

## Vrijspraak voormalig neuroloog van het als arts opzettelijk in hulpeloze toestand brengen of laten van zijn patiënten en het opzettelijk benadelen va...

HR 17-05-2016, ECLI:NL:HR:2016:862, m.nt. P.A.M. Mevis

**Instantie**

Hoge Raad (Strafkamer)

**Datum**

17 mei 2016

**Magistraten**

Mrs. A.J.A. van Dorst, J. de Hullu, E.S.G.N.A.I. van de Griend

**Zaaknummer**

15/03432

**Conclusie**

A-G mr. G. Knigge

**Noot**

P.A.M. Mevis

**Annotatorprofiel**

Redactie

[P. Mevis](#)

**Folio weergave**

[Download gedrukte versie \(PDF\)](#)

**Vakgebied(en)**

Materieel strafrecht / Delicten Wetboek van Strafrecht

Strafprocesrecht / Terechtzitting en beslissingsmodel

Materieel strafrecht / Algemeen

**Brondocumenten**

ECLI:NL:HR:2016:862, Uitspraak, Hoge Raad (Strafkamer), 17â€5â€2016

ECLI:NL:PHR:2016:129, Conclusie, Hoge Raad (Advocaat-Generaal), 22â€3â€2016

Beroepschrift, Hoge Raad, 18â€1â€2016

Beroepschrift, Hoge Raad, 03â€1â€2015

**Wetgeving**

Art. 255, 300 Sr

### Essentie

**Vrijspraak voormalig neuroloog van het als arts opzettelijk in hulpeloze toestand brengen of laten van zijn patiënten en het opzettelijk benadelen van hun gezondheid door het stellen van en volharden in verkeerde diagnoses.**

**Het hof kon oordelen dat de verdachte ten tijde van zijn handelen niet bewust de aanmerkelijke kans op letsel en/of benadeling van de gezondheid en op het in hulpeloze toestand brengen en/of laten heeft aanvaard, zodat het tenlastegelegde opzet niet bewezen kan worden verklaard. De vrijspraak is niet onbegrijpelijk en toereikend gemotiveerd. Dat de verdachte heeft gehandeld in zijn hoedanigheid van neuroloog, maakt dit niet anders. Vervolg op Hof Arnhem-Leeuwarden 18 juni 2015, *NJFS* 2015/164.**

### Partij(en)

*Arrest* op het beroep in cassatie tegen een arrest van het Gerechtshof Arnhem-Leeuwarden, zittingsplaats Arnhem, van 18 juni 2015, nummer 21/001073-14, in de strafzaak tegen: J. Adv.: mr. V.A Groeneveld, te Amsterdam.

### Voorgaande uitspraak

## Cassatiemiddel (openbaar ministerie):

### Inleidende opmerkingen

Het gaat in deze zaak om een neuroloog, die er (onder meer) van verdacht wordt dat hij zijn patiënten heeft mishandeld, althans opzettelijk de gezondheid van zijn patiënten heeft benadeeld en zijn patiënten in hulpeloze toestand heeft gebracht of gelaten, met zwaar lichamelijk letsel of de dood als gevolg (artt. 300, vierde lid, 255 en 257 Sr).

Verdachte is door het Hof vrijgesproken omdat het Hof niet bewezen achtte dat hij gehandeld heeft met (voorwaardelijk) opzet ten aanzien van de hem onder 1 tot en met 17 tenlastegelegde feiten. Rekwiranten menen dat het Hof met dit oordeel blijk heeft gegeven van een onjuiste rechtsopvatting, althans dat dit oordeel onvoldoende is gemotiveerd.

Het eerste middel komt met rechts- en motiveringsklachten op tegen de vrijspraken ter zake van mishandeling, dan wel opzettelijke benadeling van de gezondheid van de in de tenlastelegging genoemde personen. Het Hof heeft naar de mening van rekwiranten een onjuist, althans te beperkt, toetsingskader gehanteerd, nu het Hof bij zijn beoordeling het delictsgebonden karakter van het opzetbegrip heeft miskend. Volgens rekwiranten heeft het Hof ten onrechte niet de specifiek op het onderhavige delict of delictstype toegesneden normen in zijn beoordeling betrokken. Verdachte was als arts gebonden aan de professionele standaard van zijn beroepsgroep. Op basis van de tussen verdachte en zijn patiënten tot stand gekomen behandelovereenkomst en met name ook de kennis en ervaring van verdachte als vooraanstaand neuroloog, rustte op hem een *Garantenstellung*, die hem tot (ander) handelen verplichtte waar dit naar medisch inzicht nodig is. Het Hof had de aard, inhoud en omvang van deze medische zorgplicht moeten betrekken bij de vraag in hoeverre er sprake was van (voorwaardelijk) opzet. Anders dan het Hof heeft gedaan, diende deze bij de beantwoording van die vraag ook acht te slaan op de aard van de gedraging en de omstandigheden van het geval, in combinatie met de algemene ervaringsregels.

Voorts is het oordeel van het Hof, dat voorwaardelijk opzet niet is bewezen, volgens rekwiranten onbegrijpelijk, omdat het Hof enerzijds heeft overwogen dat verdachte als arts op grove wijze zorgvuldigheidsnormen, protocollen of richtlijnen heeft geschonden en schromelijk is tekortgeschoten jegens zijn patiënten, maar anderzijds, kennelijk doorslaggevend, gewicht heeft toegekend aan verklaringen van getuigen dat verdachte altijd bereid was om diensten over te nemen, dat hij zich uitsloofde voor mensen om allerlei dingen te regelen en dat hij heel betrokken was bij zijn patiënten. Zonder nadere toelichting vermogen rekwiranten niet in te zien wat de relevantie is van de inhoud van deze getuigenverklaringen bij de beoordeling van de vraag of sprake is van voorwaardelijk opzet en hoe dit kan afdoen aan de door het Hof vastgestelde schromelijke tekortkomingen van verdachte.

Het tweede middel richt zich met rechts- en motiveringsklachten tegen de vrijspraken ter zake van het opzettelijk in hulpeloze toestand brengen en laten van de in de tenlastelegging genoemde personen. 's Hof's toetsingskader om te kunnen komen tot een bewezenverklaring van (voorwaardelijk) opzet in zaken als de onderhavige, alsmede de uitleg van het delictsbestanddeel 'hulpeloze toestand' als bedoeld in art. 255 Sr getuigen naar de mening van rekwiranten van een onjuiste rechtsopvatting. Daarnaast zijn de vrijspraken op dit punt niet (zonder meer) begrijpelijk, althans ontoereikend gemotiveerd. De vrijspraken van de op dit delict toegesneden feiten berusten onder meer op de overweging dat het enkel bemoeilijken van de vrije keuze van een patiënt om zich niet (geregeld) onder behandeling te stellen of om geen gebruik te maken van een second opinion, in de regel onvoldoende is voor strafbaarheid op grond van art. 255 Sr. Rekwiranten menen dat het Hof daarmee is uitgegaan van een onjuiste, althans te beperkte uitleg van het delictsbestanddeel 'hulpeloze toestand' als bedoeld in art. 255 Sr. Daarnaast stellen rekwiranten zich op het standpunt dat het oordeel van het Hof op dit punt onbegrijpelijk is.

Naast het belang van rekwiranten bij de onderhavige zaak, bestaat het belang van het openbaar ministerie eruit duidelijkheid te krijgen over het toetsingskader ter zake (voorwaardelijk) opzet in medische strafzaken.

### Eerste middel van cassatie

Schending van het recht en/of verzuim van vormen waarvan de niet-inachtneming nietigheid meebrengt als bedoeld in art. 79 lid 1 RO, waarbij in het bijzonder is/zijn geschonden de art. 300 Sr en/of de art. 350 en/of 358 en/of 359, in verbinding met art. 415 Sv, aangezien het Hof, zoals hieronder nader zal worden toegelicht, bij zijn oordeel dat bij verdachte geen sprake was van (voorwaardelijk) opzet op mishandeling en/of benadeling van de gezondheid van zijn patiënten blijk heeft gegeven van een onjuiste rechtsopvatting door het in zaken als de onderhavige geldende toetsingskader te miskennen en aldus, met verlating van de grondslag van de tenlastelegging, heeft vrijgesproken van iets anders dan is tenlastegelegd en/of dat 's Hof's oordeel niet zonder meer begrijpelijk is en/of innerlijk tegenstrijdig, althans ontoereikend gemotiveerd.

### Toelichting

1.

Aan verdachte is, voor zover voor de beoordeling van dit middel van belang, tenlastegelegd dat:

“2

hij, in de periode van 25 september 1997 tot en met 11 maart 2000, te a-plaats en/of b-plaats, in elk geval in Nederland,

meermalen, althans eenmaal,  
opzettelijk een persoon, te weten mevrouw V., geboren (...) 1938, heeft mishandeld, althans opzettelijk de gezondheid van die V. heeft benadeeld, immers,  
heeft verdachte (telkens), gehandeld in strijd met goed hulpverlenerschap (neergelegd in artikel 7:453 BW), door (zonder informed consent, neergelegd in artikel 7:448 BW jo. 7:450 BW),

- bij die V. de onjuiste (differentiaal)diagnose Multi Systeem Atrofie (MSA) te stellen, door (in strijd met de/het (destijds) geldende richtlijn (en) en/of protocol(len)) de diagnose (alleen) te baseren op één (of meer) niet-gevalideerd(e) en/of niet-geïndiceerd(e) (medisch(e)) onderzoek(en), (te weten een (IBZM) SPECT-scan) en/of onvoldoende (klinisch) onderzoek te verrichten dan wel de uitkomsten van dat (of ander) (klinisch) onderzoek niet of onvoldoende te betrekken bij het stellen van de diagnose MSA en/of bij de inhoud van de daarop volgende behandeling en/of
- (vervolgens) V. deze onjuiste en/of onvoldoende medisch onderbouwde en/of onvoldoende onderzochte (differentiaal)diagnose MSA aan haar, V., mede te delen en/of
- vast te ouden aan de onjuiste (differentiaal)diagnose MSA, dit terwijl de/het uitgevoerde gevalideerd(e) (medisch(e)) onderzoek(en) geen althans geringe afwijking(en) liet(en) zien en/of de klinische (parkinsonistische) verschijnselen passend bij de ziekte MSA ontbraken, waardoor de diagnose MSA niet bevestigd en/of gesteld kon worden en/of
- (vervolgens) V. deze onjuiste en/of onvoldoende medisch onderbouwde en/of onvoldoende onderzochte (differentiaal)diagnose MSA aan haar, V., mede te delen en/of
- bij die V. de onjuiste (differentiaal)diagnose Multi Systeem Atrofie (MSA) te stellen, door (in strijd met de/het (destijds) geldende richtlijn (en) en/of protocol(len)) de diagnose (alleen) te baseren op één (of meer) niet-gevalideerd(e) en/of niet-geïndiceerd(e) (medisch(e)) onderzoek(en), (te weten een (IBZM) SPECT-scan) en/of onvoldoende (klinisch) onderzoek te verrichten dan wel de uitkomsten van dat (of ander) (klinisch) onderzoek niet of onvoldoende te betrekken bij het stellen van de diagnose MSA en/of bij de inhoud van de daarop volgende behandeling en/of
- (vervolgens) V. deze onjuiste en/of onvoldoende medisch onderbouwde en/of onvoldoende onderzochte (differentiaal)diagnose MSA aan haar, V., mede te delen en/of
- in strijd met de geldende richtlijn(en) en/of het/de protocol(len) bij V. de onjuiste diagnose Alzheimer en/of dementieel syndroom te stellen en/of aan V. mede te delen, terwijl verdachte geen (aanvullend(e)) gevalideerd(e) onderzoek(en) heeft (laten) uitvoeren/uitgevoerd die de diagnose Alzheimer en/of dementieel syndroom kon(den) bevestigen dan wel ontkrachten en/of
- zonder voorafgaande (verplichte) MMSE-test bij die V. en/of met behulp van (een) vervalst(e) en/of valselijk opgemaakt(e) machtigingsformulier(en), aan V. het geneesmiddel Exelon voor te schrijven en/of V. met dit geneesmiddel te behandelen, terwijl dit geneesmiddel niet geïndiceerd was en/of V. niet althans onvoldoende voor te lichten over de risico's en/of bijwerkingen van dit geneesmiddel en/of
- aan V. het/de geneesmiddel(len) Aurorix en/of Madopar en/of Exelon voor te schrijven, (een) geneesmiddel(en) dat/die een (onderliggende) psychose en/of manie kan/kunnen doen manifesteren en/of verergeren en/of het risico op tentamen suïcide kan/kunnen vergroten, dit terwijl verdachte bekend was met depressieve klachten en/of suïcidaliteit van V. en/of geen, althans onvoldoende aandacht te besteden aan en/of zich onvoldoende rekenschap te geven van de bij V. manifesterende (bovengenoemde) bijwerking(en) en/of V. niet, althans onvoldoende voor te lichten over de risico's en/of bijwerkingen van dit/die geneesmiddel(en) en/of
- in strijd met de (destijds) geldende (CVZ) richtlijn(en) en/of het/de protocol(len) geen zorg te dragen voor een (adequate) follow-up van de gestelde diagnose (Alzheimer) en/of (een) door hem, verdachte, (voorgeschreven) geneesmiddel(len) en/of
- de medebehandelaars (huisarts en/of psychiater en/of revalidatiearts) die betrokken waren bij de behandeling van V. niet, althans onvoldoende in staat te stellen de klachten van V. op de juiste wijze te interpreteren en/of te behandelen, door niet, althans onvoldoende met deze medebehandelaars te communiceren over de/het door hem, verdachte, bij V. gedane medische bevindingen en/of ingezette (medicatie)beleid en/of

(etc.; red.)”

## 2.

De feiten 1 tot en met 16, telkens even en feit 17, tweede onderdeel, op de tenlastelegging zien op het mishandelen, dan wel opzettelijk benadelen van de gezondheid met (feit 2: de dood, althans) zwaar lichamelijk letsel als gevolg.

### 3.1

Het Hof heeft verdachte vrijgesproken van het onder 1 tot en met 16, even en feit 17, tweede onderdeel tenlastegelegde, omdat naar het oordeel van het Hof opzet bij verdachte niet bewezen kon worden.

(...)

### 3.2

Het Hof begint zijn overwegingen met het aanhalen van de redenering van de Rechtbank. Die overwegingen laten zich aldus begrijpen dat het Hof de overwegingen van de Rechtbank overneemt waar zij heeft vastgesteld dat i) verdachte niet heeft voldaan aan de in de destijds geldende richtlijnen en protocollen gestelde criteria voor de diagnostiek, maar dat hij zijn diagnoses met name heeft gebaseerd op niet-gevalideerd onderzoek, ii) verdachte heeft verzuimd (tijdig) valide onderzoek te doen, zoals een neuropsychologisch onderzoek en zijn diagnose daarop tijdig bij te stellen, iii) dat verdachte middels een vervalsing van de MMSE-test het niet geïndiceerde medicijn Exelon heeft voorgeschreven en daarbij onvoldoende acht heeft geslagen op de bijwerkingen die de patiënten van dat medicijn en andere medicatie hadden en iv) dat verdachte heeft gekozen voor een behandeling die past bij een niet 'lege-artis' gestelde diagnose. Het Hof is evenwel van oordeel dat dit niet toereikend is om te kunnen bewijzen dat verdachte zich willens en wetens heeft blootgesteld aan de aanmerkelijke kans dat het gevolg zou intreden.

### 4.

Volgens vaste rechtspraak is voorwaardelijk opzet op een bepaald gevolg — zoals hier letsel en/of pijn — aanwezig, indien de verdachte zich willens en wetens heeft blootgesteld aan de aanmerkelijke kans dat dit gevolg zal intreden. De beantwoording van de vraag of in een concreet geval moet worden aangenomen dat sprake is van voorwaardelijk opzet, zal afhangen van de feitelijke 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. In alle gevallen zal het moeten gaan om een kans die naar algemene ervaringsregels aanmerkelijk is te achten. Voor de vaststelling dat de verdachte zich willens en wetens heeft blootgesteld aan zulk een kans (of deze kans welbewust heeft aanvaard) is niet alleen vereist dat verdachte wetenschap heeft (gehad) van de aanmerkelijke kans dat het gevolg zal intreden, maar ook dat hij die kans ten tijde van de gedraging welbewust heeft aanvaard ('op de koop toe heeft genomen'). [\[1\]](#)

### 5.

Toegesplitst op de onderhavige zaak valt de toets van het voorwaardelijk opzet aldus uiteen in drie onderdelen: (I) de aanmerkelijke kans dat patiënten pijn en/of letsel zou worden toegebracht of in hun gezondheid zouden worden benadeeld, (II) de wetenschap bij verdachte van die aanmerkelijke kans en (III) de bewuste aanvaarding van die kans. Het Hof heeft zich blijkens zijn hiervoor onder 3. weergegeven overwegingen uitsluitend uitgelaten over de vraag of verdachte wetenschap had van die aanmerkelijke kans (II) en of hij die aanmerkelijke kans heeft aanvaard (III). Het Hof formuleert de door hem te beantwoorden vraag immers aldus:

"De vraag in deze is, of verdachte wist dat zijn handelwijze de aanmerkelijke kans op een verkeerde diagnose omvatte en (dus) inadequate behandeling met alle gevolgen van dien, maar dat hij niettemin die gevolgen bewust op de koop toe heeft genomen."

In de overwegingen van het Hof ligt dan ook besloten dat het van oordeel is dat aan onderdeel (I) is voldaan en derhalve de aanmerkelijke kans bestond dat aan de patiënten van verdachte pijn en/of letsel zou worden toegebracht of dat zij in hun gezondheid zouden worden benadeeld.

### 6.

Bij de beantwoording van de door het Hof geformuleerde kernvraag of verdachte wist van die aanmerkelijke kans en dat hij die kans bewust op de koop toe heeft genomen, gaat het Hof uit van de verklaring van de verdachte, inhoudende — kort gezegd — dat hij te goeder trouw heeft gehandeld. Volgens het Hof vindt de verklaring van verdachte steun in onder meer de medische dossiers van aangevers en de verklaringen van getuigen en deskundigen, een en ander zoals weergegeven onder 3. Bijgevolg heeft het Hof verdachte vrijgesproken omdat opzet bij hem niet bewezen kon worden.

### 7.

Naast het algemene toetsingskader voor het aannemen van voorwaardelijk opzet, zoals hiervoor weergegeven onder 4, dient de strafrechter ook te betrekken de specifiek op het delict of delictstype toegesneden normen. [\[2\]](#) Volgens De Hullu spelen het type delict en de bijzondere omstandigheden van het geval een belangrijke rol bij de vaststelling van het voorwaardelijk opzet. [\[3\]](#)

In de verhouding tussen een arts en zijn patiënt staat de behandelovereenkomst tussen beiden centraal. Mede op grond daarvan rust op medisch beroepsbeoefenaren een verhoogde zorgplicht, waarbij als maatstaf geldt 'de zorgvuldigheid die men van een gemiddeld goed medisch beroepsbeoefenaar mag verwachten'. De arts dient zich volgens de medisch-professionele standaard [\[4\]](#) te gedragen (art. 7:453 BW) als een redelijk bekwaam beroepsbeoefenaar en zijn patiënt verantwoorde zorg te leveren. [\[5\]](#) In gevallen als de onderhavige geldt dus niet als maatstaf wat zou gelden voor een gemiddeld burger waar het betreft de wetenschap van de aanmerkelijke kans en de bewuste aanvaarding daarvan, maar wat zou gelden voor een gemiddeld arts met dezelfde kennis en ervaring als waarover verdachte beschikte. Het gaat hier om de zg. *Garantenstellung*, die inhoudt dat als iemand een beroep of functie uitoefent, op grond daarvan hogere eisen aan

zijn kennis en bekwaamheid gesteld kunnen worden.<sup>[6.]</sup> Wanneer een arts over specialistische kennis beschikt en meer dan gemiddeld bekwaam is op een bepaald vakgebied, kan die standaard echter hoger liggen.<sup>[7.]</sup> In dat geval geldt voor hem bij gebruik van die extra bekwaamheid dus niet de maatstaf die voor minder bekwame collega's geldt. <sup>[8.]</sup>

## 8.

Een arts kan afwijken van de professionele standaard, mits hij dat doet in het belang en met instemming van de patiënt.<sup>[9.]</sup> Op de arts rust in een dergelijk geval de plicht om de afwijking gemotiveerd in het medisch dossier vast te leggen.<sup>[10.]</sup> Bij de beoordeling van voorwaardelijk opzet in medische zaken als de onderhavige, meer in het bijzonder of de medisch beroepsbeoefenaar, zoals hier een gepromoveerd neuroloog, wetenschap had van de aanmerkelijke kans op pijn en/of letsel, dan wel de benadeling van de gezondheid en die ook bewust heeft aanvaard, is naar de mening van rekwiranten de centrale vraag of die beroepsbeoefenaar welbewust in strijd met de professionele standaard heeft gehandeld, terwijl zulks niet in het belang van de patiënt is noch met zijn instemming is gebeurd. Indien die vraag bevestigend wordt beantwoord, kan daarmee tevens op basis van de op hem rustende Garantenstellung door de strafrechter worden aangenomen dat de beroepsbeoefenaar wetenschap had van die aanmerkelijke kans en dat hij die kans ook heeft aanvaard. Die Garantenstellung houdt immers onder meer in de plicht tot ingrijpen waar dit naar medisch inzicht nodig is. Wie welbewust in strijd met de professionele standaard handelt en niet ingrijpt, waar dat medisch gezien wel van hem wordt verlangd, wordt geacht het gevolg te hebben aanvaard. Het voorgaande geldt naar de mening van rekwiranten temeer als een behandeling wordt toegepast waarover geen wetenschappelijke consensus bestaat.

Rekwiranten wijzen in dit verband naar de noot van prof. mr. T.M. Schalken onder het onderhavige arrest van het Hof.<sup>[11.]</sup> In zijn noot schrijft Schalken dat van voorwaardelijk opzet geen sprake kan zijn als een arts zijn verkeerde diagnose dan wel behandeling tijds aan gewijzigd inzicht aanpast. Als hij dat niet doet — waar hij dat wel had behoren te doen — wordt in het strafrecht aangenomen dat hij — ook al wilde hij steeds het goede doen — toch de aanmerkelijke kans op beschadiging van de gezondheid heeft aanvaard, tenminste in de zin van op de koop toe genomen. Want voor de professional geldt, volgens Schalken, dat hij overeenkomstig de voor hem geldende algemene standaard heeft te handelen. Dit normatieve aspect als Garantenstellung (waarbij overigens de door de Hoge Raad aangebrachte opzet-beperking niet aan de orde is) behoort onlosmakelijk deel uit te maken van de standaard die op de medische beroepsuitoefening van toepassing is, aldus Schalken.

## 9.

Het Hof heeft bij de beantwoording van de vraag of verdachte wetenschap had van de aanmerkelijke kans dat zijn patiënten ten gevolge van zijn handelen pijn en/of letsel zouden oplopen, dan wel dat hun gezondheid zou worden benadeeld en of hij die kans bewust heeft aanvaard, niet (kenbaar) betrokken dat aan verdachte vanuit zijn positie als vooraanstaand neuroloog hogere eisen gesteld moesten worden ten aanzien van diens wetenschap en bewuste aanvaarding van die aanmerkelijke kans, noch daaraan getoetst. Het Hof heeft naar de mening van rekwiranten aldus blijk gegeven van een onjuiste rechtsopvatting door het toepasselijke toetsingskader ter zake (voorwaardelijk) opzet in medische zaken als de onderhavige te miskennen en aldus, met verlating van de grondslag van de tenlastelegging, vrijgesproken van iets anders dan is tenlastegelegd.

