

WHITEPAPER



Het strafrecht en medische zaken

holla
advocaten
Holla. Hoogstpersoonlijk

Voorwoord

Graag bieden wij u de whitepaper 'Het strafrecht en medische zaken' aan. Een strafprocedure is één van de mogelijke juridische reacties op een incident bij de behandeling van een patiënt. Hoewel het strafrecht wellicht een geringe rol speelt als het gaat om aantallen vervolgingen en veroordelingen, is het strafrecht een niet te verwaarlozen juridische actie met een grote maatschappelijke en voor de betrokkenen zeer ingrijpende gevolgen. Het is onze bedoeling om u als lezer meer inzicht te geven over de procedure, mede aan de hand van praktijkvoorbeelden.

Wij wensen u veel leesplezier en zijn uiteraard bereid om vragen omtrent deze materie te beantwoorden.

NAMENS HOLLA ADVOCATEN

Rolinka Wijne en Joost Wasser

CONTACTGEGEVENS

Mw. mr. dr. R. P. (Rolinka) Wijne, medewerker Wetenschappelijk bureau 088 - 440 2400
r.wijne@holla.nl holla.nl/rolinka-wijne

Mr. J.F.M. (Joost) Wasser, advocaat gespecialiseerd in Strafrecht 088 - 440 2400
j.wasser@holla.nl holla.nl/joost-wasser

Inhoudsopgave

1. Inleiding	pagina	4
2. Aanvang strafvervolgning	pagina	4
3. Vergaren van bewijs en het verschoningsrecht	pagina	5
4. Enkele wettelijke delictsomschrijvingen	pagina	8
5. Wederrechtelijkheid en medische exceptie	pagina	12
6. Opzet en schuld	pagina	15
7. Causaal verband normschending en gevolg	pagina	21
8. De patiënt als benadeelde partij	pagina	22
9. De op te leggen straf	pagina	24
10. Tot slot	pagina	25

Het strafrecht en medische zaken

1. INLEIDING

Een strafprocedure... het is één van de mogelijke juridische reacties op een incident bij de behandeling van een patiënt, zij het de minst toegepaste. Gelet op de afbakening tussen het strafrecht, het tuchtrecht en bestuurlijke handhaving is de rol van het strafrecht in beginsel beperkt tot zaken met (kans op) onnodig of onevenredig letsel of zaken waarin de patiënt is overleden als gevolg van, binnen de gezondheidszorg, gemaakte (mogelijke) ernstige fouten. Veelal zal hierbij sprake zijn van opzet of schuld in de zin van grove nalatigheid.¹

In deze whitepaper wordt ingegaan op een aantal aspecten van het strafrecht in het geval van een normoverschrijding van een hulpverlener, dat wil zeggen een arts of een ziekenhuis. Aan de orde komen de aanvang van de strafvervolgning (par. 2), het vergaren van het bewijs en het beroepsgeheim (par. 3), de wettelijke delictomschrijvingen (par. 4), de wederrechtelijkheid (par. 5), de schuld (par. 6), het causaal verband (par. 7), de voeging van de patiënt als benadeelde partij (par. 8) en de op te leggen straf (par. 9). Wij sluiten af met een slotbeschouwing (par. 10).

2. AANVANG STRAFVERVOLGING

De patiënt heeft – anders dan bijvoorbeeld bij het indienen van een klacht, een klaagschrift of een civiele aansprakelijkstelling – niet zelf de controle over de aanvang van het strafproces. Hij, dan wel zijn wettelijk vertegenwoordiger of een nabestaande, kan aangifte doen van onjuist handelen van een arts of een ziekenhuis, maar de strafvervolgning hangt af van de beslissing daarover van het Openbaar Ministerie (OM). Het OM is ingevolge artikel 124 van de Wet op de Rechterlijke Organisatie belast met de vervolging van strafbare feiten.

Het OM kan ingevolge artikel 167, tweede lid, van het Wetboek van Strafvordering (Sv) afzien van strafvervolgning op gronden aan het algemeen belang ontleend (opportuniteitsbeginsel).² Als de arts bijvoorbeeld arbeidsrechtelijk, civielrechtelijk of tuchtrechtelijk geconfronteerd is met de gevolgen van zijn handelen, dan kan het onder omstandigheden niet (meer) opportuun zijn een strafrechtelijke vervolging te starten. Wel kan de patiënt tegen een beslissing van het OM om de arts of het ziekenhuis niet te vervolgen schriftelijk zijn beklag doen bij het gerechtshof, hetgeen alsnog kan leiden tot een vervolging. Deze bevoegdheid volgt uit artikel 12, eerst lid, Sv.

Het schriftelijk beklag moet worden gedaan bij het gerechtshof binnen het rechtsgebied waarvan de beslissing tot niet vervolging of niet verdere vervolging is genomen. Indien de beslissing is genomen door een officier van justitie bij het landelijk parket of bij het functioneel parket, is het Gerechtshof Den Haag bevoegd.

Ook een rechtspersoon die krachtens zijn doelstelling en blijkens zijn feitelijke werkzaamheden een belang behartigt dat door de beslissing tot niet vervolging of niet verdere vervolging rechtstreeks wordt getroffen kan een artikel 12 Sv-procedure beginnen. Indien bijvoorbeeld een patiënt berust in de niet vervolging van een alternatieve genezer dan is het mogelijk dat de Vereniging tegen de Kwakzalverij beklag doet. De bevoegdheid volgt uit artikel 12, tweede lid, Sv.

De ruime discretionaire bevoegdheid van artikel 167 Sv om al dan niet tot vervolging over te gaan wordt beperkt door de werking van beginselen van een goede procesorde. Schending van deze beginselen bij de beslissing om wél te vervolgen zal in beginsel – zij het dat het zal gaan om zeer uitzonderlijke gevallen – leiden tot niet-ontvankelijkheid van het OM in zijn vervolging. Dit betekent dat de rechter het OM het recht om in die zaak te vervolgens onttrekt. De vervolgingsbeslissing van het OM wordt daarbij door de rechter ‘ten volle’ aan de beginselen getoetst.³

¹ Zie Aanwijzing feitenonderzoek/strafrechtelijk onderzoek en vervolging in medische zaken, Stcrt. 2012, nr. 26863.

² De wetgever van destijds (1926) heeft dus niet gekozen voor het legaliteitsbeginsel (verplichte vervolging in bewijsbare zaken).

³ HR 2 februari 1999, NJ 1999, 554.

Zie de kwestie van de Haagse borstchirurg (Citykliniek) als voorbeeld van een zaak waarin de verdediging een (overigens niet geslaagd) beroep deed op schending van de beginselen van een goede procesorde. De Rechtbank Den Haag overwoog daarover als volgt: "Volgens vaste jurisprudentie leent de beslissing om tot vervolging over te gaan zich slechts in zeer beperkte mate voor een inhoudelijke rechterlijke toetsing in die zin dat slechts in uitzonderlijke gevallen plaats is voor een niet-ontvankelijkverklaring van het OM in de vervolging op de grond dat het instellen of voortzetten van die vervolging onverenigbaar is met beginselen van een goede procesorde. Een uitzonderlijk geval als zojuist bedoeld doet zich voor wanneer de vervolging wordt ingesteld of voortgezet terwijl geen redelijk handelend lid van het OM heeft kunnen oordelen dat met (voortzetting van) de vervolging enig door strafrechtelijke handhaving beschermd belang gediend kan zijn. (...) De rechtbank is – toetsend aan deze norm – van oordeel dat de officieren van justitie op grond van de door hen genoemde argumenten, te weten het belang van de slachtoffers, de houding van verdachte ten opzichte van het ten laste gelegde en de onrust die de zaak in de samenleving heeft veroorzaakt, in redelijkheid de afweging hebben kunnen maken om de vervolging van verdachte voort te zetten. De rechtbank ziet wel dat verdachte al ingrijpende gevolgen heeft ondervonden van deze zaak (en de civiele en tuchtrechtelijke zaken) en dat deze gevolgen de opportuniteitsbeslissing van het OM raken, maar zij acht deze daarvoor niet doorslaggevend. Een niet-ontvankelijkheid kan enkel daarop dan ook niet worden gebaseerd."⁴

Voor strafvervolging is vereist dat sprake is van een (vermoedelijk) gepleegd strafbaar feit en dat een redelijk vermoeden bestaat dat een persoon zich daaraan schuldig heeft gemaakt. In medische zaken is de verdachte een persoon die werkzaam is in de (geestelijke) gezondheidszorg of de alternatieve gezondheidssector en wiens (al dan niet onbevoegd of ondeskundig) handelen of nalaten een vermoeden oplevert van een strafbaar feit, zoals omschreven in het Wetboek van Strafrecht (Sr) en/of andere wetten.⁵ Een en ander geldt op grond van artikel 51 Sr ook voor rechtspersonen en dus voor ziekenhuizen (en andere rechtspersoonlijkheid bezittende zorginstellingen).⁶

Binnen voornoemde definitie vallen ingevolge de Aanwijzing feitenonderzoek/strafrechtelijk onderzoek en vervolging in medische zaken bijvoorbeeld de volgende gevallen: een foute medicatietoediening door een arts of verpleegkundige; een fout uitgevoerde operatie door een arts; een alternatief genezer die een bepaalde behandeling voorschrijft terwijl hij of zij daarvoor niet de nodige deskundigheid heeft en die schade kan toebrengen aan de gezondheid van de patiënt en een alternatief genezer die mensen van de reguliere gezondheidszorg 'afhoudt'.⁷

De rechter kan na een aangifte en strafvervolging een straf opleggen, indien *vaststaat* (bewezen is) dat de arts of het ziekenhuis een strafbaar feit heeft gepleegd. Daarbij is de *wettelijke delictsomschrijving* leidend. Belangrijke aspecten daarbij zijn de vraag naar de *wederrechtelijkheid*, de *mate van opzet of de mate van schuld* en het *causaal verband*. Deze aspecten komen hierna aan bod.

3. VERGAREN VAN BEWIJS EN HET VERSCHONINGSRECHT

Een strafbaar feit wordt in medische zaken doorgaans aangetoond met behulp van het medisch dossier. Er zijn verschillende manieren waarop het OM in het bezit kan komen van het medisch dossier.

Ten eerste kan het OM het medisch dossier krijgen van de patiënt of diens nabestaanden. Deze kunnen namelijk met een beroep op het inzagerecht van de patiënt (artikel 7:456 BW) het medisch dossier bij de arts of het ziekenhuis opvragen. De arts en het ziekenhuis zijn verplicht het medisch dossier binnen een redelijke termijn aan de patiënt of diens nabestaanden ter beschikking te stellen. Vervolgens kan dit medisch dossier aan het OM worden gegeven.

⁴ Rechtbank Den Haag 30 oktober 2014, GZR 2014-0428, met nt. R.P. Wijne.

⁵ Zie Aanwijzing feitenonderzoek/strafrechtelijk onderzoek en vervolging in medische zaken, Stort. 2012, nr. 26863. Zie voorts P.A.M. Mevis, 'Strafrecht als waarborg en bedreiging van kwaliteit van zorg tegelijk', *TvGR* 2015, nr. 2, p. 40-54.

⁶ Zie ook HR 21 oktober 2003, *NJ* 2006, 328, met nt. P.A.M. Mevis. Zie voor voorbeelden Rechtbank Leeuwarden 23 december 1987, *NJ* 1988, 981 (onvoldoende zorg apparatuur) en Rechtbank Rotterdam 12 december 2008, GZR 2014-0062 (onvoldoende toezicht aanleggen Zweedse band). Zie ook J.H. Hubben, Het ziekenhuis als strafbare rechtspersoon (oratie Nijmegen), Lochem: De Tijdstroom 1989, tevens opgenomen in de oratiebundel Gezondheidsrecht, Den Haag: Sdu Uitgevers 2012; P.A.M. Mevis, Gezondheidsrecht en strafrecht, preadvies Vereniging voor Gezondheidsrecht 2007, p. 146-150; T.M. Schalken, Het strafbare ziekenhuis in: J.W. Fokkens e.a. (red.), *Ad hunc modum*. Opstellen over materieel strafrecht. Liber Amicorum voor A.J. Machielse, Deventer: Kluwer 2013, p. 275-286 en P.A.M. Mevis, 'Strafrecht als waarborg en bedreiging van kwaliteit van zorg tegelijk', *TvGR* 2015, nr. 2, p. 40-54. Zie voor voorbeelden voorts P.M.J. Eken-De Vos, 'Strafrechtelijke aansprakelijkheid', *TLP* 2016, nr. 3, p. 43-47.

⁷ Zie Aanwijzing feitenonderzoek/strafrechtelijk onderzoek en vervolging in medische zaken, Stort. 2012, nr. 26863.

Ten tweede kan het OM met behulp van een machtiging van de rechter-commissaris het dossier van de arts of het ziekenhuis 'vorderen'. De arts en het ziekenhuis zijn verplicht aan die vordering gevolg te geven. Dat volgt uit artikel 126nf, eerste lid, Sv. Gelet op de rechten die aan een verdachte toekomen, kan deze vordering echter niet aan de verdachte zelf worden gedaan, aldus artikel 126nf, tweede lid, Sv. Een en ander betekent dat als een arts of ziekenhuis verdacht wordt van een strafbaar feit, de arts of het ziekenhuis niet verplicht is tot overgave van het medisch dossier. Dit laatste laat onverlet dat het OM met een inbeslagname door de rechter-commissaris tijdens een doorzoeking in het ziekenhuis toch alsnog de beschikking kan krijgen over het medisch dossier; de rechter-commissaris stelt in zo een geval inbeslaggenomen stukken in het handen van het OM. Een bijzonderheid die evenwel in de weg kan staan aan het op deze wijze(n) vergaren van stukken is dat op de arts en het ziekenhuis een (afgeleid) beroepsgeheim rust en dat de arts of het ziekenhuis zich vervolgens op zijn (afgeleid) verschoningsrecht kan beroepen, indien om een overlegging van het medisch dossier wordt gevraagd.

Doet de arts of het ziekenhuis dat, dan plegen de inbeslaggenomen medische gegevens in een verzegelde enveloppe onder de rechter-commissaris te worden opgeborgen. Van de stukken wordt dan geen kennisgenomen, totdat de rechter-commissaris daarover een beslissing heeft genomen.

Oordeelt de rechter-commissaris dat geen sprake is van een beroepsgeheim ten aanzien van deze stukken of dat het beroepsgeheim zich niet tegen kennisname verzet, dan moet de arts of het ziekenhuis (als deze zich op het beroepsgeheim blijft beroepen) ingevolge artikel 98, vierde lid, Sv binnen twee weken daartegen beklag doen bij de rechtbank. De rechtbank beslist vervolgens binnen 30 dagen (artikel 552a Sv). Tegen deze beslissing staat alleen cassatie open, waarbij de Hoge Raad binnen 90 dagen moet beslissen (artikel 552d Sv). In de tussentijd wordt van de medische gegevens geen kennisgenomen (98, derde lid, Sv).

Deze procedure bestaat sinds 1 maart 2015 en is naar de letter van de wet uitsluitend van toepassing indien de stukken onder de geheimhouder (arts) zelf in beslag genomen zijn. Indien deze stukken niet onder de arts, maar onder een derde - zoals bijvoorbeeld het ziekenhuis - in beslag zijn genomen, dan is deze procedure dus formeel niet van toepassing. Het ziekenhuis heeft namelijk strafrechtelijk geen eigen, zelfstandig verschoningsrecht, maar een van de arts afgeleid verschoningsrecht.⁸ Dat staat er echter niet aan in de weg dat een ziekenhuis als afgeleid verschoningsgerechtigde een klaagschrift kan indienen.⁹ Daarbij is het uiteindelijk niet het standpunt van het ziekenhuis, maar wel het standpunt van de eigenlijke geheimhouder, de arts, bepalend.¹⁰

De Hoge Raad heeft voor de situatie dat stukken onder een derde liggen in zijn arrest van 13 oktober 2015 bovendien een nieuwe regeling ontworpen.¹¹ Deze procedure wordt hieronder uitgewerkt. Naar een recent oordeel van de Hoge Raad heeft deze regeling een einde gemaakt aan de oude werkwijze, die hier overigens wegens het ontbreken van relevantie niet zal worden uitgewerkt.¹²

Het komt vaak voor dat alleen de arts en niet het ziekenhuis verdachte is en dat het medisch dossier zich (louter) onder het ziekenhuis bevindt. In dat geval kan het OM van het ziekenhuis dus wél op grond van artikel 126nf Sv de overgave van het medisch dossier vorderen; het ziekenhuis is immers zelf geen verdachte. Dat neemt echter niet weg dat (ook) in een dergelijk geval het ziekenhuis zich kan beroepen op het afgeleid beroepsgeheim. Inbeslagname van stukken gaat dan niet volgens de hiervoor beschreven procedure, maar via de door de Hoge Raad in zijn (zojuist genoemde) arrest van oktober 2015 beschreven regeling.

Deze regeling komt erop neer dat als het ziekenhuis een beroep doet op het afgeleid medisch beroepsgeheim, de rechter-commissaris daarover een beslissing neemt. Beslist de rechter-commissaris dat inbeslagname van het medisch dossier bij het ziekenhuis is toegestaan, dan bericht hij dat aan de arts (de geheimhouder), die binnen 14 dagen tegen deze beslissing van de rechter-commissaris een klaagschrift moet indienen bij de rechtbank. Dient de geheimhouder binnen deze (korte) periode géén klaagschrift in, dan wordt ervan

⁸ HR 29 juni 2004, *NJ* 2005, 273.

⁹ Onder meer HR 5 juli 2011, *ECLI:NL:HR:2011:BP6144* en HR 12 februari 2012, *NJ* 2012, 537.

¹⁰ HR 29 maart 1994, *NJ* 1994, 552.

¹¹ HR 13 oktober 2015, *GZR* 2016-0044, met nt. J.F.M. Wasser.

