, bijvoorbeeld het meewerken aan een veilige samenleving. Hierbij zijn belangen van een andere orde in het geding, namelijk maatschappelijke en morele belangen.

Omdat uit de jurisprudentie en de rechtsliteratuur niet altijd een eenduidige benadering van het conflict van plichten naar voren komt, zal ik in het nu volgende eerst het conflict van plichten zelf nader beschouwen. Aan de hand van de daar gegeven omschrijvingen en definities, zal ik vervolgens een nieuwe benadering van het conflict van plichten geven waarvan ik meen dat deze door de minder vrijblijvende structuur voor meer duidelijkheid zal zorgen bij het maken en beoordelen van een afweging. Ten slotte zal ik in de paragrafen 2.3.1. en 2.3.2. overgaan tot een afzonderlijke bespreking van het conflict van plichten bij respectievelijk de zwijgplicht en het verschoningsrecht. Hierbij zal de nieuwe benadering van het conflict van plichten als uitgangspunt dienen.

2.3. Het conflict van plichten; een nieuwe benadering

Overmacht

Het conflict van plichten is een andere benaming voor 'noodtoestand', een variant van de strafuitsluitingsgrond overmacht van art. 40 Sr, dat bepaalt dat een persoon die een feit begaat waartoe hij door overmacht gedrongen is, niet strafbaar is.

Overmacht werd bij de invoering van art 40 in het Wetboek van Strafrecht in de Memorie van Toelichting omschreven als 'elke kracht, elke drang, elke dwang, waaraan men geen weerstand kan bieden'.⁷⁴ Aanvankelijk had dit betrekking op situaties waarin men tot een strafbaar feit was overgegaan onder invloed van een dreigend (levens-)gevaar waaraan ook ieder ander mens redelijkerwijs geen weerstand had kunnen bieden. De wilsvrijheid om te handelen was hierdoor aangetast waardoor de schuld voor het gepleegde feit kwam te vervallen. Subjectieve overmacht, ook wel aangeduid met de term psychische overmacht, was dus een schulduitsluitingsgrond. Wanneer er geen direct gevaar voor het subject zelf dreigde, doch de dreiging slechts een objectiveerbaar belang betrof, mocht overmacht niet

worden aangenomen. Vanaf 1923 werd echter ook de objectieve overmachtvariant, namelijk noodtoestand, door de Hoge Raad aanvaard in het opticienarrest. Ze bevestigde de motivering van de rechtbank welke luidde dat het voor de opticien '*een maatschappelijke verplichting was in de onderhavige omstandigheden, alleen van hém te verwachten, hulp te verlenen; [dit is] een verplichting door welke beklaagde (...) geacht moest worden in zoo sterke mate te zijn gedrongen, (...) dat zij zijne strafbaarheid ten aanzien van de noodzakelijk daaruit volgende overtreding (...) opheft.*'⁷⁵ Ook hier wordt de dader gedrongen tot zijn daad; weliswaar wordt door deze drang niet zijn wilsvorming aangetast maar hij moet een keuze maken uit twee onverkieslijke alternatieven, namelijk het negeren van een wettelijke norm of het dulden van een situatie waarin een ander belang ernstig wordt bedreigd.⁷⁶ Hij kan die keuze niet ontlopen.⁷⁷ Dit houdt dus in dat hij in bijzondere relatie met het bedreigde belang staat: hij moet zich dat aantrekken.⁷⁸ Een beroep op het conflict van plichten betreft een rechtvaardigingsgrond; toepassing van een wettelijk voorschrift zou ten koste gaan van een rechtsbelang dat – objectief – zwaarder weegt dan het belang tot bescherming waarvan de wettelijke norm strekt.⁷⁹

Conflict van plichten in de rechtsliteratuur

Enkele van de hierboven genoemde elementen zijn ook terug te vinden in de criteria die in de rechtsliteratuur voor het conflict van plichten worden genoemd. Het meest aangehaald is het zogenaamde 'cumulatieve rijtje van Leenen'.⁸⁰ Dit luidt: 1) alles is in het werk gesteld om toestemming tot doorbreking van het geheim te krijgen 2) het niet doorbreken van het geheim levert voor anderen ernstige schade op 3) de zwijgplichtige verkeert in gewetensnood door het handhaven van de zwijgplicht 4) er is geen andere weg dan doorbreking van het geheim om het probleem op te lossen 5) het moet vrijwel zeker zijn dat door de geheimdoorbreking de schade aan een ander kan worden voorkomen of beperkt 6) het geheim moet zo min mogelijk worden geschonden. Toch is er van verschillende kanten kritiek gekomen op onderdelen van deze definitie en ook de rechtspraak heeft zich er nooit aan gewaagd om het rijtje als geheel over te nemen in een beslissing met betrekking tot een conflict van plichten. Zo is de voorwaarde dat een arts in gewetensnood verkeert sterk afhankelijk van persoon tot persoon, - de ene arts heeft het er moeilijker mee dan een ander

⁷⁴ Wet van 03-03-1881, Stb. 35. Iwtr: 01-09-1886.

⁷⁵ HR 15 oktober 1923, *NJ* 1923, 1329.

⁷⁶ M.M. Dolman, *Overmacht*, Nijmegen: Wolf Legal Publishers, 2005, p. 235: 'Zijn wil moge vrij zijn, zijn keuze is dat niet: hij is ertoe gedrongen.'

⁷⁷ Indien dit wel het geval is, is er uiteraard geen beroep op overmacht mogelijk.

⁷⁸ Dolman 2005 t.a.p., p. 233.

⁷⁹ Dolman 2005 t.a.p., p. 216.

⁸⁰ Leenen en Gevers 2000 t.a.p., p.232-235.

- , en daarom zou een dergelijk criterium niet bepalend hoeven te zijn.⁸¹ Het schadecriterium is ook te weinig concreet. Schade is er in vele soorten en maten: financiële schade, lichamelijke schade, psychische schade en zelfs morele schade. Het noodzaakcriterium (nummer 5) is over het algemeen een *te* streng vereiste. Niet alleen is het van te voren vaak moeilijk in te schatten wat de precieze gevolgen van een melding zullen zijn, maar uit de rest van de voorwaarden volgt dat een doorbreking over het algemeen als laatste redmiddel wordt gezien waarbij men al snel geneigd zal zijn het het voordeel van de twijfel te geven.

Een nieuwe benadering

Wat in de jurisprudentie en de literatuur met betrekking tot het conflict van plichten mijns inziens ontbreekt, is de nadruk op de bijzondere relatie die de geheimhouder met het bedreigde belang heeft. Juist die omstandigheid maakt zijn handelen begrijpelijk en juist daarom voelt *hij* zich verantwoordelijk om te handelen waardoor een plicht ontstaat. Hieruit valt het 'gedrongen zijn' te verklaren. Met de bijzondere relatie wordt niet gedoeld op een subjectief element, zoals de persoon van de geheimhouder⁸², maar eerder op objectieve elementen zoals bijvoorbeeld de aanwezigheid van een vertrouwensrelatie, een professionele standaard e.d. Dit criterium komt ook duidelijk naar voren in een formulering van het Centraal Medisch Tuchtcollege in een veel aangehaald arrest met betrekking tot het conflict van plichten, waarin zij spreekt over 'zijn hoogst persoonlijke opvattingen' aan de hand waarvan een arts zich moet leiden om tot een conflict van plichten te komen.⁸³ Deze opvattingen worden met nadruk gekoppeld aan zijn plicht als arts.⁸⁴

Een ander manco van de voorwaarden die in de literatuur worden genoemd is dat zij negatief geformuleerd zijn: als *niet* aan de betreffende voorwaarde is voldaan, is *geen* sprake van een conflict van plichten. Voorbeelden hiervan zijn het toestemmingsvereiste en het subsidiariteitsvereiste. Het is zuiverder om deze vereisten aan het conflict van plichten vooraf te laten gaan en vervolgens een voorwaarde te formuleren waarin de uitkomst van deze criteria worden ondervangen. Ik zou hiervoor het vereiste van 'onvermijdelijkheid' willen introduceren: niets staat de arts nog in de weg om schending van zijn beroepsgeheim te overwegen. Er zijn geen andere wegen te bewandelen en hij kan er niet mee wachten.

⁸¹ J.K.M. Gevers, hulpverlening en kindermishandeling, *Tijdschrift voor Gezondheidsrecht*, 2004, afl. 28, p. 269-280. De Jong *Preadvies* 2004 t.a.p., p. 128.

⁸² Schendingen van het beroepsgeheim die betrekking hebben op belangen die de arts persoonlijk raken, bijvoorbeeld omdat het zijn dierbaren betreft, vallen onder de subjectieve overmacht.

⁸³ CMT 28 september 1972, *NJ* 1973, 270.

⁸⁴ '... daarnaast behoeft de tuchtrechter zich slechts rekenschap te geven van de vraag of de arts op grond van die bevindingen in redelijkheid had mogen komen tot de conclusie dat zijn plicht als arts hem noopte te handelen als hij deed.' *Idem*.

Samenvattend kunnen er drie voorwaarden aan het ontstaan van een conflicterende plicht worden gesteld: er is sprake van een **bedreigd belang** (1), waarmee de arts in **bijzondere relatie** staat (2) en waaruit een plicht voortkomt waarvan de uitvoering **onvermijdelijk** lijkt (3).

Met de vaststelling dat sprake is van een plicht die kan conflicteren met de wettelijke plicht tot geheimhouding is nog geen antwoord gegeven op de vraag in welke gevallen een daadwerkelijke doorbreking gerechtvaardigd kan worden geacht. Hiervoor moet worden gekeken naar de aard van het bedreigde belang. Een onderscheid kan gemaakt worden voor **morele en existentiële belangen**. Het kenmerk van morele belangen is dat zij betrekking hebben op opvattingen over wat hoort en niet hoort te zijn. Er dreigt morele schade op te treden indien de geheimhouder zijn beroepsgeheim niet verbreekt. Het voorrang verlenen aan een morele norm vormt niet een sterke basis om een wettelijke plicht opzij te zetten die een wezenlijk belang binnen de samenleving beschermt, namelijk de volksgezondheid. Dit geldt des te meer omdat morele normen veranderlijk zijn in de tijd en bovendien eenvoudig kunnen worden beïnvloed door bepaalde emoties die binnen een samenleving spelen.

Veel minder veranderlijk van aard zijn existentiële belangen. Deze hebben betrekking op zaken waarbij het leven en welzijn van mensen in het geding zijn. Een kenmerk van existentiële belangen is dat zij betrekking hebben op feitelijkheden. Het zijn dan ook concrete belangen: er moet sprake zijn van fysieke schade. Existentiële bedreigingen kunnen zich in meer of minder urgente mate voordoen. Hoe urgenter de bedreigde belangen, hoe sneller de aanwezigheid van een existentieel belang kan worden aangenomen. Hierbij komen het **acuutheids criterium** om de hoek kijken waar sommige schrijvers aan refereren.⁸⁵ Dit houdt in dat het beroepsgeheim slechts mag worden doorbroken indien (existentiële) schade kan worden voorkomen; als de schade inmiddels is opgetreden bestaat er geen grond meer voor een schending, tenzij uiteraard een kans op herhaling van het probleem bestaat. Ook de vraag in hoeverre sprake is van een **reëel belang** is van invloed op de mate van **urgentie**.⁸⁶

Een doorbreking van de zwijgplicht op existentiële gronden is wel gerechtvaardigd omdat hiermee de toets wordt doorstaan aan het volksgezondheidsbelang, dat in feite op zijn beurt ook een existentieel belang is.

⁸⁵ Zie o.m. A-G Fokkens in zijn conclusie voorafgaande aan HR 29 juni 1993, NJ 1993, 692 (hij noemt onder meer de vrees voor de veiligheid van personen), T.M. Schalken in TvGr 1999, t.a.p., p. 100 (die spreekt over een acuut strafrechtelijk belang), H.J.J. Leenen, Handboek gezondheidsrecht Deel I, t.a.p., p. 234, en H.J.C. van Marle, 'Het voorspellen van gevaar en de geheimhouding van de behandelaar', Trema 1998, p. 100-103.

⁸⁶ Urgentie heeft dus twee aspecten: acuitheid en reëel belang. De mate van urgentie is van invloed op de vraag of sprake is van een existentieel belang.

In het nu volgende zal ik het conflict van plichten in relatie tot respectievelijk de zwijgplicht en het verschoningsrecht nader beschouwen. Hierbij wordt vooral aandacht gegeven aan het feit dat de arts zijn afweging in beide gevallen tegen een verschillende achtergrond moet bezien: bij de zwijgplicht houdt hij rekening met de individuele vertrouwensrelatie en bij het verschoningsrecht met de onbevreesde gang naar de hulverlener. (zie ook Hoofdstuk 1, paragraaf 1.4.)

2.3.1. Het conflict van plichten in relatie tot de zwijgplicht

Bij het doorbreken van de zwijgplicht op grond van een conflict van plichten, staat de vertrouwensrelatie met de patiënt het meest op scherp. Het initiatief van de doorbreking ligt bij de arts en niet bijvoorbeeld bij de wetgever of de rechter, hij heeft geen toestemming van de patiënt gekregen (of kunnen krijgen), en in sommige gevallen zal een doorbreking zelfs niet in het belang van de patiënt zijn.

Een van de meest geciteerde uitspraken met betrekking tot het conflict van plichten waarin een arts kan komen te verkeren is het arrest van het Centraal Medisch Tuchtcollege (CMT) van 28 september 1972.⁸⁷ Tegen een ziekenhuisarts werd door de ouders van een patiëntje een klacht ingediend omdat hij tegen hun zin een melding van kindermishandeling had gedaan bij de Raad van de Kinderbescherming. Zij meenden dat hij hiermee zijn beroepsgeheim had doorbroken. Het CMT stelde echter: 'Het beroepsgeheim van de arts, hoe ook uit praktische gronden met waarborgen omgeven, is niet absoluut. Het geeft de arts nooit een vrijbrief niet te handelen wanneer zijn plicht hem noopt tot het overschrijden van de grenzen die het beroepsgeheim stelt. Met deze uitspraak benadrukte het CMT dat artsen een eigen verantwoordelijkheid dienen te nemen in situaties waarin belangen spelen die zij zich behoren aan te trekken. Dat kindermishandeling daar onder viel werd hiermee duidelijk. Dit arrest heeft dan ook voor artsen de weg geopend om (vermoedens van) kindermishandeling te kunnen melden bij instanties.'⁸⁸

Bij kindermishandeling komt het dilemma met name voort uit de wens het kind voor verder onheil te behoeden; diens welzijn is in gevaar. De motieven van de arts kunnen worden gebaseerd op een zorgplicht. Ook hier speelt de individuele vertrouwensrelatie een rol, in die zin dat de patiënt er op vertrouwt dat de arts alles zal doen wat in zijn macht ligt om diens gezondheid te waarborgen. De vraag of sprake is van existentiële belangen zal bij

⁸⁷ NJ 1973, 270.

gevallen van kindermishandeling vaak bevestigend kunnen worden beantwoord. Niet alleen is er dikwijls sprake van lichamelijke schade, maar ook is bekend dat veel slachtoffers van kindermishandeling de psychische consequenties van kindermishandeling nog ver in hun leven met zich meedragen. Ook hier is hun existentie in het geding. Bovendien zijn jonge kinderen van nature weerloos waardoor sneller urgentie kan worden aangenomen. Vandaar dat zelfs al een vermoeden van kindermishandeling een melding kan rechtvaardigen. Een conflict van plichten op morele gronden zou bijvoorbeeld kunnen bestaan indien een arts op eigen initiatief informatie zou willen verstrekken aan politie en justitie, met als doel de daders van kindermishandeling te laten veroordelen, terwijl er geen (verder) gevaar voor het kind zelf of andere zusjes of broertjes is. Een doorbreking van het geheim is dan niet gerechtvaardigd.

Waar een doorbreking op basis van een zwaarwegende zorgplicht dikwijls in de lijn van het handelen van de arts ligt, wordt de zaak een stuk gecompliceerder indien een doorbreking *niet* het belang van de patiënt betreft, maar het belang van een derde. De vertrouwensrelatie wordt zo ernstig ondermijnd, dat een eventuele rechtvaardiging aan strengere eisen dient te voldoen. Vooral de mate van urgentie (acuut en reëel gevaar) dient hierbij zwaarder te wegen. Een voorbeeld van zo'n plicht met het belang van een derde tot onderwerp, is de plicht om het leven van een derde te redden. Daar waar voor gewone burgers al een wettelijke plicht bestaat (op straffe van een sanctie!) om van dergelijk ernstige misdrijven aangifte te doen⁸⁹, geldt voor artsen, wiens verantwoordelijkheden juist op dit gebied liggen, de plicht om het gevaar weg te nemen des te sterker. Een aangifte behoort in de acute en reële gevallen zeker tot de mogelijkheden, maar is geen vanzelfsprekendheid. Zeker wanneer de mate van urgentie (acuut en reëel gevaar) niet alarmerend is, maar wel genoeg om een doorbreking te rechtvaardigen, kan de arts er bijvoorbeeld voor kiezen een maatschappelijk werker of een collega om hulp te vragen en niet de politie.