## 10.

Het Hof heeft onder het kopje ' *Algemeen* ' overwogen dat het feit dat verdachte op grove wijze zorgvuldigheidseisen, protocollen of richtlijnen heeft geschonden, niet voldoende is voor voorwaardelijk opzet, maar dat dit op zich hooguit aanmerkelijke verwijtbare onachtzaamheid ofwel schuld in de zin van culpa oplevert.

Naar de mening van rekwiranten heeft het Hof, door dit als algemeen uitgangspunt aan te nemen, blijk gegeven van een onjuiste rechtsopvatting en daarbij het hiervoor onder 9 weergegeven toetsingskader miskend.

### 11.1

De overwegingen van het Hof onder het kopje ' *Oordeel van het hof Redenering van de rechtbank* ' laten, zoals gesteld onder 3.2 bezwaarlijk een andere lezing toe dan dat het Hof de vaststellingen van de Rechtbank overneemt dat i) verdachte niet heeft voldaan aan de in de destijds geldende richtlijnen en protocollen gestelde criteria voor de diagnostiek, maar dat hij zijn diagnoses met name heeft gebaseerd op niet-gevalideerd onderzoek, ii) dat verdachte heeft verzuimd (tijdig) valide onderzoek te doen, zoals neurologisch onderzoek, en zijn diagnose daarop tijdig bij te stellen, iii) dat verdachte middels een vervalsing van de MMSE-test het niet geïndiceerde medicijn Exelon heeft voorgeschreven en daarbij onvoldoende acht heeft geslagen op de bijwerkingen die de patiënten van dat medicijn en andere medicatie hadden en iv) dat verdachte heeft gekozen voor een behandeling die past bij een niet 'lege-artis' gestelde diagnose.

Het Hof heeft daar aan toegevoegd dat v) verdachte ten minste vanaf 1992 als neuroloog is gaan disfunctioneren en steeds slordiger, ondoordachter en eigenzinniger zijn praktijk uitoefende, mede onder invloed van zijn sinds 1999 steeds ernstiger wordende verslaving aan benzodiazepinen, vi) dat verdachte er van overtuigd was dat het geneesmiddel Exelon ook in het voorstadium van Alzheimer een gunstig effect had op het verloop van de ziekte en vii) dat verdachte de MMSE-test fictief

afnam om zo een vergoeding door de ziektekostenverzekeraar van het geneesmiddel Exelon voor aangevers te realiseren. Hoewel rekwiranten zich realiseren dat de selectie en waardering van het beschikbare bewijsmateriaal is voorbehouden aan de feitenrechter en dat de beslissing daaromtrent in cassatie niet met vrucht kan worden bestreden, is naar de mening van rekwiranten niet, althans niet zonder meer, begrijpelijk dat het Hof na de vaststellingen zoals hiervoor onder i) tot en met vii) weergegeven, tot het oordeel komt dat daarmee nog niet vaststaat dat verdachte wetenschap had van de aanmerkelijke kans op pijn en/of letsel bij zijn patiënten en/of van de benadeling van hun gezondheid en dat hij die aanmerkelijke kans bewust heeft aanvaard door deze op de koop toe te hebben genomen. Dat a) in professionele kringen nog niet een algemeen bekend gegeven was dat verdachte zijn diagnose had moeten bijstellen toen vele aangevers ernstige bijwerkingen van het middel Exelon meldden, en b) dat de stelling van verdachte is dat hij te goeder trouw heeft gehandeld en niet opzettelijk een verkeerde diagnose heeft gesteld en dus niet-geïndiceerde medicijnen heeft voorgeschreven, steun vindt in de dossiers van aangevers doet hieraan naar de mening van rekwiranten niet af. Het Hof heeft ten aanzien van die dossiers immers vastgesteld dat die gebrekkig waren en voornamelijk aantekeningen bevatten van consulten en brieven, geschreven door verdachte zelf. Daarmee heeft verdachte niet voldaan aan zijn verplichting op grond van art. 7:454 BW om deugdelijke patiëntendossiers aan te leggen. Dat verdachte volgens collega's die met hem hebben samengewerkt altijd bereid was om diensten over te nemen, dat verdachte heel betrokken was bij zijn patiënten, erg met zijn patiënten begaan was, hen nooit in de kou liet staan en alle tijd voor hen nam is, naar de mening van rekwiranten, niet zonder meer relevant en in ieder geval ontoereikend om de eerder door het Hof vastgestelde tekortkomingen van verdachte op te heffen.<sup>[12]</sup>

## 11.2

Ten aanzien van feit 2 (zaak V.) heeft het Hof deskundigen aangehaald die het verwijtbaar achten dat verdachte in het vervoltraject te veel gefixeerd is gebleven op zijn eerste diagnose, daarbij in follow up tekort is geschoten en onvoldoende oog heeft gehad voor de werking en bijwerkingen van de voorgeschreven medicatie, heeft nagelaten anderen te raadplegen, dat de verslaglegging van verdachte te kort schiet en dat hij tekort is geschoten in zijn communicatie met patiënten. 's Hofs oordeel dat verdachte daardoor onmiskenbaar op meerdere punten is tekort geschoten in zijn medische handelen, maar dat onvoldoende aanknopingspunten aanwezig zijn om te kunnen komen tot vaststelling van voorwaardelijk opzet is naar de mening van rekwiranten eveneens onbegrijpelijk, nu de door het Hof vastgestelde fouten van verdachte juist wel wijzen op voorwaardelijk opzet.

## 11.3

Ditzelfde geldt ten aanzien van feit 16 (zaak slachtoffer 8), waar het Hof tevens heeft vastgesteld dat de aanvankelijk door verdachte gestelde gelegenheidsdiagnose MS achteraf gezien onjuist was en er feitelijk sprake was van een hernia maar dat daarmee nog niet zonder meer kan worden vastgesteld dat verdachte (voorwaardelijk) opzet heeft gehad op mishandeling dan wel benadeling van de gezondheid van zijn patiënt.

## 11.4

Gelet op het voorgaande is het oordeel van het Hof dat niet bewezen kan worden dat verdachte de slachtoffers heeft mishandeld door hen opzettelijk pijn en/of letsel toe te brengen dan wel opzettelijk hun gezondheid te benadelen, ook niet in de zin van voorwaardelijk opzet, ontoereikend gemotiveerd. Dit geldt te meer nu het Hof bij de weging van de door het Hof vastgestelde opeenstapeling van tekortkomingen door verdachte geen aandacht heeft besteed aan de functie van verdachte als neuroloog en de daaruit voortvloeiende Garantstelling, althans daar in zijn arrest op geen enkele wijze blijk van geeft.

## Tweede middel van Cassatie

Schending van het recht en/of verzuim van vormen waarvan de niet-inachtneming nietigheid meebrengt als bedoeld in art. 79 lid 1 RO, waarbij in het bijzonder is/zijn geschonden art. 255 Sr en/of de art. 350 en/of 358 en/of 359, in verbinding met art. 415 Sv, aangezien het Hof, zoals hierna nader zal worden toegelicht, bij zijn oordeel dat niet bewezen kan worden dat verdachte opzettelijk zijn patiënten in een hulpeloze toestand heeft gebracht of gelaten, het toepasselijke, en in zaken als de onderhavige verzwaarde, criterium heeft miskend en daarmee blijk heeft gegeven van een onjuiste rechtsopvatting en aldus, met verlating van de grondslag van de tenlastelegging, de verdachte vrijgesproken van iets anders dan hem is tenlastegelegd. Ook overigens is 's Hofs oordeel dat verdachte dient te worden vrijgesproken van het hem tenlastegelegde niet zonder meer begrijpelijk, althans ontoereikend gemotiveerd.

## Toelichting

### 1.

Aan verdachte is, voor zover voor de beoordeling van dit middel van belang, tenlastegelegd dat:

“1

hij, in de periode van 25 september 1997 tot en met 11 maart 2000, te a-plaats en/of b-plaats, in elk geval in Nederland,

meermalen, althans eenmaal,  
opzettelijk een persoon, te weten mevrouw V., geboren (...) 1938, tot wiens verpleging en/of verzorging hij, verdachte, krachtens overeenkomst (artikel 7:446 BW) verplicht was,  
in een hulpeloze toestand heeft gebracht en/of gelaten, immers,  
heeft verdachte (telkens), gehandeld in strijd met goed hulpverlenerschap (neergelegd in artikel 7:453 BW) door — bij die V. de onjuiste (differentiaaldiagnose Multi Systeem Atrofie (MSA) te stellen, door (in strijd met de/het (destijds) geldende richtlijn(en) en/of protocol(len)) de diagnose (alleen) te baseren op één (of meer) niet-gevalideerd(e) en/of niet-geïndiceerd(e) (medisch(e)) onderzoek(en), (te weten een (IBZM) SPECT-scan) en/of onvoldoende (klinisch) onderzoek te verrichten dan wel de uitkomsten van dat (of ander) (klinisch) onderzoek niet of onvoldoende te betrekken bij het stellen van de diagnose MSA en/of bij de inhoud van de daarop volgende behandeling en/of (etc.; red.)”

## 2.

De feiten 1 tot en met 16, telkens oneven en 17, eerste onderdeel zijn telkens toegesneden op art. 255 Sr. Dit artikel luidt als volgt:

“Hij die opzettelijk iemand tot wiens onderhoud, verpleging of verzorging hij krachtens wet of overeenkomst verplicht is, in een hulpeloze toestand brengt of laat, wordt gestraft (...).”

## 3.

Het Hof heeft verdachte vrijgesproken van deze feiten en daartoe overwogen:

**“Reikwijdte van het begrip ‘in hulpeloze toestand brengen of laten’**

**De feiten 1 tot en met 16, oneven en 17, eerste onderdeel: ‘in een hulpeloze toestand brengen of laten’**

(...)

### Oordeel van het hof

Uit de wetsgeschiedenis bij artikel 255 Sr en het daarmee samenhangende artikel 450 Sr blijkt dat sprake is van hulpbehoevendheid wanneer er gevaar bestaat voor het leven of de gezondheid van een persoon, terwijl de hulpbehoevende zichzelf niet kan redden. Er moet bovendien sprake zijn van een concreet gevaar voor de hulpbehoevende. Vereist wordt steeds een opzettelijke handeling waardoor men zich onttrekt aan een plicht van hulp en verzorging van personen die hulp behoeven. Uit recente jurisprudentie, Hoge Raad (LJN:BY4859) en Hof Amsterdam (ECLI:NL:GHAMS:2010:B07708 en B07707 — de zaak Millecam —) alsmede Hof Arnhem-Leeuwarden (ECLI:NL:GHARL:2014:534), kan worden afgeleid dat, indien iemand met een ernstige ziekte zelf de keuze maakt om zich niet (geregeld) onder behandeling te stellen of om geen gebruik te maken van een second opinion, er niet snel sprake is van een hulpeloze toestand. Het enkel bemoeilijken van die vrije keuze, bijvoorbeeld doordat een arts de patiënt onvoldoende heeft ingelicht omtrent diens gezondheid of — zoals in deze zaak verdachte deed, naar zeggen van aangevers — stellig en/of dwingend, in zijn wijze van communiceren, is in de regel onvoldoende voor strafbaarheid. (...)

De feiten 1 tot en met 16 oneven en 17, eerste onderdeel: het opzet

Het hof concludeert dat, uitgaande van hetgeen hiervoor is overwogen met betrekking tot de strekking van artikel 255 Wetboek van Strafrecht en in aanmerking nemend dat de feitelijke omschrijving van hetgeen verdachte wordt verweten bij de even en oneven tenlastegelegde feiten (nagenoeg) gelijkkluidend is, op grond van bovenstaande overwegingen over het opzet met betrekking tot de tenlastegelegde feiten 1 tot en met 16 even en 17, tweede onderdeel (hiervoor opgenomen in de toelichting op het eerste middel onder 3.1, rekwiranten) ook onvoldoende bewijs aanwezig is om te kunnen komen tot het aannemen van (voorwaardelijk) opzet met betrekking tot de tenlastegelegde feiten 1 tot en met 16 oneven en 17, eerste onderdeel, zodat verdachte ook van deze feiten zal worden vrijgesproken.”

## 4.1

Voor zover het Hof refereert aan zijn oordeel met betrekking tot het (voorwaardelijk) opzet van verdachte, verwijzen rekwiranten naar hetgeen hierover is betoogd in de toelichting op het eerste middel, kort gezegd, dat het Hof bij zijn oordeel dat bij verdachte geen sprake was van (voorwaardelijk) opzet blijkt heeft gegeven van een onjuiste rechtsopvatting door het in zaken als de onderhavige geldende toetsingskader te miskennen en aldus, met verlaten van de grondslag van de tenlastelegging, heeft vrijgesproken van iets anders dan is tenlastegelegd en/of dat 's Hofs oordeel niet zonder meer begrijpelijk is en/of innerlijk tegenstrijdig, althans ontoereikend gemotiveerd.

## 4.2

Het Hof heeft overwogen dat slechts dan sprake is van hulpbehoevendheid in de zin van art. 255 Sr, waarbij het Hof onmiskenbaar het oog heeft op het bestanddeel 'hulpeloze toestand', wanneer er gevaar bestaat voor het leven of de gezondheid van een persoon, terwijl de hulpbehoevende zichzelf niet kan redden. In HR 1 september 2015, ECLI:NL:HR:2015:2452, welke zaak betrekking had op het bestanddeel 'in hulpeloze toestand achterlaten' als bedoeld in art. 7 lid 1 WVV 1994, heeft de Hoge Raad overwogen:

"Voor zover het middel berust op de opvatting dat slechts sprake kan zijn van het in hulpeloze toestand achterlaten als bedoeld in art. 7, eerste lid onder b, WVV 1994 indien 'de ander' niet op eigen kracht hulp kan inroepen, faalt het, aangezien die opvatting onjuist is."

Naar de mening van rekwiranten geldt ditzelfde voor het bestanddeel 'in hulpeloze toestand brengen of laten' als bedoeld in art. 255 Sr. Gelet daarop heeft het Hof, door te overwegen dat vereist is dat de hulpbehoevende zichzelf niet kan redden, blijk gegeven van een onjuiste rechtsopvatting.

Terecht overweegt het Hof dat voor een bewezenverklaring ter zake art. 255 Sr sprake moet zijn van een opzettelijke handeling waardoor men zich onttrekt aan een plicht van hulp en verzorging van personen die hulp behoeven. Die opzet kan ook bestaan in voorwaardelijke zin, waarbij, zoals hiervoor in de toelichting op het eerste middel is betoogd, in een zaak als de onderhavige, mede van belang is dat verdachte een vooraanstaand neuroloog was, van wie, gelet op diens *Garantenstellung*, eerder dan van een niet-medicus kon en mocht worden verwacht dat hij wetenschap had van de aanmerkelijke kans dat zijn patiënten door diens handelwijze in een hulpeloze toestand werden gebracht of gelaten, en dat hij die aanmerkelijke kans ook bewust heeft aanvaard. Daarbij zij herhaald dat het Hof heeft vastgesteld dat i) verdachte niet heeft voldaan aan de in de destijds geldende richtlijnen en protocollen gestelde criteria voor de diagnostiek, maar dat hij zijn diagnoses met name heeft gebaseerd op niet-gevalideerd onderzoek, ii) dat verdachte heeft verzuimd (tijdig) valide onderzoek te doen, zoals neurologisch onderzoek, en zijn diagnose daarop tijdig bij te stellen, iii) dat verdachte middels een vervalsing van de MMSE-test het niet geïndiceerde medicijn Exelon heeft voorgeschreven en daarbij onvoldoende acht heeft geslagen op de bijwerkingen die de patiënten van dat medicijn en andere medicatie hadden, iv) dat verdachte heeft gekozen voor een behandeling die past bij een niet 'lege-artis' gestelde diagnose, v) dat verdachte ten minste vanaf 1992 als neuroloog is gaan disfunctioneren en steeds slordiger, ondoordachter en eigenzinniger zijn praktijk uitvoerende, mede onder invloed van zijn sinds 1999 steeds ernstiger wordende verslaving aan benzodiazepinen, vi) dat verdachte er van overtuigd was dat het geneesmiddel Exelon ook in het voorstadium van Alzheimer een gunstig effect had op het verloop van de ziekte en vii) dat verdachte de MMSE-test fictief afnam om zo een vergoeding door de ziektekostenverzekeraar van het geneesmiddel Exelon voor aangevers te realiseren.

Het Hof heeft het hiervoor aangegeven toepasselijke, en in zaken als de onderhavige verzwaarde, criterium miskend en daarmee blijk gegeven van een onjuiste rechtsopvatting en aldus, met verlating van de grondslag van de tenlastelegging, de verdachte vrijgesproken van iets anders dan hem is tenlastegelegd.

### 4.3

De vraag of iemand met een ernstige ziekte zelf de keuze maakt om zich niet (geregeld) onder behandeling te stellen of om geen gebruik te maken van een second opinion is zeker een punt dat van belang is voor de vraag of sprake is van het in hulpeloze toestand brengen of laten. HR 12 maart 2013, *NJ 2013/424 (Millecam)*, waarnaar het Hof verwijst, is naar de mening van rekwiranten een volstrekt andere casus, aangezien de verdachte in die zaak een 'genezend medium' was, zonder enige medische kennis, en zij bovendien aan het slachtoffer het advies had gegeven (ook) een arts te bezoeken. In de onderhavige zaak is de verdachte, zo kan worden beluisterd, een vooraanstaand en alom gerespecteerd neuroloog, terwijl het Hof blijkens zijn overwegingen heeft vastgesteld dat verdachte stellig en/of dwingend was in zijn wijze van communiceren. Het uit deze feitelijke verhoudingen tussen verdachte en zijn patiënten voortvloeiend overwicht schepte een extra zorgplicht voor verdachte ten opzichte van zijn patiënten (vgl. A-G Knigge in zijn conclusie voor genoemd arrest onder 5.11). Het is zonneklaar dat de informatieplicht van verdachte ten opzichte van zijn patiënten op grond van art. 7:448 lid 1 BW de plicht omvatte om hen te informeren dat de diagnose die hij stelde en de behandeling en medicatie die daarop volgden niet 'lege-artis' waren, zeker nu een patiënt er op mag vertrouwen dat zijn arts handelt conform de professionele standaard en niet, zoals het Hof heeft vastgesteld, op grove wijze zorgvuldigheidseisen, protocollen of richtlijnen schendt. Het Hof heeft niet vastgesteld dat verdachte zijn patiënten hierover heeft ingelicht. Bij die stand van zaken is het oordeel van het Hof, althans diens in zijn overwegingen besloten liggende oordeel, dat geen sprake was van een hulpeloze toestand nu de patiënten zelf de keuze hebben gemaakt geen gebruik te maken van een second opinion, volstrekt ontoereikend gemotiveerd.

### 5.

Gelet op het voorgaande heeft het Hof bij zijn oordeel dat niet bewezen kan worden dat verdachte opzettelijk zijn patiënten in een hulpeloze toestand heeft gebracht of gelaten het toepasselijke, en in zaken als de onderhavige verzwaarde, criterium miskend en daarmee blijk gegeven van een onjuiste rechtsopvatting en aldus, met verlating van de grondslag van de tenlastelegging, de verdachte vrijgesproken van iets anders dan hem is tenlastegelegd. Daarnaast is 's Hof's oordeel dat verdachte dient te worden vrijgesproken van het hem tenlastegelegde niet zonder meer begrijpelijk, althans ontoereikend



gemotiveerd.

## **Voorgaande uitspraak**

### **Reactie op middelen van cassatie:**

#### **1.**

Het openbaar ministerie komt met twee middelen in cassatie tegen het arrest van het Gerechtshof Arnhem-Leeuwarden. Het eerste middel richt zich met rechts- en motiveringsklachten tegen de vrijspraken van mishandeling en/of benadeling van de gezondheid (feiten 2, 4, 6, 8, 10, 12, 14, 16 en 17 (tweede onderdeel)).

Het tweede middel richt zich met rechts- en motiveringklachten tegen de vrijspraken van het opzettelijk in hulpeloze toestand brengen en laten van de in de tenlastelegging genoemde personen (feiten 1, 3, 5, 7, 9, 11, 13, 15 en 17 (eerste onderdeel)).

#### **Middel 1**

#### **2.**

Het middel keert zich vooral tegen de maatstaf die het hof heeft aangelegd bij de beantwoording van de vraag of cliënt voorwaardelijk opzet heeft gehad op mishandeling en/of benadeling van de gezondheid.

Het hof heeft afstand genomen van het standpunt van de rechtbank. Die vond dat er een aanmerkelijke kans was geweest op benadeling van de gezondheid, vervolgens dat cliënt vanuit zijn deskundigheid als neuroloog kennis, had van deze aanmerkelijke kans en tenslotte dat hij deze aanmerkelijke kans ook bewust had aanvaard, gelet op de bijzondere zorgplicht die op hem rustte. Cliënt had die zorgplicht op ernstige wijze geschonden, aldus de rechtbank, door niet adequaat te diagnosticeren en behandelen, waarbij hij welbewust was afgeweken van de professionele standaard. Hiermee was voorwaardelijk opzet bewezen.

Het hof stelt echter dat met deze redenering hoogstens nalatigheid en het verwijtbaar nemen van risico's werd bewezen:

"(...) het feit dat de 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 wanneer verdachte anders had moeten en kunnen optreden dan hij heeft gedaan".

Voorts ziet het hof, anders dan de rechtbank, geen redenen om te twifelen aan de verklaringen die cliënt heeft gegeven voor zijn handelwijze, inhoudende dat hij te goeder trouw heeft gehandeld, niet opzettelijk een verkeerde diagnose heeft gesteld dan wel niet-geïndiceerde medicijnen heeft voorgeschreven.

"Een en ander leidt tot de conclusie dat verdachte weliswaar als arts schromelijk is tekortgeschoten ten opzichte van aangevers, maar dat niet bewezen kan worden dat hij hen heeft mishandeld, dus met opzet letsel heeft toegebracht dan wel hen met opzet heeft benadeeld in hun gezondheid, ook niet in de zin van voorwaardelijk opzet".

Bij de beoordeling of de aanmerkelijke kans bewust is aanvaard, gaat het hof in op de overwegingen en beweegredenen die cliënt daadwerkelijk heeft gehad of zal hebben gehad. Hiertegen richt het middel zich, waarvan de kern staat in 8:

"Bij de beoordeling van voorwaardelijk opzet in medische zaken als de onderhavige, meer in het bijzonder of de medisch beroepsbeoefenaar, zoals hier een gepromoveerd neuroloog, wetenschap had van de aanmerkelijke kans op pijn en/of letsel, dan wel de benadeling van de gezondheid en die ook bewust heeft aanvaard, is naar de mening van rekwiranten de centrale vraag of die beroepsbeoefenaar welbewust in strijd met de professionele standaard heeft gehandeld, terwijl zulks niet in het belang van de patiënt is noch met zijn instemming is gebeurd. Indien die vraag bevestigend wordt beantwoord, kan daarmee tevens op basis van de op hem rustende Garantenstellung door de strafrechter worden aangenomen dat de beroepsbeoefenaar wetenschap had van die aanmerkelijke kans. Die Garantenstellung houdt immers onder meer in de plicht tot ingrijpen waar dit naar medisch inzicht nodig is. Wie welbewust in strijd met de professionele standaard handelt en niet ingrijpt, waar dat medisch gezien wel van hem wordt verlangd, wordt geacht het gevolg te hebben aanvaard".

#### **3.**

Voorop staat dat de Hoge Raad de grens van voorwaardelijk opzet strenger heeft getrokken en met name kritischer is geworden is op het punt van aanvaarding van de aanmerkelijke kans (o.a. HR 22 november 2011, 2011/560; HR 13 december 2011, NJ2012/12; HR 10 januari 2012, NJ2012/503). Rekwiranten gaan, voor wat betreft medische strafzaken, in tegen deze tendens.