¹² HR 25 oktober 2016, *RvdW* 2016, 1110.

uitgegaan dat de geheimhouder geen beroep doet op zijn verschoningsrecht. In dat geval is het bezwaar van het ziekenhuis niet-ontvankelijk en kan - als er geen andere beletselen zijn gewoon van de medische stukken kennis genomen worden. Dient de geheimhouder echter wél een klaagschrift in én komt de rechter tot de conclusie dat de inbeslagname inderdaad een ontoelaatbare schending van het beroepsgeheim oplevert, dan is het klaagschrift van het ziekenhuis gegrond en is kennisneming door het OM niet toegestaan.

De wettelijke, noch de door de Hoge Raad geformuleerde procedure tornt overigens aan de bestaande rechtspraak op het punt van de bescherming van het beroepsgeheim. De bestaande rechtspraak op dit punt blijft dan ook gewoon van kracht. Zo is het in eerste instantie aan de geheimhouder (arts of ziekenhuis) zelf, om te bepalen of een geschrift onder de reikwijdte van het verschoningsrecht valt. Dit standpunt moet door politie en OM worden gerespecteerd, tenzij er redelijkerwijs geen twijfel over kan bestaan, dat dit standpunt van de geheimhouder onjuist is.¹³ Vervolgens moet worden beoordeeld of niettegenstaande het medisch beroepsgeheim sprake is van zeer uitzonderlijke omstandigheden die met zich brengen, dat het belang van de waarheidsvinding prevaleert boven het met het medisch beroepsgeheim gediende belang, namelijk dat eenieder zich zonder vrees voor openbaring moet kunnen wenden tot een behandelaar. De vraag of sprake is van dergelijke uitzonderlijke omstandigheden laat zich volgens vaste rechtspraak van de Hoge Raad niet in het algemeen beantwoorden, maar is afhankelijk van de omstandigheden van het geval.¹⁴ Wel is in de rechtspraak in de loop der jaren een aantal factoren ontwikkeld, die bij het antwoord op die vraag richtinggevend kunnen zijn.¹⁵ Eén van de factoren die bij de weging van de 'zeer uitzonderlijke omstandigheden' een rol speelt is de vraag of de patiënt (bij leven) toestemming heeft verleend voor inzage in zijn medisch dossier. Toch betekent het enkele feit dat een patiënt toestemming geeft, niet dat de geheimhouder van zijn geheimhouding is ontheven, of dat zonder meer sprake is van zeer uitzonderlijke omstandigheden, die een doorbreking van het medisch beroepsgeheim rechtvaardigen. Zo wordt in de praktijk de intrinsieke waarde van een dergelijke toestemming nogal eens gerelativeerd,¹⁶ maar geldt bovenal dat een dergelijke toestemming het verschoningsrecht niet opheft, omdat het medisch beroepsgeheim niet een recht is van de patiënt maar een recht en de plicht van de beroepsbeoefenaar.

De enkele omstandigheid dat de hulpverlener als verdachte wordt aangemerkt, is niet reeds voldoende om het geheim opzij te zetten.¹⁷ Het enkele feit echter dat het gaat om een levensdelict evenmin.¹⁸ Er moet dus – gemotiveerd – meer aanleiding voor zijn.¹⁹ Bij de afweging van de belangen moet worden gelet op (i) de aard en de ernst van het strafbare feit waarvan de hulpverlener wordt verdacht, (ii) de aard en de inhoud van het materiaal waarover zich het beroepsgeheim uitstrekt in verband met het belang dat door het beroepsgeheim wordt gediend en de mate waarin de betrokken belangen van patiënten worden geschaad, indien het beroepsgeheim wordt doorbroken, (iii) het feit dat de gegevens niet op andere wijze kunnen worden verkregen en (bij een vermoede fout van de hulpverlener) (iv) de veronderstelde toestemming van de patiënt en zijn verwachting dat een extern onderzoek zou plaatsvinden.²⁰

¹³ HR 22 november 1991, *NJ* 1992, 315; HR 5 juli 2011, *NJ* 2011, 416; HR 10 december 2013, *ECLI:NL:HR:2013:1536*; HR 21 april 2015, *ECLI:NL:HR:2015:1092* en HR 21 april 2015, *ECLI:NL:HR:2015:1107*.

¹⁴ HR 18 februari 2012, *NJ* 2012, 537; HR 26 mei 2009, *NJ* 2009, 263 en HR 5 juni 2011, *NJ* 2011, 416.

¹⁵ Zie over dit onderwerp ook W.R. Kastelein, 'Strafrechtelijke inbeslagname bij de medisch verschoningsgerechtigde', *TvGR* 2013, nr. 8, p. 764-773. Zie tevens het discussiestuk professioneel verschoningsrecht ex artikel 218 Sv, een uitgave van de Rijksoverheid.

¹⁶ Rechtbank Den Haag 25 november 2014, *NJFS* 2015, 84.

¹⁷ HR 27 mei 2008, *NJ* 2008, 407, met nt. J. Legemaate.

¹⁸ HR 26 mei 2009, *NJ* 2009, 263 en HR 10 december 2013, *NJ* 2014, 94.

¹⁹ HR 9 mei 2006, *NJ* 2006, 622, met nt. J. de Boer.

²⁰ Zie over de weging van de factoren ook W.R. Kastelein, 'Strafrechtelijke inbeslagname bij de medisch verschoningsgerechtigde', *TvGR* 2013, nr. 8, p. 764-773. Zie voorts H.J.J. Leenen, J.C.J. Dute, J.K.M. Gevers, J. Legemaate, G.R.J. de Groot, M.E. Gelpke en E.J.C. de Jong, *Handboek Gezondheidsrecht*, Den Haag: Boom Juridische uitgevers, zesde druk, 2014, p. 653. Zie voor een voorbeeld Rechtbank Amsterdam 26 mei 2016, *GZR* 2016-0200, met nt. A.C. de Die.

Let wel, ook de beslissing of sprake is van zeer uitzonderlijke omstandigheden die een doorbreking van het medisch beroepsgeheim rechtvaardigen of niet, is in eerste instantie voorbehouden aan de geheimhouder. De arts mag (moet) zelf uitmaken welke plicht (tot geheimhouding of tot uitlevering) het zwaarste dient te wegen. Diens beslissing moet in beginsel worden gerespecteerd.²¹

In de situatie waarin de hulpverlener ervan wordt verdacht een strafbaar feit te hebben gepleegd als gevolg waarvan de patiënt is komen te overlijden, is inzage door het OM in de praktijk overigens wel eerder regel dan uitzondering. Dit heeft te maken met het in artikel 2 EVRM vervatte grondrecht (recht op leven) en de plicht van de Staat om een gedegen onderzoek te verrichten naar de doodsoorzaak van een persoon.²² Ditzelfde grondrecht is opgenomen in het Handvest EU, artikel 2 Handvest EU. Het medisch beroepsgeheim dient er dan ook niet toe om de waarheid in een tegen de verschoningsgerechtigde arts zelf ingestelde strafvervolgung te bemantelen, aldus vaste rechtspraak.²³

Een redelijk vermoeden van het misdrijf dood door schuld, de omstandigheid dat er geen aanwijzingen waren dat de overleden patiënte bezwaar had tegen inbeslagname van medische gegevens, het feit dat die gegevens cruciaal waren voor het aan de dag brengen van de waarheid en dat de gegevens niet op andere wijze konden worden verkregen waren volgens de Rechtbank Rotterdam voldoende om het beroepsgeheim te doen doorbreken.²⁴ De Hoge Raad bevestigde de juistheid van dit oordeel. Hij overwoog daarbij dat in de overwegingen van de rechtbank besloten lag dat zij bij haar afweging groot gewicht had gehecht aan de veronderstelde toestemming van de patiënte, welke omstandigheid impliceerde dat het beroep op het verschoningsrecht niet kon dienen tot bescherming van de persoonlijke levenssfeer van de patiënte en dat door het afwijzen van het beroep op het verschoningsrecht haar belangen hier niet kunnen worden geschaad. De rechtbank had voorts kennelijk de vraag onder ogen gezien of in het onderhavige geval het algemene belang van de bescherming van de persoonlijke levenssfeer van anderen en het algemene belang dat patiënten zich vrijelijk tot een arts kunnen wenden zich verzetten tegen onthulling van de desbetreffende gegevens en was daarbij tot een ontkennende beantwoording gekomen. Daarbij had zij, aldus de Hoge Raad, betekenis kunnen toekennen aan de omstandigheid dat patiënten in het algemeen erop moeten kunnen vertrouwen dat bij een ernstig vermoeden van verwijtbaar ondeskundig handelen van de arts de gegevens die – veelal verplicht – met betrekking tot de medische behandeling in het medisch dossier zijn vastgelegd, voor onderzoek door de justitiële autoriteiten, beschikbaar zijn.²⁵

4. ENKELE WETTELIJKE DELICTSOMSCHRIJVINGEN

Er is een groot aantal strafbepalingen, waarmee een hulpverlener in het kader van zijn beroepsuitoefening in aanraking kan komen. De meest in het oog springende klassieke delictsomschrijvingen in dat verband zijn moord (artikel 289 Sr), doodslag (artikel 287 Sr), zware mishandeling (artikel 302 Sr) of mishandeling – al dan niet de dood of zwaar lichamelijk letsel ten gevolg hebbend – (artikel 300 Sr) en dood door schuld (artikel 307 Sr) of zwaar lichamelijk letsel door schuld (artikel 308 Sr). Ook is een aantal hulpverleners de afgelopen jaren

²¹ Rechtbank Rotterdam 28 april 2015, *ECLI:NL:RBROT:2015: 2847*.

²² EHRM 28 maart 2000, zaaknr. 22535/93 (Kaya/Turkije); EHRM 4 mei 2001, *EHRC* 2001, 40, met nt. J.H. Gerards (Kelly e.a./Verenigd Koninkrijk); EHRM 17 januari 2002, zaaknr. 32967/96 (Calvelli & Ciglio/Italië); EHRM 6 juli 2005, *NJCM-Bulletin* 2005, p. 1001, met nt. A.C. Hendriks (Nachova e.a./Bulgarije); EHRM 27 juni 2006, zaaknr. 11562/05 (Byrzykowski/Polen); EHRM 9 april 2009, zaaknr. 71463/01 (Šilih/Slovenië); EHRM 9 oktober 2012, zaaknr. 1413/07 (Çoşelav/Turkije); EHRM 25 juni 2013, zaaknr. 45721/09 (Süleyman Ege/Turkije) en EHRM 17 juli 2014, zaaknr. 47848/08 (Câmpeanu/Roemenië). Zie voorts A.C. Hendriks, 'Kroniek rechtspraak rechten van de mens', *TvGR* 2010, nr. 7, p. 547-561 voor een bespreking van de zaken EHRM 23 maart 2010, zaaknr. 12219/05 (Iorga/Moldavië) en EHRM 18 mei 2010, zaaknr. 24034/07 (Anusca/Moldavië), waarin onderzoek naar de doodsoorzaak te traag was verlopen en voor een bespreking van de zaak EHRM 16 februari 2010, zaaknr. 32146/05 (Eugenia Lazăr/Roemenië), waarin onderzoek gebrekkig was. Zie voorts A.C. Hendriks, 'Kroniek rechtspraak rechten van de mens', *TvGR* 2013, nr. 7, p. 654, met verwijzing naar EHRM 13 november 2012, zaaknr. 41108/10 (Bajić/Kroatië); EHRM 1 december 2012, zaaknr. 13904/07 (Kudra/Kroatië) en EHRM 9 april 2013, zaaknr. 13423/09 (Mehmet Şentürk & Bekir Şentürk/Turkije). Zie ook in het kader van artikel 8 EVRM EHRM 26 maart 2013, zaaknr. 21794/08 (Jovanović/Servië). Zie eveneens A.C. Hendriks, 'Kroniek rechtspraak rechten van de mens', *TvGR* 2015, nr. 7, p. 535-554 met verwijzing naar EHRM 27 januari 2015, zaaknr. 24109/07 (Asiye Genç/Turkije); EHRM 29 juni 2015, zaaknr. 32086/07 (Altuğ e.a./Turkije) en EHRM 18 december 2014, zaaknr. 25435/06 (Belenko/Rusland).

²³ HR 26 mei 2009, *NJ* 2009, 263 en HR 5 juli 2011, *NJ* 2011, 416.

²⁴ Rechtbank Rotterdam 13 februari 2007, rekestnr. RK 06/1073 (niet gepubliceerd).

²⁵ HR 21 oktober 2008, *NJ* 2008, 630, met nt. J. Legemaate. Zie eveneens HR 5 juli 2011, *ECLI:NL:HR:2011:BP6144*; HR 5 juli 2011, *ECLI:NL:HR:2011:BP6138*; HR 5 juli 2011, *NJ* 2011, 416, met nt. J. Legemaate; HR 28 februari 2012, *NJ* 2012, 537, met nt. J. Legemaate; HR 12 februari 2013, *NJ* 2013, 505 met nt. J. Legemaate en HR 14 mei 2013, *ECLI:NL:HR:2013:BZ9943*.

vervolgd voor het opzettelijk iemand tot wiens onderhoud hij krachtens wet of overeenkomst verplicht is, in hulpeloze toestand brengen of laten (artikel 255 en 257 Sr).

Doodslag en (zware) mishandeling en opzettelijk in hulpeloze toestand brengen of laten zijn zogeheten opzetdelicten. Deze feiten zijn strafbaar indien deze met opzet zijn verricht. Het begrip opzet is een ingewikkeld juridisch begrip. Onder 6 wordt daar nader op ingegaan. Dood door schuld en zwaar lichamelijk letsel door schuld zijn schulddelicten, in juridisch Nederlands: culpoze delicten. De term 'culpoos' verwijst naar het begrip 'culpa'. Culpa omvat niet elke mate van schuld, maar gaat uit van een aanmerkelijke mate van schuld, ook wel genaamd 'grove schuld'. Onder 6 staan wordt ook bij dit begrip stilgestaan.

Veelal vindt vervolging van één van voornoemde strafbare feiten plaats. Toch betekent dat niet dat de vervolging tot die strafbare feiten is beperkt. Andere voorbeelden zijn het opzettelijk een gerechtelijke lijkschouwing beletten, belemmeren of vrijdelen (artikel 190 Sr); het uitoefenen van de geneeskunst terwijl de arts bij rechterlijke beslissing het recht tot uitoefenen ervan is ontzegd (artikel 195 Sr);²⁶ het opzettelijk een valse verklaring nopens een geboorte, een oorzaak van overlijden dan wel nopens het al of niet bestaan of bestaan hebben van ziekten, zwakheden of gebreken afgeven (artikel 228 Sr);²⁷ een schriftelijke geneeskundige verklaring nopens een oorzaak van overlijden, dan wel nopens het al of niet bestaan of bestaan hebben van ziekten, zwakheden of gebreken, valselijk opmaken of vervalsen, zulks met het oogmerk om het openbaar gezag of verzekeraars te misleiden (artikel 229 Sr); ontucht met een patiënt plegen (artikel 249, tweede lid, Sr);²⁸ opzettelijk iemand tot wiens onderhoud hij krachtens wet of overeenkomst verplicht is, in hulpeloze toestand brengen of laten (artikel 255 en 257 Sr);²⁹ opzettelijk het beroepsgeheim schenden (artikel 272 Sr);³⁰ moord (artikel 289 Sr);³¹ opzettelijk het leven van een ander op diens uitdrukkelijk en ernstig verlangen beëindigen – oftewel euthanasie – (artikel 293 Sr);³² opzettelijk een ander tot zelfdoding aanzetten of daarbij behulpzaam zijn of middelen daartoe verschaffen (artikel 294 Sr);³³ het geven van een behandeling aan een vrouw, wetende of redelijkerwijs vermoedende dat

²⁶ Bijvoorbeeld door een tuchtrechtelijke maatregel, zie daarover ook P.A.M. Mevis, Gezondheidsrecht en strafrecht, preadvies Vereniging voor Gezondheidsrecht 2007, p. 155.

²⁷ Zie voor voorbeelden HR 30 november 1999, *NJ* 2000, 216, met nt. T.M. Schalken en Rechtbank Breda 10 november 2004, *ECLI:NL:RBBRE:2004:AR5394*.

²⁸ Zie voor voorbeelden Gerechtshof Arnhem 9 oktober 2009, *ECLI:NL:GHARN:2009:BJ9774*, hoger beroep van Rechtbank Utrecht 17 november 2008, *ECLI:NL:RBUTR:2008:BG4484*; Gerechtshof Arnhem 18 december 2009, *ECLI:NL:GHARN:2009:BL1944*; Rechtbank Amsterdam 20 april 2012, *ECLI:NL:RBAMS:2012:BW3465*; Rechtbank Limburg 8 september 2015, *GZR* 2015-0390; Rechtbank Overijssel 1 juli 2016, *GZR* 2017-0019; Rechtbank Noord-Holland 20 september 2016, *GZR* 2017-0020; Rechtbank Den Haag 21 september 2016, *GZR* 2017-0018; Rechtbank Overijssel 29 november 2016, *GZR* 2017-0022 en Gerechtshof Arnhem-Leeuwarden 28 december 2016, *GZR* 2017-0021.

²⁹ Zie voor een voorbeeld Rechtbank Zutphen 9 november 2012, *TvGR* 2013, 6, met nt. J.P. van Barneveld. Zie ook Rechtbank Overijssel 11 februari 2014, *ECLI:NL:RBOVE:2014:646* voor uitvoerige overwegingen ten aanzien van het in hulpeloze toestand brengen van een patiënt (in dit geval werd dat niet aangenomen, zaak Jansen Steur of Twentse neuroloog). Het vonnis is tevens besproken door T.M. Schalken, zie zijn opinie 2014/9 te downloaden via de website <www.tomschalken.nl>. Van de uitspraak van de rechtbank werd hoger beroep ingesteld bij het Gerechtshof Arnhem, zie Gerechtshof Arnhem 12 januari 2015, *ECLI:NL:GHARL:2015:84* en Gerechtshof Arnhem-Leeuwarden 18 juni 2015, *GZR* 2015-0268 tevens besproken door T.M. Schalken, zie zijn opinie 2015/3 te downloaden via de website <www.tomschalken.nl>. Zie voor de cassatieprocedure HR 17 mei 2016, *ECLI:NL:HR:2016:862*. Zie over artikel 255 Sr en 257 Sr ook W.R. Kastelein, 'Strafrecht en de (kwaliteit van) zorg', *TvGR* 2015, nr. 2, p. 55-67. Zie tot slot Gerechtshof Amsterdam 16 december 2010, *ECLI:NL:GHAMS:2010:BO7708* en *ECLI:NL:GHAMS:2010:BO7707* (zaak Millecam), alsmede Gerechtshof Arnhem-Leeuwarden 28 januari 2014, *ECLI:NL:GHARL:2014:534*; Rechtbank Oost-Brabant 8 maart 2016, *ECLI:NL:RBOBR:2016:931* en Rechtbank Amsterdam 13 mei 2016, *ECLI:NL:RBAMS:2016:2916*.