Een recent voorbeeld waarbij deze omstandigheden speelden, volgt uit een arrest van de rechtbank Assen waarbij een psychotherapeut door familieleden van de vermoorde Tjirk van Wijk werd aangeklaagd omdat hij op de hoogte zou zijn geweest van de plannen van zijn patiënt om iemand (anders) te vermoorden.⁹⁰ De therapeut werd verweten dat hij zijn zwijgplicht niet had doorbroken en niet met zijn vermoedens naar justitie was gestapt. De

⁸⁸ A.W.M. Veldkamp, Het beroepsgeheim nader bekeken, *VKM Magazine, Tijdschrift over kindermishandeling*, jaargang 12, nummer 1 (maart 1998), pagina 6-8.

⁸⁹ Van Domburg meent dat het feit alleen dat er voor de doorsnee burger een aangifteplicht bestaat, voor de arts een extra aansporing zou moeten zijn om goed alle in het spel zijnde belangen af te wegen. Van Domburg 1994 t.a.p., p. 18.

⁹⁰ Rechtbank Assen 16 juli 2003, *NJ* 2003/585

rechtbank oordeelde dat de therapeut onrechtmatig had gehandeld nu aan ten minste twee van de vijf in de Beroepscode voor psychotherapeuten genoemde voorwaarden voor het conflict van plichten was voldaan. Dit betrof het schadecriterium (het is vrijwel zeker dat er schade optreedt) en het noodzaakcriterium (het is vrijwel zeker dat de schade voorkomen wordt met een doorbreking). Dit laatste criterium werd overigens weer ontkracht doordat de rechtbank vervolgens stelde dat de therapeut desondanks niet aansprakelijkheid werd gesteld voor de geleden schade omdat het nog maar de vraag zou zijn geweest of een melding had kunnen voorkomen dat specifiek deze persoon (Tjirk van Wijk) zou worden vermoord. In feite bleef maar één grond over op basis waarvan de therapeut werd geacht een conflict van plichten te voelen ten gunste van een doorbreking. Het was duidelijk dat de rechtbank aan de psychotherapeut een signaal wilde afgeven dat hij als hulpverlener van gevaarlijke TBS-patiënten ook een verantwoordelijkheid droeg ten aanzien van de veiligheid binnen de samenleving. Waarschijnlijk werd dit mede ingegeven door de maatschappelijke ophef die rond de dood van Tjirk van Wijk was ontstaan. Maar de motivering van de rechtbank raakte kant nog wal.⁹¹ Dit werd in belangrijke mate veroorzaakt door de onduidelijke criteria die voor het conflict van plichten werden gehanteerd. In de door mij voorgestelde aanpak zou geen sprake zijn geweest van een conflict van plichten omdat niet was voldaan aan het criterium van onvermijdelijkheid. De therapeut was andere wegen aan het bewandelen toen het noodlot toesloeg: hij zag nauwlettend toe op het alcohol- en drugsgebruik van zijn patiënt omdat deze van invloed waren op diens agressieve gedrag en hij verstreekte hem methadon omdat hij wist dat zijn cliënt daar rustiger van werd.⁹² Als er al een conflict van plichten was, kan in dit geval worden betwijfeld of sprake was van een reëel en acuut belang: de doodsdreiging ging ruim twee weken aan de moord vooraf, had geen betrekking op het slachtoffer en het dreigement ging bovendien gepaard met het tonen van een niet-levensbedreigend alarmpistool. Juist omdat een hulpverlener zo veel mogelijk de vertrouwensrelatie met zijn patiënt in stand wil houden, moeten de redenen om tot een melding over te gaan zeer urgent zijn.

De zaak legt echter een ander probleem bloot en dat betreft inschattingfouten van hulpverleners met fatale gevolgen. Voor de samenleving zijn dit onacceptabele situaties die grote maatschappelijke verontwaardiging teweegbrengen. Vooral de hulpverlening van

⁹¹ Zie ook E.J.C. de Jong, *Preadvies* 2004 t.a.p., p.133-137, J.K.M. Gevers, Derden waarschuwen voor gevaar: een kwestie van mogen of moeten?, *Tijdschrift voor Gezondheidsrecht*, 27 (2003), p. 523. W.L.J.M. Duijst en T.M. Schalken, De plicht om af te zien van het verschoningsrecht of: waar het medisch beroepsgeheim moet wijken voor de opsporing, *Tijdschrift voor Gezondheidszorg*, 29 (2005), 124-134.

⁹² In hoger beroep oordeelde het gerechtshof Leeuwarden overeenkomstig: 'dat de therapeut niets te verwijten viel omdat hij mocht aannemen dat de door hem genomen voorzorgsmaatregelen afdoende waren om de dreiging van het specifieke gevaar weg te nemen.' Gerechtshof Leeuwarden 22 december 2004, *TvGr*, 29 (2005), p. 169-175.

jeugdwerkers is de laatste jaren negatief in de belangstelling gekomen nadat verscheidene gevallen van kinderdoding aan het licht kwamen die onder het toezicht van jeugdzorg stonden. In de zaak tegen de gezinsvoogd van het peutertje Savannah dat in september 2004 dood in een kofferbak werd gevonden, is inmiddels zelfs een strafrechtelijk onderzoek gestart waarbij wordt gekeken naar haar aandeel in de schuld. Vooral bij problemen van dit kaliber, kan het maken van een inschattingsfout fatale consequenties hebben. Het is daarom goed dat er onderzoeken worden ingesteld naar het functioneren van bepaalde hulpverleningsinstanties. De criteria voor het conflict van plichten zijn echter niet geschikt om een juridisch afdwingbare verplichting te construeren en al helemaal niet door het geïsoleerd toepassen van twee daarvan.⁹³

Dat de aanwezigheid van een acuut en reëel belang soms wel degelijk door de rechtspraak als voorwaarde wordt gesteld, ondanks een maatschappelijke ophef, blijkt uit de tuchtzaak tegen een Leidse psychotherapeute, die tegen haar patiënt aangifte van moord had gedaan nadat hij haar in therapeutische sessies had verteld dat hij zijn moeder met een kruisboog en een balpen had gedood. Zij deed hierbij een beroep op het conflict van plichten. Los van de vraag of de jongen, die een geestelijk gecompliceerde persoonlijkheid bezat, de waarheid had gesproken, werd geoordeeld dat de therapeute haar zwijgplicht ongerechtvaardigd had doorbroken nu zij aangifte had gedaan van een moord die al was gepleegd.⁹⁴ De ophef rond de zaak in Leiden en omstreken deed hieraan niets af.

2.3.2. Het conflict van plichten in relatie tot het verschoningsrecht

In tegenstelling tot de situatie bij de zwijgplicht, gaat het bij het verschoningsrecht vaak niet om de vraag wanneer een arts het beroepsgeheim *mag* doorbreken, maar wanneer hij gerechtvaardigd is zijn beroepsgeheim *niet* te doorbreken. Dit valt grotendeels te verklaren doordat het initiatief van een eventuele doorbreking in het eerste geval bij de arts zelf ligt, en in het tweede geval bij de rechter(-commissaris). Een arts moet aan de rechter uiteenzetten waarom hij van mening is dat zijn conflict van plichten uiteindelijk resulteert in een vasthouden aan het verschoningsrecht. Een weigering tot het geven van een motivering, is niet verstandig.⁹⁵ Het verschoningsrecht moet immers altijd worden geplaatst in het kader van de waarheidsvinding c.q. de opsporing. De arts moet daarom ook duidelijk maken dat hij dit belang in de afweging heeft meegenomen en niet zonder meer naast zich neer heeft

⁹³ Indien dit arrest immers navolging zou krijgen zouden andere hulpverleners in toekomstige zaken hieruit een verplichting kunnen afleiden.

⁹⁴ Col. Beroep NIP 20 juni 1997, *TvGR* 1999, 43.

⁹⁵ Duijst 2005 t.a.p., p. 66.

gelegd. Het verschoningsrecht is zoals gezegd een uitzonderingsrecht. Dit komt niet alleen tot uiting in de beperkte groep verschoningsgerechtigden. Maar dit brengt ook mee dat verschoningsgerechtigden op een restrictieve wijze hun recht moeten uitoefenen. Een rechter heeft altijd de mogelijkheid een marginale toetsing uit te voeren: het ongefundeerd zwijgen zal snel de indruk wekken het resultaat te zijn van een onzorgvuldige afweging of nog erger: van een oneigenlijke hantering van het beroepsgeheim.

Verreweg de meeste jurisprudentie met betrekking tot de vraag of de waarheidsvinding of het beroepsgeheim moet prevaleren, heeft betrekking op inbeslagnemingen bij geheimhouders. Vaak gaat het dan in eerste instantie nog niet om de vraag of de arts op juiste gronden zijn conflict van plichten heeft afgewogen. Veelal wordt eerst gekeken of de inbeslaggenomen gegevens überhaupt wel onder het verschoningsrecht vallen.⁹⁶ En indien dit inderdaad het geval is, wordt vervolgens gekeken of de gegevens voorwerp van het strafbare feit uitmaken.⁹⁷ In beginsel is het in beide gevallen aan de verschoningsgerechtigde om hierover te oordelen; zijn oordeel dient door justitie te worden gerespecteerd, tenzij er redelijkerwijze geen twijfel over kan bestaan dat het standpunt van de geheimhouder onjuist is.⁹⁸

De beoordeling of de arts terecht zijn conflict van plichten heeft laten doorslaan naar 'niet bekend maken' komt pas aan de orde wanneer de rechter in zijn toetsing overgaat tot het nader invulling geven aan zijn discretionaire bevoegdheid. In de jurisprudentie heeft dit vorm gekregen in de 'zeer uitzonderlijke omstandigheden'.

Zeer uitzonderlijke omstandigheden.

In de laatste decennia maken de 'zeer uitzonderlijke omstandigheden' steeds meer opgang in de rechtspraak. Deze zorgen er voor dat een inbeslagneming van brieven en geschriften waarvan is komen vast te staan dat zij onder het medisch beroepsgeheim vallen (na marginale toetsing van de rechter), toch mogelijk wordt op basis van een zeer uitzonderlijke omstandigheid waar de rechter zelf invulling aan kan geven. Hele lange tijd werd deze rechterlijke vrijheid slechts gebruikt in die gevallen dat een geheimhouder zijn beroepsgeheim misbruikte om er criminele gedragingen van zichzelf en van zijn cliënt/patiënt mee te verhullen. De juridische constructie hiervan kwam feitelijk op het volgende neer: in

⁹⁶ Zo werd onlangs door AG-Machielse beargumenteerd waarom NAW-gegevens (Naam, Adres, Woonplaats) in sommige gevallen niet onder het verschoningsrecht zouden behoren te vallen (*NJ* 2005/273). In een ander recent arrest werd betwist dat gegevens over een cliënt die door een derde aan de geheimhouder waren verschaft, het object van het verschoningsrecht uitmaakten (*NJ* 2006/109). Met betrekking tot de gezondheidszorg is bovendien van belang de vraag of onder 'brieven en andere geschriften', waar art. 98 Sv over rept, ook röntgenfoto's of andere gegevensdragers worden begrepen. (zie ook *Preadvies* 2004 t.a.p., p. 169-174)

⁹⁷ Op grond van art 98 lid 2 Sv.

⁹⁸ Recent: HR 12 februari 2002, *NJ* 2002/439.

het conflict van plichten van de geheimhouder, kwam het belang van het medisch beroepsgeheim te vervallen omdat de ratio waar gewoonlijk aan werd getoetst, namelijk de onbevreesde gang naar de hulpverlener, in dit specifieke geval niet aanwezig was. De ratio in dergelijke gevallen was immers het verbergen van ernstig crimineel gedrag. *'Dan zal het belang van die [patiënten/cliënten] dat zij ervan moeten kunnen uitgaan dat de [geheimhouder] geheim houdt hetgeen zij hem in die criminele aangelegenheid hebben toevertrouwd, moeten wijken voor het belang dat de waarheid aan het licht komt.'*⁹⁹ Zelfs kan gezegd worden dat de onbevreesde gang naar de hulpverlener wordt geschaad doordat ten gevolge van het laakbaar gedrag van enkelen, het vertrouwen in de gehele beroepsgroep een flinke knauw kan oplopen.

In de laatste jaren gebruiken vooral de lagere rechters, maar recent ook de Hoge Raad¹⁰⁰, de 'zeer uitzonderlijke omstandigheden' steeds vaker wanneer *de patiënt alleen*, verdachte is van een (ernstig) misdrijf. De argumenten voor het laten prevaleren van het opsporingsbelang worden onder andere gezocht in de ernst van het delict, de weerloosheid van het slachtoffer en de geschokte rechtsorde.¹⁰¹ De juridische constructie zou dan de volgende kunnen zijn: binnen zijn conflict van plichten miskent de arts het gewicht van een bepaald maatschappelijk belang dat met de opsporing gediend is. Het opmerkelijke hiervan is dat de rechters moreel inhoudelijke aanwijzingen geven aan de arts hoe hij de verschillende belangen binnen zijn conflict van plichten (in het vervolg) moet waarderen. Hiermee wordt de afweging in feite bij de arts weggenomen en blijft er weinig over van de 'hoogst persoonlijke opvattingen' waaraan volgens het klassieke CMT-arrest uit 1972 de arts zijn doorbrekingen zou moeten toetsen.¹⁰² Bij het maken van een afweging door een andere arts in een toekomstig en vergelijkbaar geval zal met deze genoemde argumenten rekening moeten worden gehouden.¹⁰³

De ratio van het beroepsgeheim verschuift door het morele bombardement naar de achtergrond en doet weinig ter zake. Hooguit kan worden opgemaakt dat men verwacht dat de onbevreesde gang naar de hulpverlener slechts wordt bedreigd voor diegenen die het aan hun eigen gedrag te danken hebben. Van de overige hulpzoekenden wordt wellicht verondersteld dat zij de beroepsgeheimschendingen ten aanzien van misdadigers kunnen begrijpen en er geen consequenties voor hun eigen hulpvraag aan zullen verbinden.

⁹⁹ HR 14 juni 2005, *NJ* 2005/253

¹⁰⁰ HR 29 juni 2004, *NJ* 2005/273.

¹⁰¹ Duijst en Schalken 2005 t.a.p.

¹⁰² Centraal Medisch Tuchtcollege 28 september 1972, *NJ* 1973/270.

¹⁰³ Ik zal in Hoofdstuk 3, paragraaf 3.2. e.v. bij de bespreking van het bovengenoemde arrest van de Hoge Raad (*NJ* 2005/ 273) nader ingaan op deze problematiek.

Deze ontwikkeling waarbij steeds vaker voorrang gegeven wordt aan het opsporingsbelang, miskent de omstandigheid dat verdachten soms geen daders blijken te zijn en daden soms niet strafbaar. Het dwingt de arts om op deze vragen vooruit te lopen, hoewel hij daarvoor de kennis en het inzicht niet in huis heeft.¹⁰⁴ De belangenafweging van de arts op basis van het conflict van plichten moet niet 'verzwaard' worden met dergelijke juridische vraagstukken. Het is uiteindelijk de arts die in een conflict van plichten komt te verkeren met daarin tegengestelde belangen en plichten die *hij persoonlijk* zich zou moeten aantrekken. Maar bovenal miskent het dat een ieder recht heeft op geneeskundige zorg indien hij deze nodig heeft, onafhankelijk van zijn maatschappelijke status.

2.4. Stroomdiagram

Op basis van de voorgaande paragrafen valt een volgend stroomdiagram te construeren aan de hand waarvan de arts op een systematische wijze tot een afweging van zijn medisch beroepsgeheim kan komen. In Hoofdstuk 4, het concluderend hoofdstuk, zal ik dit stroomschema uitgebreid toetsen voor zowel de zwijgplicht als het verschoningsrecht.

1) is er een wettelijke regeling met een meldplicht?

- > ja, -> beroepsgeheim *moet* doorbroken worden,
- > nee -> volgende vraag

2) is er toestemming van de patiënt (mogelijk)?

- > ja -> Is doorbreking in het belang van de patiënt?
 - Ja -> beroepsgeheim moet/ mag doorbroken worden*
 - Nee -> volgende vraag (3)
- > nee -> volgende vraag

3) is sprake van een conflict van plichten?

- > nee -> beroepsgeheim mag niet doorbroken worden
- > ja -> volgende vraag

4) cvp op morele gronden of existentiële gronden?

¹⁰⁴ Het feit dat de arts zich moet bezighouden met inhoudelijke vragen met betrekking tot de opsporing blijkt ook uit de middelen die door klagers in het arrest van HR 29 juni 2004 zijn aangedragen: men betwist dat sprake was van een ernstige verdenking tegen de patiënt die een doorbreking van het beroepsgeheim zou kunnen rechtvaardigen. Zie toelichting op middel II.