De centrale vraag luidt hier: kan een (medische) Garantenstellung voorwaardelijk opzet dragen, indien vast staat: dat er een aanmerkelijke kans op schade heeft bestaan, waarbij wordt afgezien van enige subjectieve invulling van het opzet, ook

indien het dossier inzicht biedt in de subjectieve beleving van de verdachte?

Het OM sluit zich aan bij de opvatting van de rechtbank. Er zouden dan drie momenten samengaan: uit het *bestaan* van een aanmerkelijke kans volgt automatisch dat de arts daar vanuit zijn professie mee *bekend* moet zijn en dat hij dus de nadelige afloop heeft *aanvaard*. In deze zaak zou dat tot een vreemde uitkomst leiden: uit de Garantenstelling worden wetenschap en 'bewuste' aanvaarding afgeleid, die beide tegengesteld zijn aan wat cliënt, volgens de vaststelling van het hof, werkelijk heeft gedacht en bewogen. Want in zijn beleving heeft hij de aanmerkelijke kans op schade allerminst aanvaard, maar juist gemeend dat hij door zo te handelen zijn patiënten het allerbeste bediende.

De standaard-formules waarmee het voorwaardelijk opzet in de regel wordt ingekleed, 'welbewust aanvaarden', 'op de koop toe nemen', 'zich willens en wetens blootstellen', worden bij deze redenering niet alleen verlaten, maar in zekere zin omgekeerd: cliënt heeft juist zo gehandeld omdat hij wilde genezen, maar wordt met een beroep op de Garantenstelling geacht onverschillig te zijn geweest voor een fatale afloop.

De kern van het opzet is 'willen en weten'. Uiteraard is het juridische opzetbegrip sui generis en lang niet altijd gelijk aan het alledaagse willen en weten. Het past binnen het juridische opzetbegrip dat uit bepaalde handelingen opzet wordt afgeleid, terwijl de verdachte daar misschien helemaal niets specifiek bij heeft gedacht (klassiek voorbeeld: iemand treffen in/bij vitale lichaamsdelen). Ook is het in beginsel juist, zoals rekwiranten stellen, dat het opzetbegrip een zeker delictgebonden karakter kent, ofwel dat de invulling van het opzet per delict kan verschillen.

Maar er wordt een grens overschreden door een invulling van opzet die regelrecht ingaat tégen en tegenstrijdig is aan hetgeen de verdachte feitelijk heeft gedacht. Daarmee zou het subjectieve element niet alleen komen te vervallen (behalve misschien het moment, vele jaren geleden, waarop de betrokkene voor een medisch beroep koos), er zou zelfs een minteken voor worden geplaatst. De kern van het opzet, 'het willen en het weten' zou daarmee ingeruild worden voor een risicoaansprakelijkheid voor bepaalde doleuze delicten. Dat is in strijd met de basis van ons strafrecht, dat een schuldstrafrecht is.

In onderhavige zaak heeft het hof deze grens terecht niet willen passeren.

#### 4.

Als gezegd kan voorwaardelijk opzet worden gebaseerd op objectieve factoren, met name een bepaalde mate aan finaliteit die een gedraging kenmerkt. Maar als ik de jurisprudentie goed overzie, gaat het dan steeds om (vaak gewelddadige) handelingen die naar hun aard en uiterlijke verschijningsvorm op een schadelijk gevolg gericht zijn, waardoor de verdachte geacht kan worden de afloop te hebben aanvaard (bijvoorbeeld HR 5 december 2005, *LJN* AZ1668, HR 26 april 2011, *LJN* BP 1142). De feitelijke handelingen in onderhavige zaak, het stellen van diagnoses en het voorschrijven van medicijnen, hebben weliswaar schadelijke gevolgen gehad, maar in het algemeen hebben deze handelingen niet de teneur om schade toe te brengen. Integendeel, hun strekking is zonder twijfel het bevorderen van de genezing.

Langs deze 'objectiverende' weg voorwaardelijk opzet aannemen zou te ver voeren, niet alleen van de subjectief beleefde wil, maar ook van de objectieve strekking van zodanige handelingen. Je komt dan, opnieuw, uit bij risicoaansprakelijkheid voor bepaalde doleuze delicten: het bestaan van een aanmerkelijk risico brengt automatisch voorwaardelijk opzet met zich mee, ongeacht of de handelingen als zodanig gericht zijn op het toebrengen van schade.

#### 5.

De Garantenstelling wordt in de regel in stelling gebracht bij de beoordeling van schulddelicten (bijvoorbeeld het *Verpleegster*-arrest, HR 19 februari 1993, *NJ* 1963/512 en het *Klimmuur*-arrest, HR 17 maart 2013, ECLI:NL:PHR:2013:BZ5354) en bij strafuitsluitingsgronden (bijvoorbeeld Hoge Raad 26 mei 2015, ECLI:NL:HR:2015:1334). Dat is niet vreemd, nu het bij culpoze delicten over het algemeen om een vorm van nalatigheid gaat, wat zich er goed voor leent om afgemeten te worden aan een bepaalde beroepsstandaard. En aan strafuitsluitingsgronden wordt bij het vaststellen van de proportionaliteit en subsidiariteit een sterk geobjectiveerde maatstaf aangelegd, die zich eveneens leent voor vergelijking met een beroepsstandaard.

Een argument tegen het standpunt van de rechtbank en het OM ligt besloten in de herhaalde mededeling van het hof dat het handelen van cliënt valt te typeren als aanmerkelijke verwijtbare onachtzaamheid, ofwel schuld in de zin van culpa. Ten eerste rijst hier de vraag of het feitencomplex zowel onder een culpoos als een opzetdelict kan vallen? Met andere woorden: is culpa in dit geval een 'minus' van opzet, of zijn culpa en opzet hier tegengestelde, elkaar uitsluitende delictvormen? Is dat laatste het geval, dan zou met de constatering dat J. schuldig is aan culpoze nalatigheid, een bewezenverklaring van opzet reeds zijn uitgesloten.

De Hullu schetst de voors en tegens van de verschillende posities (*Materieel strafrecht*, vijfde druk, blz. 271 ev). Hij ziet er zelf geen probleem in om een glijdende schaal van culpa naar opzet aan te nemen, van 'minder willen' naar 'meer willen'. In dat geval zou een bepaald feitencomplex best tegelijk als culpa en als opzet gekwalificeerd kunnen worden. Maar hij wijst erop dat de Hoge Raad vooralsnog wel degelijk een tegenstelling tussen culpa en schuld blijft zien. In het *Porsche*-arrest (HR 15 oktober 1996, *NJ* 1997/199) werd immers gesteld dat doodslag in het verkeer aan de orde kan zijn indien de verdachte 'in plaats van erop te rekenen dat een en ander wel goed zal aflopen' de aanmerkelijke kans op de koop toeneemt dat andere weggebruikers zullen omkomen. En in het *HIV-I* arrest (HR 25 maart 2003, *NJ* 2003/552) werd

overwogen dat:

“van degene die weet heeft van de aanmerkelijke kans op het gevolg, maar die naar het oordeel van de rechter ervan uit is gegaan dat het gevolg niet zal intreden, wel kan worden gezegd dat hij met (grove) onachtzaamheid heeft gehandeld maar niet dat zijn opzet in voorwaardelijke vorm op dat gevolg gericht is geweest”.

In deze arresten krijgen opzet en schuld elk een eigen psychische inkleding, die elkaar uitsluiten. Iemand kan onmogelijk op hetzelfde moment handelen omdat hij denkt het goed zal aflopen én onverschillig zijn voor een fatale afloop.

Overigens zou Hoge Raad 16 juni 2015, *NJ* 2015/362 in een andere richting kunnen wijzen, aangezien daarin werd bepaald dat opzettelijk witwassen de schuldvariant insluit. Het staat te bezien of de Hoge Raad daarmee de door De Hullu geconstateerde lijn heeft verlaten, of dat dit specifiek sloeg op de tenlastelegging van witwassen. Het ging namelijk om de vraag of opzettelijk handelen een ‘redelijkerwijs moeten vermoeden’ impliceert. Dat lijkt niet zonder meer van toepassing in de onderhavige zaak, waarin voorligt of ‘vertrouwen op de goede afloop’ besloten ligt in ‘een fatale afloop voor lief nemen’. Hierin zie ik, als gezegd, een logische tegenstelling.

Indien de strenge lijn, zoals De Hullu die aan de Hoge Raad toeschrijft, wordt gevolgd, zou in onderhavige zaak met de vaststelling dat cliënt zich schuldig heeft gemaakt aan een culpoos delict (door ten onrechte op een goede afloop te vertrouwen), een bewezenverklaring van (voorwaardelijk) opzet uitgesloten zijn. Want, aldus Rimmelink (aangehaald door De Hullu, 272):

“Onvoorzichtigheid ontlast iemand van opzet: zodra de rechter vaststelt dat iemand culpoos heeft gehandeld, komt opzet niet meer aan de orde”.

## 6.

Maar ook indien we uit Hoge Raad 16 juni 2015, *NJ* 2015/362 moeten afleiden dat culpa en opzet elkaar niet principieel uitsluiten komt het verwrongen voor om een situatie waarvan het culpoze karakter nogal in het oog springt (het hof spreekt van ‘*verwijtbare onachtzaamheid*’, ‘*schromelijk tekortgeschoten*’, ‘*zorgvuldigheidseisen geschonden*’ ), via een theoretische constructie onder opzet te willen brengen. Vooral als in die constructie de subjectieve beleving van de verdachte ten tijde van het delict nagenoeg terzijde wordt geschoven. Anders gezegd, is iemand nalatig geweest, straf hem dan ook voor nalatigheid, en niet voor ‘willen en weten’. De wetgever heeft nalatigheid niet voor niets onder schulddelicten opgenomen. Blijft bestraffing uit vanwege verjaring, dan is dat begrijpelijkerwijs voor betrokkenen onbevredigend, maar wel is recht gedaan aan het gewicht dat de wetgever klaarblijkelijk aan schulddelicten heeft toegekend.

Mocht men medische nalatigheid zwaarder willen aanslaan, qua strafmaat en daarmee de verjaringstermijn, dan ligt het op de weg van de wetgever om actie te ondernemen (parallel aan een vergelijkbare overweging ten aanzien het strafbaar stellen van risicovol seksueel gedrag in het *HIV-III* arrest, HR 18 januari 2005, *NJ* 2005/154).

## Middel 2

## 7.

Dit middel richt zich tegen de vrijspraken van het in hulpeloze toestand brengen/houden. Artikel 255 Sr luidt als volgt:

“Hij die opzettelijk iemand tot wiens onderhoud, verpleging of verzorging hij krachtens wet of overeenkomst verplicht is, in een hulpeloze toestand brengt of laat, wordt gestraft met een gevangenisstraf van ten hoogste twee jaren of een geldboete van de vierde categorie”.

Het hof heeft, net als de rechtbank, bepaald dat het bestanddeel ‘hulpeloze toestand’ niet was bewezen, evenmin als het opzet. Hiertegen voeren rekwiranten argumenten aan die, wederom, gebaseerd zijn op de zwaardere zorgplicht die op cliënt zou rusten gezien zijn positie als (vooraanstaand) neuroloog.

## 8.

De visie van het Openbaar Ministerie komt erop neer dat de beroepsmatige hoedanigheid van cliënt op drie momenten in de tenlastelegging moet worden meegewogen.

Ten eerste onder ‘*hij die (...) iemand tot wiens onderhoud, verpleging of verzorging hij krachtens wet en overeenkomst verplicht is (...)*’. Dat dit bestanddeel op de positie van de verdachte ziet en in casu vervuld is, lijkt mij geen probleem.

## 9.

Ten tweede onder het opzet. De argumentatie is dezelfde als die van middel 1.

## 10.

Ten derde onder het bestanddeel ‘hulpeloze toestand’. Ook bij deze toets moet volgens rekwiranten de beroepsmatige positie van de verdachte meegewogen worden.

In verband hiermee wordt in 4.1 het oordeel van het hof betwist, inhoudende dat:

“Uit de wetsgeschiedenis bij artikel 255 Sr en het daarmee samenhangende artikel 450 Sr blijkt dat sprake is van

hulpbehoevendheid wanneer er gevaar bestaat voor het leven of de gezondheid van de persoon, terwijl de hulpbehoevende zichzelf niet kan redden”.

Ter onderbouwing van de betwisting verwijzen rekwiranten naar HR 1 september 2015, ECLI:NL:HR:2015:2452, waarin de Hoge Raad overwoog:

“Voor zover het middel berust op de opvatting dat slechts sprake kan zijn van het in hulpeloze toestand achterlaten als bedoeld in art. 7 eerste lid onder b WVV 1994 indien ‘de ander’ niet op eigen kracht hulp kan inroepen, faalt het, aangezien die opvatting onjuist is”.

Maar ik betwijfel of deze overweging van de Hoge Raad over de ‘hulpeloze toestand’ van artikel 7 WVV zo relevant is voor artikel 255 Sr. In artikel 7 WVV is de ‘verlater’ tevens de veroorzaker van het ongeval dat tot de hulpeloze toestand heeft geleid, voor artikel 255 Sr geldt dat niet. Het ligt alleen al om die reden voor de hand dat bij verkeersongevallen de veroorzaker (strafrechtelijk) in een hogere mate gehouden is hulp te bieden, ook indien het slachtoffer nog wel in staat is om zelfstandig op te krabbelen en hulp van een derde te ontvangen (daar kwam de casus ongeveer op neer). Dat lijkt me een wezenlijk andere verhouding dan die tussen arts en patiënt. Op de arts rust weliswaar een zorgplicht, maar de hedendaagse, mondige patiënt weet dat er ook elders medische expertise verkregen kan worden en is in de regel bereid en in staat daar gebruik van te maken.

## 11.

Rekwiranten citeren het hof:

“Uit recente jurisprudentie, Hoge Raad ( LJN: BY4859) en Hof Amsterdam (ECLI:NL:GHAMS:2010:BO7708 en B07707 — de zaak Millecam —) alsmede Hof Arnhem-Leeuwarden (ECLI:NL:GHARL:2014:534), kan worden afgeleid dat, indien iemand met een ernstige ziekte zelfde keuze maakt om zich niet (geregeld) onder behandeling te stellen of om geen gebruik maakt van een second opinion, er niet snel sprake is van een hulpeloze toestand. Het enkele bemoeilijken van de vrije keuze, bijvoorbeeld doordat een arts de patiënt onvoldoende heeft ingelicht omtrent diens gezondheid of — zoals in deze zaak verdachte deed, naar eigen zeggen van aangevers — stellig en/of dwingend, in zijn wijze van communiceren, is in de regel onvoldoende voor strafbaarheid”.

Hiertegen stellen rekwiranten:

“De vraag of iemand met een ernstige ziekte zelf de keuze maakt om zich niet (geregeld) onder behandeling te stellen of om geen gebruik te maken van een second opinion is zeker een punt dat van belang is voor de vraag of sprake is van hulpeloze toestand. (...) In de onderhavige zaak is de verdachte, zo kan worden beluisterd, een vooraanstaand en alom gerespecteerd neuroloog, terwijl het Hof blijkens zijn overwegingen heeft vastgesteld dat verdachte stellig en/of dwingend was in zijn wijze van communiceren. Het uit deze feitelijke verhoudingen tussen verdachte en zijn patiënten voortvloeiende overwicht schepte een extra zorgplicht voor verdachte ten opzichte van zijn patiënten (vgl A-G Knigge in zijn conclusie voor genoemd arrest onder 5.11). Het is zonneklaar dat de informatieplicht van verdachte ten opzichte van zijn patiënten op grond van artikel 7:448 lid 1 BW de plicht omvatte om hen te informeren dat de diagnose die hij stelde en de behandeling en medicatie die daarop volgden niet ‘lege-artis’ waren, zeker nu een patiënt er op mag vertrouwen dat zijn arts handelt conform de professionele standaard en niet, zoals het Hof heeft vastgesteld, op grove wijze zorgvuldigheidseisen, protocollen of richtlijnen schendt. Het Hof heeft niet vastgesteld dat verdachte zijn patiënten hierover heeft ingelicht. Bij die stand van zaken is het oordeel van het Hof, althans diens in zijn overwegingen besloten liggende oordeel, dat geen sprake was van een hulpeloze toestand nu de patiënten zelf de keuze hebben gemaakt geen gebruik te maken van een second opinion, volstrekt ontoereikend gemotiveerd”.

## 12.

De uitspraak van het Hof Amsterdam d.d. 16 december 2010 (ECLI:NL:GHAMS:2010:BO7708) biedt een toetsingskader voor het bestanddeel ‘hulpeloze toestand’ van artikel 255 Sr. Dit toetsingskader heeft het hof ook in onderhavige zaak aangehouden. Het arrest uit 2010 ging vrij uitgebreid in op de wetsgeschiedenis. Het betrof toen een arts die tevens werkzaam was als alternatief genezer, en die een alternatieve methode had toegepast op Sylvia Millecam. Er volgde vrijpraak van het in hulpeloze toestand brengen/laten van Millecam, omdat het bestanddeel ‘hulpeloze toestand’ niet was vervuld. Zoals ik het zie ontleende het hof aan wetsgeschiedenis en literatuur dat het bestaan van een ‘hulpeloze toestand’ moet blijken uit de hoedanigheid van de hulpbehoevende persoon, en niet zozeer uit de relatie tussen de hulpbehoevende en de zorgverlener.

Het hof stelde dat sprake is van hulpbehoevendheid wanneer er gevaar bestaat voor het leven of de gezondheid, terwijl de hulpbehoevende zich niet kan redden. Uit de memorie van toelichting en de beraadslaging in de Tweede Kamer naar aanleiding van artikel 450 Strafrecht (relevant voor artikel 255 Sr, aldus het hof) volgde dat:

“(…) hij, die een ander met de dood ziet worstelen en bij macht is hulp te verlenen, daartoe verplicht is. Bij ogenblikkelijke nood moet de burger datgene doen wat de vertegenwoordigers van het openbaar gezag zouden verrichten indien zij tegenwoordig waren”.

Het hof haalde C. Blanckesteijn, *Verlating van hulpbehoevenden*, 1955 (blz. 63) aan, waarin ‘hulpeloze toestand’ wordt

omschreven als:

“de toestand waarin een hulpeloze verkeert, als hij de voor zijn natuurlijk, menswaardig voortbestaan noodzakelijke zorg zichzelf niet kan verschaffen en deze zorg ook niet ontvangt van hen die daartoe verplicht en in staat zijn (...)”

Voorts ontleende het hof aan een reeks uitspraken dat personen waren aangemerkt als hulpbehoevend op grond van bijvoorbeeld hun leeftijd ((jonge) kinderen) of door inname van medicatie (in casu een grote dosis morfine) (Rechtbank Breda 24 april 2009, *LJN*: BI2086, Rechtbank Breda 24 april 2009, *LJN* BI2086, Gerechtshof Leeuwarden 5 november 2003, *LJN* AN7321, HR 13 januari 2004, *LJN* AN9177, Gerechtshof ' sâ€Gravenhage 24 januari 2006, *LJN* AV4508 en Gerechtshof ' sâ€Gravenhage 29 januari 2010, *LJN* BM6869). De rechtbank te Dordrecht achtte een persoon hulpbehoevend die vanwege slechte gezondheid niet in staat was zelfstandig het huis te verlaten (Rechtbank Dordrecht 11 december 2003, *LJN*: AO2211).

Uit deze jurisprudentie concludeerde het hof in 2010 met reden dat de ‘hulpeloze toestand’ in beginsel afhangt van de eigenschappen van de hulpbehoevende of de toestand waarin hij verkeert. Die hulpbehoevendheid kan meen ik absoluut zijn, zoals die van een klein kind of een gehandicapt persoon. Ook wel relatief (bijvoorbeeld door de invloed van morfine). Maar het gaat steeds om de toestand waarin de hulpbehoevende zelf verkeert. Een overweging waarbij de staat van hulpbehoevendheid (mede) afhangt van de kwaliteiten van de zorgplichtige, zie ik in de jurisprudentie niet terug.

### 13.

In 2010 betwijfelde het hof niet dat Millecam behandeling door deskundigen nodig had. Maar daardoor vond men haar nog niet hulpbehoevend in de zin van de wet. Onderzocht moest worden of zij in de betreffende periode in staat was zich alsnog onder (reguliere) behandeling te stellen. Het hof meende van wel. Dat Millecam wellicht geen helder inzicht in haar situatie had en zich door emoties liet leiden in plaats van de ratio betekende niet dat het voor haar onmogelijk was zichzelf de nodige hulp te verschaffen, aldus het hof. Daarbij woog mee dat zij in die tijd verschillende artsen had bezocht, waaruit bleek dat zij geen persoon was die zich niet kon redden.

Het criterium luidt hier volgens mij: kan iemand zich zelfstandig tot een arts wenden? Zo ja, dan is er geen sprake van een ‘hulpeloze toestand’. De ‘hulpeloze toestand’ moet vrij letterlijk worden opgevat: psychisch of lichamelijk onvermogen om zichzelf te helpen of een hulpverlener op te zoeken. In deze trant kon het hof in onderhavige zaak concluderen dat daar geen sprake van was, nu de patiënten in principe hun recht op vrije artskeuze konden uitoefenen en in staat moesten worden geacht bijvoorbeeld een second opinion te vragen. Rekwiranten brengen daar met zoveel woorden tegenin dat de in de tenlastelegging genoemde personen tegenover cliënt onmondig en machteloos waren, vanwege diens positie en dwingende manier van communiceren. Terecht meent het hof dat de wetsgever artikel 255 Sr daarvoor niet heeft bedoeld. De redenering van rekwiranten zou als dubieuze consequentie hebben dat men tegenover een knappe arts met veel gezag eerder hulpbehoevend is dan bij een minder god. Maar ook dat een volgzame patiënt sneller als hulpbehoevend wordt aangemerkt dan een eigenwijze, omdat de laatste misschien minder aarzelt om een second opinion te vragen. Dat strookt niet met de wetsgeschiedenis en jurisprudentie: ‘hulpeloze toestand’ wordt daar tamelijk rechttoe-rechtaan en objectief opgevat: dat wat er met de hulpbehoevende aan de hand is, waardoor hij, op zichzelf beschouwd, hulpbehoevend is. Want, zoals het hof in 2010 stelde:

“De tekst van de wet noch de wetsgeschiedenis dwingen tot de opvatting dat aan het begrip ‘hulpeloze toestand’ een andere betekenis dient te worden gegeven dan die naar algemeen spraakgebruik”.

Het hof acht in onderhavige zaak niet erg relevant of de vrije keuze van de patiënt enigermate bemoeilijkt is, bijvoorbeeld doordat de arts de patiënt onvoldoende heeft ingelicht omtrent diens gezondheid of omdat hij op dwingende wijze communiceerde. Omdat, zo lees ik het arrest, daardoor de vrije artskeuze op zich niet illusoir is geworden en de patiënt dus niet geacht kan worden volstrekt overgeleverd te zijn geweest aan de arts. Volgens mij telt hier het feit van algemene bekendheid dat patiënten een second opinion kunnen vragen en daar tegenwoordig niet zelden gebruik van plegen te maken.

Kortom: ‘hulpeloze toestand’ moet vrij letterlijk en objectiverend worden ingevuld en hangt niet af van de hoedanigheid van de hulpverlener. Dit oordeel van het hof strookt met de wetsgeschiedenis en eerdere uitspraken, en is ook bevorderlijk voor de rechtszekerheid doordat een vage en al te interpretatieve uitleg wordt vermeden.