³⁰ Zie voor een voorbeeld HR 8 april 2003, *NJ* 2004, 365, met nt. D.H. de Jong.

³¹ Zie voor een voorbeeld Rechtbank 's-Gravenhage 16 januari 2012, *ECLI:NL:RBSGR:2012:BV6482* (vrijspraak).

³² Zie voor een voorbeeld HR 24 december 2002, *NJ* 2003, 167, met nt. T.M. Schalken. Zie voor een bespreking P.A.M. Mevis en L. Postma, 'Kroniek rechtspraak strafrecht', *TvGR* 2016, nr. 1, p. 24-36.

³³ Zie voor een voorbeeld HR 24 december 2002, *NJ* 2003, 167, met nt. T.M. Schalken.

daardoor de zwangerschap kan worden afgebroken (artikel 296 Sr); (zware) mishandeling en het toebrengen van zwaar lichamelijk letsel (artikel 300-304 Sr),³⁴ waarbij onder mishandeling ook wordt verstaan: 'opzettelijke benadeling van de gezondheid',³⁵ en waarbij onder zwaar lichamelijk letsel ook wordt verstaan: 'ziekte die geen uitzicht op volkomen genezing overlaat, voortdurende arbeidsongeschiktheid en afdrijving of dood van de vrucht van een vrouw' (artikel 82 Sr);³⁶ het veroorzaken van dood of lichamelijk letsel door schuld (artikel 307-309 Sr);³⁷ oplichting (artikel 326 Sr);³⁸ het ten onrechte voeren van een titel (zoals 'doctor') (artikel 435 Sr);³⁹ de onbevoegde uitoefening van het beroep (artikel 436 Sr)⁴⁰ en het nalaten ogenblikkelijk hulp te verlenen bij ogenblikkelijk levensgevaar (artikel 450 Sr).

³⁴ Zie nader over artikel 300 Sr in relatie tot het gezondheidsrecht H.J.J. Leenen, J.C.J. Dute, J.K.M. Gevers, J. Legemaate, G.R.J. de Groot, M.E. Gelpke en E.J.C. de Jong, *Handboek Gezondheidsrecht*, Den Haag: Boom Juridische uitgevers, zesde druk, 2014, p. 645-646.

³⁵ Dit volgt uit artikel 300, vierde lid, BW. Zie voor voorbeelden Gerechtshof Amsterdam 10 februari 2004, *ECLI:NL:GHAMS:2004:AO3391*; Rechtbank Amsterdam 12 juni 2009, *ECLI:NL:RBAMS:2009:BI7422* en Rechtbank Amsterdam 12 juni 2009, *ECLI:NL:RBAMS:2009:BI7370* (zaak Millecam) na bevolen strafvervolgning door Gerechtshof Amsterdam op 9 april 2008, *ECLI:NL:GHAMS:2008:BC9170*; Rechtbank Noord-Nederland 13 mei 2014, *TvGR* 2014, 36 (vrijspraak) en het hoger beroep Gerechtshof Arnhem-Leeuwarden 1 mei 2015, *GZR* 2015-0200 (eveneens vrijspraak); Rechtbank Den Haag 30 oktober 2014, *GZR* 2014-0428, met nt. R.P. Wijne (vrijspraak, zaak Haagse borstchirurg, maar hoger beroep ingesteld, zie voor een bespreking ook P.A.M. Mevis en L. Postma, 'Kroniek rechtspraak strafrecht', *TvGR* 2016, nr. 1, p. 24-36) en Gerechtshof Amsterdam 15 december 2014, *GZR* 2014-0519 (zware mishandeling), besproken door P.M.J. Eken-De Vos, 'Strafrechtelijke aansprakelijkheid', *TLP* 2016, nr. 3, p. 43-47. Zie ook HR 12 maart 2013, *NJB* 2013, 735 en HR 12 maart 2013, *NJB* 2013, 736 (zaak Millecam). Zie tot slot Rechtbank Overijssel 11 februari 2014, *ECLI:NL:RBOVE:2014:646* voor uitvoerige overwegingen ten aanzien van de opzettelijke benadeling van de gezondheid (zaak Jansen Steur of Twentse neuroloog). Het vonnis van de rechtbank is tevens besproken door T.M. Schalken, zie zijn opinie 2014/9 te downloaden via de website <www.tomschalken.nl>. Van de uitspraak van de rechtbank werd hoger beroep ingesteld, zie Gerechtshof Arnhem-Leeuwarden 18 juni 2015, *GZR* 2015-0268 (opzettelijke benadeling niet bewezen). Het arrest is tevens besproken door T.M. Schalken, zie zijn opinie 2015/3 te downloaden via de website <www.tomschalken.nl>. Zie voor de cassatieprocedure HR 17 mei 2016, *ECLI:NL:HR:2016:862* (oordeel hof bekrachtigd).

³⁶ Zie voor een voorbeeld (ook artikel 289 Sr was ten laste gelegd), maar de verpleegkundige werd vrijgesproken Rechtbank 's-Gravenhage 16 januari 2012, *ECLI:NL:RBSGR:2012:BV6482*.

³⁷ Zie voor een voorbeeld Rechtbank Breda 6 april 2006, *ECLI:NL:RBBRE:2006:AV8715*, vergelijkbaar met Rechtbank Middelburg 17 april 2002, *ECLI:NL:RBMD:2002:AE1632*. Zie ook Rechtbank Leeuwarden 23 december 1987, *NJ* 1988, 981; Rechtbank Utrecht 12 november 2002, *ECLI:NL:RBUTR:2002:AF0228*; Rechtbank Utrecht 24 juni 2004, *ECLI:NL:RBUTR:2004:AP4308*; Rechtbank Utrecht 30 november 2004, *ECLI:NL:RBUTR:2004:AR6673*; Gerechtshof Amsterdam 12 oktober 2005, *ECLI:NL:GHAMS:2005:AU4229*; Rechtbank Rotterdam 12 december 2008, *ECLI:NL:RBROT:2008:BG6738*; Rechtbank Alkmaar 24 september 2012, *ECLI:NL:RBALK:2012:BX8124* (Hoonse gynaecoloog, zie over deze zaak mede de Eindrapportage van de Commissie Visser, juli 2009), Gerechtshof Amsterdam 17 juni 2014, *TvGR* 2014, 37, met nt. D.J.P. van Barneveld (Hoonse gynaecoloog, hoger beroep), tevens besproken door P.M.J. Eken-De Vos, 'Strafrechtelijke aansprakelijkheid', *TLP* 2016, nr. 3, p. 43-47, alsmede HR 27 oktober 2015, *ECLI:NL:HR:2015:3170* (Hoonse gynaecoloog, cassatie artikel 81 RO, zie voor een bespreking ook P.A.M. Mevis en L. Postma, 'Kroniek rechtspraak strafrecht', *TvGR* 2016, nr. 1, p. 24-36). Zie bovendien Rechtbank Noord-Nederland 13 mei 2014, *TvGR* 2014, 36 (vrijspraak) en het hoger beroep Gerechtshof Arnhem-Leeuwarden 1 mei 2015, *GZR* 2015-0200 (eveneens vrijspraak, zie voor een bespreking P.A.M. Mevis en L. Postma, 'Kroniek rechtspraak strafrecht', *TvGR* 2016, nr. 1, p. 24-36). Zie daarnaast Rechtbank Oost-Brabant 7 mei 2015, *GZR* 2015-0205 (orthopedisch chirurg veroordeeld, zie voor een bespreking P.A.M. Mevis en L. Postma, 'Kroniek rechtspraak strafrecht', *TvGR* 2016, nr. 1, p. 24-36 en P.M.J. Eken-De Vos, 'Strafrechtelijke aansprakelijkheid', *TLP* 2016, nr. 3, p. 43-47). Zie uitgebreid over de betekenis van artikel 307 en 308 Sr bij geneeskundige handelingen H.J.J. Leenen, J.C.J. Dute, J.K.M. Gevers, J. Legemaate, G.R.J. de Groot, M.E. Gelpke en E.J.C. de Jong, *Handboek Gezondheidsrecht*, Den Haag: Boom Juridische uitgevers, zesde druk, 2014, p. 655-656 en W.R. Kastelein, 'Strafrecht en de (kwaliteit van) zorg', *TvGR* 2015, nr. 2, p. 55-67. Zie voor een voorbeeld van het tenlastegelegde delict moord: Rechtbank Breda 10 november 2004, *ECLI:NL:RBBRE:2004:AR5394*.

³⁸ Zie voor voorbeelden Rechtbank 's-Gravenhage 26 januari 2010, *ECLI:NL:RBSGR:2010:BL0883* (ten onrechte uitgegeven voor neurochirurg); Gerechtshof 's-Gravenhage 27 januari 2010, *ECLI:NL:GHSGR:2010:BV2959* (splitsen van recepten) en Rechtbank Den Haag 30 oktober 2014, *GZR* 2014-0428, met nt. R.P. Wijne (vrijspraak, zaak Haagse borstchirurg, maar hoger beroep ingesteld). Zie over de laatste zaak ook de opinie van T.M. Schalken, opinie 2015/1 op diens website <www.tomschalken.nl>.

³⁹ Zie voor een voorbeeld waarin de titel wel terecht werd gevoerd Gerechtshof Arnhem-Leeuwarden 11 april 2014, *ECLI:NL:GHARL:2014:3048*.

⁴⁰ Zie voor voorbeelden Rechtbank Leeuwarden 23 december 2004, *ECLI:NL:RBLEE:2004:AR8065*; Rechtbank Leeuwarden 23 december 2004, *ECLI:NL:RBLEE:2004:AR8068* en Rechtbank 's-Gravenhage 15 augustus 2007, *ECLI:NL:RBSGR:2007:BB1714*.

Ook de Wet op de beroepen in de individuele gezondheidszorg (Wet BIG) kent een aantal strafbepalingen. Artikel 96, eerste lid en tweede lid, Wet BIG bepalen dat strafbaar is degene die bij het verrichten van handelingen op het gebied van de individuele gezondheidszorg buiten noodzaak schade of een aanmerkelijke kans op schade aan de gezondheid van een ander veroorzaakt.⁴¹

Voor 1 januari 2016 bepaalde artikel 96, eerste lid en tweede, Wet BIG dat strafbaar is degene die, hetzij niet ingeschreven staande in een register, hetzij wel in een register ingeschreven staande, doch bij het verrichten van handelingen op het gebied van de individuele gezondheidszorg kennelijk tredende buiten de grenzen van hetgeen tot zijn deskundigheid wordt gerekend, bij het verrichten van handelingen op het gebied van de individuele gezondheidszorg buiten noodzaak schade of een aanmerkelijke kans op schade aan de gezondheid van een ander veroorzaakt.⁴²

Eveneens strafbaar is het onbevoegd verrichten van voorbehouden handelingen, aldus artikel 97 Wet BIG in verbinding met artikel 35 tot en met artikel 38 Wet BIG,⁴³ evenals het niet naleven van een bevel of voorwaarde, aldus artikel 98 Wet BIG. Voorts kent de Wet BIG de strafbepalingen van de artikelen 99 en 100: strafbaar is degene die ondanks een schorsing toch een (specialisten) titel voert en degene die in strijd met een verbod tot het voeren van deze titel, hem toch voert.⁴⁴ Strafbepalingen zijn voorts neergelegd in een aantal specifieke wetten, waaronder de Embryowet, de Wet medisch wetenschappelijk onderzoek met mensen, de Wet op de orgaandonatie, de Wet op de medische hulpmiddelen, de Wet inzake bloedvoorziening en de Geneesmiddelenwet.⁴⁵ Tot slot is nog van belang artikel 30, tweede lid, Wkkgz, dat onder meer het niet naleven van artikel 11 Wkkgz onder omstandigheden strafbaar acht.⁴⁶ Volgens dat laatste artikel dient de zorgaanbieder elke calamiteit die in de instelling heeft plaatsgevonden, elk geweld in de zorgrelatie en elk disfunctioneren van een arts dat tot beëindiging van de contractuele relatie met hem heeft geleid, aan de Inspectie voor de Gezondheidszorg (IGZ) te melden.⁴⁷

⁴¹ Al naar gelang de dader wel of niet wetenschap droeg of een ernstig vermoeden had betreffende de schade of de aanmerkelijke kans op schade verschilt de mogelijk op te leggen straf. Dit artikel van de Wet BIG is gewijzigd bij Wet van 7 oktober 2015, houdende regels ter bevordering van de kwaliteit van zorg en de behandeling van klachten en geschillen in de zorg (Wkkgz), Stb. 2015, 407.

⁴² Zie voor voorbeelden Rechtbank Leeuwarden 23 december 2004, *ECLI:NL:RBLLE:2004:AR8065*; Rechtbank Leeuwarden 23 december 2004, *ECLI:NL:RBLLE:2004:AR8068*; Rechtbank Haarlem 12 september 2008, *ECLI:NL:RBHAA:2008:BF0654*; Rechtbank Amsterdam 26 september 2008, *ECLI:NL:RBAMS:2008:BF3175*; Rechtbank Zutphen 9 november 2012, *TvGR* 2012, 3, met nt. J.P. van Barneveld en Gerechtshof Arnhem-Leeuwarden 9 oktober 2015, *GZR* 2015-0425.

⁴³ Potentieel risicovolle handelingen – de zogenaamde voorbehouden handelingen – mogen alleen door daartoe bevoegde beroepsbeoefenaars zelfstandig worden verricht. In artikel 36 Wet BIG zijn de voorbehouden handelingen geregeld. Zie over voorbehouden handelingen ook Kamerstukken II, 1985/1986, 19522, nr. 3, p. 40 (MvT). Voorbehouden handelingen kunnen onder voorwaarden (zie artikel 38 Wet BIG) aan een ander worden overgedragen, bijvoorbeeld door een arts aan een verpleegkundige. In artikel 35 Wet BIG worden de voorwaarden genoemd waaronder een niet-zelfstandig bevoegde beroepsbeoefenaar een voorbehouden behandeling mag verrichten. Zie tevens uitvoerig over de artikelen 35-38 Wet BIG de conclusie van de AG d.d. 1 september 2015 bij het arrest in cassatie in de strafzaak van de Hoonse gynaecoloog, *ECLI:NL:PHR:2015:1930*.

⁴⁴ Zie voor voorbeelden Rechtbank Rotterdam 12 september 2006, *ECLI:NL:RBROT:2006:AY8263*; Rechtbank Haarlem 12 september 2008, *ECLI:NL:RBHAA:2008:BF0654* en Rechtbank Amsterdam 26 september 2008, *ECLI:NL:RBAMS:2008:BF3175*.

⁴⁵ Zie nader H.J.J. Leenen, J.C.J. Dute, J.K.M. Gevers, J. Legemaate, G.R.J. de Groot, M.E. Gelpke en E.J.C. de Jong, *Handboek Gezondheidsrecht*, Den Haag: Boom Juridische uitgevers, zesde druk, 2014, p. 648-649.

⁴⁶ Zie daarover ook (onder de oude wetgeving, de Kwaliteitswet zorginstellingen) J. Legemaate, 'De melding en afhandeling van calamiteiten', *TvGR* 2015, nr. 3, p. 120-131.

⁴⁷ Onder hulpverlener wordt in dit verband verstaan iedere medewerker van een instelling: artikel 4a, vierde lid, Kwz. Zie over dit onderwerp ook J. Legemaate, 'De melding en afhandeling van calamiteiten', *TvGR* 2015, nr. 3, p. 120-131.

5. WEDERRECHTELIJKHEID EN MEDISCHE EXCEPTIE

'Wederrechtelijk' betekent dat een strafbaar feit ook daadwerkelijk in strijd is met het recht, in plaats van uitsluitend in strijd met de wet.

In dat verband zij gewezen op een uitspraak van de Rechtbank Haarlem. De zaak had betrekking op een tandarts die na nadat zijn registratie was doorgehaald toch doorging met het verrichten van voorbehouden handelingen. Hem was mishandeling ten laste gelegd evenals overtreding van artikel 96 Wet BIG. De rechtbank overwoog ten aanzien van de wederrechtelijkheid als volgt: "Met betrekking tot de wederrechtelijkheid overweegt de rechtbank dat in algemene zin kan worden gezegd dat wanneer een patiënt plaatsneemt in een tandartsstoel hij daarmee impliciet toestemming verleent aan de behandelend tandarts om pijn en/of letsel toe te brengen indien de noodzakelijke behandeling van het gebit dat vereist. Dit is evenwel anders wanneer de tandarts niet bevoegd en/of niet bekwaam is en deze zijn patiënten daarover voorafgaand aan de behandeling niet informeert. In dat geval mag er niet van worden uitgegaan dat de wederrechtelijkheid ontbreekt, nu de patiënten erop vertrouwen en ook mochten vertrouwen dat zij zich onderwierpen aan een bevoegd en bekwaam tandarts."⁴⁸

In een aantal delictsomschrijvingen is de wederrechtelijkheid als bestanddeel opgenomen.⁴⁹ Denk bijvoorbeeld aan het bestanddeel 'buiten noodzaak' in artikel 96 Wet BIG. Dit brengt met zich dat de wederrechtelijkheid, het feit dat de verrichting 'buiten noodzaak' werd verricht door het OM moet worden tenlastegelegd en bewezen. De voorwaarde van wederrechtelijkheid geldt echter steeds en dus ook als de delictsomschrijving van wederrechtelijkheid niet rept. De delictsomschrijving zal in dat geval in haar totaliteit en in haar afzonderlijke onderdelen geacht moeten worden de wederrechtelijkheid tot uitdrukking te brengen.⁵⁰ In die gevallen echter waarin de wederrechtelijkheid niet als bestanddeel in de wet is opgenomen, hoeft het OM de wederrechtelijkheid niet te bewijzen.

