

ANNOTATIE

## De hulpverlener en het strafrecht.

*mr. dr. R.P. Wijne*

*Annotatie bij Rechtbank Den Haag, 30-10-2014,  
ECLI:NL:RBDHA:2014:13243 (GZR-2014-0428)*

De ‘Haagse borstendokter’ is vrijgesproken. Reden om in kaart te brengen hoe het zit met de werking van het strafrecht als een arts als verdachte wordt aangemerkt. Ik eindig met een enkel woord over de uitspraak van de rechtbank in voormelde zaak.

### **De aanvang van de vervolging**

De patiënt, dan wel zijn wettelijk vertegenwoordiger of een nabestaande, kan aangifte doen van onjuist handelen van een arts of een ziekenhuis. Of daadwerkelijk tot strafvervolging wordt overgegaan hangt echter af van de beslissing daarover van het Openbaar Ministerie (OM). Het OM kan ingevolge artikel 167 tweede lid van het Wetboek van Strafvordering (Sv) afzien van strafvervolging op gronden aan het algemeen belang ontleend. Wel kan de patiënt bezwaar maken tegen een beslissing om niet te vervolgen. Deze bevoegdheid volgt uit artikel 12 Sv.

Als verdachte wordt aangemerkt een persoon die werkzaam is in de (geestelijke) gezondheidszorg of de alternatieve gezondheidszorg 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. Een en ander geldt op grond van artikel 51 Sr ook voor rechtspersonen. Het opleggen van een straf na een aangifte en strafvervolging is mogelijk, wanneer vaststaat dat de arts of het ziekenhuis een feit heeft gepleegd, dat valt binnen een wettelijke delictsomschrijving en dat wederrechtelijk is gepleegd. Bovendien moet de arts of het ziekenhuis schuld kunnen worden verweten en dient het causaal verband tussen de normschending en de schade van de patiënt vast te staan.

Relevante strafbepalingen zijn de volgende: opzettelijk een gerechtelijke lijkschouwing beletten, belemmeren of verijdelen (art.190 Sr); uitoefenen van de geneeskunst terwijl de arts bij rechterlijke beslissing het recht tot uitoefenen ervan is ontzegd (art. 195 Sr); 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 (art. 228 Sr); 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 (art. 229 Sr); ontucht met een patiënt plegen (art. 249 tweede lid Sr); opzettelijk iemand tot wiens onderhoud hij krachtens wet of overeenkomst verplicht is, in hulpeloze toestand brengen (art. 255 Sr); opzettelijk het beroepsgeheim schenden (art. 272 Sr); moord (art. 289 Sr); opzettelijk het leven van een ander op diens uitdrukkelijk en ernstig verlangen beëindigen (art; 293 Sr); opzettelijk een ander tot zelfdoding aanzetten of daarbij behulpzaam zijn of middelen daartoe verschaffen (art; 294 Sr); geven van een behandeling aan een vrouw, wetende of redelijkerwijs vermoedende dat daardoor zwangerschap kan worden afgebroken (art; 296 Sr); mishandeling en het toebrengen van zwaar lichamelijk letsel (art. 300-304 Sr), waarbij onder mishandeling ook wordt verstaan: opzettelijke benadeling van de gezondheid, 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 (art. 82 Sr); veroorzaken van dood of lichamelijk letsel door schuld (art. 307-309 Sr); oplichting (art. 326 Sr); ten onrechte voeren van een titel (zoals 'doctor') (art. 435 Sr); onbevoegde uitoefening van het beroep (art. 436 Sr) en nalaten ogenblikkelijk hulp te verlenen bij ogenblikkelijk levensgevaar (art. 450 Sr). Overtreding van de desbetreffende strafbepaling wordt met een straf bedreigd.

Ook de Wet BIG kent een aantal strafbepalingen. Artikel 96 Wet BIG bepaalt 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. 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, 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. 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. Tot slot is nog van belang artikel 9 tweede lid Kwaliteitswet zorginstellingen (Kwz), dat onder meer het niet-naleven van artikel 4a Kwz onder omstandigheden strafbaar acht. Volgens dat laatste artikel dient de zorgaanbieder elke calamiteit die in de instelling heeft plaatsgevonden en elk seksueel misbruik waarbij een patiënt of cliënt dan wel hulpverlener van de instelling is betrokken, uitgezonderd seksueel misbruik van hulpverleners onderling, aan de IGZ te melden.

Wanneer het OM tot strafvervolgning overgaat en besluit om de zaak aan de strafrechter voor te leggen, zullen achtereenvolgens het opsporingsonderzoek door de officier van justitie en het onderzoek ter terechtzitting door de strafrechter plaatsvinden.

Terzijde zij 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 (art.180 Sv).

### **De voeging als benadeelde partij**

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. In dat verband zij wel opgemerkt dat op 28 mei 2014 een wetsvoorstel betreffende vergoeding voor zorg- en affectieschade ter consultatie is voorgelegd. Dit wetsvoorstel voorziet in de mogelijkheid om ook als anderszins betrokkene een vordering in te dienen. Deze betrokkene zou die mogelijkheid hebben als hij een beroep kan doen op artikel 6:107 BW.