- > morele -> beroepsgeheim mag niet doorbroken worden
- > existentiële -> beroepsgeheim mag doorbroken worden ; hoe groter de mate van urgentie (acuut en reëel belang), hoe sneller mag worden aangenomen dat sprake is van existentiële belangen.

* Afhankelijk of sprake is van een doorbreking op basis van respectievelijk een zwijgplicht of een verschoningsrecht.

Hoofdstuk 3. Het medisch beroepsgeheim in de actualiteit

3.1. Kindermishandeling

3.1.1. Inleiding

Naar schatting worden jaarlijks in Nederland zo'n 50.000 tot 80.000 kinderen het slachtoffer van kindermishandeling¹⁰⁵. Dit maakt het tot een probleem van maatschappelijke omvang en de roep vanuit de samenleving om hier tegen op te treden, wordt steeds sterker gevoeld. Ook op internationaal niveau worden staten aangespoord maatregelen te nemen om kindermishandeling uit te bannen. Zo heeft Nederland het VN-Verdrag inzake de rechten van het kind geratificeerd, op basis waarvan de overheid zich bindt om zich in te zetten tegen geweld, verwaarlozing en misbruik van kinderen.¹⁰⁶ De medewerking van artsen bij het aanpakken van dit probleem lijkt onmisbaar omdat zij als een van de eersten de signalen van een geval tot kindermishandeling kunnen oppakken.

Ter uitvoering van de verdragsverplichting om kinderen beter te beschermen is in 2003 een wijzigingswet van de Wet op de Jeugdhulpverlening (WJH)¹⁰⁷ in werking getreden die twee jaar later overging in de Wet op de Jeugdzorg (WJZ).¹⁰⁸ Hiermee kreeg het Advies- en Meldpunt Kindermishandeling (AMK) een wettelijke basis. Met de oprichting van het AMK als herkenbaar, organisatorisch onderdeel van de (provinciale) Bureaus Jeugdzorg beoogden men te voorzien in een meldpunt dat voldoet aan eisen van gemakkelijke bereikbaarheid, directe toegankelijkheid, neutraliteit en directe herkenbaarheid voor de (potentiële) melder, dat specifiek voor zijn taak uitgerust is, en dat volgens een duidelijke en zorgvuldige procedure te werk gaat.¹⁰⁹ Alvorens in te gaan op de nieuwe wetgeving bespreek ik eerst in het kort wat artsen vóór deze regeling konden doen wanneer zij een vermoeden van kindermishandeling hadden.

¹⁰⁵ A.N. Bosschaart en R.A.C. Bilo, 'Het zwijgen doorbroken; naar een meldrecht bij kindermishandeling', *Medisch Contact*, 2000, p. 314-316. Zie ook kamerstukken TK 57 57-3895 aangaande Advies- en Meldpunten Kindermishandeling, dd. 19 maart 2002.

¹⁰⁶ Met name artikel 19 van het VN-Verdrag (Internationaal Verdrag voor de rechten van het kind, 20 november 1989, trb. 46 en 170) is van belang. Daarin staat: de staten die partij zijn, nemen alle passende wettelijke en bestuurlijke maatregelen en maatregelen op sociaal en opvoedkundig gebied om het kind te beschermen tegen alle vormen van lichamelijk of geestelijk geweld, letsel of misbruik, lichamelijke of geestelijke verwaarlozing of nalatige behandeling, mishandeling of exploitatie, met inbegrip van seksueel misbruik terwijl het kind onder de hoede is van de ouders, wettige voogden of iemand anders die de zorg voor het kind heeft.

¹⁰⁷ Wijziging van de Wet op de Jeugdhulpverlening, 26-09-2002, Stb. 515. Iwtr: 01-06-2003.

¹⁰⁸ Wet op de Jeugdzorg, 22-04-2004, Stb. 306. Iwtr: 01-01-2005.

¹⁰⁹ J.K.M Gevers, Hulpverlener en kindermishandeling, *Tijdschrift voor Gezondheidsrecht*, 2004, afl. 28, p.269-280.

3.1.2. Melding van kindermishandeling vóór nieuwe WJZ

Vóór deze wetgeving konden artsen een geval van kindermishandeling melden op basis van een conflict van plichten, zoals dit in een belangrijk arrest van het Centraal Medisch Tuchtcollege in 1972 was vastgesteld.¹¹⁰ Het CMT stelde: 'Het beroepsgeheim van de arts, hoe ook uit praktische gronden met waarborgen omgeven, is niet absoluut. Het geeft de arts nooit een vrijbrief niet te handelen wanneer zijn plicht hem noopt tot het overschrijden van de grenzen die het beroepsgeheim stelt.' In dat zelfde jaar ontstonden ook de bureaus vertrouwensartsen waar artsen met hun vermoedens terecht konden. Hoewel het arrest van het tuchtcollege uit 1972 duidelijk was in zijn boodschap, namelijk dat een arts een eigen verantwoordelijkheid had ten aanzien van kindermishandeling en in sommige gevallen het beroepsgeheim hiervoor *moest* wijken, liet het volledig aan het eigen inzicht - 'de hoogstpersoonlijke opvattingen' - van de arts over wanneer hij zo'n conflict van plichten aanwezig achtte. Van belang was vooral de vraag of de arts zorgvuldig te werk was gegaan.

Desondanks vergde het maken van een dergelijke afweging behalve zorgvuldigheid ook enig juridisch inzicht; in de jurisprudentie werden verschillende vragen beantwoord met betrekking tot bijvoorbeeld het subject van het beroepsgeheim¹¹¹, het object van het beroepsgeheim¹¹², afgeleid beroepsgeheim¹¹³ etc., waaruit bleek dat de zaken vaak ingewikkelder lagen dan gedacht. Hoewel deze arresten niet met zoveel woorden uitsluitel gaven over de wijze waarop een arts met zijn conflict van plichten moest omgaan, maar veeleer antwoord gaven op vragen over de reikwijdte van het beroepsgeheim, bevestigden zij het beeld van het beroepsgeheim als 'onrustig bezit'. Vanuit de beroepsgroep (o.a. KNMG) werden protocollen verschaft op basis waarvan wel enige houvast kon worden verkregen bij een conflict van plichten. Ook in de rechtsliteratuur werden handvatten gegeven: bekend is het zogenaamde 'cumulatieve rijtje van Leenen' dat dikwijls werd geciteerd om aan te geven in welke gevallen het conflict van plichten gold. Doch over de precieze criteria bestond geen overeenstemming en zeker niet over de toepassing daarvan. Bovendien is gebleken dat de criteria weliswaar door verschillende beroepsgroepen zijn overgenomen, maar niet (overtuigend) door de rechtspraak.¹¹⁴ De leer van het conflict van plichten vormde derhalve

¹¹⁰ CMT 28 september 1972, *NJ* 1973/270.

¹¹¹ Grote beroering gaf het arrest waaruit bleek dat de vertrouwensarts geen eigen beroepsgeheim toekwam. HR 15 oktober 1999, *NJ* 2001/42.

¹¹² Bijvoorbeeld HR 23 november 1990, *NJ* 1991/761.

¹¹³ Bijvoorbeeld HR 19 november 1985, *NJ* 1986/533.

¹¹⁴ E.J.C. de Jong, preadvies t.a.p., 2004, p. 132.

maar een beperkt hulpmiddel.¹¹⁵

Het is niet ondenkbaar dat hierdoor een grote groep artsen er de voorkeur aan gaf het zekere voor het onzekere te nemen, door te zwijgen waar spreken meer op zijn plaats zou zijn geweest. Volgens de rechtsgeleerde Doek vormt de onzekerheid over de uitkomst van een eventuele juridische procedure een belangrijke psychologische drempel voor artsen om tot doorbreking van hun beroepsgeheim over te gaan.¹¹⁶ Dit wordt bevestigd door een onderzoek van de werkgroep Hermanns uit 1997 waaruit bleek dat 27% van de beroepsbeoefenaren geen melding doet van kindermishandeling ofschoon zij wel een vermoeden heeft.¹¹⁷ Een andere verklaring voor de terughoudendheid van sommige artsen kan gezocht worden in een sterke opvatting over het eigen verantwoordelijkheidsgevoel ten aanzien van het patiëntje. Met het doen van een melding wordt een groot deel van die verantwoordelijkheid gedeeld met hulpverleners die de situatie en de in het geding zijnde belangen misschien op een andere manier op waarde schatten. Vooral argumenten als onzekerheid over het al dan niet inschakelen van politie en justitie door instanties, waarbij de belangen van het kind niet altijd voorop staan, en angst voor een bureaucratische aanpak van de zaak, kunnen twijfels over de zin van een melding versterken.

3.1.3. De nieuwe Wet op de Jeugdzorg

Met het invoeren van de nieuwe Wet op de Jeugdzorg heeft men juist het oog gehad op deze groep twijfelaars door aan te geven dat een doorbreking van het beroepsgeheim tot de (wettelijke) mogelijkheden behoort. In art 53 lid 3 van de Wet op de Jeugdzorg (WJZ) wordt de melding van de professionele geheimhouders bij de AMK's geregeld. De verwachting is dat hiermee voor geheimhouders de drempel om tot een melding over te gaan kleiner zal worden. Tegelijkertijd denkt men een beter beeld te kunnen krijgen van de werkelijke omvang van kindermishandeling. Art 53 lid 3 WJZ luidt:

'Degene die op grond van een wettelijk voorschrift of op grond van zijn ambt of beroep tot geheimhouding is verplicht kan, zonder toestemming van degene die het betreft, aan een stichting inlichtingen verstrekken, indien dit noodzakelijk kan worden

¹¹⁵ W. Kastelein, preadvies t.a.p., 2004, p. 192.

¹¹⁶ Vergelijk A.W.M. Veldkamp, Het beroepsgeheim nader bekeken, *VKM Magazine*, Tijdschrift over kindermishandeling, nummer 1, maart 1998, p. 6-8.

¹¹⁷ Werkgroep Meldpunt Kindermishandeling onder voorzitterschap van Jo Hermanns, 1997.

geacht om een situatie van kindermishandeling te beëindigen of een redelijk vermoeden van kindermishandeling te onderzoeken.’¹¹⁸

De procedure met betrekking tot een melding van kindermishandeling is als volgt. Indien een arts op de hoogte is van een geval van kindermishandeling of wanneer hij een redelijk vermoeden hiervan heeft, kan hij zich in de eerste plaats tot een AMK wenden voor advies.¹¹⁹ Hij legt de situatie voor zonder het betreffende gezin met naam en toenaam te noemen. Indien het AMK van mening is dat het gezin specialistische hulp nodig heeft die de arts zelf hen niet kan bieden, wordt hij gevraagd een officiële melding te doen. Dit houdt ondermeer in dat hij informatie geeft over de familie en over de achtergrond van zijn vermoedens. Vervolgens stelt het AMK een nader onderzoek in naar het gezin en wordt het, naast de arts, medeverantwoordelijk voor de verdere hulpverlening. Het uitgangspunt is dat de hulpverlening op vrijwillige basis plaatsvindt; een daadwerkelijke verandering in het gedrag van de ouders kan immers slechts worden verkregen als zij voldoende gemotiveerd zijn. Indien deze medewerking aan de kant van de ouders ontbreekt, kan ook de Raad voor de Kinderbescherming worden ingeschakeld. De arts kan in zeer ernstige en acute gevallen waarbij onmiddellijk ingrijpen vereist is, de melding rechtstreeks bij de Raad doen.

Deze nieuwe regeling heeft er alle schijn van de arts over de drempel te willen helpen met het doorbreken van zijn beroepsgeheim bij een vermoeden van kindermishandeling. Waar vroeger de arts soms alleen voor de vraag stond of zijn vermoedens juist waren is er nu een deskundige instelling die hem hierover van advies kan dienen. Waar vroeger de arts bij het maken van zijn afwegingen altijd de onzekerheid behield of de rechter zijn gemaakte afweging als legitiem zou beoordelen, wordt de rechterlijke toetsing in de huidige regelgeving gekoppeld aan de zorgvuldigheidscriteria die de eigen beroepsgroep heeft opgesteld.¹²⁰ En waar vroeger de arts, wellicht op basis van een eng-medische opvatting over de eigen verantwoordelijkheid, terughoudend was met het melden omdat hij bang was dat het patiëntje in een hulpverleningstraject terecht zou komen die onvoldoende rekening hield met diens belangen¹²¹, wordt die onzekerheid nu grotendeels weggenomen door een

¹¹⁸ Waar in de Wet op de jeugdhulpverlening nog werd gesproken over het verstrekken van inlichtingen bij een AMK, wordt in de nieuwe wet gesproken over een stichting. De AMK's zijn onderdeel geworden van een (provinciaal) bureau Jeugdzorg, dat op zijn beurt wordt aangevoerd door 'de stichting'. (art. 1 onder f WJZ).

¹¹⁹ Overigens kan de arts ook een melding doen zonder eerst advies aan te vragen, bijvoorbeeld in gevallen dat het evident is dat een gezin slechts geholpen kan worden door deskundige hulpverleners op het gebied van kindermishandeling.

¹²⁰ Voor artsen staan die criteria genoemd in de Meldcode voor Kindermishandeling, opgesteld door de KNMG in 2002.

¹²¹ Denk bijvoorbeeld aan strafrechtelijke vervolging van de ouders.

strakke en door de wet gestuurde werkwijze bij een herkenbare en bereikbare landelijke instelling. Bovendien wordt in de nieuwe regeling de mogelijkheid geschapen voor de hulpverlener om een anonieme melding te doen waardoor de vertrouwensrelatie met zijn patiënt niet wordt geschaad.

Toch zitten er enkele addertjes onder het gras. Bij oppervlakkige lezing van het artikel 53 lid 3 WJZ zou men kunnen veronderstellen dat het zonder meer geoorloofd is zonder toestemming van de betreffende personen, inlichtingen aan een AMK te verschaffen. Er staat immers dat men zonder toestemming inlichtingen *kan* verstrekken. Maar voor het zorgvuldig handelen van een arts is wel degelijk vereist dat hij het toestemmingsvereiste als uitgangspunt neemt, omdat samenwerking met de ouders en/of het kind in veel gevallen meer mogelijkheden biedt om het geweld te stoppen.¹²² Alleen in die gevallen dat toestemming niet mogelijk is of niet verkregen wordt, mag zonder toestemming aan een AMK worden gemeld op basis van dit artikel. Het betreft dus nog altijd slechts de uitzonderlijke situaties waarin zonder toestemming kan worden gemeld. In de Memorie van Toelichting wordt nog eens benadrukt dat het onderhavige artikel geen vrijbrief is om gegevens aan een AMK te verstrekken.¹²³ Ofwel, een arts die niet geprobeerd heeft om van het gezin (patiënt of ouders) toestemming te verkrijgen en ze in de besluitvormingsproces te betrekken, terwijl hij tegelijkertijd geen reden had om bang te zijn dat het vragen van toestemming grote schade voor zijn patiëntje zou opleveren, heeft in de ogen van de rechter onzorgvuldig gehandeld en kan hier op worden aangesproken. Van het feit dat dit ook daadwerkelijk gebeurt, getuigt een recent arrest van het Europese Hof voor de Rechten van de Mens in de zaak Venema tegen Nederland.¹²⁴ Daarin sprak het hof zich uit over de voorlopige ondertoezichtstelling en uithuisplaatsing van een kind van elf maanden op grond van het feit dat de moeder aan het syndroom Münchhausen by Proxy zou lijden. De ouders waren volgens het hof niet of onvoldoende in het proces voorafgaande aan deze beslissing betrokken door de artsen, waardoor hen de mogelijkheid was ontnomen om de voorgenomen beslissing en de daarbij gebruikte informatie te betwisten. Volgens het hof leverde dat schending van artikel 8 EVRM op.¹²⁵

Het tweede punt waarop een hulpverlener extra alert moet zijn is het feit dat er ondanks het wettelijke meldrecht nog altijd de mogelijkheid is dat hij tucht-, civiel- of strafrechtelijk kan worden aangesproken op het maken van een verkeerde of onevenwichtige afweging. Als hij bijvoorbeeld veel meer informatie aan een AMK doorgeeft dan noodzakelijk

¹²² Vergelijk P. Baeten en L. Janssen, *Samenwerking en beroepsgeheim*, Utrecht: NIZW-jeugd, 2002, p.9.

¹²³ *Kamerstukken II* 2000/2001, 27842, 3, p. 32.

¹²⁴ Deze zaak speelde evenwel vóór de nieuwe wetgeving.