Een onderwerp van discussie is nog steeds hoe de verhouding is tussen de wederrechtelijkheid als bestanddeel en de wederrechtelijkheid als algemene voorwaarde voor strafbaarheid. De meest voorkomende opvatting is dat de wetgever met de wederrechtelijkheid als bestanddeel een beperktere betekenis op het oog had dan 'de wederrechtelijkheid in de ruime zin van het woord die 'voortvloeit' uit, of besloten ligt in de strafbaarheid van het feit'; de oorspronkelijke betekenis van het bestanddeel 'wederrechtelijk' valt samen met de term 'zonder daartoe gerechtigd te zijn'.⁵¹

Een *wederwettelijk* feit (een gedraging die tegen een wettelijk verbod ingaat) hoeft echter niet altijd tot een veroordeling te leiden, bijvoorbeeld als de *wederrechtelijkheid* ontbreekt. Ontbreken van wederrechtelijkheid doet zich voor als zich een rechtvaardigingsgrond aandient. Is zo een rechtvaardigingsgrond voor het handelen aanwezig, dan is de overtreding van de wettelijke regel gerechtvaardigd en levert deze overtreding daarmee niet (langer) een strafbaar feit op. Het is de verdachte die hier een beroep op moet doen, ook als wederrechtelijkheid niet als bestanddeel is opgenomen.

Bij schulddelicten leidt een geslaagd beroep op een rechtvaardigingsgrond in beginsel tot vrijspraak. Schuld impliceert een aanzienlijke mate van verwijtbaarheid, zoals hierna nog wordt beschreven. Op het moment dat een bepaalde gedraging onder de omstandigheden gerechtvaardigd is, is deze gedraging niet verwijtbaar: immers, in dat geval mocht de betrokkene handelen zoals hij heeft gehandeld, en kan hem van dat handelen geen ernstig verwijt, zoals bijvoorbeeld de artikelen 307 Sr en 308 Sr voorschrijven, worden gemaakt.

Bij opzetdelicten is dat anders. De vraag of iemand iets met opzet heeft gedaan of dat sprake is van voorwaardelijk opzet staat los van de vraag of hem daarvan een verwijt kan worden gemaakt. Hij die bijvoorbeeld in een noodweersituatie een ander slaat om zich te verdedigen, brengt die ander opzettelijk pijn toe en vervult daarmee de delictsomschrijving van mishandeling. Omdat hij zich echter in een noodweersituatie bevond en

⁴⁸ Rechtbank Haarlem 12 september 2008, *ECLI:NL:RBHAA:2008:BF0654*.

⁴⁹ Zie in dat verband HR 5 juli 2011, *NJ* 2011, 466, met nt. N. Keijzer (in het begrip mishandeling ligt de wederrechtelijkheid van de gedraging besloten).

⁵⁰ Noyon/Langemeijer/Remmelink Strafrecht, commentaar op regeling Sr.

⁵¹ Zie over de bedoeling van de wetgever uitvoerig Noyon/Langemeijer/Remmelink Strafrecht, commentaar op regeling Sr, aant. 1.

men zich (binnen grenzen) mag verdedigen, was het gerechtvaardigd om deze mishandeling uit te voeren. Dit leidt dan tot ontslag van alle rechtsvervolging.

De wet kent een aantal rechtvaardigingsgronden. Het betreft overmacht in de zin van noodtoestand (artikel 40 Sr), naleving van een wettelijk voorschrift (artikel 42 Sr), noodweer (artikel 41, eerste lid, Sr) en het bevoegd gegeven ambtelijk bevel (artikel 43, eerste lid, Sr).

Een buitenwettelijke rechtvaardigingsgrond is het ontbreken van materiële wederrechtelijkheid.⁵² Voor een geslaagd beroep op het ontbreken van materiële wederrechtelijkheid dient aannemelijk te worden dat door het overtreden van de strafrechtelijke norm de doelstelling van die norm beter nageleefd wordt dan door het houden aan de strafrechtelijke norm. Voldoende is, dat de dader heeft gehandeld, zoals van hem op grond van de maatschappelijke opvattingen verwacht mocht worden.

Tegen de achtergrond van een medische behandeling is van belang dat (succesvol) een beroep kan worden gedaan op de 'medische exceptie' als bewijs van het ontbreken van materiële wederrechtelijkheid.⁵³ Ook de medische exceptie is een buitenwettelijke rechtvaardigingsgrond. Niet strafbaar is bijvoorbeeld de arts die gehandeld heeft als een goed hulpverlener bij een geïndiceerde medische behandeling waarvoor de patiënt toestemming heeft gegeven.⁵⁴

Voor een voorbeeld van een geslaagd beroep op de medische exceptie als bewijs van het ontbreken van materiële wederrechtelijkheid wordt gewezen op de uitspraak van de rechter in eerste aanleg in de zaak van de Haagse borstchirurg. Deze arts was primair tenlastegelegd dat hij een aantal patiënten opzettelijk had mishandeld door cosmetische chirurgische ingrepen uit te voeren waarbij hij niet de voor hem geldende professionele standaard in acht had genomen. Er zou geen geschikte operatiekamer zijn, er zou sprake zijn van onvoldoende reiniging en desinfectie en er waren onvoldoende middelen en mankracht. Voorts zou een goede dossiervoering ontbreken en waren de patiënten niet goed geïnformeerd. Bij de borstvergrotingen van de patiënten zou gewerkt zijn met apparatuur zonder CE-markering, voor het uitvoeren van de liposucties zou het aan ervaring hebben ontbroken en ook de nazorg zou ver onder de maat zijn. Bij de patiënten is door de handelwijze van de arts (ernstig) letsel ontstaan. Subsidiair was de arts tenlastegelegd dat de arts aldus doende (telkens) roekeloos, in elk geval, grove, althans aanmerkelijk onvoorzichtig en/of onachtzaam en/of nalatig had gehandeld en/of nalatig was geweest.

De arts beriep zich te zijner verdediging op de medische exceptie, en met succes. De rechtbank overwoog daartoe als volgt:

"Volgens vaste rechtspraak kan een arts, indien hij wordt vervolgd wegens het toebrengen van pijn of (zwaar) lichamelijk letsel, zich beroepen op de medische exceptie indien hij in zijn hoedanigheid van arts in het belang van zijn patiënt een medische ingreep heeft verricht. Indien een arts een beroep op de medische exceptie toekomt, heeft hij niet wederrechtelijk en dus niet strafbaar gehandeld. Aan de medische exceptie worden de volgende eisen gesteld:

1. de handeling is medisch geïndiceerd met het oog op een concreet behandelingsdoel;
2. de handeling wordt volgens de regelen der kunst verricht;
3. de handeling wordt met toestemming van de betrokkene uitgevoerd.

(...)

Conclusie ten aanzien van de medische exceptie

De rechtbank overweegt dat de lat voor strafrechtelijke aansprakelijkheid hoger ligt dan die voor civielrechtelijke of tuchtrechtelijke aansprakelijkheid. In zijn algemeenheid kan worden gesteld dat daarom niet iedere fout, ook al wordt die meermalen en in dezelfde context gemaakt, een beroep op de medische exceptie hoeft uit te sluiten. Tegen die achtergrond overweegt de rechtbank ter beantwoording van de vraag of verdachte een beroep op de medische exceptie toekomt, als volgt.

Het eerste vereiste voor een geslaagd beroep op de medische exceptie is dat de handeling medisch geïndiceerd is met het oog op een concreet behandelingsdoel. Hierover heeft geen discussie bestaan. Dit eerste vereiste staat derhalve niet in de weg aan een beroep op de medische exceptie.

⁵² Zie uitvoerig Noyon/Langemeijer/Remmelink *Strafrecht*, Sr, aant. 5.

⁵³ Zie voor voorbeelden HR 21 oktober 1986, *NJ* 1987, 607, met nt. G.E. Mulder (Euthanasie-arrest II) en Rechtbank Den Haag 30 oktober 2014, *GZR* 2014-0428, met nt. R.P. Wijne (vrijspraak, zaak Haagse borstchirurg, maar hoger beroep ingesteld). Zie ook H.J.J. Leenen, J.C.J. Dute, J.K.M. Gevers, J. Legemaate, G.R.J. de Groot, M.E. Gelpke en E.J.C. de Jong, *Handboek Gezondheidsrecht*, Den Haag: Boom Juridische uitgevers, zesde druk, 2014, p. 646 en P.A.M. Mevis, 'Strafrecht als waarborg en bedreiging van kwaliteit van zorg tegelijk', *TvGR* 2015, nr. 2, p. 40-54 over de medische exceptie.

⁵⁴ HR 14 juni 1974, *NJ* 1974, 436 met nt. Th.W. van Veen. Zie ook H.J.J. Leenen, J.C.J. Dute, J.K.M. Gevers, J. Legemaate, G.R.J. de Groot, M.E. Gelpke en E.J.C. de Jong, *Handboek Gezondheidsrecht*, Den Haag: Boom Juridische uitgevers, zesde druk, 2014, p. 646.

Ten aanzien van het derde vereiste kan de beoordeling ook kort zijn. Alle aangeefsters hebben het informed consent formulier ondertekend. Bovendien is uit de aangiften voldoende duidelijk geworden dat zij allen de wens hadden een cosmetische ingreep door verdachte te laten doen.

Het is de rechtbank niet gebleken dat de deels onjuiste informatie op de website van de Citykliniek en op het informed consent formulier bepalend is geweest voor de verleende toestemming. De onjuiste informatie betreft immers het gebruik van een titel die verdachte niet had, maar de toestemming die door aangeefsters is gegeven betreft een behandeling die verdachte als cosmetisch arts bevoegd was om uit te voeren.

Het tweede vereiste voor een beroep op de medische exceptie is dat de handeling wordt verricht volgens de regelen der kunst. De rechtbank overweegt hierover als volgt. Uit het voorgaande blijkt dat verdachte de volgende tenlastegelegde verwijten kunnen worden gemaakt:

1. de medische ingrepen zijn niet in een daartoe geschikte operatiekamer verricht;
2. verdachte heeft onvoldoende zorg gedragen voor de reiniging en/of desinfectie van de (operatie)ruimten, het meubilair en de zogenaamde 'Mamma-navigator';
3. verdachte heeft bij hooguit vier patiënten onvoldoende voorzien in adequate nazorg;
4. verdachte heeft geen adequaat onderzoek gedaan toen hij constateerde dat meerdere patiënten zich met door hem als zodanig genoemde afstotingsverschijnselen bij hem meldden.

De rechtbank stelt vast dat voornoemde verwijten kunnen worden onderscheiden in de omstandigheden waaronder de medische ingrepen zijn uitgevoerd en de daarna gegeven nazorg en misdiagnose.

De onder 1 en 2 genoemde verwijten zien op de omgeving waarin en de omstandigheden waaronder verdachte zijn medische ingrepen uitvoerde. De rechtbank is van oordeel dat verdachte met name op het punt van zijn kliniekvoering nalatig is geweest en op een aantal punten niet heeft voldaan aan de professionele standaard. Vervolgens moet de vraag worden beantwoord of verdachte zijn ingrepen ondanks deze nalatigheden volgens de regelen der kunst heeft verricht. De rechtbank oordeelt dat deze vraag bevestigend moet worden beantwoord. De omstandigheid dat verdachte niet verwijtbaar tekort is geschoten in de technische uitvoering van de medische ingrepen speelt in deze afweging een belangrijke rol. Voorts weegt de rechtbank mee dat het grootste gedeelte van het letsel dat bij aangeefsters is ontstaan is veroorzaakt door een bacteriële infectie waarvan de bron niet is vastgesteld. Daardoor kan niet worden vastgesteld in hoeverre verdachte een verwijt treft bij het ontstaan van de infecties bij zijn patiënten. Het is niet duidelijk of en, zo ja, in welke mate de verwijten die verdachte worden gemaakt daaraan hebben bijgedragen. Dit geldt te meer voor het onder 1 genoemde verwijt, nu deskundige Van den Broek heeft verklaard dat het niet aannemelijk is dat de bouwkundige situatie een belangrijke rol heeft gespeeld bij de besmetting en er geen verband bestaat tussen de luchtbehandeling in de operatiekamer en besmetting met de pseudomonas-bacterie. Volgens Van den Broek valt zelfs niet uit te sluiten dat de besmetting ook kan zijn ontstaan door een technisch mankement in een gebruikt apparaat en dat het op zichzelf niets te maken hoeft te hebben met de hygiëne.

Ten aanzien van de onder 3 en 4 genoemde verwijten overweegt de rechtbank dat verdachte bij hooguit vier patiënten is tekort geschoten in het bieden van adequate nazorg en dat hij zonder goede reden heeft nagelaten om onderzoek te doen toen meerdere patiënten zich met afstotingsverschijnselen bij hem meldden. Ten aanzien van de meeste patiënten kan verdachte echter geen verwijt worden gemaakt, omdat hij die patiënten eenvoudigweg niet meer heeft teruggezien. Bij de behandeling van die patiënten die wel bij hem terugkwamen en bij wie verdachte ook na aanhouden van klachten geen kweek heeft afgenomen, was het beleid van "watchfull waiting" kennelijk onvoldoende en gebaseerd op een misdiagnose. Hoewel dit ernstige verwijten zijn voor een arts, kan daaruit niet worden afgeleid dat verdachte structureel tekortschoot in de nazorg. Daarbij moet ook worden opgemerkt dat wel is komen vast te staan dat in beginsel elke patiënt na een operatie een zogenoemde nazorgbrief meekreeg, dat verdachte, althans de Citykliniek, telefonisch goed bereikbaar was, dat een week na de operatie een eerste controle plaatsvond en dat meestal weer een week later een tweede controle plaatsvond. Dit alles moet dan ook tot de conclusie leiden dat, hoewel verdachte verwijten zijn te maken over kliniekvoering en nazorg, deze verwijten niet zodanig zwaarwegend zijn dat hem een beroep op de medische exceptie moet worden ontzegd.

Nu verdachte een beroep op de medische exceptie toekomt, zijn de medische ingrepen bij de tien in de tenlastelegging genoemde personen niet wederrechtelijk verricht. Verdachte moet dan ook van het onder 1 ten laste gelegde in beide varianten worden vrijgesproken.⁵⁵

Voor een voorbeeld van een zaak waarin een beroep op de medische exceptie niet slaagde, zij gewezen op de zaak tegen een arts uit Oost-Brabant die bij een hernia-operatie zenuwweefsel had verwijderd. De arts werd verweten dat het aan zijn schuld te wijten was dat een patiënt zwaar lichamelijk letsel had bekomen. De arts had namelijk een hernia-operatie uitgevoerd, terwijl hij onvoldoende zicht had en verzuimd had collegiale hulp in te roepen. De arts beriep zich op de medische exceptie (en dus vrijspraak), maar de rechtbank overwoog als volgt: "Volgens vaste rechtspraak kan een arts, indien hij wordt vervolgd wegens het toebrengen van pijn of zwaar lichamelijk letsel, zich beroepen op de medische exceptie, indien hij in zijn hoedanigheid van arts in het belang van zijn patiënt een medische ingreep heeft verricht. Indien een arts een beroep op de medische exceptie toekomt, heeft hij niet wederrechtelijk en dus niet strafbaar gehandeld. Aan de medische exceptie worden de volgende eisen gesteld:

1. de handeling is medisch geïndiceerd met het oog op een concreet behandelingsdoel;
2. de handeling wordt volgens de regelen der kunst verricht;
3. de handeling wordt met toestemming van de betrokkene uitgevoerd.

Dat voldaan is aan het eerste en derde vereiste staat niet ter discussie. Aan het tweede vereiste voor een beroep op de medische exceptie, inhoudende dat de handeling wordt verricht volgens de regelen der kunst, is echter niet voldaan. De rechtbank verwijst hiervoor naar hetgeen zij onder het kopje "Schuld" heeft overwogen [toevoeging RvV: de rechtbank had geoordeeld dat de arts nalatig was geweest en in wezenlijke mate niet had voldaan aan de professionele standaard]. Verdachte komt derhalve geen beroep op de medische exceptie toe.⁵⁶

⁵⁵ Rechtbank Den Haag 30 oktober 2014, GZR 2014-0428, met nt. R.P. Wijne.

⁵⁶ Rechtbank Oost-Brabant 7 mei 2015, GZR 2015-0205.

Ook komt het voor dat de arts een beroep doet op de aanwezigheid van een 'noodtoestand' als rechtvaardigingsgrond voor zijn handelen.⁵⁷ De arts kan zich echter niet aan strafvervolgning onttrekken, indien hij weliswaar tegenover elkaar staande belangen en plichten heeft afgewogen, doch tot een, objectief beschouwd, ongerechtvaardigd oordeel is gekomen.⁵⁸ Of er in een bepaald geval terecht een beroep is gedaan op de medische exceptie of de aanwezigheid van een noodtoestand, zal de rechter in het voorliggende geval moeten beoordelen en in sommige gevallen zelfs met uitzonderlijk grote behoedzaamheid, bijvoorbeeld wanneer de door de arts opgegeven rechtvaardiging haar grondslag vindt in een moeilijk te objectiveren ernstig en uitzichtloos lijden.⁵⁹

6. OPZET EN SCHULD

Opzet laat zich – kort gezegd – onderscheiden in 'boos opzet', 'kleurloos opzet' en 'voorwaardelijk opzet'. Boos opzet impliceert een opzet om de wet te overtreden; de verdachte weet dat wat hij doet strafbaar is, maar wil zich aan dat verbod niets gelegen laten liggen. Deze vorm van opzet zal zich in medische strafzaken niet zo vaak voordoen. Bij kleurloos opzet is weliswaar eveneens sprake van opzettelijk handelen, maar heeft de verdachte daarbij niet opzettelijk de wet willen overtreden.