Waarbij komt dat de wetgever de hoedanigheid van de hulpverlener in artikel 255 Sr al heeft verdisconteerd in het bestanddeel ‘*hij die opzettelijk iemand tot wiens onderhoud, verpleging of verzorging hij krachtens wet of overeenkomst verplicht is (...)*’.

De drietrapsraket die het Openbaar Ministerie voorstaat, namelijk dat de hoedanigheid van de arts niet alleen bij dit bestanddeel moet meetellen, maar ook bij dat van de ‘hulpeloze toestand’ én bij het opzet, lijkt mij teveel van het goede.

## Conclusie

### Conclusie A-G mr. G. Knigge:

## 1.

De verdachte is bij arrest van 18 juni 2015 door het Gerechtshof Arnhem-Leeuwarden, zittingsplaats Arnhem, vrijgesproken van het hem onder 1 tot en met 17 ten laste gelegde, voor zover aan het oordeel van het hof onderworpen. Het hof heeft daarbij de straf bepaald voor de bewezenverklarde feiten die niet aan zijn oordeel waren onderworpen. Voorts heeft het hof de benadeelde partij niet-ontvankelijk verklaard in haar vordering.

## 2.

Door advocaat-generaal mr. M.C. Weel is beroep in cassatie ingesteld. Namens het openbaar ministerie hebben de advocaten-generaal mrs. R.A.E. van Noort en H.H.J. Knol twee middelen van cassatie voorgesteld. Namens de verdachte heeft mr. J.P. Plasman, advocaat te Amsterdam, het beroep van de advocaten-generaal schriftelijk tegengesproken.

## 3. Waarom het in deze zaak gaat

### 3.1.

Het gaat in deze zaak kort samengevat om het volgende. In 2009 werd aangifte gedaan tegen de verdachte, voormalig neuroloog werkzaam in het Medisch Spectrum Twente (MST), in verband met het stellen van en volharden in onjuiste diagnoses (MS, MSA, Parkinson of Alzheimer) bij een groot aantal patiënten. Het gezondheidsnadeel bij deze patiënten was tweeledig: enerzijds kregen zij, zonder medische noodzaak, medicijnen voorgeschreven met zeer zware bijwerkingen, anderzijds hadden de onjuiste diagnoses tot gevolg dat geen medische behandeling plaatsvond voor de werkelijke gezondheidsklachten, met alle gevolgen van dien. Voorts bleek de verdachte valse recepten te hebben uitgeschreven om medicijnen te verkrijgen in verband met zijn verslaving en valse verklaringen te hebben opgesteld ter verkrijging van het middel Exelon, een middel dat door hem werd voorgeschreven bij de ziekte van Alzheimer. De verdachte bleek naar aanleiding van klachten over zijn functioneren (vanaf circa 2000) al op 21 november 2003 op non-actief te zijn gesteld en daarna feitelijk te zijn vrijgesteld van het verrichten van werkzaamheden totdat hij in 2005 met vervroegd pensioen ging.<sup>[1]</sup>

### 3.2.

Twee ingestelde onderzoekscommissies (de commissie-Lemstra en de commissie-Hoekstra) oordeelden uiterst negatief over het handelen van de verdachte en andere betrokkenen/verantwoordelijken. Op 20 december 2013 — nog voor het vonnis van de rechtbank in deze zaak — ontzegde het Regionaal Tuchtcollege voor de Gezondheidszorg te Zwolle de verdachte het recht om, in combinatie met een doorhaling van de inschrijving, (wederom) in het BIG-register te worden ingeschreven. Dit wegens het te snel, ten onrechte en op dubieuze gronden diagnosticeren van ernstige aandoeningen, het ten onrechte voorschrijven van medicatie met ernstige bijwerkingen, een ondermaatse dossiervoering en follow-up en overmatig middelengebruik waardoor zijn medische oordeelsvorming negatief werd beïnvloed. Tegen deze uitspraak is geen beroep ingesteld.

### 3.3.

De culpoze misdrijven van art. 96 lid 2 (oud) Wet BIG<sup>[2]</sup> en van de art. 307 en 308 Sr (resp. dood en zwaar lichamelijk letsel door schuld) zijn aan de verdachte niet tenlastegelegd. Dit vanwege het tijdsverloop, dat naar het oordeel van het openbaar ministerie maakte dat deze misdrijven inmiddels waren verjaard.<sup>[3]</sup> De vervolging richtte zich daarom op gekwalificeerde varianten van art. 255 Sr (opzettelijk in hulpeloze toestand brengen of laten) en van art. 300 lid 4 Sr (opzettelijk benadelen van de gezondheid). Deze misdrijven vereisen het bewijs van opzet.

### 3.4.

Kort samengevat werd de verdachte bij inleidende dagvaarding ten laste gelegd dat hij:

- (feit 1) als arts een patiënt opzettelijk in hulpeloze toestand heeft gebracht en/of gelaten, welk feit de dood of zwaar lichamelijk letsel tot gevolg heeft gehad;
- (feit 2) een patiënt heeft mishandeld of opzettelijk de gezondheid van die patiënt heeft benadeeld, terwijl dat feit de dood of zwaar lichamelijk letsel tot gevolg heeft gehad;
- (feiten 3, 5, 7, 9, 11, 13, 15 en 17 telkens) als arts een patiënt opzettelijk in hulpeloze toestand heeft gebracht en/of gelaten, welk feit zwaar lichamelijk letsel tot gevolg heeft gehad;
- (feiten 4, 6, 8, 10, 12, 14 en 16 telkens) een patiënt heeft mishandeld of opzettelijk de gezondheid van die patiënt heeft benadeeld, terwijl dat feit zwaar lichamelijk letsel tot gevolg heeft gehad;
- (feit 18) recepten of receptenblokken heeft gestolen;
- (feit 19 in de eerste plaats) meermalen machtigingsformulieren voor de aanvraag of de vergoeding van een geneesmiddel valselijk heeft opgemaakt en; (feit 19 in de tweede plaats) meermalen vervalste machtigingsformulieren voor de aanvraag of de vergoeding van een geneesmiddel heeft afgeleverd, voorhanden heeft gehad of daarvan gebruik heeft gemaakt;
- (feit 20) meermalen recepten valselijk heeft opgemaakt en

— (feit 21) geldt dat hij uit hoofde van een dienstbetrekking onder zich had, heeft verduisterd.

### 3.5.

De Rechtbank Overijssel, locatie Almelo heeft de verdachte bij vonnis van 11 februari 2014 veroordeeld tot een (onvoorwaardelijke) gevangenisstraf van drie jaar, wegens:

- het opzettelijk benadelen van de in de tenlastelegging genoemde patiënten met als gevolg de dood (feit 2) of zwaar lichamelijk letsel (feiten 4, 6, 8, 10, 12, 14, 16);
- diefstal van receptenpapier (feit 18);
- valsheid in geschrifte met betrekking tot MMSE formulieren (feit 19);
- valsheid in geschrifte met betrekking tot recepten (feit 20) en;
- verduistering van gelden toebehorende aan een stichting (feit 21).

De rechtbank heeft de verdachte vrijgesproken van de hem onder 1, 3, 5, 7, 9, 11, 13, 15 en 17 ten laste gelegde feiten omdat naar haar oordeel geen sprake was van een hulpeloze toestand als bedoeld in art. 255 Sr. Tevens is verdachte vrijgesproken van de onder 21 impliciet primair ten laste gelegde verduistering in dienstbetrekking.

### 3.6.

Tegen het vonnis van de rechtbank is namens de verdachte en door de officier van justitie hoger beroep ingesteld. De aan de beide beroepen gestelde beperkingen brachten mee dat per saldo alleen de feiten 1 t/m 17 in hoger beroep ter beoordeling voor lagen.

### 3.7.

Het hof sprak de verdachte bij arrest van 18 juni 2015 vrij van de onder 1 t/m 17 ten laste gelegde feiten omdat naar zijn oordeel het daarvoor vereiste opzet niet bewezen kon worden. De beide cassatiemiddelen keren zich tegen dat oordeel.

## 4. De tenlastelegging

### 4.1.

De feiten 1 t/m 17 van de tenlastelegging hebben betrekking op negen verschillende patiënten. Met betrekking tot elke patiënt zijn aan de verdachte telkens cumulatief twee feiten ten laste gelegd: art. 255 jo. 257 Sr (de oneven nummers) en art. 300 jo. 301 Sr (de even nummers). Ten aanzien van de laatste patiënt in de tenlastelegging is in zoverre van dit patroon afgeweken dat de twee bedoelde feiten door 'en/of' gescheiden onderdelen vormen van feit 17. [\[4.\]](#) Het feitencomplex dat ten grondslag ligt aan de twee feiten die per patiënt cumulatief zijn tenlastegelegd, is telkens (nagenoeg) identiek. De twee feiten verschillen dus telkens alleen wat de daaraan gegeven juridische kwalificatie betreft. Dat geldt ook voor de beide onderdelen van het onder 17 tenlastegelegde.

### 4.2.

De verwijten die de verdachte telkens ten aanzien van elke afzonderlijke patiënt worden gemaakt, hebben voorts een gelijke strekking. Het is daarom voor een goed begrip van de zaak niet nodig om de gehele tenlastelegging in extenso weer te geven. Ik volsta dan ook met de weergave van het onder 1 tenlastegelegde feit en van een gedeelte van het onder 2 tenlastegelegde feit. Aan de verdachte is in zoverre ten laste gelegd dat:

“1:

hij, in de periode van 25 september 1997 tot en met 11 maart 2000, te Enschede en/of Barneveld, in elk geval in Nederland, meermalen, althans eenmaal, opzettelijk een persoon, te weten V., geboren geboortedatum 1938, tot wiens verpleging en/of verzorging hij, verdachte, krachtens overeenkomst (artikel 7:446 BW) verplicht was, in een hulpeloze toestand heeft gebracht en/of gelaten, immers, heeft verdachte (telkens), gehandeld in strijd met goed hulpverlenerschap (neergelegd in artikel 7:453 BW) door

- bij die V. de onjuiste (differentiaaldiagnose Multi Systeem Atrofie (MSA) te stellen, door (in strijd met de/het (destijds) geldende richtlijn(en) en/of protocol(len)) de diagnose (alleen) te baseren op één (of meer) niet-gevalideerd(e) en/of niet-geïndiceerd(e) (medisch(e)) onderzoek(en), (te weten een (IBZM) SPECT-scan) en/of onvoldoende (klinisch) onderzoek te verrichten dan wel de uitkomsten van dat (of ander) (klinisch) onderzoek niet of onvoldoende te betrekken bij het stellen van de diagnose MSA en/of bij de inhoud van de daarop volgende behandelingen/of
- (vervolgens) V. deze onjuiste en/of onvoldoende medisch onderbouwde en/of onvoldoende onderzochte (differentiaal)diagnose MSA aan haar, V., mede te delen en/of
- vast te houden aan de onjuiste (differentiaal)diagnose MSA, dit terwijl de/het uitgevoerde gevalideerd(e) (medisch(e)) onderzoek(en) geen althans geringe afwijking(en) liet(en) zien en/of de klinische (parkinsonistische) verschijnselen passend bij de ziekte MSA ontbraken, waardoor de diagnose MSA niet bevestigd en/of gesteld kon worden en/of

- in strijd met de geldende richtlijn(en) en/of het/de protocol(len) bij V. de onjuiste diagnose Alzheimer en/of dementieel syndroom te stellen en/of aan V. mede te delen, terwijl verdachte geen (aanvullend(e)) gevalideerd(e) onderzoek(en) heeft (laten) uitvoeren/uitgevoerd die de diagnose Alzheimer en/of dementieel syndroom kon(den) bevestigen dan wel ontkrachten en/of
- zonder voorafgaande (verplichte) MMSE-test bij die V. en/of met behulp van (een) vervalst(e) en/of valselijk opgemaakt(e) machtigingsformulier(en), aan V. het geneesmiddel Exelon voor te schrijven en/of V. met dit geneesmiddel te behandelen, terwijl dit geneesmiddel niet geïndiceerd was en/of V. niet althans onvoldoende voor te lichten over de risico's en/of bijwerkingen van dit geneesmiddel en/of
- aan V. het/de geneesmiddel(len) Aurorix en/of Madopar en/of Exelon voor te schrijven, (een) geneesmiddel(en) dat/die een (onderliggende) psychose en/of manie kan/kunnen doen manifesteren en/of verergeren en/of het risico op tentamen suïcide kan/kunnen vergroten, dit terwijl verdachte bekend was met depressieve klachten en/of suïcidaliteit van V. en/of geen, althans onvoldoende aandacht te besteden aan en/of zich onvoldoende rekenschap te geven van de bij V. manifesterende (bovengenoemde) bijwerking(en) en/of V. niet, althans onvoldoende voor te lichten over de risico's en/of bijwerkingen van dit/die geneesmiddel(en) en/of
- in strijd met de (destijds) geldende (CVZ) richtlijn(en) en/of het/de protocol(len) geen zorg te dragen voor een (adequate) follow-up van de gestelde diagnose (Alzheimer en/of dementieel syndroom) en/of (een) door hem, verdachte, (voorgescreven) geneesmiddel(len) en/of
- de medebehandelaars (huisarts en/of psychiater en/of revalidatiearts) die betrokken waren hij de behandeling van V. niet, althans onvoldoende in staat te stellen de klachten van V. op de juiste wijze te interpreteren en/of te behandelen, door niet, althans onvoldoende met deze medebehandelaars te communiceren over de/het door hem, verdachte, bij V. gedane medische bevindingen en/of ingezette (medicatie)beleid en/of
- V. (bij haar ontslag d.d. 10 maart 2000) niet te informeren over de uitslag(en) van de door hem, verdachte, verrichte onderzoek(en) (o.a. EMG) in verband met verdachtes verdenking op de ziekte ALS en/of motor neuron disease en/of polyneuropathie, althans een (andere) spierziekte, welk(e) strafba(a)r(e) feit(en) de dood van V., althans zwaar lichamelijk letsel ten gevolge heeft/hebben gehad, waaronder/te weten een cumulatie en/of een combinatie van:
- (in de periode van februari 1997 tot en met maart 2000) (een combinatie van) depressiviteit, toenemende apathie, energieverlies, visuele en akoestische hallucinaties (zijnde bijwerkingen van het medicijn Madopar) en/of
- (in de periode van februari 1997 tot en met 2000) (een combinatie van) myopathische verschijnselen, hyperreflexie, spiertrekkingen, stijgende leverenzymwaarden, suïcidaliteit (zijnde bijwerkingen van het medicijn Aurorix en/of het gevolg van een serotonine overactiviteit/syndroom) en/of
- (in de periode van de maand oktober 1997) (een combinatie van) huilerigheid, angstaanvallen, slaapproblemen en/of
- (in de periode van 1998 tot juni 1999) (een combinatie van) angstaanvallen, nachtzweeten, hyperventileren en/of
- (in de periode van oktober 1999 tot en met november 1999) (een combinatie van) rusteloosheid, verwardheid, vermoeidheid, vergeetachtigheid, toename van angst (zijnde bijwerkingen van het medicijn Exelon) en/of
- (in de periode van februari 1997 tot en met maart 2000) een (kortdurende en/of recidiverende) psychotische stoornis door een middel en/of
- (in de periode van februari tot en met maart 2000) rusteloosheid, somberheid, angst, hallucinaties, preoccupatie met de dood en/of een gegeneraliseerde angststoornis en/of angststoornis door een middel.

**2:**

hij, in de periode van 25 september 1997 tot en met 1 maart 2000, te Enschede en/of Barneveld, in elk geval in Nederland, meermalen, althans eenmaal, opzettelijk een persoon, te weten V., geboren geboortedatum 1938 heeft mishandeld, althans opzettelijk de gezondheid van die V. heeft benadeeld, immers, heeft verdachte (telkens), gehandeld in strijd met goed hulpverlenerschap (neergelegd in artikel 7:453 BW), door (zonder informed consent, neergelegd in artikel 7:448 BW jo. 7:450 BW),

- bij die V. de juiste (differentiaal)diagnose Multi Systeem Atrofie (MSA) te stellen [enz.; zie onder feit 1.]”

De aan de verdachte onder 1. en 2. ten aanzien van V. gemaakte verwijten verschillen in twee opzichten van de verwijten die betrekking hebben op de andere in de tenlastelegging genoemde patiënten. In de eerste plaats is alleen ten aanzien van V. tenlastegelegd dat het feit de dood ten gevolge heeft gehad. In de tweede plaats verschillen de feiten wat de door de verdachte gestelde diagnose betreft. Bij V. ging het om MSA (Multi Systeem Atrofie) en om Alzheimer. Bij de meeste andere patiënten ging het alleen om Alzheimer. Bij I. (feiten 15 en 16) betrof de diagnose MS (Multiple Sclerose).

## **5. Het oordeel van het hof**

Het hof heeft in de bestreden uitspraak, voor zover hier van belang, het volgende overwogen:



## “Reikwijdte van het begrip ‘in hulpeloze toestand brengen of laten’

### De feiten 1 tot en met 16 en 17, eerste onderdeel: ‘in hulpeloze toestand brengen of laten’

#### Standpunt openbaar ministerie

De advocaat-generaal heeft zich op het standpunt gesteld dat de rechtbank een te strikte interpretatie heeft gegeven van het begrip ‘hulpeloze toestand’. Volgens de rechtbank is hiervan alleen sprake als de hulpbehoevende zichzelf niet kan redden. De rechtbank had moeten beoordelen of het handelen van verdachte een hulpeloze toestand opleverde en niet of deze hulpeloze toestand mogelijk ongedaan kon worden gemaakt door hulp van buitenaf. De toets die de rechtbank had moeten aanleggen betreft de vraag of er voor de patiënten van verdachte gevaar voor het leven of de gezondheid is ontstaan, ongeacht of de patiënten zichzelf de noodzakelijke zorg konden verschaffen, die zij niet ontvingen van verdachte, terwijl deze tot het verschaffen daarvan op grond van zijn zorgplicht gehouden was.

#### Standpunt verdediging

De verdediging heeft daartegenover gesteld dat de rechtbank verdachte telkens op goede gronden heeft vrijgesproken van ‘het in een hulpeloze toestand brengen of laten’, omdat van hulpeloosheid geen sprake is geweest: de verschillende patiënten waren allen in staat en in de gelegenheid om zichzelf van hulp te voorzien.

#### Oordeel van het hof

Uit de wetsgeschiedenis bij artikel 255 Sr en het daarmee samenhangende artikel 450 Sr blijkt dat sprake is van hulpbehoevendheid wanneer er gevaar bestaat voor het leven of de gezondheid van een persoon, terwijl de hulpbehoevende zichzelf niet kan redden. Er moet bovendien sprake zijn van een concreet gevaar voor de hulpbehoevende. Vereist wordt steeds een opzettelijke handeling waardoor men zich onttrekt aan een plicht van hulp en verzorging van personen die hulp behoeven. Uit recente jurisprudentie, Hoge Raad (*LJN:BY4859*) en Hof Amsterdam (*ECLI:NL:GHAMS:2010:B07708* en *B07707* — de zaak Millecam —) alsmede Hof Arnhem-Leeuwarden (*ECLI:NL:GHARD:2014:534*), kan worden afgeleid dat, indien iemand met een ernstige ziekte zelf de keuze maakt om zich niet (geregeld) onder behandeling te stellen of om geen gebruik te maken van een second opinion, er niet snel sprake is van een hulpeloze toestand. Het enkel bemoeilijken van die vrije keuze, bijvoorbeeld doordat een arts de patiënt onvoldoende heeft ingelicht omtrent diens gezondheid of — zoals in deze zaak verdachte deed, naar zeggen van aangevers — stellig en/of dwingend, in zijn wijze van communiceren, is in de regel onvoldoende voor strafbaarheid.

### Ten aanzien van het bewijs

#### De feiten 1 tot en met 16, even en feit 17, tweede onderdeel: het opzet

##### Algemeen

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.

#### Standpunt openbaar ministerie

De advocaat-generaal heeft wat betreft de onderhavige feiten aangevoerd dat de rechtbank terecht bewezen heeft verklaard dat verdachte voorwaardelijk opzet had op de benadeling van de gezondheid van de patiënten. Verdachte heeft willens en wetens de aanmerkelijke kans aanvaard dat zijn patiënten zouden worden benadeeld in hun gezondheid.

### **Standpunt verdediging**

De raadsman heeft ter terechtzitting in hoger beroep ten aanzien van (alle) ten laste gelegde feiten aangevoerd dat niet bewezen kan worden verklaard dat verdachte opzettelijk heeft gehandeld. Hij heeft hiertoe onder meer aangevoerd dat uit het dossier niet kan worden afgeleid dat verdachte wist dat hij de door hem gestelde diagnoses niet kon stellen. De vaststelling van fouten brengt niet zonder meer mee dat verdachte wist van foute diagnoses. Verdachte heeft daarnaast in een groot aantal verhoren altijd gezegd dat hij te goeder trouw handelde en oprecht meende dat hij het goed had gezien. Voor zover verdachte in het kader van de op hem rustende zorgplicht het verwijt treft dat hij zich van de onjuistheid van zijn handelen bewust had moeten zijn, kan hooguit sprake zijn van 'schuld', maar niet van opzet in voorwaardelijke zin.

### **Oordeel van het hof**

#### **Redenering van de rechtbank**

Met betrekking tot de vraag of de verdachte opzettelijk heeft gehandeld, heeft de rechtbank — onder meer — overwogen dat verdachte niet heeft voldaan aan de in de destijds geldende richtlijnen en protocollen gestelde criteria voor de diagnostiek (waaronder de Herziening Consensus Diagnostiek bij het Dementiesyndroom 1997; Rapportage 'De ziekte van Alzheimer, diagnostiek en medicamenteuze behandeling'; 'Richtlijnen voor de praktijk' van 28 september 2000; Protocol 'Diagnostiek en Behandeling Multiple Sclerose' van april 1999), maar dat hij zijn diagnoses met name heeft gebaseerd op niet-gevalideerd onderzoek. Daarbij overweegt de rechtbank dat de verdachte heeft verzuimd (tijdig) valide onderzoek te doen, zoals een neuropsychologisch onderzoek, en zijn diagnose daarop tijdig bij te stellen. De rechtbank overweegt voorts dat verdachte middels een vervalsing van de MMSE-test het niet geïndiceerde medicijn Exelon heeft voorgeschreven en daarbij onvoldoende acht heeft geslagen op de bijwerkingen die de patiënten van dat medicijn en andere medicatie hadden. Verdachte heeft voor een behandeling gekozen die past bij een niet 'lege-artis' gestelde diagnose. De rechtbank acht dan ook de kans dat er een benadeling van de gezondheid zou plaatsvinden aanmerkelijk". Verdachte heeft, vanuit zijn deskundigheid als neuroloog, wetenschap gehad van die aanmerkelijke kans. Tot slot is de rechtbank van oordeel dat de verdachte deze aanmerkelijke kans ook bewust heeft aanvaard, gelet op de bijzondere zorgplicht die op de verdachte rustte om de patiënten te behandelen met de zorgvuldigheid die van een redelijk handelend bekwaam arts mag worden verwacht en het feit dat verdachte die zorgplicht op ernstige wijze heeft geschonden, in die zin dat hij niet adequaat heeft gediagnostiseerd en behandeld en daarbij welbewust is afgeweken van de professionele standaard, terwijl hij wist van het speculatieve karakter van zijn diagnoses.

Naar het oordeel van het hof is bovenstaande redenering van de rechtbank niet toereikend om te kunnen bewijzen dat verdachte zich willens en wetens heeft blootgesteld aan de aanmerkelijke kans dat het gevolg zou intreden, en dat hij dus opzettelijk heeft gehandeld. Met deze redenering is veeleer hooguit bewezen dat verdachte nalatig heeft gehandeld en verwijtbaar risico's heeft genomen.