¹²⁵ EHRM 17 december 2002, *NJ* 2004/632.

is, of als hij überhaupt niet had hoeven melden omdat hij de zaak persoonlijk had kunnen afhandelen (bijvoorbeeld op uitdrukkelijk verzoek van de ouders en uiteraard na afweging van de belangen), heeft hij niet voldaan aan de eisen van respectievelijk proportionaliteit en subsidiariteit. Dit zijn twee belangrijke toetsingscriteria die bij een conflict van plichten moeten worden gehanteerd. Het conflict van plichten is weliswaar gecodificeerd in de nieuwe regeling, maar de invulling ervan wordt niet nader in de wet aangegeven. Uit de kamerstukken volgt het vereiste dat bij het doorbreken van het beroepsgeheim 'zorgvuldig' moet zijn gehandeld. Voor de invulling van dit begrip wordt door de wetgever een grote verantwoordelijkheid neergelegd bij de beroepsgroepen die nadere zorgvuldigheidscriteria moeten vaststellen.¹²⁶ Voor artsen en specialisten zijn deze criteria vastgelegd in de Meldcode Kindermishandeling van de KNMG. Hoewel aan de onzekerheid voor artsen over een eventuele vervolging met de nieuwe regeling nog geen einde is gekomen, wordt het er voor hen wel een stuk inzichtelijker op. De meldcode is geschreven vanuit het perspectief van de arts en zal niet alleen eenvoudiger te raadplegen zijn (bijvoorbeeld via website van de KNMG) maar het zal ook een stuk toegankelijker zijn dan de uitgebreide rechtsliteratuur en jurisprudentie rond het conflict van plichten. Toch zijn er met betrekking tot dit een-tweetje tussen wetgever en beroepsgroep enkele kanttekeningen te plaatsen (zie hiervoor paragraaf 3.1.4).

Een derde punt dat genoemd kan worden is de zogenaamde anonimiteit van de melder. Een melding bij een AMK is nooit anoniem, dat wil zeggen dat de naam van iedereen die een melding doet bij het AMK bekend is. Ook van hulpverleners met een beroepsgeheim. Wel kan de hulpverlener ervoor kiezen dat zijn naam verborgen blijft voor de familie zodat zijn vertrouwensrelatie met hen zo min mogelijk geschaad wordt. Het nadeel van deze 'anonieme' procedure is echter dat een AMK in sommige gevallen de behandeling van de melding voortijdig moet beëindigen omdat bij het inwinnen van aanvullende informatie de identiteit van de melder dreigt te worden prijsgegeven. De 'winst' van een wettelijke mogelijkheid tot anonieme melding blijkt in de praktijk erg beperkt.

3.1.4. Bespreking nieuwe wetgeving

Het nieuwe meldrecht in gevallen van kindermishandeling heeft als doel om weifelende artsen over de streep te trekken bij het doorbreken van hun zwijgplicht. Het ziet niet toe op situaties die te maken hebben met het verschoningsrecht van artsen. De ratio waaraan iedere doorbreking van het beroepsgeheim moet worden getoetst is de individuele

¹²⁶ Kamerstukken II, 2000/2001, 27842, A, p.4.

vertrouwensrelatie tussen arts en patiënt. In deze paragraaf bekijk ik of de nieuwe regeling ditzelfde uitgangspunt heeft genomen. Ook zal ik proberen aan te geven in hoeverre de wijze waarop het conflict van plichten aan de arts gepresenteerd wordt, voor voldoende houvast zorgt bij het maken van een afweging.

De vertrouwensrelatie met de patiënt is in de eerste plaats gebaat bij een zo groot mogelijke openheid. Wanneer de patiënt een kind betreft, geldt die openheid ook naar de ouders, de wettelijk vertegenwoordigers. Voorkomen moet worden dat er door de arts een hulpverleningsplan wordt opgezet achter de rug van de patiënt en zijn ouders; hierdoor zal de bereidheid tot medewerking af kunnen nemen door een breuk in de vertrouwensrelatie. Het verkrijgen van toestemming is dus een eerste vereiste. Weliswaar volgt uit de nieuwe wettelijke regeling met betrekking tot de melding van kindermishandeling indirect dat toestemming van de ouders of het kind zelf, het uitgangspunt is, maar nergens staat dit met zoveel woorden. In de KNMG-Meldcode, waarnaar in de kamerstukken rond de nieuwe wet wordt verwezen, wordt wel het toestemmingsvereiste genoemd. Hier staat het echter als negatieve voorwaarde in het rijtje voor de invulling van het conflict van plichten (als de arts zich de moeite niet heeft getroost om vooraf toestemming te vragen, is geen sprake van een conflict van plichten). Ik ben echter van mening dat het toestemmingsvereiste zo belangrijk is, dat het een zelfstandige plek zou behoren te krijgen, nog *voordat* sprake is van een afweging op basis van een conflict van plichten. Dit maakt het mogelijk dat dilemma's kunnen worden opgelost op een manier waar alle partijen zich in kunnen vinden.

De individuele vertrouwensrelatie met de patiënt heeft ook betrekking op het vertrouwen dat de patiënt mag hebben dat de arts alles zal doen dat in zijn macht ligt om de gezondheid en het welzijn van zijn patiënt te waarborgen. De bijzondere zorgplicht van de arts beperkt zich immers niet slechts tot een curatieve taak, maar behelst ook een preventieve taak met betrekking tot de gezondheid van zijn patiënt.¹²⁷ Dit kan met zich meebrengen dat de arts, ook in het geval er géén toestemming van de patiënt of zijn ouders is, tot een melding bij derden kan overgaan wanneer hiermee de belangen van de patiënt gediend zijn. Hier komt in feite pas de nieuwe regeling in het zicht: bij het ontbreken van toestemming mag de geheimhouder onder bepaalde voorwaarden (conflict van plichten) zijn zwijgplicht doorbreken. Wat de wetgever hieronder verstaat blijkt uit de kamerstukken, maar voor de daadwerkelijke invulling verwijst zijn naar de zorgvuldigheidscriteria van de eigen beroepsgroep.

¹²⁷ A.W.M. Veldkamp, Het medisch beroepsgeheim nader bekeken, *VKM Magazine tijdschrift over kindermishandeling*, 1998 12(1), p. 6-8.

Discrepantie

Maar hierbij ontstaat een discrepantie tussen enerzijds de wetgever en anderzijds de KNMG met betrekking tot de vraag wanneer een conflict van plichten optreedt. De wetgever noemt voor het aanwezig zijn van een conflict van plichten een concrete grond: namelijk dat de informatie noodzakelijk kan worden geacht om een situatie van kindermishandeling te beëindigen of een redelijk vermoeden van kindermishandeling te onderzoeken. In de kamerstukken valt te lezen: 'Deze codificatie kan beter dan de meer algemene notie van het conflict van plichten, een ondersteuning zijn voor degenen die in een concreet geval een afweging moeten maken.'¹²⁸ De KNMG daarentegen hanteert in haar Meldcode veel strengere eisen. Zij stelt onder andere de eis dat een arts in gewetensnood moet verkeren, dat er ernstige schade dreigt, dat die schade met de melding ook daadwerkelijk wordt weggenomen (noodzaak), dat er geen andere manier is om de dreiging tot schade weg te nemen (subsidiariteit), en dat het geheim zo min mogelijk geschonden wordt (proportionaliteit). Deze discrepantie tussen beide regelingen valt goed te verklaren aan de hand van het verschil in perspectief van waaruit ze geschreven zijn.

Verklaring discrepantie

De wettelijke regeling is geschreven door een overheid die een maatschappelijk probleem wil aanpakken dat moreel onaanvaardbaar wordt gevonden. Hoewel uiteraard het individuele belang van de patiënt niet onbelangrijk is, ligt de nadruk vooral op de maatschappelijke norm dat kinderen van nature weerloos zijn en daardoor speciale bescherming behoeven. De beste bescherming kan worden geboden door de Bureaus Jeugdzorg omdat zij gespecialiseerde hulp in huis hebben. In feite wordt hiermee de beoordeling van de omstandigheden van het geval (de casuïstiek) bij de arts weggenomen en bij het AMK gelegd.

De eisen van de protocollaire regeling zijn daarentegen beschreven vanuit het perspectief van de arts. Ze zijn vrijwel allemaal overgenomen uit de lijst van criteria die door de beroepsgroep werden gehanteerd bij de algemene notie van het jurisprudentiële conflict van plichten. De vertrouwensrelatie staat voorop wat ook blijkt uit de prominente plaats van het toestemmingsvereiste. In deze opvatting heeft de arts in de beoordeling van de casuïstiek juist een grote rol. Zo is een belangrijk criterium dat er (ernstige) schade dreigt. Bovendien dient deze schade daadwerkelijk te worden weggenomen met het doorbreken van de zwijgplicht. Ook de in de code genoemde voorwaarde dat de arts in gewetensnood dient te verkeren zal sterk afhankelijk zijn van de bijzondere omstandigheden van het geval.

Er van uitgaande dat de rechter op basis van de wet een doorbreking van het beroepsgeheim zal toetsen aan de zorgvuldigheidscriteria van de beroepsgroep, zoals dit in de kamerstukken staat aangegeven, zou geconcludeerd kunnen worden dat de KNMG het zijn eigen leden moeilijker maakt dan nodig zou zijn op basis van deze wet. Sommige schrijvers, zoals de Jong en Gevers, zijn dan ook van mening dat de criteria uit de Meldcode veel te restrictief zijn. In veel gevallen zal er slechts sprake zijn van een vermoeden tot kindermishandeling en volgens de strenge opvatting van de KNMG mag er dan geen doorbreking van het beroepsgeheim plaatsvinden. Bovendien zou het al dan niet in gewetensnood verkeren zo subjectgebonden zijn, dat het als onderscheidend criterium van weinig betekenis zal zijn. Gevers en de Jong vinden deze strenge eisen niet acceptabel in het geval van kindermishandeling.¹²⁹

Oplossen discrepantie

Hoe kan deze discrepantie met betrekking tot het verschil in benadering van het conflict van plichten van enerzijds de wetgever en anderzijds de beroepsgroep worden opgelost? Dat wil zeggen, hoe kunnen weifelende artsen toch over de streep worden getrokken om een vermoeden van kindermishandeling te melden terwijl zij tegelijkertijd het gevoel zullen hebben dat er voldoende rekening wordt gehouden met de individuele belangen van het kind en de bijzondere omstandigheden van het geval?

In de eerste plaats zal de fase die betrekking heeft op de periode *voorafgaande* aan een conflict van plichten, - daar waar sprake is van een dilemma, maar waarin nog niet tot de beslissing van een melding is gekomen - , meer nadruk moeten krijgen in zowel de wettelijke regeling als de beroepscode. Dit heeft betrekking op de fase waarin om advies kan worden gevraagd bij zowel collega's als de specialisten van het AMK, zonder vermelding van de gegevens van het betrokken gezin. Maar ook dient in deze fase ten minste te worden geprobeerd (indien mogelijk) om medewerking c.q. toestemming van de ouders te verkrijgen om hen gespecialiseerde hulp te gaan bieden. Ook vragen van subsidiariteit en proportionaliteit¹³⁰ kunnen hierbij worden besproken. Hierdoor blijft de vertrouwensrelatie zoveel mogelijk in stand en krijgt de arts de gelegenheid om welbewust de omstandigheden van het geval een rol te laten spelen.

Als de adviezen van collega's en de AMK-medewerkers en eventueel het gesprek met

¹²⁸ Kamerstukken II, 2000/2001, 27842, A, p.4.

¹²⁹ J.K.M. Gevers, hulpverlening en kindermishandeling, *Tijdschrift voor Gezondheidsrecht*, 2004, afl. 28, p. 269-280. E.J.C. de Jong, *Preadvies*, t.a.p., 2004, p. 128.

¹³⁰ Let op: geen *inhoudelijke* subsidiariteits- en proportionaliteitseis, maar: is er een andere manier om schade te voorkomen en heiligt het doel de middelen?

de ouders en/of patiënt aanleiding geeft om tot een niet-geanonimiseerde¹³¹ melding over te gaan, kan als kader voor het conflict van plichten dienen de door mij in Hoofdstuk 2, paragraaf 2.3 geschetste voorwaarden. Er moet sprake zijn van een bedreigd belang (1), waarmee de arts in bijzondere relatie staat (2) en waarvoor hij een doorbreking niet uit de weg kan gaan (3). Vervolgens moet hij kijken of er sprake is van morele of existentiële belangen. Dat laatste kan eerder worden aangenomen indien de mate van urgentie (acut en reëel belang) hoger is. Alleen op basis van een conflict van plichten op existentiële gronden mag hij tot een schending van zijn beroepsgeheim beslissen. Een voordeel van deze wijze van afwegen kan zijn dat er geen tot weinig plaats is voor subjectieve gewetensconflicten; deze worden eventueel ondervangen door het conflict van plichten op morele gronden en kunnen niet tot een schending leiden. Het vereiste van de aanwezigheid van existentiële belangen bij kindermishandeling is bovendien niet bijzonder zwaar: dat de schade betrekking heeft op het leven en welzijn van mensen staat vast. En ook aan de criteria van acut en reëel belang zal in veel gevallen voldaan kunnen worden. Ingrijpen bij kindermishandeling zal vrijwel altijd acut zijn omdat het niet een eenmalige gebeurtenis is; het is een patroon dat doorbroken moet worden.

¹³¹ Dat wil zeggen, met naam en toenaam van het gezin.

3.2. HR 29 juni 2004, NJ 2005/273

3.2.1. Inleiding

Recentelijk is een opmerkelijk arrest verschenen met betrekking tot het medisch beroepsgeheim. Het betreft een arrest van de Hoge Raad van 29 juni 2004. Het arrest is opmerkelijk omdat zo duidelijk naar voren komt dat de betreffende rechters het medisch beroepsgeheim op een andere manier hebben benaderd dan tot nu toe gebruikelijk was. In plaats dat het medisch beroepsgeheim wordt beschouwd als een instrument dat leden van de samenleving beschermt tegen onnodige privacy-inmenging en hen een onbevreesde gang naar de hulpverlener verschaft, wordt het in deze recente jurisprudentie juist beschouwd als een obstakel in het streven naar een veiligere samenleving. Het wordt dan ook benaderd vanuit een negatief criterium: in hoeverre zit het medisch beroepsgeheim een ander belang, bijvoorbeeld de opsporing, in de weg. De hulpverlener wordt verweten dat hij het 'andere belang' dat in de afweging tegenover het handhaven van het beroepsgeheim stond, kennelijk niet heeft herkend als een belang van een zodanig grote maatschappelijke betekenis, dat op hem in feite een morele plicht rustte dit andere belang te dienen, al dan niet ten koste van zijn beroepsgeheim.

Vooraf de wijze waarop de Hoge Raad in dit arrest het medisch beroepsgeheim opzij heeft gezet roept vragen op. De hogere rechters maken gebruik van hun discretionaire bevoegdheid door in dit geval zeer uitzonderlijke omstandigheden aanwezig te achten die een schending van het beroepsgeheim rechtvaardigen. Maar de feitelijkheden van deze zaak nodigen echter allerminst uit tot het maken van een uitzondering, zoals uit de volgende paragrafen zal blijken. Het heeft er dan ook alle schijn van dat men een signaal heeft willen afgeven aan artsen om bij het maken van afwegingen rond hun beroepsgeheim meer rekening te houden met andere maatschappelijke verantwoordelijkheden. Hiermee lijkt het arrest aan te sluiten bij de constatering van het Centrum voor Ethiek en Gezondheid dat artsen een nieuwe (maatschappelijke) taak erbij krijgen die een bijdrage moet leveren aan rechtshandhaving, publieke veiligheid en openbare orde.¹³²

3.2.2. Het arrest

¹³² A.J. Struijs, *Signalering ethiek en gezondheid 2005*, rapport uitgegeven door het Centrum voor Ethiek en Gezondheid (CEG) i.s.m. Raad voor de Volksgezondheid en Zorg (RVZ), p. 91.

In het arrest van de Hoge Raad van 29 juni 2004 was sprake van een inbeslagneming van patiënten- en personeelsbestanden bij een psychiatrische inrichting voor jeugdigen. Hiertegen werd beklag gedaan door de instelling op grond van art. 552a Sv. De bestanden waren in beslag genomen vanwege het vermoeden dat een zestal jaren tevoren seksuele delicten door twee veertienjarige bewoners zouden zijn gepleegd tegen een elfjarige medebewoner van de inrichting. Tegen de veertienjarigen was aangifte gedaan door de ouders van de elfjarige. Het doel van de inbeslagneming was het achterhalen van de namen van de verdachte. De in beslag genomen gegevens waren aan de rechter-commissaris afgegeven in een gesloten envelop. Op deze manier kon eerst het oordeel van de rechter over de rechtmatigheid van de inbeslagneming worden afgewacht alvorens de gegevens via politie en justitie openbaar zouden worden. De vragen of de psychiatrische instelling een verschoningsrecht toekwam en of de in beslag genomen NAW-gegevens¹³³ onder het verschoningsrecht vielen, leverden niet al te veel onduidelijkheden op. De Hoge Raad bevestigde lagere rechtspraak dat een rechtspersoon binnen de (intramurale) gezondheidszorg een afgeleid verschoningsrecht toekomt¹³⁴ en met betrekking tot de NAW-gegevens werd een negatief advies van de advocaat-generaal Machielse naast zich neergelegd en werd het verschoningsrecht voor deze gegevens wél van toepassing geacht.