Artikel 51g Sv gaat over de wijze van voegen. 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. De toewijsbaarheid van de vordering wordt beoordeeld aan de hand van het civiele

(bewijs)recht. 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' voorkwam. Dit criterium is veranderd met een wetsaanpassing van 1 januari 2011: de vordering mag geen onevenredige belasting van het strafrechtsgeding met zich brengen. 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 uitzoeken hoe het zit kan al snel een onevenredige belasting voor het strafproces met zich brengen.

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. 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 genoemd. Voorts is het de patiënt niet toegestaan om het bedrag van de in eerste aanleg gevorderde vergoeding te verhogen.

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 geld 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 uitkeert als de verdachte dat niet doet. 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 niet ontvankelijk. 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, dat ontslag van rechtsvervolging tot gevolg kan hebben evenals een vrijspraak. Niet strafbaar is bijvoorbeeld de arts die gehandeld heeft als een goed hulpverlener bij een geïndiceerde medische behandeling waarvoor de patiënt toestemming heeft gegeven. Ook komt het voor dat de arts een beroep doet op de aanwezigheid van een 'noodtoestand' als rechtvaardigingsgrond voor zijn handelen. De arts kan zich echter niet aan strafvervolging onttrekken, indien hij weliswaar tegenover elkaar staande belangen en plichten heeft afgewogen, doch tot een, objectief beschouwd, ongerechtvaardigd oordeel is gekomen. 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.

De door de strafrechter aan een arts of ziekenhuis op te leggen en opgelegde straf varieert overigens al naar gelang de ernst van het gepleegde strafbare feit en kan variëren van een boete tot een gevangenisstraf. Als bijkomende maatregel kan de strafrechter de arts ontzetten uit zijn recht tot het uitoefenen van het beroep.

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. Mij zijn (nog) geen uitspraken in medische zaken bekend waarin de bemiddeling heeft plaatsgevonden en tot een strafvermindering heeft geleid.

### **Het strafrecht als instrument**

Het strafrecht lijkt inmiddels 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. Desondanks wordt weinig gebruikgemaakt van het strafrecht als reactie op een medisch incident. Jaarlijks gaat het om 50 tot 75 zaken die bij het OM worden gemeld. Van dat aantal worden vijf tot tien zaken ter terechtzitting behandeld. In bijna al die gevallen wordt een werkstraf opgelegd. 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. Anderzijds wordt het lage aantal verklaard door het vereiste van een ernstige mate van verzuim, wil het OM tot vervolging overgaan. Een reden is voorts de (soms) geringe prioriteit die het OM geeft aan 'medische zaken'. Tot slot is een specifiek probleem bij de strafvervolging in het geval van medisch handelen met een dodelijke afloop, dat het OM niet altijd op de hoogte wordt gesteld van het feit dat vermoedelijk sprake is van een niet-natuurlijke dood als gevolg van mogelijk onjuist medisch handelen en strafvervolging om die reden niet kan plaatsvinden.

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 reden (geweest) om de verwachting uit te spreken dat in de toekomst vaker van het strafrecht

gebruik zal worden gemaakt. Inmiddels lijkt dit ook het geval te zijn, al ontbreken harde cijfers daartoe. 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. Eerder al werd het Landelijk Expertisecentrum Medische Zaken opgericht, teneinde kennis en ervaring inzake strafvervolgning in medische zaken te bundelen. Voorts heeft het OM een 'Aanwijzing feitenonderzoek/strafrechtelijk onderzoek en vervolging in medische zaken' opgesteld. In deze aanwijzing tracht het OM te verduidelijken welke criteria het hanteert bij de beslissing tot vervolging in medische zaken.

### **En dan tot slot**

En dan tot slot nog een enkel woord betreffende de kwestie van de Haagse borstendokter. Het OM heeft inmiddels hoger beroep ingesteld, wat in de lijn der verwachtingen lag. Het wekt bevreemding dat daar waar het Centraal Tuchtcollege op 23 juni 2011, ECLI:NL:TGZCTG:2011:YG1358, de doorhaling van de arts in het BIG-register bevestigde wegens ernstige tekortkomingen – uitvoerig gemotiveerd door het regionaal tuchtcollege – de strafrechter van mening is dat het handelen van de arts 'lege artis' kan worden genoemd en dat hem een beroep toekomt op de medische exceptie. De tuchtrechter stelde namelijk vast dat de behandelkamer niet geschikt was, dat de arts ten onrechte geen MRSA-onderzoek onderging, dat hij een insufficiënte operatietechniek hanteerde, dat het ontbrak aan juiste apparatuur voor zuurstoftoediening, aan een reanimatieteam en een noodverwijsprocedure, dat de nazorg onvoldoende gegarandeerd was, dat de patiëntendossiers niet op orde waren en dat de apparatuur niet werd onderhouden, althans niet op afdoende wijze.

Wellicht wreekt zich hier de omstandigheid dat de rechtbank niet over alle stukken beschikte – zo ontbreekt het IGZ-dossier – maar 'bijzonder' is de uitspraak in het licht van de overweging van de tuchtrechter wel.