Het hof zal in het onderstaande beoordelen of het procesdossier voldoende aanknopingspunten biedt om tot een bewezenverklaring van opzet bij verdachte te komen met inachtneming van de hierboven onder het kopje 'Algemeen' verwoorde criteria. Hierbij heeft te gelden dat uit het procesdossier blijkt dat verdachte vanaf tenminste 1992 als neuroloog is gaan disfunctioneren (zie conclusie Rapport Lemstra I, pagina 16) en steeds slordiger, ondoordachter en eigenzinniger zijn praktijk uitoefende, mede onder invloed van zijn sinds 1999 steeds ernstiger wordende verslaving aan benzodiazepinen. Dit brengt evenwel niet zonder meer mee dat hij de voor zijn patiënten negatieve gevolgen van zijn handelen bewust heeft aanvaard, op de koop toe heeft genomen.

#### **Feiten 2, 4 t/m 14, even en 17, tweede onderdeel (zaken [...] — voor zover de tenlastelegging ziet op het stellen van de diagnose Alzheimer en het voorschrijven van Exelon —, D., L., M., W., F., H. en E.)**

Verdachte wordt ter zake van bovengenoemde aangevers — kort gezegd — verweten dat hij hen heeft mishandeld dan wel opzettelijk hun gezond heeft benadeeld met zwaar lichamelijk letsel als gevolg, door het stellen van de verkeerde diagnose Alzheimer en het voorschrijven van het niet geïndiceerde medicijn Exelon.

Zoals hierboven reeds is overwogen, heeft de rechtbank ontoereikend gemotiveerd dat verdachte (voorwaardelijk) opzet heeft gehad.

De vraag in deze is, of verdachte wist dat zijn handelwijze de aanmerkelijke kans op een verkeerde diagnose omvatte en (dus) inadequate behandeling met alle gevolgen van dien, maar dat hij niettemin die gevolgen bewust op de koop toe heeft genomen.

De verklaringen van verdachte afgelegd bij de politie (onder meer op 17 april 2012, pagina 1271 en verder, op 7 juni 2012, pagina 1282 en verder) en ter terechtzitting in eerste aanleg (onder meer zijn laatste woord, bijlage bij het proces-verbaal van de zitting van 17 december 2013) over zijn handelen houden in essentie het volgende in. Verdachte is op het idee gekomen dat de ziekte van Alzheimer al in een heel vroeg stadium ontdekt kon worden door een anamnese, het vaststellen

van een klachtenpatroon, onder meer bestaande uit een afnemende spreekvaardigheid, geheugen en spanningstolerantie, en beeldvormend onderzoek, waaronder een nucleaire scan (de HMPAO SPECT-scan). Een neuropsychologisch onderzoek had in die vroege fase nog geen zin; dat een MRI en/of een CT-scan geen afwijkingen vertoonden was niet significant bij dat voorstadium van Alzheimer. Tevens was hij ervan overtuigd dat het geneesmiddel Exelon ook in het voorstadium van Alzheimer een gunstig effect had op het verloop van de ziekte. Dit onder het motto 'Hoe eerder begonnen met de behandeling, hoe beter' (pagina 3107/ digitaal, pagina 107 van Map 06 ZD 03). Verdachte nam de MMSE-test fictief af om zo vergoeding door de ziektekostenverzekeraar van het geneesmiddel Exelon voor aangevers te realiseren. Dat was nodig omdat bij een testscore >25 het middel niet vergoed werd.

Van belang is verder dat verdachte (zie zijn hiervoor aangehaalde laatste woord bij de rechtbank) in zijn algemeenheid met betrekking tot de tenlastegelegde feiten heeft verklaard: *'Ik heb toegegeven dat met de kennis van nu achteraf het beleid in individuele gevallen anders had moeten zijn. Dit laat onverlet dat ik tijdens mijn werkzame periode in Enschede te goeder trouw mijn diagnoses heb gesteld en daarop beleid heb uitgezet. Ik heb beoordelingsfouten gemaakt in mijn handelen. Dit zijn tekortkomingen waarvan ik me bij de behandeling van deze patiënten niet bewust ben geweest. Ik heb nooit opzettelijk foute diagnoses gesteld en heb niet met opzet patiënten in een hulpeloze toestand gebracht en gelaten en heb niet met opzet de gezondheid van mijn patiënten benadeeld. Ik had nooit iets anders voor ogen dan de gezondheid van mijn patiënten.'*

Met andere woorden; de verdachte geeft aan dat hij fouten heeft gemaakt, maar dat hij niet willens en wetens de gezondheid van zijn patiënten heeft benadeeld.

De verklaringen van verdachte houden naar het oordeel van het hof niet in dat hij de intentie heeft gehad aangevers te beschadigen noch dat hij de aanmerkelijke kans (indien hiervan al sprake is) daarop bewust heeft aanvaard door deze op de koop toe te hebben genomen ten faveure van een — naar verdachte nu zelf ook zegt — fixatie op zijn gedachtengoed, bestaande uit het aan de hand van een anamnese en beeldvormend materiaal (de HMPAO SPECT-scan) vaststellen van een voorstadium van Alzheimer en de behandeling — off label — met — het in zijn ogen toen wondermiddel — Exelon. De rechtbank heeft de verklaringen van verdachte voor zijn handelwijze niet geloofd, dit kennelijk in navolging van de deskundigen Scheltens en Snoek. Redengevende argumenten waren voor de rechtbank dat uit de medische dossiers van de aangevers niet is gebleken dat verdachte bij hen die vroege fase van Alzheimer als diagnose heeft gesteld; dat deze vroege fase van Alzheimer in de periode dat verdachte diagnoses stelde, in de neurologie (in Nederland) nog niet onderkend was; en dat in de brieven van verdachte naar huisartsen/bedrijfsartsen alleen de term preseniele demencie voorkwam.

Het hof is door deze argumenten er niet van overtuigd dat de verklaringen van verdachte over zijn gedachtegoed destijds ongeloofwaardig zijn. Het is immers niet onaannemelijk dat verdachte in zijn geschriften niet spreekt over de vroege fase maar enkel van preseniele demencie (wat niet anders inhoudt dan demencie bij mensen jonger dan 65 jaar) omdat anders de vergoeding van Exelon door de ziektekostenverzekeraar in gevaar kwam. Ook plaatst het hof de kanttekening bij de redenering van de rechtbank dat weliswaar vaststaat — verdachte heeft dat ook erkend — dat de patiëntendossiers die verdachte bijhield, uiterst gebrekkig, rommelig en onvolledig waren, maar dat dit in zijn algemeenheid niet betekent, dat bepaalde handelingen niet verricht zijn.

Dat verdachte zijn diagnose had moeten bijstellen toen vele aangevers ernstige bijwerkingen van het middel Exelon meldden, was in de jaren waarop de aangiften zien, in professionele kringen nog niet een algemeen bekend gegeven (deskundige Snoek, proces-verbaal van de terechtzittingen van 4 november 2013 en verder, pagina 78: *'Ik denk, dat ik zeker in die tijd, niet wist dat het niet verdragen van het middel een contra-indicatie vormde voor gebruik.'*)

Voorts worden de verklaringen van verdachte over zijn insteek gesteund door het navolgende. Eindjaren '90 van de vorige eeuw is in Amerika het concept van Mild Cognitive Impairment (MCI) ontstaan; daarover is gepubliceerd in 1997. Dat concept heeft in de jaren 2000 Nederland bereikt. Sinds 2010 werd gedacht aan een stadium vóór Mild Cognitive Impairment (deskundige Scheltens, proces-verbaal van de terechtzittingen van 4 november 2013 en verder, pagina 115). Het gedachtepad van verdachte in de jaren 1998-2000 was dus niet wezensvreemd en bij sommige producenten van Exelon heeft in de tijd dat verdachte zijn 'gewraakte' diagnoses stelde, de gedachte geheerst dat wat in een late fase werkt ook in een vroege fase — off label — kan werken. Dat dit niet klopte is allemaal pas later gebleken, dus dat kon verdachte toen nog niet weten (deskundige Scheltens, procesverbaal van de terechtzittingen van 4 november 2013 en verder, pagina 77).

In het bijzonder vindt de verklaring van verdachte dat hij te goeder trouw heeft gehandeld en niet opzettelijk een verkeerde diagnose heeft gesteld en dus niet-geïndiceerde medicijnen heeft voorgeschreven, ook steun in de — gebrekkige — dossiers van aangevers. Zo vermelden de aantekeningen van consulten dan wel brieven, geschreven door verdachte alsook de aanvragen van een HMPAO SPECT-scan, gegevens die duiden op het afnemen van een anamnese. Daarnaast heeft de nucleair deskundige in de uitslagen van de HMPAO SPECT-scan beschreven dat het beeld op Alzheimer kan wijzen en/of dat sprake was van neurodegeneratieve afwijkingen. Voorts heeft verdachte bij aangevers ook ander onderzoek laten verrichten ten behoeve van differentiaal diagnoses, waaronder neuropsychologisch onderzoek (zij het in een aantal gevallen te laat), en/of beeldvormend onderzoek (MRI, EEG, CT-scan) en/of liquoronderzoek. Aanwijzingen dat het verdachte aan opzet ontbrak zijn ook te ontleen aan verklaringen van getuigen die met hem hebben

samengewerkt. Zo verklaart de voormalig collega P. dat verdachte altijd bereid was om diensten over te nemen en zich uitsloofde voor mensen om allerhande dingen te regelen (Map 15, pagina 15333). De getuige C., verpleegkundige op de afdeling neurologie, die verdachte aldaar heeft meegemaakt in de periode 1998-2003, verklaart dat verdachte heel betrokken was bij zijn patiënten (Map 17, pagina 15399).

De getuige T., afdelingshoofd neurologie van 2000-2007, verklaart ook dat verdachte erg begaan was met zijn patiënten en tot in het oneindige wilde doorgaan met het beter maken van hen (Map 17, pagina 15446). Getuige R., teamhoofd afdeling neurologie, verklaart dat verdachte heel patiëntgericht was, zijn patiënten nooit in de kou liet staan en hij alle tijd voor hen nam. Hij ging 'pipo-gedrag' vertonen omdat hij de weg kwijtraakte en er van overtuigd was dat hij iets geniaals op het spoor was. Hij probeerde een relatie te leggen tussen dementie en Parkinson (Map 17, pagina 15463).

Een en ander leidt tot de conclusie dat verdachte weliswaar als arts schromelijk is tekortgeschoten ten opzichte van aangevers, maar dat niet bewezen kan worden dat hij hen heeft mishandeld, dus met opzet letsel heeft toegebracht dan wel hen met opzet heeft benadeeld in hun gezondheid, ook niet in de zin van voorwaardelijk opzet. Dit betekent dat verdachte zal worden vrijgesproken van de feiten 4, 6, 8, 10, 12, 14 en 17, tweede onderdeel.

## Feit 2 (zaak V.)

Ook hier ziet de tenlastelegging op mishandeling althans het opzettelijk benadelen van de gezondheid met daarbij de strafverzwarende omstandigheid dat het feit heeft geleid tot de dood danwel zwaar lichamelijk letsel. Verdachte wordt in deze zaak onder meer verweten het stellen van de onjuiste diagnose MSA, het blijven vasthouden aan deze diagnose en het geven van onjuiste medicatie (Aurorix). Het voorschrijven van het middel Exelon is hierboven besproken. Vaststaat dat obductie heeft uitgewezen dat er geen aanwijzingen zijn gevonden voor de diagnose MSA.

De rechtbank komt via de voorwaardelijk opzet constructie tot een bewezenverklaring van het opzettelijk benadelen van de gezondheid met — zakelijk weergegeven — de volgende overwegingen: als medisch specialist wist verdachte dat de diagnose MSA niet gesteld kon worden op basis van de voorhanden zijnde gegevens. Hij heeft een behandelwijze toegepast die past bij een met hoge mate van waarschijnlijkheid gestelde diagnose MSA en onvoldoende acht geslagen op de bijwerkingen van medicijnen en nagelaten zijn diagnose tijdig bij te stellen. Daarnaast heeft hij nagelaten de casus te bespreken in een multidisciplinair overleg. Gelet hierop acht de rechtbank, gezien het langdurig en veelvuldig niet geïndiceerd medicijngebruik, de kans op benadeling van de gezondheid naar algemene ervaringsregels aanmerkelijk. Verdachte heeft vanuit zijn deskundigheid als neuroloog wetenschap gehad van deze aanmerkelijke kans. De rechtbank overweegt voorts dat verdachte de aanmerkelijke kans op het intreden van de gevolgen ook bewust heeft aanvaard. Immers: op verdachte rustte als arts en specialist een bijzondere zorgplicht. Verdachte heeft deze zorgplicht geschonden doordat hij niet adequaat heeft gediagnostiseerd en behandeld en welbewust is afgeweken van de professionele standaard, terwijl hij wist van het speculatieve karakter van zijn diagnose. Voorts heeft verdachte V. onjuist geïnformeerd en is hij in weerwil van zijn twijfel langdurig doorgegaan met behandeling en heeft hij niet gewezen op de mogelijkheid van nader gevalideerd onderzoek en dat onderzoek ook zelf niet uitgevoerd.

Namens verdachte is ter zitting in hoger beroep onder meer bepleit dat de door de rechtbank gehanteerde overwegingen (pagina 40 en 41 van het vonnis) maximaal duiden op schuld aan de zijde van verdachte maar niet kunnen leiden tot het construeren van (voorwaardelijk) opzet.

Het hof is van oordeel (zoals overwogen bij het algemeen deel) dat met de overwegingen van de rechtbank niet zonder meer het (voorwaardelijk) opzet is gegeven.

In dit kader moet ook het volgende in ogenschouw worden genomen. De patiënte V. is in 1996 naar verdachte verwezen met klachten omschreven als passend bij Parkinson. Verdachte heeft ter zitting in eerste aanleg aangegeven (proces-verbaal van de terechtzittingen van 4 november 2013 en verder, pagina 24) dat hij op grond van de klachten redenen had om als eerste (waarschijnlijkheids)diagnose te denken aan Parkinson+ of MSA. Voorts heeft hij aangegeven (proces-verbaal van de terechtzittingen van 4 november 2013 en verder, pagina 28) in antwoord op de vraag of hij meer is gaan twijfelen aan de diagnose MSA dat dat niet zo is. Hij vervolgt: *'Wat ik heb gezien als complex MSA/Parkinson, dat zit in mekaars verlengde. Dat is zo'n neurologisch spectrum. In het algemeen ben je bij de ontwikkeling van een bewegingsstoornis, waarvan je eerst zegt 'het is MSA', afhankelijk van hoe het zich in de loop van jaren ontwikkelt en pas als er duidelijke veranderingen in klachten en verschijnselen zijn, geef je een meer definitieve diagnose.'*

Het rapport van de deskundige Snoek vermeldt onder meer (pagina 6): *'Het betreft een complexbeeld. (...) Op zich is er tegen de aanvankelijk gestelde waarschijnlijkheidsdiagnose MSA weinig in te brengen. Het klinisch beloop past echter slecht bij de gestelde diagnose en ook verdachte oppert bij herhaling dat er gerede twijfel is bij de diagnose.'*

Ter zitting van 6 november 2013 heeft deskundige Snoek onder meer verklaard (proces-verbaal van de terechtzittingen van 4 november 2013 en verder, pagina 56): *'Op de vraag van de voorzitter of er vanuit mijn deskundigheid sprake is van zorgvuldigheid die je mag verwachten van een redelijk handelend arts, zeg ik dat dat een lastige vraag is. Want sommige mensen krijgen geen last, terwijl er wel met de pet naar is gegooid. Hier is er niet met de pet naar gegooid. Er zijn geen goede diagnostische beslissingen genomen, omdat op een gegeven moment de diagnose niet meer compatibel was met het beloop. Maar er is wel steeds betrokkenheid en ook fixatie geweest. Het enige wat ik vind, is dat als er zich zo'n moeilijk probleem voor doet, waar je niet goed uitkomt, dat het dan echt voor de hand ligt om daar een keer met een ander*

*serius over te overleggen of om het voor een tweede mening door te sturen. Ik vind dat die diagnose zorgvuldig is gesteld. Ik vind wel dat hij, lang is doorgedaan, maar ik kan me een situatie voorstellen waarin dat zo gegroeid is tussen patiënt en behandelaar.'*

Uit het onderzoek van het medisch dossier van V. blijkt dat de deskundige Wolters onder meer het volgende heeft aangegeven (pagina 6): *'J. stelde als diagnose een Multiple Systeem Atrofie vast bij betrokkene. Ondanks persistente afwezigheid van parkinsonistische verschijnselen bleef hij aan deze diagnose vasthouden. Dat is hem te verwijten. (...) Tevens herkende hij niet de bij betrokkene later opgetreden verschijnselen van myopathie met hyperreflexie en spiertrekkingen alsook de gebleken suïcidaliteit als mogelijk door moclebemide (Aurorix)-geïndiceerde bijwerkingen.'* Ter zitting van 6 november 2013 heeft hij daar onder meer aan toegevoegd (proces-verbaal van de terechtzittingen van 4 november 2013, pagina 49 en verder): *'Het probleem is dat je een patiënt krijgt van een collega die de diagnose Parkinson heeft gesteld maar dat is het waarschijnlijk niet. Dat had J. ook snel in de gaten. (...). Hij heeft er grote twijfels bij om het MSA te noemen en noemt het dan een mogelijke MSA met twee of drie vraagtekens er bij. (...) Dus dit is misschien wel een voor de hand liggende diagnose voor hem geweest in die tijd, althans werkdiagnose. (...) Ik vind dat de verantwoording van het gebruik van medicatie die niet dagelijks in onze praktijk voorkomt en dan toch het niet in overweging nemen van het voorkomen van bijwerkingen, te wensen over laat. Wat betreft de verslaglegging ben ik het ook eens met collega Snoek. Die laat geheel te wensen over. Ik vind onzorgvuldig een hard woord. In antwoord op de vraag van de voorzitter hoe ik het medisch zou kwalificeren, als een risico of als een fout, zeg ik dat dit niet een alledaagse behandeling is. Als je een niet-alledaagse behandeling instelt bij je patiënt, dan moet je de patiënt zorgvuldig vervolgen en moet je controleren op enerzijds de effecten en anderzijds de bijwerkingen en dat ontbrak hier volgens mij.'*

Uit de stukken van het geding valt op te maken dat de deskundigen de aanvankelijk gestelde werkhypothese/waarschijnlijkheidsdiagnose voorstelbaar, achten. Verdachte heeft daarna ook onderzoeken laten doen, medicatie voorgeschreven en er heeft driemaal een ziekenhuisopname plaatsgevonden. De deskundigen achten verwijtbaar — kort gezegd — dat verdachte in het volgtraject te veel gefixeerd is gebleven op zijn eerste diagnose, daarbij in zijn follow up is tekortgeschoten en onvoldoende oog heeft gehad voor de werking en bijwerkingen van de voorschreven medicatie, heeft nagelaten anderen te raadplegen en dat zijn verslaglegging te kort schiet. Voorts is verdachte tekort geschoten in zijn communicatie met patiënten.

Het hof is van oordeel dat verdachte weliswaar onmiskenbaar op meerdere punten te kort geschoten is in zijn medisch handelen. Dat levert naar het oordeel van het hof ook verwijtbaar gedrag op, maar anders dan de rechtbank en het openbaar ministerie acht het hof onvoldoende aanknopingspunten aanwezig om te kunnen komen tot vaststelling van voorwaardelijk opzet. Dit betekent dat verdachte zal worden vrijgesproken van feit 2.

#### **Feit 16 (zaak I.)**

De tenlastelegging behelst ook hier het opzettelijk mishandelen dan wel de opzettelijke benadeling van de gezondheid met daarbij de strafverzwarende omstandigheid dat dit feit zwaar lichamelijk letsel tot gevolg heeft gehad.

Ook in deze zaak komt de rechtbank tot een constructie van voorwaardelijk opzet ten aanzien van de benadeling van de gezondheid analoog aan de redenering die is gevolgd in de zaak V.

Namens verdachte is ter terechtzitting in hoger beroep betoogd dat ook in deze zaak het opzet ontbreekt.

Het hof volgt ook in deze zaak niet de redenering van de rechtbank en komt niet tot conclusie dat er sprake is van (voorwaardelijk) opzet. Vaststaat dat de aanvankelijk door verdachte gestelde gelegenheidsdiagnose MS achteraf gezien onjuist was en er feitelijk sprake was van een hernia.

Het verslag van de deskundige Polman vermeldt onder meer dat de diagnose MS zeer onzorgvuldig is gesteld. Ter terechtzitting in eerste aanleg heeft de deskundige Polman hier aan toegevoegd (proces-verbaal van de terechtzittingen van 4 november 2013 en verder, pagina 209 en verder.): *'Als verdenking op MS opkomt en als je de eerste klachten van deze patiënt leest dan is het niet verkeerd om aan de diagnose MS te denken en dat te overwegen. In dat licht bezien is het ook prima om een MR1 van de hersenen aan te vragen. Je zou daarbij ook al gelijk een MR1 van het ruggenmerg kunnen aanvragen, maar op het moment dat de MRI van de hersenen normaal is, zoals hier het geval is ontkom je niet aan een MR1 van het ruggenmerg. De grote omissie is dat de MRI van het ruggenmerg niet is gemaakt. Dat dit niet is gebeurd, heb ik onzorgvuldig genoemd en zou ik ook nu nog onzorgvuldig noemen.'*

De deskundige Snoek heeft in zijn rapportage aangegeven (pagina 28): *'De diagnose MS is ten onrechte gesteld. (...) De cerebrale MRI heeft bij MS een hoge sensitiviteit; in combinatie met normale liquor, zonder aanwijzingen voor intrathecale IgG-productie, had nog los van de symptomatologie, geen genoegen genomen mogen worden met de diagnose MS. (...) Bij het beschreven beloop had ook niet, zonder de diagnose MS middels aanvullende anamnese, onderzoek of aanvullend onderzoek zekerder te maken, gekozen mogen worden voor behandeling met methylprednisolon of interferon bèta, er was geen sprake van een beloop in remissies en exacerbaties.'*

Ter zitting van 27 november 2013 heeft hij onder meer aangegeven: *'Ik vind het volstrekt redelijk dat bij die trekkingen van het ooglid op dat moment de eerste diagnose MS is overwogen. Dat geldt minder voor de vermelde bleke pupillen. In 2003 was de keuze voor een cerebrale MRI niet verkeerd, maar deze moet dan worden bijgestuurd op grond van resultaat.'*

Verdachte heeft zelf op de zitting in eerste aanleg (van 27 november 2013) verklaard (proces-verbaal van de

terechtzittingen van 4 november 2013 en verder, pagina 208) dat hij vindt dat hij duidelijke fouten heeft gemaakt. Hij geeft aan dat hij op basis van de bestaande klachten de MRI van de rug eerder had moeten laten verrichten, al was het alleen al ingevolge de richtlijnen die er toen waren voor MS. Verdachte heeft erkend dat hij een medische beroepsfout heeft gemaakt en daarmee ook onzorgvuldig heeft gehandeld jegens zijn patiënt. Maar anders dan de rechtbank en het openbaar ministerie is het hof van oordeel dat, mede in het licht van de hiervoor aangehaalde bevindingen van de deskundigen Polman en Snoek, daarmee nog niet zonder meer kan worden vastgesteld dat verdachte (voorwaardelijk) opzet heeft gehad op mishandeling dan wel benadeling van de gezondheid van zijn patiënt. Dit betekent dat verdachte zal worden vrijgesproken van feit 16.