Een voorbeeld van een zaak waar opzet een rol speelde en bewezen werd geacht, betreft een schouwarts die vervolgd was wegens meened. De Rechtbank Overijssel overwoog dienaangaande als volgt:

"Het enkele feit dat verdachte een onjuiste verklaring heeft afgelegd, betekent niet zonder meer dat sprake is van meened. Daarvoor is ook vereist dat wordt bewezen dat verdachte (voorwaardelijk) opzet had op het afleggen van die onjuiste verklaring. Van belang daarbij is dat het in het algemeen denkbaar is dat iemand niet willens en wetens in strijd met de waarheid verklaart, maar dat hij zich vergist. Van opzet is dan geen sprake.

De rechtbank overweegt hierover het volgende. Verdachte heeft op 9 juli 2013 de dood van (...) vastgesteld. In het daaropvolgende onderzoek naar haar dood is hij op 5 september 2013 als getuige gehoord, waarbij uitvoerig is ingegaan op de schouw. (...) In dat verhoor heeft verdachte niets verklaard over telefonisch contact met een huisarts of de huisartsenpraktijk. Ook ter terechtzitting van 13 maart 2014 heeft verdachte - als deskundige - aanvankelijk in zijn verklaring niets verklaard over telefonisch contact met de huisarts. Het contact met de huisarts wordt door verdachte pas voor het eerst genoemd op het moment dat hij kritisch wordt ondervraagd over de door hem verrichte schouw. Wat verder opvalt is dat verdachte ter zitting van 3 november 2016 heeft verklaard dat hij op de bewuste ochtend telefonisch contact met de huisartsenpraktijk heeft gezocht omdat dat protocol was en dat dat dus slechts ging om het mededelen van het overlijden van mevrouw [slachtoffer]. Dit in tegenstelling tot de verklaring die verdachte - als deskundige - ter terechtzitting van 13 maart 2014 heeft afgelegd. Toen heeft verdachte immers verklaard dat hij ter plekke met de huisarts zou hebben gebeld omdat hij letsel aan de benen constateerde.

In dit geval gaat het om een actieve handeling van verdachte (het plegen van een telefoontje) op de bewuste ochtend. In beginsel mag worden verondersteld dat een normaal mens, zo ook verdachte, zich bewust is van wat hij op een bepaald moment wel of niet heeft gedaan. Uiteraard kunnen aspecten van de werking van het geheugen in combinatie met tijdsverloop hierbij wel een rol spelen. Door de verdediging is, zakelijk weergegeven, aangevoerd dat mogelijk sprake is van een vergissing van verdachte doordat informatie uit een op latere datum gevoerd telefoongesprek met de huisarts in zijn geheugen vermengd is geraakt met wat op 9 juli 2013 door hem is waargenomen. De rechtbank heeft echter vastgesteld dat het enige telefoontje dat verdachte met de huisartsenpraktijk over (...) heeft gevoerd, heeft plaatsgevonden op 26 februari 2014, dus ver na 9 juli 2013 en zo'n drie weken voor de verklaring van verdachte ter terechtzitting. Dit gesprek had bovendien plaats in het kader van de voorbereiding op die terechtzitting. De rechtbank acht het onder deze omstandigheden onaanvaardig dat verwarring kan bestaan (...).

Op grond van het voorgaande is de rechtbank van oordeel dat verdachte ten tijde van de terechtzitting zich er ten volle bewust van moet zijn geweest en ook wist dat hij op 9 juli 2013 geen telefonisch contact met de huisarts(enpraktijk) heeft gehad. Door, wetende van de consequenties van een meinedige verklaring, onder ede te verklaren dat hij die ochtend dat contact wel heeft gehad, heeft verdachte de opzet gehad op het in strijd met de waarheid verklaren. De rechtbank acht daarom het tenlastegelegde wettig en overtuigend bewezen."⁶⁰

⁵⁷ HR 21 oktober 1986, *NJ* 1987, 607 met nt. G.E. Mulder (Euthanasie-arrest II). Zie ook H.J.J. Leenen, J.C.J. Dute, J.K.M. Gevers, J. Legemaate, G.R.J. de Groot, M.E. Gelpke en E.J.C. de Jong, *Handboek Gezondheidsrecht*, Den Haag: Boom Juridische uitgevers, zesde druk, 2014, p. 647.

⁵⁸ HR 27 november 1984, *NJ* 1985, 106, met nt. Th.W. van Veen en HR 21 oktober 1986, *NJ* 1987, 607, met nt. G.E. Mulder (Euthanasie-arrest II).

⁵⁹ HR 21 juni 1994, *NJ* 1994, 656, met nt. T.M. Schalken (Chabot-arrest).

⁶⁰ Rechtbank Overijssel 17 november 2016, *ECLI:NL:RBOVE:2016:4509*.

Voorwaardelijk opzet tot slot doet zich voor als (i) sprake is van een *aanmerkelijke kans* op een bepaald gevolg en (ii) als deze kans ook *willens en wetens is aanvaard*. Deze twee elementen vragen om een nadere toelichting.

Wanneer sprake is van een aanmerkelijke kans is niet altijd duidelijk aan te geven, hetgeen te maken heeft met het feit dat verschillende benaderingswijzen mogelijk zijn. Zo is een empirische benadering waarbij de grootte van de kans bepalend is, mogelijk, maar ook een meer normatieve waarbij de kans op een bepaald gevolg afhankelijk is van de ernst van het gevolg. De Hoge Raad lijkt echter niet te kiezen voor een specifiek normatieve benadering, maar voor een (meer) empirische benadering. De beantwoording van de vraag of de gedraging de aanmerkelijke kans op een bepaald gevolg in het leven roept, is volgens de Hoge Raad afhankelijk van de omstandigheden van het geval, waarbij betekenis toekomt aan de aard van de gedraging en de omstandigheden waaronder deze is verricht. Er is geen grond de inhoud van het begrip 'aanmerkelijke kans' afhankelijk te stellen van de aard van het gevolg. Het zal in alle gevallen moeten gaan om een kans die naar algemene ervaringsregels aanmerkelijk is te achten, aldus de Hoge Raad.⁶¹

Of een kans aanmerkelijk is, is dus een juridisch oordeel, waarbij statistische aspecten een rol spelen (in welke mate is onduidelijk en afhankelijk van de aard van de gedragingen en de omstandigheden van het geval). Uit recente lagere rechtspraak valt af te leiden dat het daarbij moet gaan om méér dan een mogelijkheid en zelfs meer dan een reële kans, maar om een zeer waarschijnlijke kans.⁶² Ook de Rechtbank Oost-Brabant achtte een 'reële kans, die echter niet in maat of getal viel uit te drukken' onvoldoende om een aanmerkelijke kans aan te nemen.⁶³ In andere uitspraken werd een relatie gelegd met een grote kans,⁶⁴ de begrippen aanzienlijk en voorzienbaar,⁶⁵ en leverde 'een risicovol handelen' nog geen aanmerkelijke kans op.⁶⁶

Vervolgens rijst de vraag welke situatie bij de beoordeling als uitgangspunt moet worden genomen: de feitelijke situatie zoals die zich voordeed, of de situatie zoals deze in het hoofd van de verdachte zich voordeed. Uit vrijwel constante rechtspraak volgt dat de aanmerkelijke kans van de concrete omstandigheden van het geval bepalend is.⁶⁷ Het gaat er dus om of in de feitelijke situatie zoals deze aan de rechter wordt voorgelegd, de kans op bijvoorbeeld de dood of het zwaar lichamelijk letsel aanmerkelijk is.

Toch past een kanttekening, gelet op een arrest van de Hoge Raad van 6 december 2016.⁶⁸ In die kwestie werd een mes met kracht in de buikstreek gestoken, maar bleef de dood c.q. het zwaar lichamelijk letsel uit, omdat het slachtoffer (wat de dader niet wist) een steekwerend vest droeg. Als in dat geval slechts naar de concrete omstandigheden zou worden gekeken, dan zou de verdachte profiteren van het feit dat het slachtoffer een steekwerend vest droeg, omdat in dat geval geen sprake zou zijn van een aanmerkelijke kans op de dood of zwaar letsel. De Hoge Raad ging daarin, logischerwijs, niet mee. De Hoge Raad overwoog dat het steekwerend vest niet aan de aanmerkelijke kans in de weg stond, gelet op het feit dat met kracht was gestoken en zo'n bijzondere omstandigheid niet onverenigbaar was met de voor een poging toereikende vaststelling dat het met kracht steken van een mes in de buikstreek normaal gesproken een aanmerkelijke kans op de dood doet ontstaan.

⁶¹ HR 25 maart 2003, *NJ* 2003, 552, met nt. Buruma en HR 24 juni 2003, *NJ* 2003, 355. Zie voorts HR 18 januari 2005, *ECLI:NL:HR:2005:AR1860* en HR 20 februari 2007, *ECLI:NL:HR:2007:AY9659*.

⁶² Rechtbank Midden Nederland 29 maart 2016, *ECLI:NL:RMNE:2016:1609*.

⁶³ Rechtbank Oost Brabant 22 december 2016, *ECLI:NL:RBOBR:2016:7036*.

⁶⁴ Rechtbank Oost-Brabant 26 oktober 2016, *ECLI:NL:RBOBR:2016:5886*.

⁶⁵ Rechtbank Gelderland 11 januari 2017, *ECLI:NL:RBGEL:2017:153*.

⁶⁶ Rechtbank Amsterdam 30 december 2016, *ECLI:NL:RBAMS:2016:9038*.

⁶⁷ Zie onder meer HR 6 september 2005, *ECLI:NL:HR:2005:AT2760*; HR 20 april 2010, *ECLI:NL:HR:2010:BL6765*; HR 1 december 2015, *NJ* 2016, 41 en Gerechtshof Den Haag 31 augustus 2016, *ECLI:NL:GHDHA:2016:2533*.

⁶⁸ HR 6 december 2016, *ECLI:NL:HR:2016:2763*.

Als eenmaal vastgesteld is of een kans op een bepaald letsel aanmerkelijk is, moet nog bewezen worden dat de verdachte deze aanmerkelijke kans ook bewust heeft aanvaard.

De enkele bewustheid van een aanmerkelijke kans op dood of zwaar lichamelijk letsel is niet hetzelfde als een bewust aanvaarden. De dader moet 'ja' hebben gezegd tegen die aanmerkelijke kans (indien de verdachte zich weliswaar bewust is van deze kans, maar denkt hij dat deze kans zich niet zal voordoen, dan is geen sprake van (voorwaardelijk) opzet maar van (bewuste) schuld). Dat de dader bewust de kans aanvaard heeft moet door het OM worden bewezen, al kan die aanvaarding ook uit uiterlijke verschijningsvormen worden afgeleid.

Een voorbeeld van een zaak waarin aanvankelijk voorwaardelijk opzet bewezen werd geacht, betreft de zaak van de neuroloog Jansen Steur (Twentse neuroloog). Het OM verweet de neuroloog dat hij ten onrechte bij patiënten de diagnose Alzheimer, (preseniele) dementie, CVA, MS of MSA had gesteld op basis van niet-gevalideerd en/of niet-geïndiceerd onderzoek, althans op basis van onvoldoende klinisch onderzoek. De neuroloog zou voorts hebben nagelaten aanvullend onderzoek te doen en zou verzuimd hebben conform de geldende protocollen follow up te geven aan de diagnoses. De rechtbank achtte bewezen dat de neuroloog de gezondheid van de patiënten opzettelijk had benadeeld, wat in één geval tot de dood en in acht gevallen tot zwaar lichamelijk letsel had geleid. Naar het oordeel van de rechtbank had de neuroloog zich willens en wetens aan de aanmerkelijke kans blootgesteld dat de gezondheid van de patiënten zou worden benadeeld. In dat verband overwoog de rechtbank op vooropgesteld en in het algemeen als volgt: "In de kern komt het verwijt ex artikel 300 Sr erop neer dat verdachte met zijn handelen opzettelijk de gezondheid van de patiënten heeft benadeeld. Volgens de officier van justitie is er daarbij sprake geweest van voorwaardelijk opzet. Voorwaardelijk opzet op een bepaald gevolg is aanwezig indien de verdachte zich willens en wetens heeft blootgesteld aan de aanmerkelijke kans dat dat gevolg (benadeling van de gezondheid) zal intreden. Verdachte moet dus wetenschap hebben van de aanmerkelijke kans dat het gevolg zal intreden. Die wetenschap kan worden vastgesteld op grond van algemene ervaringsregels. Daarnaast moet de verdachte die kans ten tijde van de gedraging bewust hebben aanvaard. Bewuste aanvaarding kan worden vastgesteld aan de hand van de feitelijk omstandigheden van het geval, waarbij betekenis toekomt aan de aard van de gedraging en wat daar naar algemene ervaringsregels uit af te leiden valt en de omstandigheden waaronder deze is verricht. Daarnaast moet het gaan om een kans die naar algemene ervaringsregels aanmerkelijk te achten is."⁶⁹

In hoger beroep oordeelde het Gerechtshof Arnhem-Leeuwarden evenwel dat er bij de neuroloog geen sprake was van voorwaardelijk opzet. Het hof formuleerde als volgt hoe tegen voorwaardelijk opzet moet worden aangekeken: "Voorop dient te worden gesteld dat het begrip 'opzet' in een juridische context een ruimere betekenis heeft dan in het algemene spraakgebruik. Als we zeggen dat iemand iets met opzet of opzettelijk heeft gedaan, bedoelen we daarmee in het algemeen te zeggen dat die persoon expres zo heeft gehandeld en met een bepaald doel voor ogen. Opzet in juridische zin kent echter nog meer varianten. De lichtste vorm daarvan is 'voorwaardelijk opzet'. Deze vorm van opzet is in de jurisprudentie ontwikkeld om tot het bewijs te komen van opzet in het geval de verdachte opzet ontkent. In feite gaat het hier om een bewijsredenering: opzet op een bepaald gevolg is aanwezig indien de verdachte willens en wetens de naar algemene ervaringsregel(s) aanmerkelijk te achten kans heeft aanvaard dat dit gevolg zal intreden. Voor de vaststelling dat verdachte willens en wetens die kans heeft aanvaard, is niet alleen vereist dat verdachte wetenschap heeft gehad van die aanmerkelijke kans *tijdens* zijn handelen maar ook dat hij die kans heeft gewild in de zin van bewust aanvaarden door deze op de koop toe te nemen. Bepaalde gedragingen (met name valt hierbij te denken aan bepaalde fysieke geweldshandelingen) kunnen naar hun uiterlijke verschijningsvorm worden aangemerkt als zozeer gericht op een bepaald gevolg dat het - behoudens contra-indicaties - niet anders kan zijn dan dat verdachte de aanmerkelijke kans op het desbetreffende gevolg heeft aanvaard. De Hoge Raad houdt in zijn recente jurisprudentie scherp vast aan voormelde criteria. Uit deze jurisprudentie valt af te leiden dat uit de enkele wetenschap van een aanmerkelijke kans niet zonder meer volgt dat de verdachte die aanmerkelijke kans op het gevolg ook bewust heeft aanvaard, omdat in het geval van wetenschap ook sprake kan zijn van bewuste schuld, in welk geval die kans juist niet wordt aanvaard. Ook het feit dat verdachte op grove wijze zorgvuldigheidseisen, protocollen of richtlijnen heeft geschonden, is niet voldoende voor opzet, maar levert op zich hooguit aanmerkelijke verwijtbare onachtzaamheid op ofwel schuld in de zin van culpa. Ook het schenden van een onderzoeksplicht is op zich niet voldoende om te kunnen concluderen tot het bewust aanvaarden van een aanmerkelijke kans. Evenmin is voldoende dat verdachte anders had moeten en kunnen optreden dan hij heeft gedaan."⁷⁰ Vervolgens legde het hof uit, waarom in dit specifieke geval niet kon worden bewezen dat de neuroloog de aanmerkelijke kans op het benadelen van de gezondheid op de koop toe had genomen. Een vrijspraak was het gevolg. Deze vrijspraak werd door de Hoge Raad in stand gelaten. De Hoge Raad oordeelde dat het hof het leerstuk van het voorwaardelijk opzet niet onjuist had toegepast en dat het oordeel van het hof, dat verweven is met de aan het Hof voorbehouden waardering van de bewijsmiddelen, niet onbegrijpelijk was en toereikend was gemotiveerd.⁷¹ Deze zaak is in zoverre bijzonder, dat het hof in deze zaak heel ver is meegegaan in de redenering van de verdachte neuroloog. Het vonnis van de rechtbank past echter in de traditie dat voorwaardelijk opzet snel wordt aangenomen als bewust wordt afgeweken van geldende normeringen. Verder is deze zaak bijzonder, omdat het recht om de neuroloog voor de schuldvarianten te veroordelen door verjaring was komen te vervallen. Dat leidde ertoe dat waar het hof tot vrijspraak van opzet kwam, geen veroordeling voor de schuldvariant van hetzelfde feit meer mogelijk was.

⁶⁹ Rechtbank Overijssel 11 februari 2014, *ECLI:NL:RBOVE:2014:646*.

⁷⁰ Gerechtshof Arnhem-Leeuwarden 18 juni 2015, *GZR* 2015-0268.

⁷¹ HR 17 mei 2016, *ECLI:NL:HR:2016:862*.