De weg van de Hoge Raad: zeer uitzonderlijke omstandigheden

Hoewel de persoonsgegevens van de twee daders werden beschouwd als gegevens waarover het verschoningsrecht van de kliniek zich uitstreckte, werd toch bepaald dat politie en justitie van deze gegevens gebruik mochten maken omdat zich zeer uitzonderlijke omstandigheden voordeden die rechtvaardigden dat het belang van de waarheidsvinding prevaleerde boven het belang van het verschoningsrecht.¹³⁵ Dit is opmerkelijk omdat tot dan toe in de jurisprudentie slechts zeer uitzonderlijke omstandigheden aanwezig werden geacht wanneer de verschoningsgerechtigde zelf als verdachte werd beschouwd van ernstig strafbare zaken die hij in samenwerking met zijn patiënt of cliënt had gepleegd.¹³⁶ De kurk waarop het verschoningsrecht immers drijft, is het vertrouwen dat de samenleving stelt in een gewetensvolle uitoefening van het desbetreffende ambt of beroep. Door een criminele

¹³³ NAW staat voor Naam, Adres en Woonplaats.

¹³⁴ Zie uitspraken van rechtbank Amsterdam 9 augustus 1996 (*TvGR* 1997/46), en rechtbank Zwolle 4 december 1998 (*TvGR* 1999/20).

¹³⁵ Vergelijk HR 30 november 1999, *NJ* 2002/438.

¹³⁶ In het arrest HR 14 oktober 1986, *NJ* 1987/490 werden de 'uitzonderlijke omstandigheden' voor het eerst aangenomen in relatie tot art. 98 Sv. Vanaf dit moment tot heden zijn zij door de Hoge Raad uitsluitend ingezet met betrekking tot verdachte verschoningsgerechtigden die 'gemene zaak' hadden met criminele cliënten/patiënten.

relatie aan te gaan met zijn cliënt beschaamt de verschoningsgerechtigde dat vertrouwen en verspeelt hij hun beider aanspraak op geheimhouding.¹³⁷

Van het plegen van strafbare feiten in samenwerking met de patiënt was in dit arrest echter geen sprake. Waarin waren in dit geval die zeer uitzonderlijke omstandigheden dan wel gelegen? Al eerder was door de Hoge Raad vastgesteld dat de beantwoording van de vraag welke omstandigheden als zeer uitzonderlijk moeten worden aangemerkt niet in een algemene regel is samen te vatten.¹³⁸ Dit hield de deur altijd open voor een meer uitgebreide belangenafweging van de rechter die over de feiten had te oordelen. In recente lagere rechtspraak valt de tendens van rechters om zelf een nadere invulling te geven aan de zeer uitzonderlijke omstandigheden steeds vaker te bespeuren.¹³⁹ Als argumenten voor het laten prevaleren van het opsporingsbelang worden door deze rechtbanken genoemd het ontbreken van ander bewijs¹⁴⁰, de ernst van het delict (levensdelict/zedendelict)¹⁴¹, een maatschappelijk belang¹⁴², de weerloosheid van het slachtoffer (kind)¹⁴³ en de geschokte rechtsorde.¹⁴⁴ Opvallend in deze arresten is de nadruk op de maatschappelijke verantwoordelijkheid van de arts ten aanzien van de opsporing van ernstige misdrijven.

Hoewel de discretionaire bevoegdheid van de rechters in deze gevallen sterk was gericht op de casuïstiek van de betreffende zaken, is het niet zonder gevolg voor vergelijkbare gevallen in de toekomst. In feite worden artsen aangespoord om op een andere manier met hun conflict van plichten om te gaan. Dit geldt des te sterker nu de Hoge Raad, die de belangenafwegingen van de lagere rechters overigens slechts kan toetsen op redelijkheid en begrijpelijkheid¹⁴⁵, nu voor het eerst sinds 1987 een dergelijke 'alternatieve' belangenafweging heeft overgenomen.

Het is interessant om te bekijken welke uitzonderingssituatie de Hoge Raad heeft toegelaten in dit arrest. Men mag verwachten dat de Hoge Raad zijn discretionaire bevoegdheid met enige terughoudendheid toepast op uitzonderingssituaties. Op die manier wordt immers voorkomen dat er rechtsonzekerheid wordt geschapen. Niet voor niets wordt in de jurisprudentie gesproken over *zээр* uitzonderlijke omstandigheden. Bovendien ligt het eveneens voor de hand dat de Hoge Raad slechts een nieuwe uitzonderingssituatie schept in

¹³⁷ Knigge in zijn noot bij het arrest van HR 29 juni 2004, *NJ* 2005/273.

¹³⁸ HR 30 november 1999, *NJ* 2002/438.

¹³⁹ Rb Amsterdam 9 augustus 1996, *TvGR* 1997, 46 en *MC* 1996, p. 1133-1134 (betreft een overlijden na een overdosis drugs). Rb Zwolle 4 december 1998, *TvGR* 1999, 20 (ouders verdacht van Münchhausen by proxy). Rb 's-Gravenhage 28 oktober 2003, parketnr. RK 03/655, niet gepubliceerd (zedendelict).

¹⁴⁰ Rb Amsterdam, Rb Zwolle en Rb 's-Gravenhage (noot 139).

¹⁴¹ Rb Amsterdam en Rb 's-Gravenhage (noot 139).

¹⁴² Rb Amsterdam en Rb 's-Gravenhage (noot 139).

¹⁴³ Rb Zwolle (noot 139).

¹⁴⁴ Rb Zwolle (noot 139).

een 'sterke' zaak, dat wil zeggen een zaak waarbij de verschillende belangen zo duidelijk tegenover elkaar kunnen worden afgewogen dat het als voorbeeld kan dienen voor toekomstige gevallen. Hierbij is het van belang dat ook niet-juristen, zoals bijvoorbeeld medische hulpverleners, er in de toekomst mee uit de voeten kunnen. In het nu volgende zal ik betogen dat van dit alles geen sprake is.

Een zwakke zaak

De argumenten die de Hoge Raad van de rechtbank overneemt en als uitzonderlijke omstandigheid aanneemt komen in het kort op het volgende neer: a) de aard van de gegevens (het betreft slechts naam- en adresgegevens). b) de omstandigheid dat de gegevens niet op een andere manier kunnen worden verkregen. c) ernstig delict (herhaald seksueel misbruik van een minderjarige). d) delict vond plaats binnen de instelling, terwijl het slachtoffer onder de zorg viel. e) belang van het slachtoffer dat misdrijf ook na jaren nog kan worden onderzocht. f) belang van een slachtoffer binnen een instelling dat zijn zaak op een onafhankelijke wijze kan worden onderzocht, zonder dat het verschoningsrecht van degenen die hem omringen, hieraan in de weg zit.

De grootste gemene deler van deze argumenten is het belang van de veiligheid. Een kwetsbare minderjarige verdient een veilige plek binnen de instelling aan wiens zorg hij is toevertrouwd. Opmerkelijk hierbij is dat de redenering wordt gevolgd dat een instelling waar veel hulpverleners zitten met een verschoningsrecht, nu juist niet veilig is, omdat daar de kansen op een onafhankelijk onderzoek bij een eventueel misdrijf een stuk lager liggen. De Hoge Raad stelt: *'Bij die afweging is bovendien van belang dat het achterwege blijven van de bescherming als hiervoor onder f) bedoeld ten gevolge van de uitoefening van het verschoningsrecht in een zaak als de onderhavige afbreuk kan doen aan het maatschappelijk belang dat de ouders van een kind zich vrijelijk en zonder vrees voor het wegvallen van die bescherming voor hun kind om bijstand en advies tot een arts moeten kunnen wenden en hun kind als patiënt in een centrum als het onderhavige moeten kunnen laten opnemen.'* De onbevreesde gang naar de hulpverlener, het argument dat het bestaansrecht van het verschoningsrecht rechtvaardigt, wordt hier juist ingeroepen om datzelfde verschoningsrecht opzij te zetten.¹⁴⁶

Eveneens opmerkelijk is dat het belang van de veiligheid, dat kennelijk zwaarder dient te wegen dan het beroepsgeheim, met de doorbreking in het geheel niet meer gebaat

¹⁴⁵ Zie punt 3.4 van de conclusie door A-G Machielse bij het arrest HR 9 mei 2006, de zaak mbt de overleden peuter Savannah.

is. Het misdrijf heeft zich jaren geleden afgespeeld, toen alle betrokkenen, dader(s) en slachtoffers, nog minderjarig waren. De veiligheid van het slachtoffer is niet langer in het geding. De opsporing is er 'slechts' op gericht om het slachtoffer zijn recht te laten uitoefenen om zijn daders vervolgd te zien worden. Er is dus sprake van een moreel motief om de opsporing zwaarder te laten wegen. Duijst en Schalken menen in dit arrest te lezen dat de Hoge Raad definitief afstand heeft genomen van het criterium van acuitheid. Dit criterium impliceert dat het strafbare feit in zijn uitwerking nog actueel en de gevolgen nog acuut moeten zijn, d.w.z. dat het misdrijf nog steeds bedreigende consequenties moet hebben voor een bepaald persoon of voor zijn omgeving.¹⁴⁷

Zelfs als deze zaak door de Hoge Raad is aangegrepen om aan artsen duidelijk te maken dat zij de veiligheid van burgers, en in het bijzonder kwetsbare burgers, zwaar moeten laten meewegen in een eventueel conflict van plichten, dan was dit niet de aangewezen zaak om die opvatting mee te illustreren. Dat de instelling bepaald niet lichtvaardig met de zaak is omgegaan blijkt uit de omstandigheid dat zij ten tijde van de strafbare feiten alle ouders van betrokkenen hebben ingelicht en op de mogelijkheid hebben gewezen aangifte bij de politie te doen. Niemand heeft dat toen gedaan. Bovendien heeft de instelling een onafhankelijk onderzoek laten instellen door de Inspectie voor de Gezondheidszorg die tot de conclusie kwam dat de instelling zorgvuldig had gehandeld.¹⁴⁸

Het arrest wekt de indruk dat de Hoge Raad een principiële uitspraak heeft willen doen. Knigge bevestigt dit vermoeden in zijn noot bij het arrest: 'In de overwegingen van de Hoge Raad ligt nauwelijks verholen kritiek besloten op de wijze waarop het verschoningsrecht in dit geval werd gebruikt.'¹⁴⁹ Vervolgens construeert hij de rechtvaardiging op basis waarvan de Hoge Raad tot deze beslissing heeft kunnen komen. De wijze van afwegen van de arts beschaamt het vertrouwen in de geheimhouder en rechtvaardigt dat de belangenafweging hem uit handen wordt genomen. 'In dat beschaamde vertrouwen ligt de overeenkomst met de eerdere gevallen waarin een doorbreking van het verschoningsrecht werd aanvaard.'¹⁵⁰

¹⁴⁶ Vergelijk Duijst en Schalken 2005 t.a.p., p. 124-134.

¹⁴⁷ Idem. Zie o.m. A-G Fokkens in zijn conclusie voorafgaande aan HR 29 juni 1993, NJ 1993, 692 (hij noemt onder meer de vrees voor de veiligheid van personen), T.M. Schalken in TvGr 1999, t.a.p., p. 100 (die spreekt over een acuut strafrechtelijk belang), H.J.J. Leenen, Handboek gezondheidsrecht Deel I, t.a.p., p. 234, en H.J.C. van Marle, 'Het voorspellen van gevaar en de geheimhouding van de behandelaar', Trema 1998, p. 100-103.

¹⁴⁸ In een van de IGZ-rapporten met betrekking tot kinder- en jeugdpsychiatrie wordt gesproken over het invoeren van een protocol 'grensoverschrijdend seksueel misbruik tussen kinderen onderling' dat naar aanleiding van een 'incident' tot stand is gekomen. IGZ-rapport 'Kwaliteit van zorg in de kinder- en jeugdpsychiatrie', Den Haag, februari 2002, p. 55.

¹⁴⁹ Punt 2 van de annotatie bij arrest HR 29 juni 2004, NJ 2005, 273.

¹⁵⁰ Punt 2 van de annotatie bij arrest HR 29 juni 2004, NJ 2005, 273.

Knigge trekt hier dus een parallel met de criminele geheimhouder die het in hem gestelde vertrouwen beschaamt en daarbij zijn recht verspeelt om over zijn verschoningsrecht te beschikken. Ook de arts/ instelling in casu zou het vertrouwen hebben beschaamd door tot een maatschappelijk onverantwoorde afweging te zijn gekomen.

3.2.3. Naar een conflict van plichten op morele gronden?

Met het bovenbesproken arrest lijkt de Hoge Raad een tendens te volgen waarbij morele overwegingen van steeds groter belang worden. Hij spoort de arts bij het maken van een afweging aan om bepaalde maatschappelijke belangen (zoals veiligheid in de samenleving) zwaarder te laten wegen, dan de belangen die teruggrijpen op de ratio van het medisch beroepsgeheim, namelijk de onbevreesde gang naar de hulpverlener, de zorgplicht, de vertrouwensrelatie en het welzijn van de patiënt. De arts wordt als het ware op een nieuwe moreel georiënteerde maatschappelijke plicht gewezen waar hij steeds meer rekening mee dient te houden. Door zijn spilfunctie in de maatschappij is hij een belangrijke schakel in het signaleren van maatschappelijke misstanden. Deze omstandigheid brengt een morele verplichting met zich mee; de arts moet de overheid zo veel mogelijk helpen in de strijd tegen deze ongewenste maatschappelijk verschijnselen.

Het medisch beroepsgeheim botst op veel fronten met deze morele verplichting tot informatieverschaffing. Het is dan ook niet verwonderlijk dat het beroepsgeheim in de nieuwe zienswijze steeds meer vanuit een negatief criterium benaderd lijkt te worden. Niet langer is het uitgangspunt: wat is de reikwijdte van het beroepsgeheim en wanneer mag het doorbroken worden, maar: wanneer zit het beroepsgeheim een ander en zwaarder wegend belang in de weg? Ook met betrekking tot het vertrouwen in de medische stand vindt er een omdraaiing plaats: het vertrouwen wordt niet zozeer geschaad indien een arts zijn beroepsgeheim doorbreekt, maar wel indien een arts op grond van zijn beroepsgeheim weigert medewerking te verlenen aan de bestrijding van iets dat door de publieke opinie gezien wordt als een maatschappelijke misstand. Er wordt dus beredeneerd vanuit een morele overtuiging die op dat moment in de samenleving heerst; bepaalde zaken zijn zo maatschappelijk verwerpelijk dat zij voorrang dienen te krijgen.

Hier kom ik bij het in hoofdstuk 2, paragraaf 2.3. aangehaalde onderscheid tussen een doorbreking van het beroepsgeheim op basis van een conflict van plichten op morele gronden en een conflict van plichten op existentiële gronden. In het eerste geval wordt het bestaansrecht van het beroepsgeheim in belangrijkheid overtroffen door een maatschappelijk of moreel belang. Deze belangen zijn soms niet helemaal los te zien van

emoties. In casu is dat bijvoorbeeld de gedachte dat het belang van de dader om zijn geheim te bewaren niet boven het belang van het slachtoffer bij een open behandeling van zijn zaak mag worden gesteld. Het conflict van plichten op grond van existentiële gronden daarentegen heeft slechts feitelijke en wezenlijke belangen op het oog, die verband houden met het leven en welzijn van personen. Hierbij speelt het acuutheids criterium een rol; de belangen waaraan voorrang wordt gegeven boven het beroepsgeheim, moeten nog altijd actueel zijn bij het doorbreken van het geheim.

Het conflict van plichten is een instrument dat moeilijk te standaardiseren is; het blijft een afweging waarvoor een arts zich plotseling gesteld ziet en waarbij hij een persoonlijke afweging moet maken. Bij het creëren van uitzonderingssituaties waarin artsen worden 'geleid' in het maken van een bepaalde afweging, ligt het gevaar op de loer dat de arts van het conflict vervreemdt. Dit is in het bijzonder het geval indien een doorbreking wordt losgekoppeld van de vertrouwensrelatie met de patiënt en voorrang wordt gegeven aan abstractere maatschappelijke belangen.¹⁵¹

¹⁵¹ Zie ook paragraaf 4.2.2.

3.3. Wettelijke meldplichten

3.3.1. Inleiding

In hoofdstuk 2, paragraaf 2.2.1. werd duidelijk dat een arts bij de uitvoering van een wettelijke meldplicht niet tot nauwelijks enige inbreng heeft ten aanzien van het maken van een afweging. De wettelijke regeling zal veelal precies aangeven in welke gevallen, en bij wie, welke informatie moet worden gemeld. De beslissing ten aanzien van de afweging van belangen wordt geacht al door de wetgever te zijn genomen. Deze heeft na afweging van alle belangen, zoals individuele, professionele en maatschappelijke belangen, uiteindelijk geoordeeld dat er een nog zwaarder wegend maatschappelijk belang bestaat dat rechtvaardigt dat de geheimhouder zijn zwijgplicht doorbreekt.