### **De feiten 1 tot en met 16 oneven en 17, eerste onderdeel: het opzet**

Het hof concludeert dat, uitgaande van hetgeen hiervoor is overwogen met betrekking tot de strekking van artikel 255 Wetboek van Strafrecht en in aanmerking nemend dat de feitelijke omschrijving van hetgeen verdachte wordt verweten bij de even en oneven tenlastegelegde feiten (nagenoeg) gelijkkluidend is, op grond van bovenstaande overwegingen over het opzet met betrekking tot de tenlastegelegde feiten 1 tot en met 16 even en 17, tweede onderdeel ook onvoldoende bewijs aanwezig is om te kunnen komen tot het aannemen van (voorwaardelijk) opzet met betrekking tot de tenlastegelegde feiten 1 tot en met 16 oneven en 17, eerste onderdeel, zodat verdachte ook van deze feiten zal worden vrijgesproken.

### **Slotopmerking**

Ten slotte overweegt het hof ten overvloede dat op grond van de vaststaande feiten en omstandigheden vervolging op grond van andere, culpose strafbepalingen een reële optie zou zijn geweest, maar dat dit gelet op de ten tijde van de aanvang van de vervolging van verdachte reeds verstreken tijd niet meer tot de mogelijkheden behoorde.”

## **6. Beoordeling van het eerste middel**

### **6.1.**

Het middel komt met rechts- en motiveringsklachten op tegen de vrijspraken ter zake van mishandeling, dan wel opzettelijke benadeling van de gezondheid van de in de tenlastelegging genoemde personen (de feiten 2, 4, 6, 8, 10, 12, 14, 16 en 17, tweede onderdeel).

### **6.2.**

In de toelichting op het middel wordt aangevoerd dat het Hof, door te overwegen dat de handelwijze van de verdachte hooguit aanmerkelijke verwijtbare onachtzaamheid ofwel schuld in de zin van culpa oplevert, zonder daarbij (kenbaar) te betrekken dat aan de verdachte vanuit zijn positie als vooraanstaand neuroloog hogere eisen gesteld moesten worden ten aanzien van diens wetenschap en bewuste aanvaarding van die aanmerkelijke kans, blijkt heeft gegeven van een onjuiste rechtsopvatting door het toepasselijke toetsingskader te miskennen en de verdachte derhalve met verlating van de grondslag van de tenlastelegging heeft vrijgesproken van iets anders dan is tenlastegelegd. In dat kader wordt gesteld dat in medische zaken als de onderhavige, indien welbewust in strijd met de professionele standaard is gehandeld en zulks niet in belang van de patiënt is, aangenomen kan worden op basis van de op hem rustende ‘Garantenstelling’ dat de beroepsbeoefenaar wetenschap had van die aanmerkelijke kans en dat hij die kans ook heeft aanvaard, zeker als een behandeling wordt toegepast waarover geen wetenschappelijke consensus bestaat. In dat verband wordt onder meer verwezen naar de noot van T.M. Schalken onder het arrest van het hof. Daarin stelt Schalken dat een normatief aspect als Garantenstelling onlosmakelijk deel behoort uit te maken van de standaard die op de medische beroepsuitoefening van toepassing is.<sup>[5]</sup>

### **6.3.**

De rechtbank heeft ten aanzien van de vraag of de verdachte opzettelijk heeft gehandeld, onder meer vastgesteld dat:

- de verdachte niet heeft voldaan aan de in de destijds geldende richtlijnen en protocollen gestelde criteria voor de diagnostiek, maar dat hij zijn diagnoses met name heeft gebaseerd op niet-gevalideerd onderzoek;
- de verdachte heeft verzuimd (tijdig) valide onderzoek te doen en zijn diagnose daarop tijdig bij te stellen;
- de verdachte heeft gekozen voor een behandeling gekozen die past bij een niet ‘lege-artis’ gestelde diagnose en;
- de verdachte middels een vervalsing van de MMSE-test het niet geïndiceerde medicijn Exelon heeft voorgeschreven en daarbij onvoldoende acht heeft geslagen op de bijwerkingen die de patiënten van de medicatie hadden.

Gelet hierop is de rechtbank van oordeel dat de kans dat er een benadeling van de gezondheid zou plaatsvinden aanmerkelijk is. Ten aanzien van de bewuste aanvaarding van deze aanmerkelijke kans overweegt de rechtbank dat de verdachte, vanuit zijn deskundigheid als neuroloog, wetenschap heeft gehad van die aanmerkelijke kans en hij deze aanmerkelijke kans ook bewust heeft aanvaard, gelet op de bijzondere zorgplicht die op de verdachte rustte om de

patiënten te behandelen met de zorgvuldigheid die van een redelijk handelend bekwaam arts mag worden verwacht en het feit dat verdachte die zorgplicht op ernstige wijze heeft geschonden, in die zin dat hij niet adequaat heeft gediagnostiseerd en behandeld en daarbij welbewust is afgeweken van de professionele standaard, terwijl hij wist van het speculatieve karakter van zijn diagnoses.

#### 6.4.

Het hof geeft allereerst de vaststellingen en het daarop gebaseerde oordeel van de rechtbank weer en overweegt aansluitend dat de redenering van de rechtbank niet toereikend is om voorwaardelijk opzet aan te nemen. Volgens het hof is daarmee veeleer bewezen dat verdachte nalatig heeft gehandeld en verwijtbaar risico's heeft genomen. Van de feitelijke vaststellingen van de rechtbank neemt het hof daarbij geen afstand. Het voegt daar nog aan toe dat uit het procesdossier blijkt dat verdachte vanaf tenminste 1992 als neuroloog is gaan disfunctioneren en steeds slordiger, ondoordachter en eigenzinniger zijn praktijk uitoefende, mede onder invloed van zijn sinds 1999 steeds ernstiger wordende verslaving aan benzodiazepinen. Dit brengt — aldus het hof — evenwel niet zonder meer mee dat hij de voor zijn patiënten negatieve gevolgen van zijn handelen bewust heeft aanvaard, op de koop toe heeft genomen. In dat kader verwijst het hof naar de verklaringen van de verdachte, die kort gezegd inhoudt dat er bij hem destijds weliswaar sprake was van een fixatie op zijn gedachtengoed, bestaande uit het aan de hand van een anamnese en beeldvormend materiaal (de HMPAO SPECT-scan) vaststellen van een voorstadium van Alzheimer en de behandeling — off label — met — het in zijn ogen toen wondermiddel — Exelon, maar dat hij nooit de intentie heeft gehad aangevers te beschadigen. Volgens het Hof vindt de verklaring van verdachte steun in onder meer de — gebrekkige — medische dossiers van aangevers en de verklaringen van getuigen en deskundigen. Bijgevolg heeft het hof verdachte vrijgesproken omdat opzet bij hem niet bewezen kon worden.

#### 6.5.

Ik stel voorop dat een vrijspraak die gegeven is op de grond dat de rechter het wettig en overtuigend bewijs niet geleverd acht, in cassatie slechts in beperkte mate toetsbaar is. Dit hangt nauw samen met de vrijheid die de feitenrechter toekomt bij de selectie en de waardering van het bewijsmateriaal. De door de rechter gegeven motivering van de vrijspraak is dan ook niet onbegrijpelijk doordat het beschikbare bewijsmateriaal — al dan niet op grond van een andere uitleg van gegevens van feitelijke aard — een andere (bewijs)beslissing toelaat.<sup>[6.]</sup> De vraag kan in de onderhavige zaak daarom niet zijn of de beslissing van de rechtbank (die de feiten wel bewezen verklaarde) beter is dan die van het hof, noch of de bewijsmotivering die de rechtbank gaf de toets in cassatie zou kunnen doorstaan.

#### 6.6.

Vooropgesteld moet voorts worden dat voorwaardelijk opzet op een bepaald gevolg — in casu gezondheidsschade — aanwezig is indien de 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, omdat in geval van die wetenschap ook sprake kan zijn van bewuste schuld. Van degene die weet heeft van de aanmerkelijke kans op het gevolg, maar die naar het oordeel van de rechter ervan is uitgegaan dat het gevolg niet zal intreden, kan wel worden gezegd dat hij met (grove) onachtzaamheid heeft gehandeld maar niet dat zijn opzet in voorwaardelijke vorm op dat gevolg gericht is geweest.<sup>[7.]</sup>

#### 6.7.

Ik merk daarbij op dat het zwaartepunt in de onderhavige zaak naar het mij voorkomt ligt bij de vraag of de verdachte zich bewust is geweest van de aanmerkelijke kans dat zijn handelen en nalaten tot gezondheidsschade bij zijn patiënten zou leiden. Als die bewustheid er is geweest, ligt de aanvaarding van die aanmerkelijke kans welhaast besloten in het desondanks doorgaan met de risicovolle behandeling. Alleen in uitzonderingsgevallen is dat anders. Als een chirurg een operatie uitvoert in het volle besef dat de kans 'levensgroot' is dat de patiënt als gevolg daarvan op de operatietafel overlijdt, kan die operatie desondanks door medische noodzaak zijn gerechtvaardigd. Van een aanvaarding van de kwade kans is dan geen sprake. In de onderhavige zaak lijkt van een dergelijk uitzonderingsgeval geen sprake te zijn. Het hof heeft niet vastgesteld en door de verdachte is evenmin aangevoerd dat (de verdachte meende dat) er een medische reden was die rechtvaardigde dat het risico op gezondheidsschade werd genomen. De verdachte voerde aan dat hij te goeder trouw handelde en niet opzettelijk onjuiste diagnoses stelde, hetgeen impliceert dat de verdachte meende dat hij de gezondheid

[8.]

van zijn patiënten door zijn behandelingen juist niet benadeelde.<sup>[8.1]</sup> Het hof heeft dat niet onaannemelijk geacht en daarom vrijgesproken.

#### 6.8.

De vraag die het middel aan de orde stelt, is of en zo ja in hoeverre opzet een geobjectiveerd begrip is. Die vraag kan worden geïllustreerd aan de hand van een passage uit de strafmotivering die de rechtbank gaf. Na te hebben gesteld dat de verdachte door zijn handelen de op hem rustende bijzondere zorgplicht als arts heeft miskend en dat dit hem ernstig dient te worden aangerekend, overwoog de rechtbank:

“Dat verdachte stelt dat hij niet de bedoeling heeft gehad om zijn patiënten te benadelen en steeds het welzijn van zijn patiënten voor ogen heeft gehad, doet daaraan niet af. Deze gestelde intentie komt immers niet overeen met zijn werkelijke handelwijze, namelijk het onder invloed van enorme hoeveelheden verdovende middelen op zeer lichtvaardige wijze stellen van ernstige diagnoses en het jarenlang op onjuiste wijze behandelen van patiënten”.

De vraag is hoe deze passage begrepen moet worden. Het kan zijn dat de rechtbank bedoelde dat zij de ‘gestelde’ intentie niet aannemelijk acht omdat het handelen van de verdachte daarmee niet valt te rijmen. In dat geval is sprake van een feitelijk oordeel, dat wellicht niet onbegrijpelijk is. Uit het feitelijke handelen van de verdachte leidt de rechtbank dan af dat de verdachte, gezien de kennis waarover hij als arts beschikte, zich ervan bewust was dat er een aanmerkelijke kans op gezondheidsschade was. Het kan echter ook zijn dat de rechtbank van oordeel was dat in gevallen als de onderhavige de subjectieve intentie van de verdachte niet van belang is omdat de opzet gegeven is met de ‘werkelijke’ handelwijze. Het is deze lezing van de passage die Schalken in zijn in de toelichting op het middel aangehaalde annotatie voor de juiste lijkt te willen houden. In elk geval lijkt Schalken het met het — aldus begrepen — oordeel van de rechtbank eens te zijn. “Niet beslissend voor het voorwaardelijk opzet is de persoonlijke intentie van de arts die (uiteraard) niet tegen het belang van zijn patiënt heeft willen handelen.” Schalken voegt daaraan toe dat het hof aan deze intentie van de verdachte ‘een te belangrijk accent heeft gegeven’. Het voorgestelde middel lijkt in essentie op dezelfde opvatting te zijn gebaseerd.

#### 6.9.

Dat in het kader van het bewijs van het opzet mag worden ‘geobjectiveerd’ (dat wil zeggen dat de rechter zijn oordeel mag baseren op objectief kenbare ‘uitwendige’ gegevens), staat buiten kijf. Tot het vaste repertoire van de Hoge Raad behoort de volgende overweging. “Of in een concreet geval moet worden aangenomen dat sprake is van bewuste schuld dan wel van voorwaardelijk opzet zal, indien de verklaringen van de verdachte en/of bijvoorbeeld eventuele getuigenverklaringen geen inzicht geven omtrent hetgeen ten tijde van de gedraging in de verdachte is omgegaan, afhangen van de feitelijke omstandigheden van het geval. Daarbij zijn de aard van de gedraging en de omstandigheden waaronder deze is verricht, van belang. Bepaalde gedragingen kunnen naar hun uiterlijke verschijningsvorm worden aangemerkt als zo zeer gericht op een bepaald gevolg dat het — behoudens contra-indicaties — niet anders kan zijn dan dat de verdachte de aanmerkelijke kans op het desbetreffende gevolg heeft aanvaard.”<sup>[9.1]</sup> Over dit ‘handvat’ uit het *HIV*-arrest merkt De Hullu op dat het soms ‘veiliger en beter’ is om voor de aanvaarding van de verkeerde kans dit handvat te gebruiken dan te bouwen op de verklaringen van de verdachte zelf.<sup>[10.1]</sup> Daarin kan meen ik geen aansporing worden gelezen om de eigen verklaringen van de verdachte stelselmatig te negeren — de Hoge Raad beveelt de objectiverende werkwijze in het *HIV*-arrest juist aan voor gevallen waarin de verklaringen van de verdachte geen uitsluitel geven —, laat staan de verwoording van de opvatting dat de subjectieve gesteldheid van de verdachte voor het opzet irrelevant is. De passage volgt op een bespreking van jurisprudentie van de Hoge Raad waarin werd gecasseerd omdat in de bewijsmotivering verklaringen van de verdachte werden gebruikt die naar zijn oordeel met het bestaan van opzet niet te verenigen zijn (zoals: “Ik dacht toen nergens aan. Ik heb toen niet aan het slachtoffer gedacht”). Die jurisprudentie bevestigt juist dat wat volgens de eigen verklaring van de verdachte in hem omging allesbehalve irrelevant is. Iets anders is dat de verklaring van de verdachte op dit punt niet altijd een getrouwe weergave vormt van zijn subjectieve gesteldheid ten tijde van zijn handelen en dat daarmee derhalve behoedzaam moet worden omgegaan. Dat evenwel is een constatering die betrekking heeft op de selectie en de waardering van het bewijsmateriaal.

#### 6.10.

In de toelichting op het middel wordt gesteld dat volgens De Hullu het type delict en de bijzondere omstandigheden van het geval een belangrijke rol spelen bij de vaststelling van het voorwaardelijk opzet. Inderdaad betoogt De Hullu dat de jurisprudentie van de Hoge Raad beter kan worden begrepen als onderkend wordt dat er ‘moeilijke gevallen’ zijn waarin de Hoge Raad specifieke daarop toegesneden toetsingscriteria lijkt te hanteren.<sup>[11.1]</sup> Als voorbeeld van zo’n categorie moeilijke gevallen noemt hij Opiumwet-delicten. De Hoge Raad toont zich daar allesbehalve streng. Het bewijs dat de verdachte opzet had op de invoer van bijvoorbeeld cocaïne is hier op basis van hetgeen de algemene ervaring zou leren (bijvoorbeeld dat iemand pleegt te weten wat er in zijn tas of koffer zit<sup>[12.1]</sup>), is hier al snel rond. Ook het niet nemen van voldoende voorzorgsmaatregelen — zoals het niet controleren van de inhoud van de koffer — kan bijdragen aan het bewijs van het opzet.<sup>[13.1]</sup> Uit die jurisprudentie kan evenwel niet worden afgeleid dat de Hoge Raad van de feitenrechter verlangt dat hij opzet fingeert in gevallen waarin de verdachte van niets wist. Dat aan het wettig bewijs geen hoge eisen worden



gesteld, betekent niet dat de rechter er niet van overtuigd dient te zijn dat de verdachte minst genomen welbewust de aanmerkelijke kans heeft aanvaard dat hij drugs invoerde. Als een rechter die overtuiging niet bekomt — bijvoorbeeld doordat hij geloof hecht aan de stellige ontkenning van de verdachte — en daarom vrijspreekt, kan in cassatie niet met succes worden geklaagd dat de rechter het toepasselijke toetsingskader heeft miskend.

#### 6.11.

Het beroep dat in de toelichting op het middel op De Hullu wordt gedaan, komt mij dan ook niet sterk voor. De gegeven analyse heeft betrekking op de eisen die aan het bewijs van het opzet worden gesteld. Een argument voor de opvatting dat de rechter bij zijn bewijsoordeel dient te abstraheren van de subjectieve gesteldheid van de verdachte kan daaraan mijns inziens niet worden ontleend. Daarmee is uiteraard nog niet gezegd dat er geen andere argumenten zijn die pleiten voor de aan het middel ten grondslag liggende opvatting dat in een medische context heeft te gelden dat het welbewust in strijd handelen met de medische standaard geen andere conclusie toelaat dan dat de arts opzet had op de benadeling van de gezondheid die daarvan het gevolg is.

#### 6.12.

In dat kader heb ik mij afgevraagd of de *Millicam*-arresten van 12 maart 2013 (in het bijzonder ECLI:NL:HR:2013:BY4876 en ECLI:NL:HR:2013:BY4858) steun bieden aan de bedoelde opvatting. In die zaken oordeelde het hof dat de verdachten — BIG-geregistreerd artsen — gehouden waren de zorg van een goed hulpverlener te betrachten en daarbij te handelen met inachtneming van de professionele standaard. Volgens het hof zijn de verdachten ernstig in hun zorgplicht tekortgeschoten jegens hun patiënte en hebben zij willens en wetens de aanmerkelijke kans aanvaard dat door hun handelen de gezondheid van hun patiënt werd benadeeld door voor louter niet-reguliere behandelingen te kiezen, door haar met het oog op (eventueel palliatieve) behandeling niet gericht en tijdig te verwijzen naar reguliere artsen en door de noodzaak van het ondergaan van een reguliere (palliatieve) behandeling niet te benadrukken, doch uitsluitend de door hen gekozen weg van hulpverlening te blijven vervolgen. De Hoge Raad liet dit oordeel over het voorwaardelijk opzet in stand en lijkt daarbij sterk te leunen op het normatieve aspect. Aan de bewezenverklaring daarvan kon, aldus de Hoge Raad, niet in de weg staan dat de patiënt in kwestie tot dan toe iedere reguliere behandeling had afgewezen en evenmin dat zij reeds ernstig ziek was en de verslechtering van haar gezondheid alsmede haar overlijden aan de gevolgen van de ziekte in de lijn der verwachting lagen. Dit lijkt te impliceren — ik zeg het voorzichtig want ik weet niet of ik het allemaal goed begrijp — dat in de visie van de Hoge Raad ook sprake is van opzet indien de verdachte ervan overtuigd was dat een verwijzing naar een reguliere arts niets zou uithalen doordat de patiënt die verwijzing naast zich neer zou leggen. Aldus lijkt opzettelijk nalaten wat van een arts verwacht mag worden, gelijkgesteld te worden aan opzet op de gevolgen van dat nalaten, ook als de verdachte dacht dat anders handelen niets uit zou maken. Van de eigen subjectieve voorstelling die de verdachte had van de gevolgen van zijn nalaten, moet zo gezien geheel geabstraheerd worden.

#### 6.13.

Het komt mij evenwel voor dat het oordeel in de *Millicam*-arresten niet maatgevend is voor het bewijsoordeel in de onderhavige zaak. Het uitgangspunt van de Hoge Raad in de genoemde arresten lijkt te zijn dat de artsen in kwestie zich ervan bewust waren dat het uitblijven van een reguliere behandeling tot verdere gezondheidsschade bij de patiënt zou leiden. Zij wisten met andere woorden dat een andere behandeling dan de alternatieve waarin zij zelf voorzagen ter voorkoming van gezondheidsschade aangewezen was. Dat op het punt van die wetenschap geabstraheerd mag worden van de subjectieve kennis van de artsen volgt uit de arresten niet. Daaruit volgt als ik het goed zie enkel dat geabstraheerd dient te worden van de subjectieve voorstelling die de verdachten hadden over het causale verloop van de gebeurtenissen als zij anders zouden handelen. Dat nu is in de onderhavige zaak niet aan de orde. De vraag is juist of de verdachte zich ervan bewust was dat de behandeling die hij toepaste de gezondheid van zijn patiënten benadeelde en dus dat een andere (reguliere) behandeling ter voorkoming van gezondheidsschade aangewezen was.

#### 6.14.

Er zijn ook argumenten die tegen de door de stellers van het middel aangehangen opvatting pleiten. Ik wijs er in de eerste plaats op dat de aanvaarding van de stelling dat het principe van de Garantenstelling meebrengt dat een arts geacht wordt te weten wat hij behoort te weten en dat een arts die in strijd handelt met de medische standaard daarom geacht wordt de gevolgen daarvan te hebben aanvaard, ertoe leidt dat in een medische context geen onderscheid meer kan worden gemaakt tussen opzettelijk en culpoos handelen. Dat is alleen al vanwege het verschil in strafbaarstelling een moeilijk te aanvaarden consequentie. In de dogmatiek pleegt de Garantenstelling betrokken te worden op de normatieve vraag wat de professional dient te weten en hoe hij behoort te handelen. Een argument om die professional kennis en wetenschap toe te dichten die hij in feite niet had, kan aan dat principe niet ontleend worden.

#### 6.15.

Ik wijs er in de tweede plaats op dat de vraag is of het 'handvat' dat de Hoge Raad in het *HIV*-arrest aanreikt, in zaken als de onderhavige goede diensten kan bewijzen. Dat er 'bepaalde gedragingen' zijn die 'naar hun uiterlijke

verschijningsvorm' kunnen worden aangemerkt 'als zo zeer gericht op een bepaald gevolg dat het — behoudens contra-indicaties — niet anders kan zijn dan dat de verdachte de aanmerkelijke kans op het desbetreffende gevolg heeft aanvaard', wil zeker niet zeggen dat het om een principe gaat dat op alle gedragingen kan worden toegepast. Bij de bedoelde 'bepaalde gedragingen' gaat het hoofdzakelijk, zo niet uitsluitend om manifest agressief gedrag (zoals schoppen en slaan), dat vanwege zijn agressieve karakter welhaast per definitie schadelijk is voor de persoon die daardoor wordt getroffen en dat — weer vanwege het agressieve karakter ervan — niet goed denkbaar is zonder de intentie om schade toe te brengen. Van dergelijk intentioneel, op het toebrengen van schadelijke gevolgen gericht gedrag is bij het stellen van diagnoses en het voorschrijven van medicatie geen sprake. Een objectiverende benadering, waarbij het gedrag wordt geduid vanuit de medische context waarin het een plaats heeft, brengt veeleer mee dat dit gedrag moet worden aangemerkt als zo zeer gericht op het welzijn van de patiënt dat voorwaardelijk opzet op benadeling van de gezondheid onwaarschijnlijk is. Uitesloten is dergelijk opzet uiteraard niet. Gedacht kan dan in het bijzonder worden aan gevallen waarin de arts zich door zijn eigen belang laat leiden en niet door het belang van de patiënt.<sup>[14.]</sup> Daarvoor moet dan wel, als uitgegaan wordt van een objectiverende benadering, bewijs op tafel liggen.