Een ander voorbeeld van een zaak waar voorwaardelijk opzet een rol speelde, doch niet bewezen werd geacht, betreft de zaak van de kindercardioloog Paul H. Deze kindercardioloog plaatste bij een 7 maanden oude baby een stent, maar voerde deze vanwege het ontbreken van de juiste maat sheath onbeschermd op. De sheath zelf had hij kort ervoor met een mesje afgesneden. Bij het verwijderen van de sheath merkt de kindercardioloog dat hij meer kracht moest zetten en zag hij aan het uiteinde een braam/vouw. De baby overleed later aan een interne bleeding. De kindercardioloog was primair doodslag ten laste gelegd en mitsdien diende opzet bewezen te worden. De Rechtbank Utrecht overwoog dienaangaande als volgt:

“Voorwaardelijk opzet is aanwezig indien verdachte zich willens en wetens heeft blootgesteld aan de aanmerkelijke kans dat dat gevolg zal intreden. De beantwoording van de vraag of de gedraging de aanmerkelijke kans op een bepaald gevolg in het leven roept, is afhankelijk van de omstandigheden van het geval, waarbij betekenis toekomt aan de aard van de gedraging en de omstandigheden waaronder deze is verricht. Er is geen grond de inhoud van het begrip “aanmerkelijke kans” afhankelijk te stellen van de aard van het gevolg. Het zal in alle gevallen moeten gaan om een kans die naar algemene ervaringsregelen aanmerkelijk is te achten. Voor de vaststelling dat de verdachte zich willens en wetens heeft blootgesteld aan zulk een kans is niet alleen vereist dat de verdachte wetenschap heeft van de aanmerkelijke kans dat het gevolg zal intreden, maar ook dat hij die kans ten tijde van de gedraging bewust heeft aanvaard (op de koop toe heeft genomen). Uit de enkele omstandigheid dat die wetenschap bij de verdachte aanwezig is, dan wel bij hem moet worden verondersteld, kan niet zonder meer volgen dat hij de aanmerkelijke kans op het gevolg ook bewust heeft aanvaard (HR 25 maart 2003, NJ 2003, 552). Voor de beoordeling van de vraag of verdachte in de uitoefening van zijn beroep als arts in het onderhavige geval bewust de aanmerkelijke kans op het gevolg (het overlijden van Charlotte) heeft aanvaard, acht de rechtbank hetgeen verdachte ter terechtzitting heeft verklaard omtrent hetgeen hem voor ogen stond met de stentplaatsing. Verdachte heeft te kennen gegeven dat hem met deze ingreep het herstel van Charlotte voor ogen stond. Hij wilde met de stentplaatsing bereiken dat Charlotte zo lang mogelijk van medische ingrepen verschoond zou blijven en eerst dan weer behandeld zou hoeven worden op het moment dat de geplaatste stent als gevolg van het natuurlijk groeiproces van Charlotte verder zou moeten worden opgerekt. De rechtbank acht deze verklaring van verdachte geloofwaardig. Verdachte heeft hiertoe immers ook overleg gevoerd, zowel tijdens het chirurgienoverleg van 21 december 2000, alsook daarna met zijn collega (...) (al dan niet in hypothetische vorm) en tijdens de ingreep op 1 maart 2001 met de daarbij aanwezige cardiologen en cardio-chirurgen. Wat ook de kwaliteit van dit overleg mag zijn geweest, genoemde omstandigheden kunnen niet leiden tot de vaststelling dat verdachte bewust de aanmerkelijke kans heeft aanvaard (op de koop toe genomen) dat Charlotte als gevolg van het op deze wijze plaatsen van een stent en de daarmee verband houdende handelwijze van verdachte zou kunnen komen te overlijden.

Het onder parketnummer 16/028638-02 primair ten laste gelegde feit - de doodslag – kan derhalve niet wettig en overtuigend worden bewezen en verdachte dient daarvan dan ook te worden vrijgesproken.”⁷²

Het laatste voorbeeld van een zaak waar voorwaardelijk opzet een rol speelde, maar niet bewezen werd geacht, betreft de zaak van een arts die een stervende man ten aanzien van wie het voeren van een abstinierend en palliatief beleid was afgesproken, een hoeveelheid van ongeveer 20 milligram morfine toediende en enige tijd later een hoeveelheid van ongeveer 5 milligram dornicum toediende, zulks omdat de man te kampen had met ernstige ademhalingsproblemen en daardoor ernstig te lijden had. Korte tijd na toediening van de 5 milligram dornicum is de man overleden. De arts was moord ten laste gelegd. De rechtbank sprak de arts vrij, omdat niet bewezen was dat zijn opzet bij het toedienen van genoemde medicijnen gericht was op het veroorzaken van de dood van de patiënt. De toegediende medicijnen pasten qua aard, hoeveelheid en combinatie bij het voeren van een palliatief beleid.⁷³

Schuld is niet ‘iets minders’, maar ‘iets anders’ dan opzet. Wil schuld worden aangenomen, dan moet sprake zijn van aanmerkelijke, min of meer grove schuld; dat wil zeggen een min of meer grove of aanmerkelijke onvoorzichtigheid, onachtzaamheid of nalatigheid, ook wel ‘culpa’ genoemd. Er is in dat geval sprake van een schending van een al dan niet geschreven norm, welke schending onder de gegeven omstandigheden aanmerkelijk verwijtbaar is.

De vraag, wanneer deze grove of aanmerkelijke schuld moet worden aangenomen, is – volgens vaste rechtspraak – afhankelijk van de concretisering in de tenlastelegging en het geheel van de gedragingen, de aard en de ernst daarvan en de overige omstandigheden van het geval. De wetgever biedt de rechter daarmee veel vrijheid om te beoordelen of zo er schuld is, deze schuld moet worden gezien als grove of aanmerkelijke schuld of niet.⁷⁴

⁷² Rechtbank Utrecht 30 november 2004, *ECLI:NL:RBUTR:2004:AR6673*. Zie voor een bevestiging in hoger beroep Gerechtshof Amsterdam 12 oktober 2005, *ECLI:NL:GHAMS:2005:AU4229*.

⁷³ Rechtbank Breda 10 november 2004, *ECLI:NL:RBBRE:2004:AR5394*. Zie voor de bevestiging in hoger beroep Gerechtshof 's-Hertogenbosch 19 juli 2005, *ECLI:NL:GHSHE:2005:AU0211*.

⁷⁴ Zie voor voorbeelden in de niet medische sfeer: Gerechtshof Arnhem 20 juli 2009, *ECLI:NL:GHARN:2009:BJ3107* (veiligheid bij vlottentochten); HR 29 juni 2010, *NJ* 2010, 674 (kampvuur in Castricum); HR 30 november 2010, *NJ* 2010, 675 (in kantine op en van tafel springen); HR 7 februari 2012, *NJ* 2012, 119 (klimongeval Amsterdam); HR 12 juni 2012, *RvdW* 2012, 876 (helikopterdemostratie).

In dat verband zij voorts opgemerkt dat van personen die op een bepaald terrein deskundig zijn, een grote zorgvuldigheid, voorzichtigheid mag worden verlangd. Dat geldt met name voor degene die een verantwoordelijk beroep uitoefent, zoals een arts. De zorg die van hem verwacht wordt is een aanzienlijk andere, naar vaak ook wordt gezegd: grotere, dan die van een leek. Dit wordt ook wel geduid als '*Garantenstellung*'.⁷⁵

Deze gedachtegang werd voor het eerst geïntroduceerd in het zogeheten Verpleegsterarrest. In die zaak had een OK-verpleegster een verkeerde injectievloeistof klaargelegd. De Hoge Raad overwoog dat, gelet op haar opleiding, de aard van de werkzaamheden en haar wetenschap omtrent het vertrouwen dat in haar moest worden gesteld en het ontbreken van controle op haar werkzaamheden, sprake kon zijn van een aanmerkelijk tekortschieten ten aanzien van de nodige oplettendheid hetgeen grove schuld oplevert.

Zie voor een ander voorbeeld de kwestie waarbij een verzorgende in een verzorgingstehuis haar bijzondere zorgplicht had veronachtzaamd door in strijd met de instructies met een verkeerde injectiespuit 'op de gok' het vijftigvoudige van de voorgeschreven medicatie toe te dienen (terwijl arts en verpleegkundige voor overleg beschikbaar waren). Daarnaast had zij tegen de arts hierover aanvankelijk ook gelogen. Dat handelen was naar het oordeel van de Rechtbank Oost-Brabant 'lichtzinnig' en leverde grove schuld op in de zin der wet.⁷⁶

Toch valt past hier een kanttekening. Hoewel het juist is dat werken als zorgverlener zorgvuldigheid en oplettendheid vereist, geldt ook voor de zorgverlener dat bepaalde handelingen dagelijks werk zijn. Het is een feit van algemene bekendheid dat routineus handelen uitnodigt tot minder zorgvuldig of oplettend handelen. In zoverre mag uit de '*Garantenstellung*' dan ook niet een per definitie een zwaardere verantwoordelijkheid, als wel een andere verantwoordelijkheid worden afgeleid. Dat volgt ook uit het feit, dat de zorgplicht een grens kent. Zo kan een arts niet wegens dood door schuld worden vervolgd op grond dat wellicht de meest briljante arts de patiënt in leven zou hebben gehouden. Vervolging kan echter wel wanneer de arts niet onderzocht, niet wist, niet deed, wat een goede arts in het algemeen onderzoekt, weet, doet.⁷⁷ Dat is de maatman, die ook in het civiele recht en het tuchtrecht wordt gebruikt.

Voor een voorbeeld van een zaak waarin grove schuld aan de gedraging bewezen werd geacht, betreft de eerder aangehaalde zaak van de kindercardioloog Paul H. Hoewel opzet niet bewezen werd geacht, was dit wel het geval ten aanzien van de schuld. De Rechtbank Utrecht overwoog in dat kader als volgt: "Voorop wordt gesteld dat het aannemen van bewuste schuld in een situatie als deze een gemis van die voorzichtigheid vereist, die in de gegeven omstandigheden van ieder voor zijn handelen verantwoordelijk persoon mag worden gevergd. Deze moet daarbij hebben voorzien of hebben kunnen voorzien tot welke gevolgen zijn handelen of nalaten kon leiden. Hij moet voldoen aan de eisen die mogen worden gesteld aan personen die voor wat betreft onder meer opleiding en ervaring vergelijkbaar zijn. Daarbij is naar het oordeel van de rechtbank van belang dat van een specialist, die meer dan gewoon bekwaam is op een bepaald medisch gebied, bij de uitoefening van zijn beroep een grotere voorzichtigheid mag worden verlangd, waaronder met name een extra bedachtzaamheid ten aanzien van gebeurtenissen die behoren te worden vermeden. Dit geldt vooral wanneer het menselijk leven in het geding is.

(...)

Verdachte heeft aldus op verschillende momenten na de opname (...) de keuze gehad om de ingreep uit te stellen, respectievelijk alleen de geplande ballondilatatie uit te voeren, danwel de ingreep tussentijds te beëindigen en deze uit te voeren op een later tijdstip waarop de juiste materialen wel beschikbaar zouden zijn en overleg met de ouders zou hebben plaatsgevonden. Nu geen nood situatie of een spoedindicatie bestond heeft verdachte naar het oordeel van de rechtbank telkens een keuze gemaakt die gelet op de daarmee gepaard gaande risico's - waarvan verdachte zich gelet op zijn professie bewust had moeten zijn - onverantwoord was.

Verdachte heeft voorts, ondanks het feit dat hij bij het verwijderen van de sheath meer kracht moest zetten dan te doen gebruikelijk en voorts na de verwijdering een braam heeft geconstateerd op de sheath, deze bijzonderheden niet specifiek vermeld, noch op het overdrachtsformulier, noch mondeling overgedragen aan de anesthesioloog, die verantwoordelijk was voor de nazorg. Hij heeft volstaan met de mondelinge mededeling aan de verpleegkundige op de hartcatheterisatiekamer dat hij mogelijk de intima van het bloedvat had beschadigd en dat hij derhalve een risico op trombose aannam. De complicatie van een slagaderlijke bloeding is door verdachte op dat moment in het geheel niet overwogen en hij heeft dit bij de overdracht van Charlotte aan de verkoeverkamer ook niet gemeld. Ook op het moment dat duidelijk is dat bij Charlotte sprake is van een inwendige bloeding meldt hij niets over zijn ervaringen bij het verwijderen van de sheath. Gelet op met name het gebruik van een 8F sheath bij een zuigeling van 7 maanden, het moeizaam verwijderen van de sheath en de daarop na verwijdering geconstateerde braam, bezien in samenhang met de opleiding, kennis en ervaring van verdachte als kindercardioloog had verdachte de mogelijkheid van deze complicatie naar het oordeel van de rechtbank moeten onderkennen en had hij daarop zijn handelwijze met het oog op het bieden van toereikende nazorg in verband daarmee behoren af te stemmen, ten minste door die informatie expliciet aan de verkoeverkamer over te dragen. Verdachte heeft dit evenwel niet gedaan.

⁷⁵ Hoge Raad 19 februari 1963, *NJ* 1963, 512.

⁷⁶ Rechtbank Oost-Brabant, 8 maart 2016, *ECLI:NL:RBOBR:2016:931*.

⁷⁷ Noyon/Langemeijer/Remmelink *Strafrecht*, Sr, aant. 6.9.

Het voorgaande voert de rechtbank tot de conclusie dat verdachte met miskenning van zijn verantwoordelijkheid als arts (kindercardioloog) grovelijk onvoorzichtig en onachtzaam heeft gehandeld en nalatig is geweest.⁷⁸

Een ander voorbeeld van een zaak waarbij grove schuld bewezen werd geacht, betreft de zaak tegen de Oost-Brabantse arts die een hernia-operatie had uitgevoerd maar met zwaar lichamelijk letsel van een patiënt tot gevolg. Gewezen zij op de overweging van de rechtbank dat de vereiste schuld zwaarder is dan die vereist is voor een civielrechtelijke of tuchtrechtelijke verwijtbaarheid. De rechtbank overwoog als volgt: "De centrale vraag in deze strafzaak is of uit het handelen van verdachte "schuld" in de zin van artikel 308 van het Wetboek van Strafrecht kan worden afgeleid. Onder deze schuld wordt een min of meer grove of aanmerkelijke schuld verstaan, die zwaarder is dan die voor civielrechtelijke of tuchtrechtelijke aansprakelijkheid. De beoordeling wordt uitgevoerd naar aanleiding van het verwoorde verwijt in de tenlastelegging en dient te worden beoordeeld aan het geheel van de gedragingen van verdachte en de eventuele tekortkomingen daarbij. In deze strafzaak zal daarbij moeten worden beoordeeld of en in hoeverre verdachte is tekortgeschoten in zijn taak als chirurg bij de uitvoering van een hernia-operatie.

De rechtbank overweegt hiertoe als volgt.

Uit de bewijsmiddelen volgt dat verdachte de volgende verwijten kunnen worden gemaakt:

1. dat verdachte heeft geopereerd terwijl hij onvoldoende zicht had in het operatiegebied;
2. dat verdachte geen (afdoende) maatregelen heeft genomen teneinde te bewerkstelligen dat hij, gelet op de fase waarin de operatie zich bevond, steeds voldoende zicht heeft gehad in het operatiegebied;
3. dat verdachte geen collegiale hulp heeft ingeroepen;
4. dat verdachte de operatie niet heeft gestaakt, althans deze operatie zonder collegiale hulp heeft voortgezet.

De rechtbank is van oordeel dat verdachte met name op het punt van het voldoende zicht hebben c.q. steeds zorgdragen voor (voldoende) zicht in het operatiegebied nalatig is geweest en door aldus te handelen in wezenlijke mate niet heeft voldaan aan de professionele standaard. De omstandigheid dat verdachte verwijtbaar tekort is geschoten in de wijze van uitvoering van de medische ingreep speelt in deze afweging een belangrijke rol. De rechtbank weegt mee dat het letsel dat bij het slachtoffer is ontstaan, is veroorzaakt door het fysiek vastpakken en verwijderen van zenuwweefsel. Het is duidelijk dat de kans op het intreden van deze ingrijpende complicatie in sterk negatieve zin moet zijn beïnvloed door de keuze van verdachte om onder slechte (zicht)condities te (blijven) opereren. Daar komt bij dat verdachte zelf geen enkele aannemelijke verklaring heeft kunnen geven voor het gegeven dat hij zenuwweefsel bij het slachtoffer heeft vastgepakt met een rongeur en dit aansluitend heeft verwijderd. Dat onvoldoende zicht er voor heeft gezorgd dat verdachte per abuis het zenuwweefsel heeft vastgepakt en verwijderd, vormt in elk geval een logische verklaring voor het ingetreden letsel en vervolgetsel.

Verdachte was als orthopedisch chirurg bekend met de (mogelijke) aanwezigheid van zenuwweefsel op en nabij de plaats van de operatie en was eveneens bekend met de grote en blijvende gevolgen van een beschadiging van dergelijk weefsel. De rechtbank betreft voorts bij haar oordeel dat uit de bevraging van de deskundigen ter terechtzitting d.d. 1 april 2015 naar voren is gekomen dat uit hetgeen wel goed is gegaan eerder tijdens de operatie op 2 december 2009, niet volgt dat er voldoende zicht was ten tijde van het vastpakken van het zenuwweefsel.

Ten aanzien van de onder 3. en 4. genoemde verwijten overweegt de rechtbank dat verdachte heeft aangegeven dat voornoemde operatie al eerder moeizaam verliep, maar dat hij desondanks geen reden zag om gevolg te geven aan de voorstellen welke hem tijdens de operatie zijn gedaan door de assistenten. Ook hier merkt de rechtbank op dat, al dan niet tijdelijk, het tijdig voldoen aan die twee suggesties van de assisterende verpleegkundigen de kans op het intreden van ernstige complicaties mogelijk had kunnen beperken. Dit alles moet dan ook tot de conclusie leiden dat de gemaakte fouten zodanig zwaarwegend zijn dat verdachte (groeve) schuld heeft in de zin van artikel 308/309 van het Wetboek van Strafrecht.⁷⁹

Schulduitsluitingsgronden nemen de verwijtbaarheid weg. Binnen het Nederlandse strafrecht worden vier wettelijke schulduitsluitingsgronden onderscheiden. De eerste betreft de ontoerekeningsvatbaarheid (artikel 39 Sr). De tweede schulduitsluitingsgrond is de psychische overmacht (artikel 40 Sr), de derde het noodweerexces (artikel 41, tweede lid, Sr) en de vierde is het onbevoegd ambtelijk bevel (artikel 43, tweede lid, Sr). Voorts bestaat er een ongeschreven schulduitsluitingsgrond, te weten de afwezigheid van alle schuld (avas). Deze grond is door de Hoge Raad in 1916 geïntroduceerd.⁸⁰ De schulduitsluitingsgrond 'afwezigheid van alle schuld' kan bestaan uit dwaling ten aanzien van de feiten, dwaling ten aanzien van het geldende recht (rechtsdwaling), verontschuldigbare onmacht en het betrachten van de maximaal te vergen zorg. Slaagt een beroep op een schulduitsluitingsgrond dan volgt ontslag van alle rechtsvervolging of vrijspraak (als schuld bestanddeel is van de delictsomschrijving).