De belangenafweging van de wetgever die vooraf gaat aan de invoering van een meldplicht moet evenals de afweging van de arts een juridisch zuivere afweging zijn. Hij moet zich kunnen verantwoorden ten aanzien van de overwegingen die tot de uiteindelijke afweging hebben geleid. Hierin bestaat de legitimatie binnen de samenleving. Tegen de achtergrond van het door mij in paragraaf 2.4. geschetste stroomdiagram zou ook de wetgever, bij het overschrijden van de grenzen aan het beroepsgeheim, zich moeten beperken tot situaties waarbij sprake is van zwaarder wegende *reële en existentiële* belangen.

In het nu volgende zal ik enkele aspecten bespreken van het invoeren van nieuwe meldplichten. Ik zal dit doen aan de hand van reeds bestaande meldplichten of meldplichten waarover in de politiek wordt gesproken.

3.3.2. Enige aspecten van meldplichten

In Hoofdstuk 2, paragraaf 2.2.2. werd het voorbeeld van een wereldwijde griep пандemie gegeven waaruit bleek dat dikwijls belangen met een existentieel aspect ten grondslag liggen aan een wettelijke meldplicht. Hoewel in het voorbeeld van een wereldwijde griep пандemie het begrip en de medewerking vanuit de samenleving over het algemeen groot zal zijn voor het bestaan van een meldplicht, omdat daarmee op concrete wijze de eigen gezondheid van alle leden van de samenleving kan worden beschermd, zal die acceptatiegraad bij andere meldplichten weer heel anders liggen. Iedere keer wanneer de wetgever voor de keuze staat tot codificatie van een meldplicht, moet een dergelijk maatschappelijk draagvlak medebepaald worden om te kunnen vaststellen of men bereid is

het belang van een onbevreesde gang naar de hulpverlener aan een ander belang ondergeschikt te maken. Ook moet worden bekeken of een meldplicht überhaupt wel het juiste instrument is om bepaalde belangen te beschermen.

Een voorbeeld is de discussie die enige tijd geleden werd gevoerd met betrekking tot een meldplicht voor kindermishandeling. Hoewel de maatschappelijke afschuw over kindermishandeling groot is en ook bij artsen de overtuiging groeit dat vermoedens van kindermishandeling niet verzwegen mogen blijven, werd een meldplicht niet als een oplossing gezien. Men vreesde dat hiermee een groot deel van de mishandelende ouders hun kinderen buiten de zorg van de hulpverlening zouden houden, uit angst om zelf aangehouden te worden. In zo'n geval zou een meldplicht zijn doel voorbyschieten; juist de groep kinderen die de meeste bescherming behoeft, verdwijnt uit het zicht. Uiteindelijk is in de nieuwe Wet op de Jeugdzorg besloten tot het invoeren van een meldrecht in plaats van een meldplicht.¹⁵²

Wetswijziging van de Wet op de Lijkbezorging

Diezelfde dilemma's met betrekking tot de doelmatigheid van een meldplicht spelen momenteel een rol bij de besprekingen rond de op handen zijnde wetswijziging van de Wet op de Lijkbezorging waarbij wordt gekeken naar de mogelijkheden van een verplichte forensische lijkschouw voor alle gevallen waarin een minderjarige is overleden.¹⁵³ De gedachte is dat hierdoor gevallen van kindermishandeling veel consequenter aan het licht zullen komen.¹⁵⁴ Niet alleen komt de daadwerkelijke omvang van het aantal dodelijke slachtoffers ten gevolge van kindermishandeling aan het licht, maar ook zullen ernstig mishandelende ouders hun straf niet kunnen ontlopen. Bovendien hoopt men een duidelijker beeld te verkrijgen van de oorzaken van kindermishandeling waardoor de wet ook een preventieve werking kan hebben. Uit een recente enquête onder huisartsen blijkt dat ruim 80 % vóór een dergelijke meldplicht bij de forensisch deskundige is.¹⁵⁵ Hoewel het

¹⁵² Zie uitgebreid hiervoor, paragraaf 3.1 en verder.

¹⁵³ De commissie die hiervoor door de ministers van Justitie en VWS was ingesteld, de z.g.n. NODO-commissie (Nader Onderzoek naar Doodsoorzaak), worstelde al enige tijd met deze dilemma's, getuige een voortgangsrapportage van het Forensisch Medisch Genootschap uit augustus 2005: "de betrokkenheid is groot, de voortvarendheid minder." (http://www.forgen.nl/readarticle.php?article_id=27 (22 februari 2006 bekeken)). Op 27 maart 2006 kondigde het kamerlid Kadija Arib aan dat zij zelf een wetsvoorstel gaat indienen omdat de verantwoordelijke ministeries in tien jaar niet verder zijn gekomen op dit punt. Op 23 juni 2006 heeft de Ministerraad dit wijzigingsvoorstel van de Wet op de lijkbezorging goedgekeurd en in het najaar van 2006 zal de Tweede Kamer naar alle waarschijnlijkheid instemmen met de nieuwe wet.

¹⁵⁴ Vermoed wordt namelijk dat huisartsen dikwijls niet voldoende toegerust zijn om de pathologische kenmerken van een overlijden ten gevolge van kindermishandeling te kunnen vaststellen. Bovendien blijkt dat artsen bij gerezen twijfel over de omstandigheden waaronder de minderjarige is overleden, soms toch een verklaring van natuurlijke dood afgeven om de confrontatie met de nabestaanden uit de weg te gaan.

¹⁵⁵ U.J.L. Reijnders e.a., De lijkschouw bij plotselinge dood, *Huisarts en Wetenschap*, 49 (2) februari 2006, p.68-71.

maatschappelijk draagvlak erg breed is en het beoogde effect, namelijk het in kaart brengen van door mishandeling om het leven gekomen minderjarigen, in zekere zin groot zal zijn, vallen er ook enkele kanttekeningen te plaatsen. Ten eerste zal het nader onderzoeken van alle sterfgevallen van minderjarigen een enorme hoeveelheid overbodig werk met zich meebrengen omdat in het merendeel van de gevallen er uiteindelijk een goede verklaring voor het overlijden zal zijn. Bovendien zullen nabestaanden van overleden kinderen een forensische lijkschouwing als een zware emotionele belasting kunnen beschouwen¹⁵⁶, vooral wanneer zij weten onder welke omstandigheden een kind is overleden. Ten derde is het de vraag hoe groot het effect van de wet zal zijn: het relatief kleine aantal kinderen dat jaarlijks door mishandeling om het leven komt (enkele tientallen), zal nog altijd schril afsteken tegen het grote aantal kinderen dat jaarlijks mishandeld wordt zonder dat de dood erop volgt (enkele tienduizenden). Het bestuderen en in kaart brengen van alleen de extreme gevallen zal naar mijn mening niet veel toevoegen aan de lessen die men al heeft kunnen trekken uit de tienduizenden geregistreerde gevallen van 'gewone' kindermishandeling. Toch wordt verwacht dat de Tweede Kamer zich in het najaar van 2006 vóór een wetswijziging zal uitspreken¹⁵⁷, gezien de voortvarendheid waarmee het onderwerp door de politiek in de laatste drie maanden is aangepakt.¹⁵⁸

Vrouwenbesnijdenis

Het is interessant om te zien in hoeverre maatschappelijke misstanden die slechts op een beperkte groep betrekking hebben, de roep om strengere procedures in gang zetten, ondanks het feit dat dit gepaard gaat met een aanzienlijke inperking van rechten door ieder lid in de samenleving. Als voorbeeld kan ook dienen het vraagstuk van de vrouwenbesnijdenis. De commissie Sanders¹⁵⁹ die deze misstand onderzocht kwam in maart 2005 met een aanbeveling voor het invoeren van een meldplicht door hulpverleners. De commissie meende zelfs dat een grote rol in de signalering was weggelegd voor de Jeugdgezondheidszorg door meisjes tussen de 5 en de 14 jaar intensief te 'screenen' op het aanwezig zijn van sporen van genitale verminking. Ook andere vormen van mishandeling, zoals seksueel misbruik zullen bij een dergelijk gedegen lichamelijk onderzoek kunnen worden geconstateerd en worden aangepakt.¹⁶⁰ Ouders die weigeren mee te werken worden

¹⁵⁶ Hiermee bedoel ik niet zozeer de belasting van het 'verdacht' worden, er is immers sprake van een standaardprocedure waar verdenking geen rol speelt, maar eerder de gedachte dat er met het overleden kind onnodig gesold wordt.

¹⁵⁷ Hoewel met de recente val van het kabinet van 29 juni 2006 er enige vertraging kan optreden.

¹⁵⁸ Zie ook noot 151.

¹⁵⁹ Commissie Bestrijding Vrouwelijke Genitale Verminking van de Raad voor de Volksgezondheid en Zorg (RVZ).

¹⁶⁰ Pagina 25 van het rapport Advies bestrijding vrouwelijke genitale verminking.
http://www.rvz.net/data/download/VGV_advies.pdf laatst bekeken op 1 juli 2006.

gemeld bij het AMK die op zijn beurt justitie inschakelt. Ondanks de exponentiële groei in werkdruk die dit tot gevolg zou hebben en niet in de laatste plaats de psychische belasting die een onderzoek aan de uitwendige geslachtsorganen voor jonge meisjes met zich mee kan brengen, wordt een dergelijke aanpak onontkoombaar geacht.¹⁶¹

Het valt te betwijfelen of met de inschakeling van het strafrecht en tegelijkertijd met de beknutting van de rechten die worden beschermd door het medisch beroepsgeheim, een einde komt aan het kwalijke gedrag van de (kleine) groep mensen die zich schuldig maakt aan vrouwenbesnijdenis. Hiervoor is immers een gedragsverandering nodig. Veel van de plegers zijn zich niet bewust van het strafbare karakter van hun daad omdat het voortkomt uit een culturele en religieuze overtuiging die in de eigen groep wordt geaccepteerd. Het advies van de commissie Sanders vormt een schoolvoorbeeld van wetgevingsactiviteit die geen rekening houdt met de beperkte mogelijkheden van wet- en regelgeving om gedragsverandering te bewerkstelligen.¹⁶²

Engelse toestanden?

Het offer dat de wetgever met de invoering van dergelijke meldplichten maakt, is mijns inziens te groot. Het kwaad dat men denkt tegen te kunnen gaan, - en dat valt nog te betwijfelen nu het door sommige voorstanders zelfs als symboolwetgeving is aangeduid¹⁶³ - staat niet in verhouding met de grote schaal waarop de rechten van alle burgers zullen worden geschonden. Het bijkomende onderzoek naar sporen van seksueel misbruik bij alle jonge kinderen in de samenleving, draagt bovendien het risico van paternalisme in zich. Het roept vergelijkingen op met de London Protocol of Child Protection dat hulpverleners in Londen en omstreken¹⁶⁴ verplicht om ieder geval van seksuele activiteit onder de leeftijd van 16 jaar te melden bij de jeugdzorgautoriteiten omdat hier mogelijk sprake is van seksueel misbruik. Seksuele activiteit bij kinderen onder de 13 jaar moet bovendien worden gemeld aan de politie.¹⁶⁵

Uit het voorgaande volgt dat in ieder geval door de politiek termen als meldplicht en inperking van burgerrechten niet meer worden geschuwd. Hierbij wordt de legitimatie gevonden in de bereidheid van alle burgers om te streven naar een veiligere samenleving

¹⁶¹ De minister van Volksgezondheid, Welzijn en Sport heeft de aanbevelingen van de commissie overgenomen. Zie ook het artikel Strafbaarstelling en bestrijding van meisjesbesnijdenis, van R. Kool in *NJB*, 2005/40 waarin zij zich achter de plannen van de commissie schaaft.

¹⁶² H. Weyers, Strijd tegen meisjesbesnijdenis: een schromelijke overschatting van de betekenis van recht, *NJB* 2006/ 5.

¹⁶³ R. Kool, Naschrift, *NJB* 2006/10.

¹⁶⁴ De London Protocol (2005) is gebaseerd op het reeds bestaande Sheffield protocol en zal naar verwachting ook landelijke navolging krijgen.

¹⁶⁵ <http://www.londoncpc.gov.uk/documents/Pan-LondonProtocolWorkingwithSexuallyActiveunder18s.doc> (laatst bekeken op 2 juli 2006).

waarbij een deel van de individuele rechten moeten worden opgeofferd ten gunste van het collectief. Niet alleen de opsporing van zedenmisdrijven en misdrijven tegen kinderen krijgen door de wetgever een prominent belang toebedeeld. Zo wordt ook de opsporing van terrorisme gezien als een zaak van nationale veiligheid dat slechts kan worden aangepakt met behulp van een vergaande opofferingsgezindheid bij de individuele burgers.

De denkfout die mijns inziens soms wordt gemaakt komt voort uit een verwisseling van het doel en de middelen. Toegespitst op het medisch beroepsgeheim houdt dit het volgende in. Wanneer binnen de samenleving overeenstemming is over het feit dat een bepaald belang moet worden beschermd (het doel) en dat de bescherming hiervan een doorbreking van het beroepsgeheim rechtvaardigt, dan mag deze legitimatie niet verondersteld worden te zijn afgegeven voor alle afzonderlijke middelen om dit doel te bereiken. Met andere woorden, als bijvoorbeeld de bescherming van weerloze kinderen (het doel) het existentiële belang vertegenwoordigt, dan geldt niet automatisch dat de opsporing naar kindermishandeling (een van de mogelijke middelen om dat doel te bereiken) eveneens een existentieel belang vertegenwoordigt binnen de samenleving. Voor het opzij zetten van het medisch beroepsgeheim gelden nog altijd de eisen van acuitheid en reëel belang. Ook de wetgever zou zich naar mijn mening hieraan moeten houden.

Hoofdstuk 4. Conclusie

4.1. Inleiding

Het doorbreken van het medisch beroepsgeheim gaat gepaard met verschillende dilemma's. Diverse belangen, individuele (van de patiënt), professionele, maatschappelijke en wellicht ook persoonlijke (van de arts), steken de kop op en vormen iedere keer weer een andere constellatie waarbinnen tot een afweging moet worden gekomen. Voor de arts is het maken van een juridisch juiste afweging belangrijk: niet alleen door het risico van een veroordeling, maar niet in de laatste plaats omdat het maken van een zorgvuldige afweging door artsen beschouwd wordt als een belangrijk kwaliteitsvereiste voor het geneeskundig vak. Vooral daar waar een doorbreking strafrechtelijke implicaties kan hebben, kunnen de belangen levensgroot zijn, evenals de consequenties. Bovendien is het een terrein waar de emoties hoog kunnen oplopen. Dit is inherent aan het feit dat het strafrecht immoreel gedrag tot onderwerp heeft en aan de omstandigheid dat er vaak sprake is van slachtoffers en daders. Het is niet onbegrijpelijk dat artsen soms moeite hebben met het laveren tussen enerzijds emoties en anderzijds zorgvuldigheid.

Hoewel jurisprudentie en literatuur aanknopingspunten bieden welke weg een arts, en in zijn voetspoor de toetsende rechter, moet bewandelen om tot een juridisch zuivere afweging te komen, bestaan er nog te veel onduidelijkheden. Dit komt grotendeels doordat een logische en structurele aanpak ontbreekt. Ten eerste wordt er vaak geen onderscheid gemaakt tussen schendingen van het beroepsgeheim op basis van respectievelijk de zwijgplicht en het verschoningsrecht. Dit terwijl beide begrippen naar functie en plaats in het wetboek een verschillende ratio hebben waaraan de doorbreking moet worden getoetst. Ten tweede komt het toestemmingsvereiste - in de zin van alles hebben geprobeerd om toestemming te verkrijgen - vaak pas ter sprake als voorwaarde voor een conflict van plichten. Toestemming van de patiënt zou echter juist als uitgangspunt moet dienen. Dat wil zeggen, *zodra* de arts in een dilemma komt te verkeren, maar nog *voordat* sprake is van een conflict van plichten. Hiermee kom ik op een derde belangrijk punt, namelijk het feit dat de term 'conflict van plichten' te pas en te onpas wordt gebruikt om aan te geven dat er verschillende belangen tegenover elkaar staan die om de titel van het zwaarste belang strijden. In feite betreft dit nog niets anders dan een dilemma, waarvan het leven er vele bevat. Een conflict van plichten wordt het pas wanneer belangen zich bundelen tot tenminste

één plicht die lijnrecht tegenover de plicht tot het gehoor geven aan een wettelijke bepaling, zoals de zwijgplicht, komt te staan. Hierdoor ontstaat een mogelijke rechtvaardigingsgrond indien wordt geoordeeld dat de wettelijke plicht hiervoor moet wijken. De voorwaarden voor het ontstaan van zo'n plicht die kan wedijveren met een wettelijke bepaling, zijn de volgende: er is sprake van een bedreigd belang (1), waarmee de overmachtige in bijzondere relatie staat: hij moet zich dat aantrekken (2). Hij kan die keuze niet ontlopen (3).¹⁶⁶ Ofwel: bedreigd belang, bijzondere relatie en onvermijdelijkheid. Tot slot is er een laatste criterium dat als hekkensluiter van het conflict van plichten dient en dat ervoor zorgt dat emoties worden gefilterd van juridische en professionele overwegingen. Dit is het onderscheid tussen een conflict van plichten op respectievelijk morele en existentiële gronden. In het eerste geval is er weliswaar sprake van een bedreigd belang dat de arts zich aantrekt en waarvoor doorbreking van het geheim de enige oplossing biedt, maar het belang dat met de schending wordt gediend heeft betrekking op opvattingen en niet op feitelijkheden. Niet *fysieke* schade wordt voorkomen, doch *morele* schade. Dit conflict van plichten hangt zo nauw samen met grillige emoties die op een bepaald moment in de samenleving spelen en die de arts zich eigen kan maken, dat de uitkomst van de afweging verre van voorzienbaar is.