#### 6.16.

Ik wijs er in de derde plaats op dat de Hoge Raad zelfs als het gaat om de 'bepaalde gevallen' waarin het gedrag objectief gezien gericht is op het schadelijke gevolg, expliciet ruimte laat voor contra-indicaties. Erg groot is die ruimte niet<sup>[15.]</sup>, maar de principiële betekenis ervan is dat tot uitdrukking wordt gebracht dat de uiterlijke verschijningsvorm van het gedrag niet gelijkgesteld kan worden aan opzet op het gevolg.

#### 6.17.

Het voorgaande brengt mij tot de slotsom dat de rechtsklachten van het middel falen. Niet gezegd kan worden dat het Hof het toepasselijke toetsingskader heeft miskend of de grondslag van de tenlastelegging heeft verlaten door een onjuiste uitleg van het opzet-begrip. Wat resteert, is de vraag of het oordeel van het hof begrijpelijk is en toereikend gemotiveerd.

#### 6.18.

Ik stel voorop dat er niets op tegen is om aan een bewijsredenering de algemene ervaringsregel ten grondslag te leggen dat een arts in de regel weet wat iedere andere arts in zijn positie hoort te weten en ook pleegt te weten. Uit het feit dat een arts bewust in strijd handelt met de medische standaard op zijn vakgebied, kan een rechter dan ook in voorkomende gevallen de conclusie trekken dat die arts zich bewust is geweest van de schadelijke effecten daarvan op gezondheid van de patiënt. Waar het echter om gaat, is dat dit geen logisch dwingende conclusie is, maar een waarschijnlijkheidsoordeel dat berust op waarderings van feitelijke aard. De rechter zal zich ervan moeten vergewissen of de algemene ervaringsregel in het desbetreffende geval wel geldt. Klopt het dat het gaat om kennis waarvan iedere arts destijds (op het moment waarop de verdachte handelde) op de hoogte was? Of was dat maar zeer ten dele het geval? Bovendien moet de rechter steeds bedacht zijn op contra-indicaties. Er zijn uitzonderingsgevallen waarin de algemene ervaringsregel niet opgaat. Een arts kan bijvoorbeeld aan groothedswaanzin lijden en menen dat hij het allemaal beter weet en scherper ziet dat zijn collega's op het vakgebied. Helemaal toevallig gekozen is dit voorbeeld niet. De rechtbank spreekt in haar strafmotivering met betrekking tot de verdachte van een narcistische persoonlijkheid die zich niet liet corrigeren en die zich met zijn naar eigen zeggen 'superieur medisch handelen' verheven voelde boven zijn collega's. <sup>[16.]</sup> Het hof spreekt van een toenemende eigenzinnigheid en haalt een getuige aan die verklaarde dat verdachte 'pipo-gedrag ging vertonen omdat hij de weg kwijtraakte en ervan overtuigd was iets geniaals op het spoor te zijn'. Daarnaast signaleert het hof een steeds slordiger en ondoordachter praktijkuitoefening waaraan de toenemende verslaving aan benzodiazepinen mede debet lijkt te zijn geweest. Ook dat middelengebruik zou eraan bijgedragen kunnen hebben dat het bewustzijn dat bij een goed functionerende arts mag worden verondersteld, bij de verdachte ontbrak. Maar wat daarvan ook zij, het oordeel van het hof dat de onverantwoorde beroepsuitoefening die de verdachte kan worden verweten, niet zonder meer meebrengt dat de verdachte de negatieve gevolgen daarvan bewust heeft aanvaard (waarmee het hof tot uitdrukking heeft gebracht dat die beroepsuitoefening niet dwingt tot de slotsom dat de verdachte zich van de aanmerkelijke kans op gezondheidsschade bewust was), komt mij juist voor.

#### 6.19.

Gelet op de vrijheid die de feitenrechter bij de selectie en waardering van het bewijsmateriaal toekomt, stond het aan het hof vrij om betekenis toe te kennen aan de verklaring van de verdachte dat hij te goeder trouw handelde en niet opzettelijk onjuiste diagnoses stelde. Het hof stelt niet met zoveel woorden dat het aan deze verklaring — die impliceert dat de verdachte zich niet bewust was van een aanmerkelijke kans op gezondheidsschade — geloof heeft gehecht. Zover is het hof als ik het goed zie ook niet gegaan. Het hof overweegt met betrekking tot de verklaringen van de verdachte over 'zijn gedachtegoed' dat het er niet van overtuigd is dat die verklaringen ongeloofwaardig zijn. Kennelijk geldt hetzelfde voor de verklaring van de verdachte dat hij steeds te goeder trouw handelde. Welnu, dat gebrek aan overtuiging betekende dat het hof de verdachte diende vrij te spreken. Tot de grondregels van ons bewijsrecht behoort immers dat de verdachte het

voordeel van de twijfel dient te krijgen. Ik teken daarbij aan dat de twijfel die het hof had, niet onredelijk genoemd kan worden. Diens bewijsoordeel is, mede gelet op al hetgeen het hof ter nadere adstructie daarvan overwoog, niet onbegrijpelijk en toereikend gemotiveerd. Voor verdere toetsing is, gezien hetgeen in punt 6.5 voorop is gesteld, in cassatie geen plaats.

## 6.20.

Het middel faalt.

## 7. De beoordeling van het tweede middel

### 7.1.

Het middel richt zich met rechts- en motiveringsklachten tegen de vrijspraken ter zake van het opzettelijk in hulpeloze toestand brengen en laten van de in de tenlastelegging genoemde personen (de feiten 1, 3, 5, 7, 9, 11, 13, 15 en 17, eerste onderdeel). Het middel wijkt in zoverre af van het eerste middel, dat het er mede over klaagt dat het hof zijn oordeel dat het opzet niet bewezen kan worden, mede heeft gebaseerd op een onjuiste uitleg van art. 255 Sr.

### 7.2.

Artikel 255 Sr luidt als volgt:

“Hij die opzettelijk iemand tot wiens onderhoud, verpleging of verzorging hij krachtens wet of overeenkomst verplicht is, in een hulpeloze toestand brengt of laat, wordt gestraft met gevangenisstraf van ten hoogste twee jaren of geldboete van de vierde categorie.”

### 7.3.

Hetgeen het hof heeft overwogen ten aanzien van de vrijspraak van de ten laste gelegde feiten 1 tot en met 16 oneven en feit 17, eerste onderdeel, is onder punt 5 weergegeven. De klacht over de onjuiste uitleg van art. 255 Sr heeft in het bijzonder betrekking op de volgende passage:

“Uit de wetsgeschiedenis bij artikel 255 Sr en het daarmee samenhangende artikel 450 Sr blijkt dat sprake is van hulpbehoevendheid wanneer er gevaar bestaat voor het leven of de gezondheid van een persoon, terwijl de hulpbehoevende zichzelf niet kan redden. Er moet bovendien sprake zijn van een concreet gevaar voor de hulpbehoevende. Vereist wordt steeds een opzettelijke handeling waardoor men zich onttrekt aan een plicht van hulp en verzorging van personen die hulp behoeven. Uit recente jurisprudentie, Hoge Raad (*LJN:BY4859*) en Hof Amsterdam (*ECLI:NL:GHAMS:2010:B07708* en *BO7707* — de zaak Millecam —) alsmede Hof Arnhem-Leeuwarden (*ECLI:NL:GHARD:2014:534*), kan worden afgeleid dat, indien iemand met een ernstige ziekte zelf de keuze maakt om zich niet (geregeld) onder behandeling te stellen of om geen gebruik te maken van een second opinion, er niet snel sprake is van een hulpeloze toestand. Het enkel bemoeilijken van die vrije keuze, bijvoorbeeld doordat een arts de patiënt onvoldoende heeft ingelicht omtrent diens gezondheid of — zoals in deze zaak verdachte deed, naar zeggen van aangevers — stellig en/of dwingend, in zijn wijze van communiceren, is in de regel onvoldoende voor strafbaarheid.”

### 7.4.

In de toelichting op het middel wordt gesteld dat ten aanzien van het bestanddeel ‘in hulpeloze toestand brengen of laten’ in art. 255 Sr hetzelfde heeft te gelden als hetgeen de Hoge Raad oordeelde in HR 1 september 2015, *ECLI:NL:HR:2015:2452*, namelijk dat ‘de opvatting dat slechts sprake kan zijn van het in hulpeloze toestand achterlaten als bedoeld in art. 7, eerste lid onder b, *WVW 1994* indien ‘de ander’ niet op eigen kracht hulp kan invoeren, onjuist is’. De vraag of voor art. 255 Sr hetzelfde heeft te gelden, kan, zoals ik aanstonds zal uiteenzetten, in het midden blijven. Daarom merk ik slechts op dat uit de wetsgeschiedenis van artikel 255 Sr blijkt dat de ratio van de strafbaarstelling werd gezocht ‘in het ongeoorloofde om een kind, dat zich zelve niet helpen kan, in een hulpeloozen toestand te brengen of te verlaten’. [\[17.\]](#) Het opschrift van de titel waarin het artikel is geplaatst, luidt: ‘Verlating van hulpbehoevenden’. Iemand die zichzelf redden kan, kan moeilijk hulpbehoevend worden geacht.

### 7.5.

Het middel komt niet op tegen het oordeel van het hof dat voor het aannemen van een hulpeloze toestand vereist is dat sprake is van concreet gevaar. Het hof komt, ‘uitgaande van hetgeen hiervoor is overwogen met betrekking tot de strekking van art. 255 Wetboek van Strafrecht’ op grond van ‘bovenstaande overwegingen’ (dat wil zeggen de overwegingen die betrekking hebben op het opzet ten aanzien van de tenlastegelegde benadeling van de gezondheid) tot het oordeel dat ook onvoldoende bewijs aanwezig is om opzet ten aanzien van art. 255 Sr aan te nemen. Het oordeel dat het hof heeft gegeven ten aanzien van de tenlastegelegde benadeling van de gezondheid, impliceert dat de verdachte zich er niet van bewust is geweest dat de desbetreffende patiënten in (concreet) gevaar verkeerden. Daarom is, nu het tegen dat oordeel gerichte eerste middel faalt, ook het tweede middel tot mislukken gedoemd. Aangezien naar het oordeel van het hof niet bewezen

kan worden dat de verdachte zich van enig gevaar bewust was, doet niet ter zake of er nu wel of geen sprake was van een hulpeloze toestand in de zin van art. 255 Sr. Het oordeel van het hof dat het opzet niet kan worden bewezen, draagt de gegeven vrijspraken zelfstandig.

## 7.6.

Ook het tweede middel faalt.

## Uitspraak

### Hoge Raad:

## 2. Tenlastelegging en motivering van de gegeven vrijspraak

### 2.1.

De tenlastelegging is, voor zover in cassatie van belang, weergegeven in de conclusie van de Advocaat-Generaal onder 4. Zij houdt — kort gezegd — in dat de verdachte:

- als arts patiënten opzettelijk in hulpeloze toestand heeft gebracht en/of gelaten, welk feit de dood of zwaar lichamelijk letsel (feit 1) of welk feit zwaar lichamelijk letsel (feiten 3, 5, 7, 9, 11, 13, 15 en 17, eerste onderdeel) tot gevolg heeft gehad;
- als arts patiënten heeft mishandeld of opzettelijk de gezondheid van die patiënten heeft benadeeld, terwijl dat feit de dood of zwaar lichamelijk letsel (feit 2) of zwaar lichamelijk letsel (feiten 4, 6, 8, 10, 12, 14, 16 en 17, tweede onderdeel) tot gevolg heeft gehad.

### 2.2.

Het Hof heeft de verdachte, wegens onvoldoende bewijs voor het tenlastegelegde opzet van de verdachte, vrijgesproken van de tenlastegelegde feiten. Het Hof heeft die vrijspraak als volgt gemotiveerd:

### “De feiten 1 tot en met 16, even en feit 17, tweede onderdeel: het opzet

#### Algemeen

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.

#### Standpunt openbaar ministerie

De advocaat-generaal heeft wat betreft de onderhavige feiten aangevoerd dat de rechtbank terecht bewezen heeft verklaard dat verdachte voorwaardelijk opzet had op de benadeling van de gezondheid van de patiënten. Verdachte heeft willens en wetens de aanmerkelijke kans aanvaard dat zijn patiënten zouden worden benadeeld in hun gezondheid.

#### Standpunt verdediging

De raadsman heeft ter terechtzitting in hoger beroep ten aanzien van (alle) ten laste gelegde feiten aangevoerd dat niet bewezen kan worden verklaard dat verdachte opzettelijk heeft gehandeld. Hij heeft hiertoe onder meer aangevoerd dat uit het dossier niet kan worden afgeleid dat verdachte wist dat hij de door hem gestelde diagnoses niet kon stellen. De vaststelling van fouten brengt niet zonder meer mee dat verdachte wist van foute diagnoses. Verdachte heeft daarnaast in een groot aantal verhoren altijd gezegd dat hij te goeder trouw handelde en oprecht meende dat hij het goed had gezien. Voor zover verdachte in het kader van de op hem rustende zorgplicht het verwijt treft dat hij zich van de onjuistheid van zijn handelen bewust had moeten zijn, kan hooguit sprake zijn van 'schuld', maar niet van opzet in voorwaardelijke zin.

## Oordeel van het hof

### Redenering van de rechtbank

Met betrekking tot de vraag of de verdachte opzettelijk heeft gehandeld, heeft de rechtbank — onder meer — overwogen dat verdachte niet heeft voldaan aan de in de destijds geldende richtlijnen en protocollen gestelde criteria voor de diagnostiek (waaronder de Herziening Consensus Diagnostiek bij het Dementiesyndroom 1997; Rapportage 'De ziekte van Alzheimer, diagnostiek en medicamenteuze behandeling'; 'Richtlijnen voor de praktijk' van 28 september 2000; Protocol 'Diagnostiek en Behandeling Multiple Sclerose' van april 1999), maar dat hij zijn diagnoses met name heeft gebaseerd op niet-gevalideerd onderzoek. Daarbij overweegt de rechtbank dat de verdachte heeft verzuimd (tijdig) valide onderzoek te doen, zoals een neuropsychologisch onderzoek, en zijn diagnose daarop tijdig bij te stellen. De rechtbank overweegt voorts dat verdachte middels een vervalsing van de MMSE-test het niet geïndiceerde medicijn Exelon heeft voorgeschreven en daarbij onvoldoende acht heeft geslagen op de bijwerkingen die de patiënten van dat medicijn en andere medicatie hadden. Verdachte heeft voor een behandeling gekozen die past bij een niet 'lege-arts' gestelde diagnose. De rechtbank acht dan ook de kans dat er een benadeling van de gezondheid zou plaatsvinden aanmerkelijk. Verdachte heeft, vanuit zijn deskundigheid als neuroloog, wetenschap gehad van die aanmerkelijke kans. Tot slot is de rechtbank van oordeel dat de verdachte deze aanmerkelijke kans ook bewust heeft aanvaard, gelet op de bijzondere zorgplicht die op de verdachte rustte om de patiënten te behandelen met de zorgvuldigheid die van een redelijk handelend bekwaam arts mag worden verwacht en het feit dat verdachte die zorgplicht op ernstige wijze heeft geschonden, in die zin dat hij niet adequaat heeft gediagnostiseerd en behandeld en daarbij welbewust is afgeweken van de professionele standaard, terwijl hij wist van het speculatieve karakter van zijn diagnoses. Naar het oordeel van het hof is bovenstaande redenering van de rechtbank niet toereikend om te kunnen bewijzen dat verdachte zich willens en wetens heeft blootgesteld aan de aanmerkelijke kans dat het gevolg zou intreden, en dat hij dus opzettelijk heeft gehandeld. Met deze redenering is veeleer hooguit bewezen dat verdachte nalatig heeft gehandeld en verwijtbaar risico's heeft genomen.

Het hof zal in het onderstaande beoordelen of het procesdossier voldoende aanknopingspunten biedt om tot een bewezenverklaring van opzet bij verdachte te komen met inachtneming van de hierboven onder het kopje 'Algemeen' verwoorde criteria. Hierbij heeft te gelden dat uit het procesdossier blijkt dat verdachte vanaf tenminste 1992 als neuroloog is gaan disfunctioneren (zie conclusie Rapport Lemstra I, pagina 16) en steeds slordiger, ondoordachter en eigenzinniger zijn praktijk uitoefende, mede onder invloed van zijn sinds 1999 steeds ernstiger wordende verslaving aan benzodiazepinen. Dit brengt evenwel niet zonder meer mee dat hij de voor zijn patiënten negatieve gevolgen van zijn handelen bewust heeft aanvaard, op de koop toe heeft genomen.

### Feiten 2, 4 t/m 14, even en 17, tweede onderdeel (zaken V. — voor zover de tenlastelegging ziet op het stellen van de diagnose Alzheimer en het voorschrijven van Exelon —, D., L., M., W., F., H. en E.)

Verdachte wordt ter zake van bovengenoemde aangevers — kort gezegd — verweten dat hij hen heeft mishandeld dan wel opzettelijk hun gezond heeft benadeeld met zwaar lichamelijk letsel als gevolg, door het stellen van de verkeerde diagnose Alzheimer en het voorschrijven van het niet geïndiceerde medicijn Exelon.

Zoals hierboven reeds is overwogen, heeft de rechtbank ontoereikend gemotiveerd dat verdachte (voorwaardelijk) opzet heeft gehad.

De vraag in deze is, of verdachte wist dat zijn handelwijze de aanmerkelijke kans op een verkeerde diagnose omvatte en (dus) inadequate behandeling met alle gevolgen van dien, maar dat hij niettemin die gevolgen bewust op de koop toe heeft genomen.

De verklaringen van verdachte afgelegd bij de politie (onder meer op 17 april 2012, pagina 1271 en verder, op 7 juni 2012, pagina 1282 en verder) en ter terechtzitting in eerste aanleg (onder meer zijn laatste woord, bijlage bij het proces-verbaal van de zitting van 17 december 2013) over zijn handelen houden in essentie het volgende in. Verdachte is op het idee gekomen dat de ziekte van Alzheimer al in een heel vroeg stadium ontdekt kon worden door een anamnese, het vaststellen van een klachtenpatroon, onder meer bestaande uit een afnemende spreekvaardigheid, geheugen en spanningstolerantie, en beeldvormend onderzoek, waaronder een nucleaire scan (de HMPAO SPECT-scan). Een neuropsychologisch onderzoek had in die vroege fase nog geen zin; dat een MRI en/of een CT-scan geen afwijkingen vertoonden was niet significant bij dat voorstadium van Alzheimer. Tevens was hij ervan overtuigd dat het geneesmiddel Exelon ook in het voorstadium van Alzheimer een gunstig effect had op het verloop van de ziekte. Dit onder het motto 'Hoe eerder begonnen met de behandeling, hoe beter' (pagina 31071 digitaal, pagina 107 van Map 06 ZD 03). Verdachte nam de MMSE-test

fictief af om zo vergoeding door de ziektekostenverzekeraar van het geneesmiddel Exelon voor aangevers te realiseren. Dat was nodig omdat bij een testscore >25 het middel niet vergoed werd.

Van belang is verder dat verdachte (zie zijn hiervoor aangehaalde laatste woord bij de rechtbank) in zijn algemeenheid met betrekking tot de tenlastegelegde feiten heeft verklaard: 'Ik heb toegegeven dat met de kennis van nu achteraf het beleid in individuele gevallen anders had moeten zijn. Dit laat onverlet dat ik tijdens mijn werkzame periode in Enschede te goeder trouw mijn diagnoses heb gesteld en daarop beleid heb uitgezet. Ik heb beoordelingsfouten gemaakt in mijn handelen. Dit zijn tekortkomingen waarvan ik me bij de behandeling van deze patiënten niet bewust ben geweest. Ik heb nooit opzettelijk foute diagnoses gesteld en heb niet met opzet patiënten in een hulpeloze toestand gebracht en gelaten en heb niet met opzet de gezondheid van mijn patiënten benadeeld. Ik had nooit iets anders voor ogen dan de gezondheid van mijn patiënten.'

Met andere woorden: de verdachte geeft aan dat hij fouten heeft gemaakt, maar dat hij niet willens en wetens de gezondheid van zijn patiënten heeft benadeeld.

De verklaringen van verdachte houden naar het oordeel van het hof niet in dat hij de intentie heeft gehad aangevers te beschadigen noch dat hij de aanmerkelijke kans (indien hiervan al sprake is) daarop bewust heeft aanvaard door deze op de koop toe te hebben genomen ten faveure van een — naar verdachte nu zelf ook zegt — fixatie op zijn gedachtegoed, bestaande uit het aan de hand van een anamnese en beeldvormend materiaal (de HMPAO SPECT-scan) vaststellen van een voorstadium van Alzheimer en de behandeling — off label — met — het in zijn ogen toen wondermiddel — Exelon. De rechtbank heeft de verklaringen van verdachte voor zijn handelwijze niet geloofd, dit kennelijk in navolging van de deskundigen Scheltens en Snoek.

Redengevende argumenten waren voor de rechtbank dat uit de medische dossiers van de aangevers niet is gebleken dat verdachte bij hen die vroege fase van Alzheimer als diagnose heeft gesteld; dat deze vroege fase van Alzheimer in de periode dat verdachte diagnoses stelde, in de neurologie (in Nederland) nog niet onderkend was; en dat in de brieven van verdachte naar huisartsen/bedrijfsartsen alleen de term preseniele dementie voorkwam.

Het hof is door deze argumenten er niet van overtuigd dat de verklaringen van verdachte over zijn gedachtegoed destijds ongeloofwaardig zijn. Het is immers niet onaannemelijk dat verdachte in zijn geschriften niet spreekt over de vroege fase maar enkel van preseniele dementie (wat niet anders inhoudt dan dementie bij mensen jonger dan 65 jaar) omdat anders de vergoeding van Exelon door de ziektekostenverzekeraar in gevaar kwam. Ook plaatst het hof de kanttekening bij de redenering van de rechtbank dat weliswaar vaststaat — verdachte heeft dat ook erkend — dat de patiëntendossiers die verdachte bijhield, uiterst gebrekkig, rommelig en onvolledig waren, maar dat dit in zijn algemeenheid niet betekent, dat bepaalde handelingen niet verricht zijn.

Dat verdachte zijn diagnose had moeten bijstellen toen vele aangevers ernstige bijwerkingen van het middel Exelon meldden, was in de jaren waarop de aangiften zien, in professionele kringen nog niet een algemeen bekend gegeven (deskundige Snoek, proces-verbaal van de terechtzittingen van 4 november 2013 en verder, pagina 78: 'Ik denk, dat ik zeker in die tijd, niet wist dat het niet verdragen van het middel een contra-indicatie vormde voor gebruik.')

Voorts worden de verklaringen van verdachte over zijn insteek gesteund door het navolgende. Eind jaren '90 van de vorige eeuw is in Amerika het concept van Mild Cognitive Impairment (MCI) ontstaan; daarover is gepubliceerd in 1997. Dat concept heeft in de jaren 2000 Nederland bereikt. Sinds 2010 werd gedacht aan een stadium vóór Mild Cognitive Impairment (deskundige Scheltens, proces-verbaal van de terechtzittingen van 4 november 2013 en verder, pagina 115). Het gedachtepad van verdachte in de jaren 1998-2000 was dus niet wezensvreemd en bij sommige producenten van Exelon heeft in de tijd dat verdachte zijn 'gewraakte' diagnoses stelde, de gedachte geheerst dat wat in een late fase werkt ook in een vroege fase — off label — kan werken. Dat dit niet klopte is allemaal pas later gebleken, dus dat kon verdachte toen nog niet weten (deskundige Scheltens, proces-verbaal van de terechtzittingen van 4 november 2013 en verder, pagina 77).