⁷⁸ Rechtbank Utrecht 30 november 2004, *ECLI:NL:RBUTR:2004:AR6673*. Zie voor een bevestiging in hoger beroep Gerechtshof Amsterdam 12 oktober 2005, *ECLI:NL:GHAMS:2005:AU4229*.

⁷⁹ Rechtbank Oost-Brabant 7 mei 2015, *GZR* 2015-0205.

⁸⁰ HR 14 februari 1916, *NJ* 1916, 681 (Melk en water-arrest).

7. CAUSAAL VERBAND NORMSCHENDING EN GEVOLG

Voor een veroordeling is tevens vereist dat een causaal verband bestaat tussen de gedraging en het gevolg.⁸¹ Dit juridische causaal verband wordt bepaald aan de hand van de vraag of het gevolg redelijkerwijs als gevolg van de gedraging aan de verdachte kan worden toegerekend.⁸²

Voor een dergelijke redelijke toerekening is in beginsel vereist dat zonder de normschending het gevolg niet was ingetreden (het *condicio sine qua non*-verband).

Duidelijk is dat het strafrechtelijk concept van de causaliteit niet altijd overeenstemt met de causaliteit die in andere disciplines (zoals bijvoorbeeld de natuurwetenschappen) wordt gehanteerd.⁸³

Gedragingen van anderen ná de bewuste gedraging van de verdachte staan niet noodzakelijkerwijs aan de redelijke toerekening in de weg, ook niet als deze mede van invloed zijn geweest op het uiteindelijke gevolg,⁸⁴ en zelfs niet als deze latere factoren in belangrijke mate hebben bijgedragen aan het gevolg. Dat is alleen dan anders indien de latere factoren een zodanig zwaarwegende invloed hebben gehad, dat het niet langer redelijk is om het gevolg aan de eerdere gedraging van de verdachte toe te rekenen.⁸⁵ Dat is onder meer het geval indien de schuld van de verdachte zodanig lichter is in verhouding tot de schuld van een ander dat het niet redelijk is om het gevolg aan de lichtere culpa (mede) toe te rekenen.⁸⁶

Hierbij raken de causaliteit (in de leer van de redelijke toerekening) en de culpa elkaar, in die zin dat als het niet redelijk is de gebeurtenis toe te rekenen aan de schuld van de verdachte (de causaliteitsvraag), dat tevens van invloed is op de inkleuring van de schuld van de verdachte (de culpa).

De Rechtbank Den Haag overwoog in de zaak van de Haagse borstchirurg over het causaal verband als volgt: "De beantwoording van de vraag of er causaal verband bestaat tussen de handeling van verdachte (de door hem verrichte operatie in de Citykliniek) en het in de tenlastelegging beschreven letsel van de aangeefsters dient te geschieden aan de hand van de maatstaf of dat letsel redelijkerwijs als gevolg van die handeling aan verdachte kan worden toegerekend. De rechtbank is op grond van het dossier van oordeel dat genoegzaam de conclusie kan worden getrokken dat nagenoeg elk in de tenlastelegging beschreven letsel, waarvan het bestaan op zichzelf niet is betwist, het gevolg is van een door verdachte verrichte operatie. Dat geldt uiteraard voor de directe gevolgen van een operatie (zoals littekens), maar ook voor de gevolgen die zijn opgetreden na die operatie. Dat deze gevolgen (voor een deel) zijn opgetreden door een infectie met de *pseudomonas*bacterie, terwijl de oorzaak of bron van deze bacterie niet is vastgesteld, doet daar niet aan af. Gelet op het tijdstip van optreden, het aantal en de aard van de postoperatieve wondinfecties is het immers hoogst onwaarschijnlijk dat er een andere oorzaak bestaat voor die wondinfecties dan de door verdachte verrichte operaties in de Citykliniek. Ook de pijn en het letsel die zijn opgetreden als gevolg van hersteloperaties, mits noodzakelijk om ontstane schade te herstellen, kunnen naar het oordeel van de rechtbank aan verdachte worden toegerekend."

Een ander voorbeeld betreft het oordeel van de Rechtbank Utrecht op dit punt in de zaak van de kindercardioloog Paul H. die werd veroordeeld voor (onder meer) dood door schuld van de zeven maanden oude baby Charlotte. De rechtbank overwoog: "Op grond van hetgeen onder de bewijsoverwegingen met betrekking tot de feiten is overwogen staat naar het oordeel van de rechtbank vast dat de plaatsing van een stent bij Charlotte uiteindelijk tot haar dood heeft geleid. De rechtbank constateert dat volgens de deskundige Legemate de conservatieve behandeling van de nabloeding en het feit dat ten aanzien van de ernst daarvan een inschattingsfout is gemaakt, hebben bijgedragen aan dit fatale gevolg. Daaruit volgt, met name in aanmerking genomen dat verdachte de situatie heeft geschapen waarin een en ander kon plaatsvinden, en dat aan die conservatieve behandeling en inschattingsfout, waaronder begrepen het achterwege blijven van een (spoed)operatie, niet een zodanig gewicht toekomt dat daardoor de gewraakte handelwijze van verdachte als rechtens relevante oorzaak wegvalt. Naar het oordeel van de rechtbank leidt het voorgaande tot de slotsom dat het overlijden van Charlotte ondanks bedoelde behandeling en inschattingsfout in redelijkheid aan de gewraakte handelwijze van verdachte kan worden toegerekend."⁸⁷

⁸¹ Zie uitvoeriger H.J.J. Leenen, J.C.J. Dute, J.K.M. Gevers, J. Legemate, G.R.J. de Groot, M.E. Gelpke en E.J.C. de Jong, *Handboek Gezondheidsrecht*, Den Haag: Boom Juridische uitgevers, zesde druk, 2014, p. 644 en T.M. Schalken, *Het strafbare ziekenhuis* in: J.W. Fokkens e.a. (red.), *Ad hunc modum*. Opstellen over materieel strafrecht. Liber Amicorum voor A.J. Machiels, Deventer: Kluwer 2013, p. 275-286. Zie voor een voorbeeld Gerechtshof Amsterdam 17 juni 2014, *TvGR* 2014, 37, met nt. D.J.P. van Barneveld, tevens besproken door P.M.J. Eken-De Vos, 'Strafrechtelijke aansprakelijkheid', *TLP* 2016, nr. 3, p. 43-47.

⁸² HR 12 september 1978, *NJ* 1979, 60 (letale longembolie) en HR 18 mei 2004, *ECLI:NL:HR:2004:AO6457*.

⁸³ F. de Jong en E. Sikkema, 'Zeven stellingen over causaliteit in het strafrecht', *Delikt en Delinquent* 2016/72.

⁸⁴ Zie HR 13 juni 2006, *NJ* 2007, 48, met nt. Buruma, rov. 3.4; HR 28 november 2006, *NJ* 2007, 49, rov. 3.5.

⁸⁵ HR 25 juni 1996 *NJ* 1997, 563, met nt. 't Hart.

⁸⁶ E.M. Witjens, *Strafrechtelijke causaliteit: De redelijke toerekening vergeleken met het privaatrecht*, Deventer: Kluwer 2011, p. 153.

⁸⁷ Rechtbank Utrecht 30 november 2004, *ECLI:NL:RBUTR:2004:AR6673*. Zie voor een bevestiging in hoger beroep Gerechtshof Amsterdam 12 oktober 2005, *ECLI:NL:GHAMS:2005:AU4229*.

8. DE PATIËNT ALS BENADEELDE PARTIJ

Als het OM tot strafvervolgning overgaat en besluit om de zaak aan de strafrechter voor te leggen,⁸⁸ dan heeft het slachtoffer de mogelijkheid zich als benadeelde partij in de strafzaak te voegen. Voorafgaand aan de terechtzitting dan wel tijdens de zitting heeft de patiënt de mogelijkheid om zich ingevolge artikel 51f, eerste lid, Sv te voegen als 'rechtstreeks' benadeelde partij, hetgeen inhoudt dat hij een vordering tot schadevergoeding kan indienen. Hetzelfde geldt ingevolge artikel 51f, tweede lid, Sv voor de erfgenamen van de patiënt. Een persoon die niet als rechtstreeks benadeelde is aan te merken, kan zich niet voegen, wat een probleem vormt voor (andere) direct betrokkenen van de patiënt.⁸⁹ In dat verband zij wel opgemerkt dat op 17 juli 2015 een wetsvoorstel betreffende vergoeding voor zorg- en affectieschade bij de Tweede Kamer is ingediend.⁹⁰ Dit wetsvoorstel bevat een wijziging van artikel 51f, tweede lid, Sv en voorziet in de mogelijkheid om ook als anderszins betrokkene een vordering in te dienen, mits een beroep kan worden gedaan op artikel 6:107 BW. In datzelfde wetsvoorstel is bovendien de mogelijkheid opgenomen om een vordering van immateriële aard (affectieschade) in te dienen. Daarnaast hebben de patiënt en eventuele nabestaanden een spreekrecht, aldus artikel 51e Sv.⁹¹

Artikel 51g Sv handelt over de wijze van voegen.⁹² Voor aanvang van de terechtzitting geschiedt de voeging door een opgave aan de officier van justitie van de inhoud van de vordering en van de gronden waarop de vordering berust. Ter terechtzitting gebeurt de voeging door een opgave aan de rechter van de inhoud van de vordering en van de gronden waarop de vordering berust.⁹³ De toewijsbaarheid van de vordering wordt beoordeeld aan de hand van het civiele (bewijs)recht.⁹⁴ Een probleem waarmee de patiënt zich in de praktijk van het voegen vaak geconfronteerd zag, is dat de strafrechter hem naar de civiele rechter verwees en de patiënt in zijn vordering niet ontvankelijk verklaarde, omdat diens vordering de strafrechter niet 'eenvoudig'

⁸⁸ Een OM-strafbeschikking zonder dat de zaak 'naar zitting gaat' behoort ook tot de mogelijkheden, doch is minder geschikt, zie P.A.M. Mevis, *Gezondheidsrecht en strafrecht*, preadvies Vereniging voor Gezondheidsrecht 2007, p. 158. Zie over voegen ook P.A.M. Mevis, 'Strafrecht als waarborg en bedreiging van kwaliteit van zorg tegelijk', *TvGR* 2015, nr. 2, p. 40-54. Terzijde zij nog opgemerkt dat de mogelijkheid van een gerechtelijk vooronderzoek met de Wet van 1 december 2011 tot wijziging van het Wetboek van Strafvordering, het Wetboek van Strafrecht en enige andere wetten tot versterking van de positie van de rechter-commissaris, Stb. 2011, 600, is komen te vervallen. Wel heeft de rechter-commissaris de taak om als rechter in het vooronderzoek toezicht uit te oefenen op het verloop van het opsporingsonderzoek. Zie de artikelen 181-199 Sv. Ook heeft hij de taak te waken tegen nodeloze vertraging van het opsporingsonderzoek (artikel 180 Sv).

⁸⁹ Zie ook Kamerstukken II 1989/90, 21345, nr. 3 (MvT).

⁹⁰ Kamerstukken II 2014/15, 34257, nr. 2 (Voorstel van Wet); Kamerstukken II 2014/15, 34257, nr. 3 (MvT); Kamerstukken II 2014/15, 34257, nr. 4 (Advies Raad van State); Kamerstukken II 2015/16, 34257, nr. 5 (Verslag); Kamerstukken II 2015/16, 34257, nr. 6 (Nota naar aanleiding van het verslag) en Kamerstukken II 2015/16, 34257, nr. 7 (Nota van wijziging). Het wetsvoorstel werd eerder, op 28 mei 2014, ter consultatie voorgelegd. Zie ook R. Rijnhout, 'Wetsvoorstel vergoeding voor zorg- en affectieschade: twee, of zelfs drie stappen vooruit?', *NTBR* 2014/39 evenals R. Rijnhout, 'Het Consultatievoorstel schadevergoeding zorg- en affectieschade: een beschrijving', *TVP* 2014, nr. 4, p. 123-127; L.J.J.G. Verhaeg, 'Wetsvoorstel affectieschade', *Trema* januari 2016, p. 14-20 en M.J.J. de Ridder, 'Het wetsvoorstel affectieschade', *TvGR* 2016, nr. 1, p. 4-14.

⁹¹ Wet van 12 juli 2012 tot wijziging van het Wetboek van Strafvordering ter uitbreiding van het spreekrecht van slachtoffers en nabestaanden in het strafproces, Stb. 2012, 345, in werking getreden met ingang van 1 september 2012 en Wet van 14 april 2016 tot wijziging van het Wetboek van Strafvordering ter aanvulling van het spreekrecht van slachtoffers en nabestaanden in het strafproces en wijziging van de Wet schadefonds geweldsmisdrijven ter uitbreiding van de mogelijkheid van uitkering aan nabestaanden, Stb. 2016, 160.

⁹² Zie ook artikel 36f Sr in verband met de 'schadevergoedingsmaatregel'.

⁹³ Zie voor het onderzoek van de vordering van de benadeelde partij op de terechtzitting artikel 332 tot en met 335 Sv.

⁹⁴ HR 14 februari 2012, *ECLI:NL:HR:2012:BU8755*. Zie daarover ook J. Candido, 'Civiel bewijsrecht toepasselijk op vordering benadeelde partij?', *NJB* afl. 14/2012, p. 938-940.

voorkwam.⁹⁵ Dit criterium is veranderd met een wetsaanpassing van 1 januari 2011:⁹⁶ de vordering mag geen onevenredige belasting van het strafrechtsgeding met zich brengen.⁹⁷ Het is overigens nog maar de vraag of met dit criterium in de hand slachtoffers van medische fouten vaker ontvankelijk worden geacht en hun schade vergoed krijgen; schadebegroting blijft complex en het wegen van alle schadecomponenten, kan al snel een onevenredige belasting voor het strafproces met zich brengen.⁹⁸ Wordt de vordering van de gevoegde patiënt ter zitting 'vergeten', dan kan de patiënt daarover schriftelijk klagen bij het OM. Het OM heeft hiervoor een klachtenregeling in het leven geroepen.⁹⁹ Het is niet mogelijk om eerst in hoger beroep een vordering in te dienen en evenmin mogen in hoger beroep schadeposten worden gevorderd die in eerste aanleg niet zijn opgevoerd.¹⁰⁰ Voorts is het de patiënt niet toegestaan om het bedrag van de in eerste aanleg gevorderde vergoeding te verhogen.¹⁰¹

Bij toewijzing van de vordering kan artikel 36f Sr worden toegepast. Dit artikel behelst de mogelijkheid tot het aan de verdachte opleggen van 'de verplichting tot betaling aan de Staat van een som gelds ten behoeve van de benadeelde patiënt of zijn nabestaanden' als bedoeld in artikel 51f, tweede lid, Sv, ook wel de 'schadevergoedingsmaatregel' genoemd. Deze maatregel heeft het voordeel dat de Staat zelf de incasso ter hand neemt en dat door middel van de dreiging met hechtenis een extra drukmiddel op de bereidheid tot schadevergoeding wordt toegepast. Sterker nog, acht maanden nadat de uitspraak onherroepelijk is geworden, keert de Staat de schadevergoeding volledig uit, voorzover de veroordeelde deze schade nog niet (geheel) heeft vergoed. Let wel, toewijzing van de vordering is alleen mogelijk als aan de verdachte enige straf of maatregel wordt opgelegd, dan wel een schuldigverklaring zonder oplegging van straf wordt toegepast, aldus artikel 361, tweede lid, onder a, Sv. Wanneer de arts of het ziekenhuis wordt vrijgesproken of wordt ontslagen van alle rechtsvervolging, dan is de patiënt in beginsel in zijn vordering niet ontvankelijk.¹⁰²

Daarnaast hebben het slachtoffer en een uitgebreide kring van betrokkenen, of diens nabestaanden op grond van artikel 51e Sr het recht ter terechtzitting het woord te voeren het 'spreekrecht'. Dit spreekrecht bestaat als sprake is van een misdrijf waarop een gevangenisstraf van acht jaar of meer staat, dan wel sprake is van een aantal concreet genoemde strafbare feiten, zoals bepaalde vormen van mishandeling en dood of zwaar lichamelijk letsel door schuld. Tot voor kort was dit spreekrecht beperkt tot de gevolgen van het strafbare feit. Deze beperking is per 1 juli 2016 komen te vervallen door een wijziging van artikel 51^e, tweede lid, Sr. Sindsdien mogen zij zich uitlaten over de mogelijke bewezenverklaring, het strafbare feit, de schuld van de verdachte en zelfs de hoogte van de straf.

⁹⁵ Zie onder meer HR 19 maart 2002, *NJ* 2002, 497 en HR 3 juli 2007, *NJ* 2007, 413.

⁹⁶ Wet van 17 december 2009 tot wijziging van het Wetboek van Strafvordering, het Wetboek van Strafrecht en de Wet schadefonds geweldsmisdrijven ter versterking van de positie van het slachtoffer in het strafproces, Stb. 2010, 1. Inwerkingtredingsbesluit 23 november 2010, Stb. 2010, 792. Zie voor een toelichting *NJB* afl. 28/2010, p. 1878-1879 en *NJB* afl. 44-45/2010, p. 2851-2852.

⁹⁷ Zie de aanwijzing slachtofferzorg 13 december 2010, Stcrt. 2010, nr. 20476. Zie voor een analyse van de rechtspraak sindsdien M.E. ten Brinke, S. Habets en C.J. Noordam, 'Het nieuwe ontvankelijkheidscriterium in de praktijk', *Trema* maart 2014, p. 83-87.

⁹⁸ Zie in die zin ook ten aanzien van ander soort zaken S.D. Lindenberg, 'De letselschadevordering in het strafproces', *NJB* 2014/1959. Lindenberg pleit daarom voor normering van de toe te kennen bedragen. Zie voor een voorbeeld Rechtbank Limburg 8 september 2015, *GZR* 2015-0390.

⁹⁹ Zie de website van het OM <www.om.nl>.

¹⁰⁰ Artikel 421, eerste lid, Sv.

¹⁰¹ HR 7 september 2004, *NJ* 2005, 99, met nt. P.A.M. Mevis.