4.2. Stroomdiagram

Op basis van het voorgaande kan een stroomdiagram worden opgesteld vanaf het moment dat een arts in een dilemma komt te verkeren doordat hij andere belangen mogelijk van een zwaarder gewicht oordeelt dan de belangen die worden gediend met zijn medisch beroepsgeheim. Het diagram geeft op systematische wijze aan hoe de arts kan komen tot een gerechtvaardigde schending van zijn medisch beroepsgeheim. Als uitgangspunt dienen de drie gerechtvaardigde doorbrekingen uit de jurisprudentie en de rechtsliteratuur: wettelijke plicht, toestemming en conflict van plichten.

¹⁶⁶ Deze voorwaarden zijn ontleend aan omschrijvingen die M. Dolman voor de objectieve overmachtsvariant heeft gegeven in zijn proefschrift 'Overmacht'. Menno Dolman 2006, p. 233.

Stroomdiagram met betrekking tot het hanteren van het medisch beroepsgeheim:

Vraag 1) Is er een wettelijke regeling met een meldplicht?

- > ja -> beroepsgeheim *moet* doorbroken worden
- > nee -> verder met vraag 2)

Vraag 2) Is toestemming van de patiënt (mogelijk)?

- > ja -> Is doorbreking in het belang van de patiënt?
 - Ja -> beroepsgeheim moet doorbroken worden
 - Nee -> verder met vraag 3)
- > nee -> verder met vraag 3)

Vraag 3) Is sprake van een conflict van plichten?

- > nee -> beroepsgeheim mag niet doorbroken worden
- > ja -> verder met vraag 4)

Vraag 4) Conflict van plichten op morele gronden of existentiële gronden?

- > morele -> beroepsgeheim mag niet doorbroken worden
- > existentiële -> beroepsgeheim mag doorbroken worden

Omdat, zoals reeds aangegeven, schendingen op basis van respectievelijk de zwijgplicht en het verschoningsrecht naar een andere ratio moeten worden getoetst, zal ik voor beide begrippen het stroomdiagram doorlopen om te zien of het een werkbaar instrument is.

4.2.1. De zwijgplicht en het stroomdiagram

Bij iedere (mogelijke) doorbreking van de zwijgplicht moet worden getoetst aan de vertrouwensrelatie met de patiënt. Het initiatief van de doorbreking ligt veelal bij de arts, waardoor een vertrouwensbreuk op de loer ligt.

Ad vraag 1: Is er een wettelijke regeling met een meldplicht?)

De wetgever heeft bij het instellen van een meldplicht alle mogelijke afwegingen meegenomen en vervolgens beslist dat een wettelijke meldplicht belangrijker is. Voor de arts is er geen ruimte om te toetsen aan de individuele vertrouwensrelatie met de patiënt. Het beroepsgeheim *moet* doorbroken worden. Strikt genomen kan beredeneerd worden dat de patiënt op basis van het wederzijds vertrouwen, zou behoren te begrijpen dat de arts niet anders kan in deze situatie, waardoor de vertrouwensrelatie grosso modo in stand kan blijven.

Ad vraag 2: Is toestemming van de patiënt (mogelijk)?)

Dit is bij uitstek de vraag die recht doet aan de vertrouwensrelatie arts-patiënt. Door de patiënt te betrekken in de beslissing tot openbaring van zijn geheim, wordt voorkomen dat een vertrouwensbreuk optreedt. Bovendien is het mogelijk dat de arts naar aanleiding van argumenten van de patiënt afziet tot het schenden van zijn geheim. Indien de patiënt instemt met bekendmaken omdat het tot zijn eigen voordeel strekt, dan geeft het geen pas wanneer de arts alsnog zou weigeren. Hij *moet* dan doorbreken. Maar indien de bekendmaking niet in het belang van de patiënt is, maar hij om wat voor reden dan ook, toch zijn toestemming voor doorbreking heeft gegeven¹⁶⁷, dan mag de arts niet zonder meer doorbreken op basis van de vertrouwensrelatie. Hiervoor dient de zwaardere toets van het conflict van plichten. Ook als de patiënt na overleg geen toestemming geeft of als het geven van toestemming niet mogelijk is, bijvoorbeeld omdat door de vraagstelling alleen al ernstige schade kan ontstaan voor de patiënt, een derde of de arts zelf, dient ook de zwaardere toets van het conflict van plichten.

Ad vraag 3: Is sprake van een conflict van plichten?

Bij deze vraag wordt er nog geen afweging gemaakt; er wordt alleen vastgesteld of sprake is van een conflict van plichten. Zoals we eerder zagen moet aan een drietal voorwaarden zijn voldaan: bedreigd belang, bijzondere relatie (relatie van de zwijgplichtige tot het bedreigde belang) en onvermijdelijkheid. Vooral dat laatste criterium is hier van belang. Onvermijdelijkheid wil zeggen dat de zwijgplichtige een afweging niet uit de weg kan gaan. Het is de directe weerslag van 'het gedrongen zijn', wat bij de figuur van overmacht een belangrijke rol speelt. Onvermijdelijkheid impliceert dat de arts eerst heeft gekeken naar

¹⁶⁷ Een voorbeeld kan zijn de situatie dat een zedendelinquent zichzelf en anderen wil beschermen tegen zijn misdadige gedragingen.

alternatieven (subsidiariteit) en bovendien heeft geprobeerd om toestemming te verkrijgen, doch deze hebben tot niets geleid. Vervolgens draagt het ook een aspect van acuitheid in zich mee. Hoe acuter de situatie, hoe dwingender de noodzaak om een keuze te maken. Bij de zwijgplicht speelt deze voorwaarde des te dringender omdat het initiatief van de doorbreking bij de arts ligt; als *hij* niet ingrijpt zal wellicht niemand anders dat doen. Ook de tweede voorwaarde, namelijk bijzondere relatie, hangt nauw met dit initiatief samen. *Juist* omdat de arts zich dit belang aantrekt, neemt hij ter zake een initiatief.

Ad vraag 4: Conflict van plichten op morele gronden of existentiële gronden?

Als aan de voorwaarden voor een conflict van plichten is voldaan is in essentie de mogelijkheid van een rechtvaardigingsgrond aanwezig. De *mogelijkheid*, want niet ieder conflict van plichten hoeft immers als resultante te hebben dat de wettelijke plicht moet wijken. De rechtvaardiging voor een doorbreking is afhankelijk van de aard van de belangen die met de doorbreking zijn gediend. Zijn zij moreel dan wel existentieel van aard? Staat bijvoorbeeld het belang centraal dat een slachtoffer van een zedenmisdrijf genoegdoening krijgt doordat haar dader wordt veroordeeld, dan spreken we van een morele grond op basis waarvan een conflict van plichten zou kunnen worden doorbroken. Maar heeft het bedreigde belang betrekking op het leven of welzijn van een slachtoffer van een zedenmisdrijf en kan met het doorbreken dit gevaar worden afgewend, dan spreken we van een conflict van plichten op existentiële gronden. Alleen in dit laatste geval ben ik van mening dat een arts zijn beroepsgeheim mag doorbreken.

4.2.2. Het verschoningsrecht en het stroomdiagram

Bij een eventuele schending van het beroepsgeheim op basis van het verschoningsrecht moet de arts de onbevreesde gang naar de hulpverlener voor ogen blijven houden. Het initiatief tot bekendmaken ligt niet bij de arts maar de aanzet wordt gegeven door een vraag van de rechter(-commissaris).

Ad vraag 1: Is er een wettelijke regeling met een meldplicht?)

Deze vraag is niet van toepassing bij schending van het geheim op grond van het verschoningsrecht. De enige wettelijke plicht om bepaalde gegevens aan de rechter te geven, de getuigplicht van art 192 Sr, is nu juist niet van toepassing op verschoningsgerechtigden op grond van art. 218 Sv. Alle overige meldplichten uit andere regelingen, die een arts verplichten bepaalde informatie bekend te maken, bieden de

geheimhouder geen grond om diezelfde informatie ook aan de rechter te openbaren. Het kan immers zo zijn dat de wetgever een bepaalde adressaat heeft aangewezen bij wie de arts moet melden, waarbij bijvoorbeeld de belangen van de patiënt zo goed mogelijk zijn gewaarborgd. Het zou dan geen pas geven indien deze afwegingen van de wetgever kunnen worden 'overruled' door de betreffende meldplicht tegenover de rechter te laten doorwerken. Kortom, indien de arts het stroomdiagram doorloopt om vast te stellen of hij zijn beroepsgeheim mag schenden door zijn verschoningsrecht prijs te geven, kan hij deze vraag overslaan en verder gaan met de volgende vraag met betrekking tot het toestemmingsvereiste.

Ad vraag 2: Is toestemming van de patiënt (mogelijk)?

Hoewel een arts een afweging met betrekking tot zijn verschoningsrecht in eerste instantie dient te maken tegen het licht van de onbevreesde gang naar de hulpverlener en niet zozeer van de individuele vertrouwensrelatie, geldt ook hier het uitgangspunt dat de patiënt zo veel mogelijk betrokken dient te worden, of althans op de hoogte dient te worden gehouden van de overwegingen van de arts hieromtrent. Het verlaten van dit uitgangspunt zou van weinig respect getuigen voor het recht op privacy van de patiënt. Dit geldt in het bijzonder voor strafrechtelijke zaken waar informatie gebruikt wordt om vast te stellen of iemand bepaalde misdrijven heeft gepleegd, en waarbij de informatieverstrekking vergaande consequenties heeft (al dan niet voor de patiënt zelf). Een dergelijke veronachtzaming van de individuele vertrouwensrelatie, moet ook wel zijn weerslag hebben op de onbevreesde gang naar de hulpverlener.

Toch staat het de arts vrij om, ondanks toestemming van de patiënt, zijn verschoningsrecht ten opzichte van de rechter te handhaven. Zelfs als doorbreking in het belang van de patiënt is. Omdat niet de individuele vertrouwensrelatie voorop staat, maar de onbevreesde gang naar de hulpverlener, moet de arts dit laatste ook als leidraad beschouwen. Als de arts aanwijzingen heeft dat een schending van het geheim geen repercussies heeft op het vertrouwen in de medische stand, bijvoorbeeld omdat de zaak uitgebreid door de media is gevolgd en velen op de hoogte zijn van de positie van de patiënt, dan **mag** hij zijn beroepsgeheim doorbreken.

Ook hier geldt dat bij het ontbreken van toestemming of bij de onmogelijkheid om toestemming te verkrijgen, de volgende vraag dient te worden beantwoord, namelijk of sprake is van een conflict van plichten.

Ad vraag 3: Is sprake van een conflict van plichten?

Een arts die zijn verschoningsrecht prijs geeft op basis van een conflict van plichten bevestigt niet de regel, maar behoort ook zeker niet tot de uitzonderingen. In zulke situaties geeft hij voorrang aan de waarheidsvinding ten koste van de onbevreesde gang naar de hulpverlener. Hoewel dit op het eerste gezicht niet onbegrijpelijk hoeft te zijn, is bij nadere beschouwing toch sprake van een paradox. Deze paradox vindt zijn oorsprong in de omstandigheid dat het conflict van plichten niet zozeer wordt opgeroepen door het bedreigde belang zelf, maar door de vraag van de rechter aan de arts om met bepaalde informatie over de brug te komen. Informatie waarin de arts in ieder geval niet eerder een aanleiding zag om aan de bel te trekken en zijn zwijgplicht voor te doorbreken. Ook de voorwaarde van onvermijdelijkheid lijkt niet tot nauwelijks van toepassing bij een conflict van plichten op basis van het verschoningsrecht. Het feit dat de arts niet zelf met het initiatief tot bekendmaking is gekomen, impliceert dat hij zich niet in die mate 'gedrongen' voelde, dat hij tot een schending van zijn beroepsgeheim heeft besloten. Bovendien stelt de rechter de vraag niet met het doel om de regie met betrekking tot de oplossing van het probleem vervolgens weer bij de arts te leggen: een subsidiaire aanpak ligt niet voor de hand, nu de strafrechtelijke weg is ingeslagen. Niet in de laatste plaats werkt de paradox ook door in de voorwaarde voor de bijzondere relatie van de geheimhouder met het bedreigde belang. Het bedreigde belang dat met de waarheidsvinding gemoeid is, valt terug te voeren tot de opsporing van strafbare feiten. Het is de vraag in hoeverre de arts een bijzondere betrokkenheid heeft met dit belang als het uitsluitend is gericht op het bestraffen van de dader. Veelal zal het bedreigde belang worden geabstraheerd tot een belang waarin men zich makkelijker kan vinden: bijvoorbeeld de bescherming van minderjarigen (in plaats van de opsporing bij kindermishandeling).

De hierboven aangehaalde paradox neemt niet weg dat het conflict van plichten op basis van het verschoningsrecht wel degelijk aanwezig kan zijn. Dit is het geval wanneer de arts door het verzoek van de rechter voor het eerst (in volle omvang) met de strafrechtelijke implicaties wordt geconfronteerd en hij bovendien van mening is dat de strafrechtelijke aanpak de beste aanpak is om een einde te maken aan de bedreiging van het belang (onvermijdelijkheid). De bijzondere relatie bij het bedreigde belang kan voortkomen uit de arts-patiëntrelatie indien het bedreigde belang het belang van de patiënt betreft, of uit een professionele norm die betrekking heeft op het leven en welzijn van mensen, *hét* object van de geneeskundige. Dit kunnen zowel concrete belangen zijn (de veiligheid van een bepaald persoon) als abstracte belangen (de bescherming van minderjarigen). Bij de volgende vraag zal worden gekeken in welke gevallen het conflict van plichten leidt tot een gerechtvaardigde schending van het beroepsgeheim.

Ad vraag 4: Conflict van plichten op morele gronden of existentiële gronden?

Indien het conflict van plichten doorslaat naar het prijsgeven van het verschoningsrecht, wordt hiermee een concessie gedaan aan de onbevreesde gang naar de hulpverlener. Dit laatste is onlosmakelijk verbonden met het belang dat de wetgever stelt in een goed functionerende gezondheidszorg. Omdat zowel de gezondheidszorg als het conflict van plichten op existentiële gronden hun grond vinden in het leven en welzijn van mensen (de existentie), zijn het twee grootheden die duidelijk tegenover elkaar in een afweging kunnen staan. Dit in tegenstelling tot de situatie wanneer de arts een afweging zou moeten maken tussen de morele plicht om aan opsporing van maatschappelijke misstanden zijn medewerking te verlenen en het belang van de onbevreesde gang naar de hulpverlener. Zolang een doorbreking van het medisch beroepsgeheim niet te rechtvaardigen is op grond van een belang dat zijn wortels heeft in het wezen van het artsenvak, zal dit conflict van plichten naar mijn idee niet wezenlijk toebehoren aan de arts. Zo'n conflict van plichten is niets anders dan een gestandaardiseerd conflict van plichten; een opgelegde maatschappelijke plicht.

4.3. Ten uitgeleide

Het medisch beroepsgeheim is van groot belang voor ieders recht op een goede gezondheid en de daarbij behorende geneeskundige zorg. De belangen die hiermee zijn gemoeid, zijn zo existentieel van karakter, dat zij van alle tijden zijn. In iedere samenleving, ongeacht de heersende moraal en ongeacht de opvattingen die men er heeft over vrijheden en rechten van individuele burgers, zal het leven en welzijn van diens burgers een centrale plaats innemen. Om deze belangen te kunnen blijven garanderen moet de bescherming ervan helder en vastomlijnd zijn. Zodra echter een beschermende regeling als het medisch beroepsgeheim, gepaard gaat met onzekerheden en onregelmatigheden, kan twijfel ontstaan over de legitimiteit en de functionaliteit van de regeling. Inbreuken er op worden sneller geaccepteerd wanneer hiermee andere maatschappelijke belangen, die op dat moment een grote prioriteit hebben, worden gediend. Dit is helemaal het geval indien die andere belangen *ook* betrekking blijken te hebben op een aspect van het leven en welzijn van de burgers, zoals bijvoorbeeld het geval is met de veiligheid binnen de samenleving. In deze situatie die meer beheerst wordt door abstracte gevoelens van angst en veronderstellingen, overheerst het vertrouwen in een strafrechtelijke aanpak, waardoor bijvoorbeeld voorrang wordt gegeven aan de opsporing boven het medisch beroepsgeheim.