¹⁰² Zie voor een voorbeeld Rechtbank Den Haag 30 oktober 2014, *GZR* 2014-0428, met nt. R.P. Wijne (vrijspraak, zaak Haagse borst-chirurg). Zie over de zaak ook de opinie van T.M. Schalken, opinie 2015/1 op diens website <www.tomschalken.nl>.

9. DE OP TE LEGGEN STRAF

De door de strafrechter aan een arts of ziekenhuis op te leggen en opgelegde straf kan variëren al naar gelang de ernst van het gepleegde strafbare feit. Straffen die ingevolge artikel 9, eerste lid, onder a, Sr mogelijk zijn betreffen de gevangenisstraf, de hechtenis, de taakstraf (verrichten van onbetaalde arbeid) en de geldboete. Als bijkomende straf kan de strafrechter de arts ontzetten uit zijn recht tot het uitoefenen van het beroep (artikel 9, eerste lid, onder b, Sr in samenhang gelezen met artikel 28, eerste lid, onder 1°, Sr en in samenhang gelezen met artikel 31 Sr).¹⁰³ Het voornaamste doel van een dergelijke ontzetting is het voorkomen van recidive en de bescherming van slachtoffers.¹⁰⁴ In de periode 1995-2008 speelde in 49 zaken betreffende hulpverleners een ontzetting.¹⁰⁵

Straffen kunnen ook voorwaardelijk worden opgelegd met een proeftijd, zo volgt uit artikel 14a Sr en artikel 14b, eerste lid, Sr. De proeftijd kan gewoonlijk ten hoogste drie jaar bedragen. Als er ernstig rekening mee moet worden gehouden dat de veroordeelde wederom een misdrijf zal begaan dat gericht is tegen of gevaar veroorzaakt voor de onaantastbaarheid van het lichaam van een of meer personen kan, aldus artikel 14b, tweede lid, Sr de proeftijd zelfs wel 10 jaar duren.

Een voorwaardelijk op te leggen straf geschiedt onder de algemene voorwaarde dat de veroordeelde zich voor het einde van de proeftijd niet schuldig maakt aan een strafbaar feit, zo volgt uit artikel 14c, eerste lid, Sr. De rechter kan bovendien bijzondere voorwaarden formuleren waaraan de arts of het ziekenhuis zich gedurende de proeftijd moet houden, welke mogelijkheid is vervat in artikel 14c, tweede lid, Sr (opsomming 1°-14°). Een voorbeeld van zo een voorwaarde is het verbod om een bepaalde categorie van patiënten te behandelen.¹⁰⁶ Andere voorbeelden zijn reclasseringstoezicht en de verplichting voor de veroordeelde om zich onder behandeling te stellen van een deskundige of zorginstelling.¹⁰⁷ Met het toezicht op naleving van de voorwaarden is het OM belast, artikel 14d Sr.

Ingevolge artikel 9a Sr kan de rechter overigens ook besluiten geen straf of maatregel op te leggen. Dat is mogelijk in verband met de geringe ernst van het feit, de persoonlijkheid van de dader of de omstandigheden waaronder het feit is begaan, dan wel die zich nadien hebben voorgedaan.

¹⁰³ Zie bijvoorbeeld Rechtbank Alkmaar 24 september 2012, *ECLI:NL:RBALK:2012:BX8124* (Hoomse gynaecoloog, voorwaardelijke ontzetting uit het beroep). Daarbij wordt opgemerkt dat de Minister van Veiligheid en Justitie (V&J) na overleg met de Minister van VWS heeft besloten het strafrechtelijk algeheel beroepsverbod als bijkomende straf mogelijk te maken bij de misdrijven mishandeling (waaronder begrepen benadeling van de gezondheid, artikelen 300-304 Sr) en het in hulpeloze toestand achterlaten van aan zorg toevertrouwde personen (artikel 255 Sr), zie Kamerstukken II 2012/13, 31016, nr. 55 (Brief van de Minister van VWS). Eerder veroordeelde de Rechtbank Amsterdam een arts al tot een ontzetting uit het recht tot directe of indirecte uitoefening van een beroep in de gezondheidszorg of maatschappelijke zorg voor de duur van tien jaren, zie Rechtbank Amsterdam 20 april 2012, *ECLI:NL:RBAMS:2012:BW3465*. Zie voorts Rechtbank Limburg 8 september 2015, *GZR* 2015-0390 (verboden om werkzaam te zijn als hulp- of zorgverlener in de gezondheidszorg gedurende vijf jaren) Zie uitvoeriger over het beroepsverbod als bijkomende straf J. Geertsma en M. Slaghekke, 'Het ontzetten uit beroep of ambt', *NJB* 2015/2170 en M. Malsch e.a. (NSCR), Strafrechtelijke ontzetting uit beroep of ambt, Amsterdam oktober 2009. Zie voor het niet opleggen van een straf of maatregel wegens publiciteit en eerdere berisping door de tuchtrechter Gerechtshof Amsterdam 17 juni 2014, *TvGR* 2014, 37, met nt. D.J.P. van Barneveld (Hoomse gynaecoloog), tevens besproken door P.M.J. Eken-De Vos, 'Strafrechtelijke aansprakelijkheid', *TLP* 2016, nr. 3, p. 43-47. Zie daarentegen Rechtbank Limburg 8 september 2015, *GZR* 2015-0390 voor de overweging dat een door de tuchtrechter uitgesproken doorhaling geen reden vormt om een gevangenisstraf achterwege te laten.

¹⁰⁴ M. Malsch e.a. (NSCR), Strafrechtelijke ontzetting uit beroep of ambt, Amsterdam oktober 2009, p. 22, 88.

¹⁰⁵ M. Malsch e.a. (NSCR), Strafrechtelijke ontzetting uit beroep of ambt, Amsterdam oktober 2009, p. 35, 40.

¹⁰⁶ Zie bijvoorbeeld Rechtbank Noord-Holland 20 september 2016, *GZR* 2017-0020.

¹⁰⁷ Zie bijvoorbeeld Rechtbank Overijssel 1 juli 2016, *GZR* 2017-0019.

Terzijde wordt nog gewezen op artikel 51h Sv dat de mogelijkheid kent van bemiddeling tussen de verdachte en het slachtoffer. Indien een bemiddeling tussen het slachtoffer en de verdachte tot een overeenkomst heeft geleid, houdt de rechter, indien hij een straf en maatregel oplegt, daarmee rekening.¹⁰⁸ Ons zijn (nog) geen uitspraken in medische zaken bekend waarin bemiddeling heeft plaatsgevonden en tot een strafvermindering heeft geleid. Dat neemt echter niet weg dat de mate van belangstelling of 'nazorg' van de verdachte ten aanzien van het slachtoffer of het ontbreken daarvan (wel degelijk) ook buiten de gevallen van een formele bemiddeling een rol speelt bij de strafoplegging. Datzelfde geldt (zij het mogelijk in mindere mate) voor de afwikkeling van de financiële gevolgen van het slachtoffer.

10. TOT SLOT

Het strafrecht lijkt een nadrukkelijker instrument voor genoegdoening geworden: het accent is meer komen te liggen op de verantwoordelijkheid van de arts voor het resultaat van een geneeskundige behandeling in plaats van op het gedrag van de arts als zodanig. Wordt het resultaat van de geneeskundige behandeling niet acceptabel geacht, dan ontstaat de wens om een strafrechtelijk onderzoek in te stellen.¹⁰⁹ Desondanks werd tot 2014 weinig gebruik gemaakt van het strafrecht als reactie op een medisch incident. Jaarlijks ging het om 50 tot 75 zaken die bij het OM werden gemeld.¹¹⁰ Van dat aantal zouden vijf tot tien zaken ter terechtzitting behandeld.¹¹¹ In bijna al die gevallen werd een werkstraf opgelegd.¹¹²

Het geringe aantal strafvervolgingen kan enerzijds worden verklaard door het bestaan van het tuchtrecht, waarbij terzijde wordt opgemerkt dat een tuchtrechtelijke procedure niet aan strafvervolging in de weg staat.¹¹³ Anderzijds wordt het lage aantal verklaard door de complexiteit van medische zaken en de hoge strafrechtelijke lat die voor een strafrechtelijke veroordeling wordt aangelegd.¹¹⁴ Een reden is voorts de (soms) geringe prioriteit die het OM geeft aan 'medische zaken'.¹¹⁵ Tot slot is een specifiek probleem bij de strafvervolging in het geval van medisch handelen met een dodelijke afloop, dat een dergelijk overlijden door de lijkschouwer niet altijd als een niet-natuurlijke dood wordt beschouwd en daardoor het OM niet altijd op de hoogte wordt gesteld van een niet-natuurlijke dood als gevolg van mogelijk onjuist medisch handelen; het komt voor dat reeds om die reden een strafvervolging niet kan plaatsvinden.¹¹⁶

Wel zijn de verschuiving naar strafrechtelijke verantwoordelijkheid voor het resultaat van een geneeskundige behandeling, het feit dat naast of in plaats van de arts ook ziekenhuizen kunnen worden vervolgd en de Wet herijking strafmaxima betreffende artikel 307 Sr en 308 Sr,¹¹⁷ redenen geweest voor de verwachting dat in de toekomst vaker van het strafrecht gebruik zal worden gemaakt.¹¹⁸

¹⁰⁸ Zie ook P.A.M. Mevis, 'Strafrecht als waarborg en bedreiging van kwaliteit van zorg tegelijk', *TvGR* 2015, nr. 2, p. 40-54.

¹⁰⁹ Zie hierover uitvoerig P.A.M. Mevis, *Gezondheidsrecht en strafrecht*, preadvies Vereniging voor Gezondheidsrecht 2007, p. 128-130. Zie voor een voorbeeld van medeverantwoordelijkheid van de zorginstelling Rechtbank 's-Gravenhage 19 december 2002, *ECLI:NL:RBSGR:2002:AF2320*.

¹¹⁰ Informatie verkregen van Regioparket Rotterdam op 3 februari 2012. In 2010 waren er 67 meldingen, aldus Hoofdofficier van Justitie H. Korvinus in Trouw 14 januari 2011.

¹¹¹ Informatie verkregen van Regioparket Rotterdam op 3 februari 2012.

¹¹² Interview medisch officier van justitie M. van Eykelen in *MEDnet* januari 2010 en persbericht OM 14 januari 2010.

¹¹³ Zie voor een voorbeeld van samenloop Rechtbank Breda 10 november 2004, *ECLI:NL:RBBRE:2004:AR5394*.

¹¹⁴ Aldus M. van Eykelen, WAA-congres 25 november 2010 over de rol van het OM bij vervolging van medische fouten. Zie voorts J.L. Smeehuijzen, "Strafrechtelijke vervolging van medisch beroepsbeoefenaren wegens dood of zwaar lichamelijk letsel door schuld: uiterste terughoudendheid gepast", *TvGR* 2000, nr. 6, p. 363-374.

¹¹⁵ Zie voor kritiek op het functioneren van het OM: M. Melchior, 'Lastige zaken, lage prioriteit', *MC*, 5 januari 2007 (62) nr. 1, p. 31-35.

¹¹⁶ C. Das, *Overlijdensverklaringen en artsen: wet en praktijk* (diss. Amsterdam VU), Wageningen: Ponsen & Loijen 2004. Volgens bericht van het Regioparket Rotterdam van 3 februari 2012 gaat het om 150 meldingen per jaar en kan van een aanzienlijke onderrapportage worden gesproken.

¹¹⁷ Wet van 22 december 2005, Stb. 2006, 11.

¹¹⁸ P.A.M. Mevis, *Gezondheidsrecht en strafrecht*, preadvies Vereniging voor Gezondheidsrecht 2007, p. 128-135. Zie ook P.A.M. Mevis, 'Strafrecht als waarborg en bedreiging van kwaliteit van zorg tegelijk', *TvGR* 2015, nr. 2, p. 40-54.

Aan het inzetten van het strafrecht als instrument draagt bij dat door de IGZ en het OM een samenwerkingsprotocol is getekend, teneinde de strafvervolgning meer gestructureerd te laten verlopen.¹¹⁹ Dit protocol is in 2015 aangepast naar aanleiding van gebeurtenissen in 2014. Uitgangspunt van het aangepaste protocol is dat de IGZ vanuit haar verantwoordelijkheid voor de patiëntveiligheid en het OM vanuit zijn verantwoordelijkheid voor de opsporing en vervolging van strafbare feiten binnen de wettelijke kaders samenwerken door elkaar tijdig te informeren, door af te stemmen over de meest effectieve en proportionele inzet van handhavingsinstrumenten en door af te stemmen over de communicatie met betrekking tot lopende zaken.¹²⁰

Eerder al werd binnen het OM het Landelijk Expertisecentrum Medische Zaken (EMZ) opgericht, teneinde kennis en ervaring inzake strafvervolgning in medische zaken te bundelen.¹²¹ Dit Expertisecentrum adviseert de (medische) officieren van justitie bij de lokale onderdelen van het OM (parketten) ten aanzien van de aanpak en vervolging van medische strafzaken. Voorts heeft het OM een 'Aanwijzing feitenonderzoek/strafrechtelijk onderzoek en vervolging in medische zaken' opgesteld.¹²² In deze aanwijzing tracht het OM te verduidelijken welke criteria het hanteert bij de beslissing tot vervolging in medische zaken.¹²³

Dat inmiddels daadwerkelijk sprake lijkt te zijn van een stijging van het aantal strafzaken,¹²⁴ zou volgen uit de cijfers over 2014. In 2014 werden bij het EMZ 223 overlijdens gemeld waarbij sprake was van een niet-natuurlijke dood en waarbij een causaal verband bestond tussen de medische behandeling en het overlijden. In totaal is het EMZ in 2014 betrokken geweest bij 53 openstaande en/of lopende tegenspraakzaken.¹²⁵ In 2015 is het EMZ echter 'maar' betrokken geweest bij 25 openstaande en/of lopende tegenspraakzaken.¹²⁶ In 2016 waren dat er ook 25.¹²⁷

In 2015 was het OM bijvoorbeeld betrokken bij de zaak tegen de arts uit Oost-Brabant die bij een hernia-operatie zenuwweefsel had verwijderd waardoor de patiënt zwaar lichamelijk letsel heeft opgelopen,¹²⁸ en de zaak tegen de Hoomse gynaecoloog.¹²⁹ In 2016 vond de cassatieprocedure rond de Twentse ex-neuroloog Jansen Steur plaats.¹³⁰

Wat de cijfers ook mogen betekenen, het strafrecht is een niet te verwaarlozen juridische actie met een grote maatschappelijke en voor de betrokkenen persoonlijke zeer ingrijpende impact, die – naar wij hopen – met deze whitepaper op hoofdlijnen inzichtelijk is gemaakt.

¹¹⁹ Protocol van 19 februari 2009.

¹²⁰ Samenwerkingsprotocol gezondheidszorg 2015 (met bijlagen) d.d. 15 juni 2015. Zie ook Brief van de Minister van VWS d.d. 30 juni 2015, met kenmerk 779459-137738-IGZ.

¹²¹ Oprichting in 2001 bij het OM te Rotterdam. Zie over de organisatie ook P.M.J. Eken-De Vos, 'Strafrechtelijke aansprakelijkheid', *TLP* 2016, nr. 3, p. 43-47.

¹²² De aanwijzing is op 1 november 2010 in werking getreden, zie Stort. 2010, nr. 15449. Zij heeft het karakter van een beleidsregel. Op 24 december 2012 is een vernieuwde versie gepubliceerd, zie Stort. 2012, nr. 26863. Daarin is bijvoorbeeld duidelijker aangegeven dat samenloop van tuchtrecht en strafrecht mogelijk is.

¹²³ Zie voor een bespreking J. Legemaate, 'De strafrechtelijke vervolging van medische zaken', *NTvG* 2011;155:A3068.

¹²⁴ Zie H.J.J. Leenen, J.C.J. Dute, J.K.M. Gevers, J. Legemaate, G.R.J. de Groot, M.E. Gelpke en E.J.C. de Jong, *Handboek Gezondheidsrecht*, Den Haag: Boom Juridische uitgevers, zesde druk, 2014, p. 659 en T.M. Schalken in zijn opinie 2014/4 te downloaden via de website <www.tomschalken.nl>.

¹²⁵ Openbaar Ministerie, Rondon Rotterdam 2014/2015.

¹²⁶ Openbaar Ministerie, Rondon Rotterdam 2015/2016.

¹²⁷ Informatie Openbaar Ministerie januari 2017.

¹²⁸ Rechtbank Oost-Brabant 7 mei 2015, *GZR* 2015-0205.

¹²⁹ HR 27 oktober 2015, *ECLI:NL:HR:2015:3170*.

¹³⁰ HR 17 mei 2016, *ECLI:NL:HR:2016:862*.

This image shows a single sheet of white paper with horizontal blue ruling lines. The lines are evenly spaced and run across the width of the page. There are no margins, text, or other markings on the paper.

"U levert de beste
kwaliteit zorg."

"Wij zorgen dat u niet verstrikt
raakt in de regelgeving."

Dankzij onze aanpak kunt u doen waar u
goed in bent: zorgen voor uw cliënten.

Als zorginstelling of -professional wordt er van u verwacht dat u met steeds minder middelen, meer en betere zorg levert. Daarnaast wordt vanuit politiek en maatschappij steeds meer van de zorg verlangd. En nemen regelgeving en overheidsingrijpen hand over hand toe. Dat roept natuurlijk vragen op. Welke wetten en regels zijn op u van toepassing? Hoe richt u samenwerkingsverbanden in? En hoe gaat u om met klachten en tuchtrechtelijke procedures? Onze zorgspecialisten geven antwoord op deze en nog veel meer vragen en voorkomen dat regelgeving uw zorgkwaliteit in gevaar brengt. Wij gaan direct voor u aan de slag. Op een manier die bij u past. In een taal die u begrijpt. Hoogstpersoonlijk dus.

Kijk voor optimale juridische ontzorging op **Holla.nl/zorg**.

Coen Verberne
Specialist
Gezondheidsrecht

Holla. Hoogstpersoonlijk



Holla Advocaten

Stationsplein 101 | 5211 BM 's-Hertogenbosch
Beukenlaan 46 | 5651 CD Eindhoven
holla.nl | info@holla.nl | +31 88 44 02 400



holla
advocaten

Hoogstpersoonlijk