Ik ben echter van mening dat juist op het vlak waar het beroepsgeheim botst met de opsporing, de bovengenoemde existentiële belangen feitelijk beter worden behartigd door het medisch beroepsgeheim. Hierbij geldt wel dat overschrijdingen van de grenzen aan het beroepsgeheim slechts kunnen worden gerechtvaardigd op reële en existentiële gronden. Overschrijdingen op basis van morele gronden bieden te weinig rechtszekerheid en zijn daardoor minder geschikt om de tand des tijds te doorstaan.

Zoals gezegd is een consequente benadering van het medisch beroepsgeheim onontbeerlijk. Het stroomdiagram dat ik in deze scriptie heb gepresenteerd is hierbij een hulpmiddel. Het kan zowel de arts als de wetgever tot leidraad dienen door de doolhof van het medisch beroepsgeheim.

LITERATUURLIJST

Boeken:

- **Baeten, P. en L. Janssen**, *Samenwerking en beroepsgeheim, Juridische mogelijkheden voor het uitwisselen van gegevens bij de aanpak van huiselijk geweld*, Utrecht: NIZW uitgeverij 2002.
- **Brauw, P.J.W. de (red.)**, *Medisch beroepsgeheim*, Baarn: Ambo 1988.
- **Dolman, M.M.**, *Overmacht in het stelsel van strafuitsluitingsgronden*, Nijmegen: Wolf Legal Publishers 2006.
- **Domburg, P.J.M. van**, *Over de grenzen van het verschoningsrecht, studiereeks recherche*, Den Haag: 1994 VUGA Uitgeverij B.V.
- **Duijst-Heesters, W.L.J.M.**, *Boeven in het ziekenhuis. Een juridische beschouwing over de verhouding tussen het medisch beroepsgeheim en de opsporing van strafbare feiten*. Den Haag: Sdu Uitgevers 2005.
- **Gevers, J.K.M m.m.v. A. van Aalst**, *De rechter en het medisch handelen*, Deventer: Kluwer 1998, pp. 189-212. [reader]
- **Graaf, F. de & C. Lameer (red.)**, *Medisch beroepsgeheim onder druk*, Houten Diegem 1995.
- **Hazewinkel-Suringa, D.**, *De doolhof van het beroepsgeheim*, Haarlem: Tjeenk Willink 1959.
- **Herten, J.H.S. van**, *Medisch beroepsgeheim*, Nijmegen: Van Hertenstichting 1995.
- **Jong, E.J.C. de**, *Arts en politie, KNMG consult*, Utrecht: KNMG 2000.
- **Leenen, H.H.J. & J.K.M. Gevers**, *Handboek gezondheidsrecht deel I: Rechten van mensen in de Gezondheidszorg*, Houten/ Dieggem: Bohn Stafleu Van Loghum 2000, pp. 220-245
- **Mols, G.P.M.F.**, *Getuigen in strafzaken*, Deventer: Kluwer 2003
- **Nieuwenhuis, J.H. (red.)**, *Tekst & Commentaar Strafvordering, artt. 98, 161, 218 Sv en 272 Sr*, Deventer: Kluwer 1999.
- **Veen, E.B. van & E.J.C. de Jong & W.R. Kastelein**, *Preadvies 'Het beroepsgeheim, continuïteit en verandering.'*, Vereniging voor Gezondheidsrecht, Den Haag: Sdu 2004.
- **Verburg, J.J.I.**, *Het beroepsgeheim, (monografieën strafrecht, deel 5)* Arnhem: Gouda Quint BV 1985.
- **Verburg, J.J.I.**, *Het beroepsgeheim naar Nederlands recht, preadvies Vereniging voor de vergelijkende studie van het recht van België en Nederland*, 1984.
- **Verburg, J.J.I.**, *Het verschoningsrecht van getuigen in strafzaken (een studie over art. 218 Sv.)*, Groningen: Tjeenk Willink 1975.
- **Wijshoff-Vogelzang, R.L.M.**, *Arts-Patiënt, enige juridische aspecten van hun relatie (dissertatie)*, Deventer: Kluwer 1985.
- **Wisselink, M.A.**, *Beroepsgeheim, ambtsgeheim en verschoningsrecht*, Deventer: Tjeenk Willink 1997.

Artikelen:

- **Bavel, C.J. van & R.P.G.L.M. Verbunt**, Advocaat en telefoontap: schending van de onschendbaarheid, *DD*. afl. 3, maart 1994, pp. 228-247.
- **Beljaars, A.J.J.M.**, Beroepsgeheim: het omgaan met medische gegevens, *Medisch Contact*, 3 juni 1994, 49(22), p. 746-748.
- **Beurskens, J. & M van der Put**, Als de verdachte een patiënt is, *Algemeen Politieblad* nr. 21, 26 oktober 1996, pp. 16-17.
- **Bruijn-Lückers, M.L.C.C. de & E.C.C. Punselie**, Medisch handelen en

- kinderbescherming, *Tijdschrift voor Gezondheidsrecht*, 28 (2004), p 578-591.
- **Campen, M.M.J. van & T.J. Verdam**, Strafrechtelijk opsporingsbelang en medisch beroepsgeheim, *Medisch Contact*, 6 september 1996, 51(36), p. 1133-1134.
 - **Casparie, A.F.**, De ramen open, Zorgsector legt verantwoording af aan de samenleving, *Medisch Contact*, 26 januari 2001, 56(4), p. 131-134.
 - **Crommentuyn, R.**, Nieuwe opzet voor meldpunten kindermishandeling, meldingsangst van artsen is ongegrond, *Medisch Contact*, 29 mei 1998, 53(22), p.745-747.
 - **Crul, B.V.M.**, Het Hof dreigde de huisarts met gijzeling, *Medisch Contact*, 13 maart 1998, 53(11), p. 349-351.
 - **Duijst, W.L.J.M.**, 'Opsporing in ziekenhuizen', *DD* 33 (2003), afl.9, p 961-978.
 - **Duijst, W.L.J.M.**, 'Convenanten tussen politie en ziekenhuizen', *TvG* 27 (2003), p. 444-458.
 - **Duijst, W.L.J.M. & T.M. Schalken**, 'De plicht om af te zien van het verschoningsrecht of: waar het medisch beroepsgeheim moet wijken voor de opsporing.' *Tijdschrift voor Gezondheidsrecht* 29 (2005), p.124-134.
 - **Fransen van de Putte, D.**, Verschoningsrecht onder druk, *Advocatenblad* afl. 17, 17 september 1999, pp. 911-912.
 - **Gevers, J.K.M.**, Kroniek van het gezondheidsrecht, *NJB* 2005/09.
 - **Gevers, J.K.M.**, 'Hulpverlener en kindermishandeling', *TvG* 28(2004), p. 269-280.
 - **Gevers, J.K.M.**, Derden waarschuwen voor gevaar: een kwestie van mogen of moeten?, *Tijdschrift voor Gezondheidsrecht* 27 (2003), p. 523.
 - **Gevers, J.K.M.**, Gezondheidszorg en rechten van de patiënt: klaar voor het jaar 2000?, *Tijdschrift voor Gezondheidsrecht* 23 (1999), p. 296-300.
 - **Gevers, J.K.M.**, Het beroepsgeheim na overlijden van de patiënt, *Nederlands Tijdschrift voor Geneeskunde*, 1993, 137(11), p. 533-535.
 - **Hamer, G.P. & S.V. Pelsser**, Het verschoningsrecht van de advocaat met vuile handen, *Advocatenblad* nr. 5, 3 maart 2000.
 - **Hart, A.C.** 't, Perikelen van zwijgplicht en verschoningsrecht, *DD*. afl. 2, februari 1992, pp. 105-110.
 - **Hendriks, A.C.**, Het medisch beroepsgeheim. Enige actuele dilemma's, *NJCM Bulletin*, jaargang 26, nr.5, juli/augustus 2001, p. 525-538.
 - **Hubben, J.H.**, Justitie plaatst medisch beroepsgeheim onder druk, *NJB* afl. 39, 1 november 1996, pp. 1633-1634.
 - **Janssen, H. & M. Oosthoek**, Houdt de geheimhoudingsplicht van de arts vrouwenmishandeling in stand?, *Medisch Contact*, 2 oktober 1998, 53(40), p. 1278-1279.
 - **Jong, E.J.C. de**, Tuchtrechtspraak ingevolge de Wet BIG, *regelgeving beroepsuitoefening gezondheidszorg*, april 2004.
 - **Jong, E.J.C. de**, Geschonden zwijgplicht, *Medisch Contact*, 12 maart 2004, jaargang 59 (afl. 11), p. 400.
 - **Jong, E.J.C. de**, DNA en HIV in het strafrecht: van identificatie naar kwalificatie, Deel 1" de DNA-bank in zicht, *Tijdschrift voor gezondheidsrecht*, nr.3/ 2001.
 - **Jong, E.J.C. de, & R. Bottema & S. van de Vathorst**, Wet of geweten?, KNMG-ledenpanel over beroepsgeheim en conflict van plichten, *Medisch Contact*, 22 oktober 1999, 54(42), p. 1430-1433.
 - **Jong, E.J.C. de**, Het bewaren waard, het ledenpanel over het dossier, *Medisch Contact*, 29 oktober 1999, 54(43), p. 1468-1470.
 - **Jong, E.J.C. de & W.P. Rijksen**, Het medisch dossier in beslag; beschouwing over grenzen van het verschoningsrecht, *Nederlands Tijdschrift voor Geneeskunde*, 18 april 1998; 142(16), p. 915-918.
 - **Kastelein, W.R.**, De onbegrijpelijke interpretatie van de artikelen 1 en 47 Wet BIG: herbezinning noodzakelijk, *Tijdschrift voor gezondheidsrecht* 29 (2005), p. 227-229.
 - **Kastelein, W.R.**, Problemen met de media, *Medisch Contact*, 1 oktober 2004, jaargang

- 59 (afl. 40). P. 1558-1561.
- **Kastelein, W.R.**, Beroepsgeheim en conflict van plichten, wettelijk regelen?, *Tijdschrift voor Gezondheidsrecht* 26 (2002), p.69.
 - **Kastelein, W.R. & E.W.M. Meulemans**, Ontwikkelingen in de tuchtrechtelijke en civielrechtelijke jurisprudentie, *Tijdschrift voor Gezondheidsrecht*, nr. 1/ 2001, p. 49-60.
 - **Kastelein, W.R.**, Tuchtrect in de Wet BIG; ervaringen 1997-2000, *Tijdschrift voor Gezondheidsrecht* 24 (2000), p.425-434.
 - **Kastelein, W.R.**, Het beroepsgeheim en de waarheidsvinding, *Tijdschrift voor gezondheidsrecht* 23 (1999), p. 77.
 - **Kastelein, W.R.**, Beroepsgeheim in het nieuwe tuchtrect, *Tijdschrift voor Gezondheidsrecht* 21 (1997), p. 201.
 - **Kastelein, W.R.**, Justitie en beroepsgeheim, *Tijdschrift voor gezondheidsrecht* 20 (1996), p.189.
 - **Knigge, G.**, Hoezo, meldingsplicht?, *Themis* nr. 3, maart 1997, pp. 81-82.
 - **Koops, A.R.**, Doorbreking medisch beroepsgeheim na de dood, *NJB* nr. 35, 1997, p. 1638-1639.
 - **Kuitenbrouwer, F.**, Beroepsgeheimen, verschoningsrechten en mensenrechten: de journalist, *NJCM-Bulletin*, jaargang 26, nr.5, juli/augustus 2001, p. 539-551.
 - **Kuypers, S.**, Als zwijgen niet meer kan, Hoe artsen kindermishandeling kunnen melden, *Medisch Contact*, 12 januari 2001, 56(2), p. 51-53.
 - **Mols, G. & T. Spronken**, Aanval op de verdediging, *Advocatenblad* afl. 12, 7 juni 1996, pp. 506-513.
 - **Montfoort, A.J. van**, Onder verantwoorde hantering van het beroepsgeheim, *Tijdschrift voor Kindergeneeskunde*, 1996, 64(4), p. 188-192.
 - **C.Ch. Mout**, Zwart op zwart zie je niet; de grenzen van het verschoningsrecht, *Adv.blad* vol.74(iss.4), 1994, p.146.
 - **Osinga, P. & P.G. Wiewel**, De dreigende schending van het beroepsgeheim, *NJB* afl. 41, 18 november 1994, p. 1423.
 - **Ploem, M.C.**, Een zorgvuldige omgang met medische gegevens na de dood, *Tijdschrift voor Gezondheidsrecht*, nr. 8/1999, p. 489-498.
 - **Pollman, P.**, Over individuele gezondheidszorg door de vertrouwensarts inzake kindermishandeling, het beroepsgeheim, verschoningsrecht en de 'spreekplicht', *Tijdschrift voor Gezondheidsrecht* 28 (2004), p. 523-525.
 - **Reijnders, U.J.L e.a.**, De lijkschouw bij plotselinge dood., *Huisarts en Wetenschap*, 49 (2) februari 2006, p. 68-71.
 - **Roscam Abbing, H.D.C.**, Verantwoord omgaan met medische informatie, *Tijdschrift voor Gezondheidsrecht* 21 (1997), p. 215-218.
 - **Savornin Lohman, A.F. de.**, HIV-besmetting en geheimhoudingsplicht, *Medisch Contact*, 5 november 1999, 54(44), p. 1520-1522.
 - **Schalken, T.M.**, Huiszoeking in ziekenhuis: wanneer weegt opsporingsbelang zwaarder dan medisch beroepsgeheim?, *Tijdschrift voor Gezondheidsrecht* nr. 2, 1999, pp.96-101.
 - **Schipholt, I.L.**, Het kind van de rekening, preventie van kindermishandeling verdient meer aandacht, *Medisch Contact*, 9 februari 2001, 56(6), p. 209-211.
 - **Veldkamp, A.W.M.**, Het medisch beroepsgeheim nader bekeken, *VKMagazine*, tijdschrift over kindermishandeling, jaargang 12 (1), maart 1998, p. 6-8.
 - **Veldkamp, A.W.M.**, Het grote mysterie. De vertrouwensarts en het medisch beroepsgeheim, *Tijdschrift voor gezondheidsrecht*, vol 19 (iss.2), 1995, p.66-79.
 - **Veldt, M.**, Medisch beroepsgeheim en strafrecht, *Adv. blad* vol 80, 2000, pp. 84-85.
 - **Waard, T. de**, Verschoningsrecht, *Adv.blad*. vol 73 (iss.21), 1993, p. 631.
 - **Wladimiroff, M.**, Beroepsgeheimen, verschoningsrechten en mensenrechten: de advocaat, , *NJCM-Bulletin*, jaargang 26, nr.5, juli/augustus 2001, p. 552-563.

Rechtspraak:

Hoge Raad:

HR 21 april 1913, NJ 1913, 958
HR 15 oktober 1923, NJ 1923, 1329
HR 19 november 1985, NJ 1986/533.
HR 14 oktober 1986, NJ 1987/490
HR 6 maart 1987, NJ 1987/ 1016
HR 2 oktober 1990, NJ 1991/124
HR 23 november 1990, NJ 1991/761 m.nt. JBMV
HR 22 november 1991, NJ 1992/ 315
HR 29 juni 1993, NJ 1993, 692
HR 15 oktober 1999, NJ 2001/42
HR 30 november 1999, NJ 2002, 438
HR 20 april 2001, NJ 2001/600
HR 3 juli 2001, NJ 2002, 8
HR 12 februari 2002, NJ 2002/439
HR 18 juni 2002, NJ 2003/621
HR 29 juni 2004, NJ 2005/ 273
HR 14 juni 2005, NJ 2005/353
HR 4 april 2006 (inbeslagneming)
HR 9 mei 2006 (Savannah)

Lagere rechters:

Hof Leeuwarden 22 december 2004
Rechtbank Haarlem 21 mei 1987, NJ 1988, 624
Rechtbank Zwolle, 4 december 1998, NJ 1999/610
Rechtbank Assen 16 juli 2003, NJ 2003/585
Rechtbank Den Bosch 6 oktober 2004, NJ 2004/699

Tuchtrecht:

CMT 28 september 1972, NJ 1973/ 270
Medisch Tuchtcollege Eindhoven, 30 september 1991,
EHRC 17 december 2002, NJ 2004, 632

Protocollen/ Rapporten:

- KNMG Handreiking beroepsgeheim en politie/justitie, december 2004
- KNMG Meldcode bij Kindermishandeling, juni 2002.
- Zorgverlener en opsporingsambtenaar?, Signalering ethiek en gezondheid 2005, Centrum voor ethiek en Gezondheid in opdracht van Raad voor Volksgezondheid en Zorg, 29 juni 2005 (CEG/RVZ)
- IGZ-rapport De zorgverlening aan S.M. Een voorbeeldcasus, Den Haag, februari 2004.
- IGZ-rapport Kwaliteit van zorg in de kinder- en jeugdpsychiatrie, Den Haag, februari 2002.

- RVZ-rapport Bestrijding Vrouwelijke Genitale Verminking, advies uitgebracht door de Commissie Bestrijding Vrouwelijke Genitale verminking aan de minister van Volksgezondheid, Welzijn en Sport, Zoetermeer, 2005.