In het bijzonder vindt de verklaring van verdachte dat hij te goeder trouw heeft gehandeld en niet opzettelijk een verkeerde diagnose heeft gesteld en dus niet-geïndiceerde medicijnen heeft voorgeschreven, ook steun in de — gebrekkige — dossiers van aangevers. Zo vermelden de aantekeningen van consulten dan wel brieven, geschreven door verdachte alsook de aanvragen van een HMPAO SPECT-scan, gegevens die duiden op het afnemen van een anamnese. Daarnaast heeft de nucleair deskundige in de uitslagen van de HMPAO SPECT-scan beschreven dat het beeld op Alzheimer kan wijzen en/of dat sprake was van neurodegeneratieve afwijkingen. Voorts heeft verdachte bij aangevers ook ander onderzoek laten verrichten ten behoeve van differentiaal diagnoses, waaronder neuropsychologisch onderzoek (zij het in een aantal gevallen te laat), en/of beeldvormend onderzoek (MRI, EEG, CT-scan) en/of liquoronderzoek. Aanwijzingen dat het verdachte aan opzet ontbrak zijn ook te ontlenen aan verklaringen van getuigen die met hem hebben samengewerkt. Zo verklaart de voormalig collega P. dat verdachte altijd bereid was om diensten over te nemen en zich uitsloofde voor mensen om allerhande dingen te regelen (Map 15, pagina 15333). De getuige C., verpleegkundige op de afdeling neurologie, die verdachte aldaar heeft meegemaakt in de periode 1998-2003, verklaart dat verdachte heel betrokken was bij zijn patiënten (Map 17, pagina 15399). De getuige T., afdelingshoofd neurologie van 2000-2007, verklaart ook dat verdachte erg begaan was met zijn patiënten en tot in het oneindige wilde doorgaan met het beter maken van hen (Map 17, pagina 15446). Getuige R., teamhoofd afdeling neurologie, verklaart dat verdachte heel patiëntgericht was, zijn patiënten nooit in de kou liet

staan en hij alle tijd voor hen nam. Hij ging 'pipo-gedrag' vertonen omdat hij de weg kwijtraakte en er van overtuigd was dat hij iets geniaals op het spoor was. Hij probeerde een relatie te leggen tussen dementie en Parkinson (Map 17, pagina 15463). Een en ander leidt tot de conclusie dat verdachte weliswaar als arts schromelijk is tekortgeschoten ten opzichte van aangevers, maar dat niet bewezen kan worden dat hij hen heeft mishandeld, dus met opzet letsel heeft toegebracht dan wel hen met opzet heeft benadeeld in hun gezondheid, ook niet in de zin van voorwaardelijk opzet. Dit betekent dat verdachte zal worden vrijgesproken van de feiten 4, 6, 8, 10, 12, 14 en 17, tweede onderdeel.

## Feit 2 (zaak V.)

Ook hier ziet de tenlastelegging op mishandeling althans het opzettelijk benadelen van de gezondheid met daarbij de strafverzwarende omstandigheid dat het feit heeft geleid tot de dood dan wel zwaar lichamelijk letsel. Verdachte wordt in deze zaak onder meer verweten het stellen van de onjuiste diagnose MSA, het blijven vasthouden aan deze diagnose en het geven van onjuiste medicatie (Aurorix). Het voorschrijven van het middel Exelon is hierboven besproken. Vaststaat dat obductie heeft uitgewezen dat er geen aanwijzingen zijn gevonden voor de diagnose MSA.

De rechtbank komt via de voorwaardelijk opzet constructie tot een bewezenverklaring van het opzettelijk benadelen van de gezondheid met — zakelijk weergegeven — de volgende overwegingen: als medisch specialist wist verdachte dat de diagnose MSA niet gesteld kon worden op basis van de voorhanden zijnde gegevens. Hij heeft een behandelwijze toegepast die past bij een met hoge mate van waarschijnlijkheid gestelde diagnose MSA en onvoldoende acht geslagen op de bijwerkingen van medicijnen en nagelaten zijn diagnose tijdig bij te stellen. Daarnaast heeft hij nagelaten de casus te bespreken in een multidisciplinair overleg. Gelet hierop acht de rechtbank, gezien het langdurig en veelvuldig niet geïndiceerd medicijngebruik, de kans op benadeling van de gezondheid naar algemene ervaringsregels aanmerkelijk. Verdachte heeft vanuit zijn deskundigheid als neuroloog wetenschap gehad van deze aanmerkelijke kans. De rechtbank overweegt voorts dat verdachte de aanmerkelijke kans op het intreden van de gevolgen ook bewust heeft aanvaard. Immers: op verdachte rustte als arts en specialist een bijzondere zorgplicht. Verdachte heeft deze zorgplicht geschonden doordat hij niet adequaat heeft gediagnostiseerd en behandeld en welbewust is afgeweken van de professionele standaard, terwijl hij wist van het speculatieve karakter van zijn diagnose. Voorts heeft verdachte V. onjuist geïnformeerd en is hij in weerwil van zijn twijfel langdurig doorgedaan met behandeling en heeft hij niet gewezen op de mogelijkheid van nader gevalideerd onderzoek en dat onderzoek ook zelf niet uitgevoerd.

Namens verdachte is ter zitting in hoger beroep onder meer bepleit dat de door de rechtbank gehanteerde overwegingen (pagina 40 en 41 van het vonnis) maximaal duiden op schuld aan de zijde van verdachte maar niet kunnen leiden tot het construeren van (voorwaardelijk) opzet.

Het hof is van oordeel (zoals overwogen bij het algemeen deel) dat met de overwegingen van de rechtbank niet zonder meer het (voorwaardelijk) opzet is gegeven. In dit kader moet ook het volgende in ogenschouw worden genomen. De patiënte V. is in 1996 naar verdachte verwezen met klachten omschreven als passend bij Parkinson. Verdachte heeft ter zitting in eerste aanleg aangegeven (proces-verbaal van de terechtzittingen van 4 november 2013 en verder, pagina 24) dat hij op grond van de klachten redenen had om als eerste (waarschijnlijkheids)diagnose te denken aan Parkinson+ of MSA. Voorts heeft hij aangegeven (proces-verbaal van de terechtzittingen van 4 november 2013 en verder, pagina 28) in antwoord op de vraag of hij meer is gaan twijfelen aan de diagnose MSA dat dat niet zo is. Hij vervolgt: 'Wat ik heb gezien als complex MSA/Parkinson, dat zit in mekaars verlengde. Dat is zo'n neurologisch spectrum. In het algemeen ben je bij de ontwikkeling van een bewegingsstoornis, waarvan je eerst zegt 'het is MSA', afhankelijk van hoe het zich in de loop van jaren ontwikkelt en pas als er duidelijke veranderingen in klachten en verschijnselen zijn, geef je een meer definitieve diagnose.'

Het rapport van de deskundige Snoek vermeldt onder meer (pagina 6): 'Het betreft een complexbeeld. (...) Op zich is er tegen de aanvankelijk gestelde waarschijnlijkheidsdiagnose MSA weinig in te brengen. Het klinisch beloop past echter slecht bij de gestelde diagnose en ook verdachte oppert bij herhaling dat er gerede twijfel is bij de diagnose.'

Ter zitting van 6 november 2013 heeft deskundige Snoek onder meer verklaard (proces-verbaal van de terechtzittingen van 4 november 2013 en verder, pagina 56): 'Op de vraag van de voorzitter of er vanuit mijn deskundigheid sprake is van zorgvuldigheid die je mag verwachten van een redelijk handelend arts, zeg ik dat dat een lastige vraag is. Want sommige mensen krijgen geen last, terwijl er wel met de pet naar is gegooid. Hier is er niet met de pet naar gegooid. Er zijn geen goede diagnostische beslissingen genomen, omdat op een gegeven moment de diagnose niet meer compatibel was met het beloop. Maar er is wel steeds betrokkenheid en ook fixatie geweest. Het enige wat ik vind, is dat als er zich zo'n moeilijk probleem voor doet, waar je niet goed uitkomt, dat het dan echt voor de hand ligt om daar een keer met een ander serieus over te overleggen of om het voor een tweede mening door te sturen. Ik vind dat die diagnose zorgvuldig is gesteld. Ik vind wel dat hij lang is doorgedaan, maar ik kan me een situatie voorstellen waarin dat zo gegroeid is tussen patiënt en behandelaar.'

Uit het onderzoek van het medisch dossier van V. blijkt dat de deskundige Wolters onder meer het volgende heeft aangegeven (pagina 6): 'J. stelde als diagnose een Multiple Systeem Atrofie vast bij betrokkene. Ondanks persisterende afwezigheid van parkinsonistische verschijnselen bleef hij aan deze diagnose vasthouden. Dat is hem te verwijten. (...) Tevens herkende hij niet de bij betrokkene later opgetreden verschijnselen van myopathie met hyperreflexie en

spiertrekkigen alsook de gebleken suïcidaliteit als mogelijk door moclebemide (Aurorix)-geïndiceerde bijwerkingen.’ Ter zitting van 6 november 2013 heeft hij daar onder meer aan toegevoegd (proces-verbaal van de terechtzittingen van 4 november 2013, pagina 49 en verder): ‘Het probleem is dat je een patiënt krijgt van een collega die de diagnose Parkinson heeft gesteld maar dat is het waarschijnlijk niet. Dat had J. ook snel in de gaten. (...) Hij heeft er grote twijfels bij om het MSA te noemen en noemt het dan een mogelijke MSA met twee of drie vraagtekens er bij. (...) Dus dit is misschien wel een voor de hand liggende diagnose voor hem geweest in die tijd, althans werkdiagnose. (...) Ik vind dat de verantwoording van het gebruik van medicatie die niet dagelijks in onze praktijk voorkomt en dan toch het niet in overweging nemen van het voorkomen van bijwerkingen, te wensen over laat. Wat betreft de verslaglegging ben ik het ook eens met collega Snoek. Die laat geheel te wensen over. Ik vind onzorgvuldig een hard woord. In antwoord op de vraag van de voorzitter hoe ik het medisch zou kwalificeren, als een risico of als een fout, zeg ik dat dit niet een alledaagse behandeling is. Als je een niet-alledaagse behandeling instelt bij je patiënt, dan moet je de patiënt zorgvuldig vervolgen en moet je controleren op enerzijds de effecten en anderzijds de bijwerkingen en dat ontbrak hier volgens mij.’

Uit de stukken van het geding valt op te maken dat de deskundigen de aanvankelijk gestelde werkhypothese/waarschijnlijkheidsdiagnose voorstelbaar achten. Verdachte heeft daarna ook onderzoeken laten doen, medicatie voorgeschreven en er heeft driemaal een ziekenhuisopname plaatsgevonden. De deskundigen achten verwijtbaar — kort gezegd — dat verdachte in het volgtraject te veel gefixeerd is gebleven op zijn eerste diagnose, daarbij in zijn follow up is tekortgeschoten en onvoldoende oog heeft gehad voor de werking en bijwerkingen van de voorschreven medicatie, heeft nagelaten anderen te raadplegen en dat zijn verslaglegging te kort schiet. Voorts is verdachte tekort geschoten in zijn communicatie met patiënten.

Het hof is van oordeel dat verdachte weliswaar onmiskenbaar op meerdere punten te kort geschoten is in zijn medisch handelen. Dat levert naar het oordeel van het hof ook verwijtbaar gedrag op, maar anders dan de rechtbank en het openbaar ministerie acht het hof onvoldoende aanknopingspunten aanwezig om te kunnen komen tot vaststelling van voorwaardelijk opzet. Dit betekent dat verdachte zal worden vrijgesproken van feit 2.

### **Feit 16 (zaak I.)**

De tenlastelegging behelst ook hier het opzettelijk mishandelen dan wel de opzettelijke benadeling van de gezondheid met daarbij de strafverzwarende omstandigheid dat dit feit zwaar lichamelijk letsel tot gevolg heeft gehad.

Ook in deze zaak komt de rechtbank tot een constructie van voorwaardelijk opzet ten aanzien van de benadeling van de gezondheid analoog aan de redenering die is gevolgd in de zaak V.

Namens verdachte is ter terechtzitting in hoger beroep betoogd dat ook in deze zaak het opzet ontbreekt.

Het hof volgt ook in deze zaak niet de redenering van de rechtbank en komt niet tot conclusie dat er sprake is van (voorwaardelijk) opzet. Vaststaat dat de aanvankelijk door verdachte gestelde gelegenheidsdiagnose MS achteraf gezien onjuist was en er feitelijk sprake was van een hernia.

Het verslag van de deskundige Polman vermeldt onder meer dat de diagnose MS zeer onzorgvuldig is gesteld. Ter terechtzitting in eerste aanleg heeft de deskundige Polman hier aan toegevoegd (proces-verbaal van de terechtzittingen van 4 november 2013 en verder, pagina 209 en verder): ‘Als verdenking op MS opkomt en als je de eerste klachten van deze patiënt leest dan is het niet verkeerd om aan de diagnose MS te denken en dat te overwegen. In dat licht bezien is het ook prima om een MRI van de hersenen aan te vragen. Je zou daarbij ook al gelijk een MRI van het ruggenmerg kunnen aanvragen, maar op het moment dat de MRI van de hersenen normaal is, zoals hier het geval is, ontcom je niet aan een MRI van het ruggenmerg. De grote omissie is dat de MRI van het ruggenmerg niet is gemaakt. Dat dit niet is gebeurd, heb ik onzorgvuldig genoemd en zou ik ook nu nog onzorgvuldig noemen.’

De deskundige Snoek heeft in zijn rapportage aangegeven (pagina 28): ‘De diagnose MS is ten onrechte gesteld. (...) De cerebrale MRI heeft bij MS een hoge sensitiviteit; in combinatie met normale liquor, zonder aanwijzingen voor intrathecale IgG-productie, had nog los van de symptomatologie, geen genoegen genomen mogen worden met de diagnose MS. (...) Bij het beschreven beloop had ook niet, zonder de diagnose MS middels aanvullende anamnese, onderzoek of aanvullend onderzoek zekerder te maken, gekozen mogen worden voor behandeling met methylprednisolon of interferon bèta, er was geen sprake van een beloop in remissies en exacerbaties.’ Ter zitting van 27 november 2013 heeft hij onder meer aangegeven: ‘Ik vind het volstrekt redelijk dat bij die trekkingen van het ooglid op dat moment de eerste diagnose MS is overwogen. Dat geldt minder voor de vermelde bleke pupillen. In 2003 was de keuze voor een cerebrale MRI niet verkeerd, maar deze moet dan worden bijgestuurd op grond van resultaat.’

Verdachte heeft zelf op de zitting in eerste aanleg (van 27 november 2013) verklaard (proces-verbaal van de terechtzittingen van 4 november 2013 en verder, pagina 208) dat hij vindt dat hij duidelijke fouten heeft gemaakt. Hij geeft aan dat hij op basis van de bestaande klachten de MRI van de rug eerder had moeten laten verrichten, al was het alleen al ingevolge de richtlijnen die er toen waren voor MS. Verdachte heeft erkend dat hij een medische beroepsfout heeft gemaakt en daarmee ook onzorgvuldig heeft gehandeld jegens zijn patiënt. Maar anders dan de rechtbank en het openbaar ministerie is het hof van oordeel dat, mede in het licht van de hiervoor aangehaalde bevindingen van de deskundigen Polman en Snoek, daarmee nog niet zonder meer kan worden vastgesteld dat verdachte (voorwaardelijk) opzet heeft gehad op mishandeling dan wel benadeling van de gezondheid van zijn patiënt. Dit betekent dat verdachte zal worden



vrijgesproken van feit 16.

De feiten 1 tot en met 16 oneven en 17, eerste onderdeel: het opzet.

Het hof concludeert dat, uitgaande van hetgeen hiervoor is overwogen met betrekking tot de strekking van artikel 255 Wetboek van Strafrecht en in aanmerking nemend dat de feitelijke omschrijving van hetgeen verdachte wordt verweten bij de even en oneven tenlastegelegde feiten (nagenoeg) gelijkloidend is, op grond van bovenstaande overwegingen over het opzet met betrekking tot de tenlastegelegde feiten 1 tot en met 16 even en 17, tweede onderdeel ook onvoldoende bewijs aanwezig is om te kunnen komen tot het aannemen van (voorwaardelijk) opzet met betrekking tot de tenlastegelegde feiten 1 tot en met 16 oneven en 17, eerste onderdeel, zodat verdachte ook van deze feiten zal worden vrijgesproken.

### Slotopmerking

Ten slotte overweegt het hof ten overvloede dat op grond van de vaststaande feiten en omstandigheden vervolging op grond van andere, culpose strafbepalingen een reële optie zou zijn geweest, maar dat dit gelet op de ten tijde van de aanvang van de vervolging van verdachte reeds verstreken tijd niet meer tot de mogelijkheden behoorde.”

## 3. Beoordeling van de middelen

### 3.1.

De middelen klagen in de kern genomen in de eerste plaats dat het Hof een onjuiste uitleg heeft gegeven aan de in de tenlastelegging voorkomende term “opzettelijk” en in de tweede plaats dat het Hof zijn oordeel dienaangaande op onbegrijpelijke wijze heeft gemotiveerd.

#### 3.2.1.

Ingeval de rechter die over de feiten oordeelt het tenlastegelegde bewezen acht, is het aan die rechter voorbehouden om, binnen de door de wet getrokken grenzen, van het beschikbare materiaal datgene tot bewijs te bezigen wat deze uit het oogpunt van betrouwbaarheid daartoe dienstig voorkomt en terzijde te stellen wat hij voor het bewijs van geen waarde acht. Deze beslissing inzake die selectie en waardering, die — behoudens bijzondere gevallen — geen motivering behoeft, kan in cassatie niet met vrucht worden bestreden. Hetzelfde heeft te gelden in het tegenovergestelde geval dat de rechter op grond van de aan hem voorbehouden selectie en waardering van het bewijsmateriaal tot de slotsom komt dat vrijspraak moet volgen. Hieruit volgt dat het oordeel betreffende het al dan niet bewezen zijn van het tenlastegelegde, met de daartoe gegeven motivering, niet onbegrijpelijk genoemd zal kunnen worden op de grond dat het beschikbare bewijsmateriaal — al dan niet in verband met een andere uitleg van gegevens van feitelijke aard — een andere (bewijs)beslissing toelaat (vgl. HR 4 mei 2004, ECLI:NL:HR:2004:AO5061, NJ 2004/480).

#### 3.2.2.

In zijn arrest van HR 25 maart 2003, ECLI:NL:HR:2003:AE9049, NJ 2003/552 heeft de Hoge Raad het volgende overwogen:

“Voorwaardelijk opzet op een bepaald gevolg (...) is aanwezig indien de 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, omdat in geval van die wetenschap ook sprake kan zijn van bewuste schuld.

Van degene die weet heeft van de aanmerkelijke kans op het gevolg, maar die naar het oordeel van de rechter ervan is uitgegaan dat het gevolg niet zal intreden, kan wel worden gezegd dat hij met (grove) onachtzaamheid heeft gehandeld maar niet dat zijn opzet in voorwaardelijke vorm op dat gevolg gericht is geweest.

Of in een concreet geval moet worden aangenomen dat sprake is van bewuste schuld dan wel van voorwaardelijk opzet zal, indien de verklaringen van de verdachte en/of bijvoorbeeld eventuele getuigenverklaringen geen inzicht geven omtrent hetgeen ten tijde van de gedraging in de verdachte is omgegaan, afhangen van de feitelijke omstandigheden van het geval. Daarbij zijn de aard van de gedraging en de omstandigheden waaronder deze is verricht, van belang. Bepaalde gedragingen kunnen naar hun uiterlijke verschijningsvorm worden aangemerkt als zo zeer gericht op een bepaald gevolg dat het — behoudens contra-indicaties — niet anders kan zijn dan dat de verdachte de aanmerkelijke kans op het

desbetreffende gevolg heeft aanvaard.”

### 3.3.

Blijkens zijn hiervoor onder 2.2 weergegeven overwegingen heeft het Hof bij de beantwoording van de vraag of de verdachte opzettelijk heeft gehandeld, het toetsingskader tot uitgangspunt genomen dat hiervoor onder 3.2.2 is weergegeven. Het Hof heeft vervolgens de verklaring van de verdachte, inhoudende — kort gezegd — dat hij te goeder trouw heeft gehandeld en niet opzettelijk verkeerde diagnoses heeft gesteld, niet ongeloofwaardig geacht en onder meer op grond van die verklaring geoordeeld dat de verdachte ten tijde van zijn handelen niet bewust de aanmerkelijke kans op letsel en/of benadeling van de gezondheid en op het in hulpeloze toestand brengen en/of laten heeft aanvaard, zodat het tenlastegelegde opzet niet bewezen kan worden verklaard. Dat oordeel geeft niet blijk van een onjuiste rechtsopvatting. Dat, met de aan het Hof als feitenrechter voorbehouden waardering van het voorhanden bewijsmateriaal verweven, oordeel is ook niet onbegrijpelijk en is toereikend gemotiveerd. Dat de verdachte heeft gehandeld in zijn hoedanigheid van neuroloog, maakt dit — anders dan de middelen kennelijk tot uitgangspunt nemen — niet anders. Dit oordeel draagt de gegeven vrijspraak zelfstandig zodat hetgeen het Hof voor het overige heeft overwogen, buiten bespreking kan blijven.

### 3.4.

De middelen zijn tevergeefs voorgesteld.

## 4. Beslissing

De Hoge Raad verwerpt het beroep.

## Noot

**Auteur:** P.A.M. Mevis

### 1.

Bovenstaande beslissing betreft de strafzaak tegen de ex-neuroloog J., waarover reeds Schalken in *GJ 29016/94*. De strafzaak betreft een aantal delicten, waaronder mishandeling c.q. benadeling van de gezondheid (art. 300 lid 4 Sr), met de dood of zwaar lichamelijk letsel als gevolg. In hetgeen de Hoge Raad overweegt ten aanzien van het bewijs van voorwaardelijk opzet bij deze delicten illustreert bovenstaande beslissing andermaal enige, algemene lijnen van de Hoge Raad.

### 2.

Voor het overzicht van de strafzaak tegen de ex-neuroloog is het volgende van belang. De verdachte is zowel door de rechtbank (Rb. Overijssel 11 februari 2014, ECLI:NL:RBOVE:2014:646, *TvGR* 2014, p. 326 e.v., m.nt van ondergetekende) als door het hof (Gerechtshof Arnhem-Leeuwarden 18 juni 2015, ECLI:NL:GHARL:2015:4413, *GJ* 2015/88, m.nt. Schalken en *NBSTRAF* 2015/162, m.nt. Morra) vrijgesproken van het — kort gezegd — (opzettelijk) verlaten van hulpbehoevenden (art. 255 jo. art. 257 Sr) op basis van de materieelrechtelijke interpretatie van de betreffende delictsomschrijving door de beide gerechten. Naast het opzet speelde daarbij de materieelrechtelijke interpretatie van het bestanddeel ‘in hulpeloze toestand brengen of laten’ een rol. Voor wat betreft de mishandeling, zwaar lichamelijk letsel respectievelijk de dood ten gevolg hebbend, verschillen de oordelen van de feitenrechters echter. Anders dan de rechtbank sprak het gerechtshof de verdachte ook daarvan vrij, met name omdat het hof het vereiste opzet niet bewezen achtte. Tegen die vrijspraak richt het beroep in cassatie zich in het bijzonder. De verdachte is overigens wel ter zake van strafbare feiten veroordeeld. Dat betreft diefstal van recepten of receptenblokken, valselijk opmaken van formulieren voor het aanvragen of vergoeden van geneesmiddelen, receptenpapier valselijk opmaken en verduistering van geldbedragen. De veroordeling ter zake van die delicten was al geen onderdeel meer van het hoger beroep van de verdachte. Na een eis in eerste aanleg van zes jaar en een veroordeling in eerste aanleg tot drie jaar, mede voor het opzettelijk benadelen van gezondheid, resteert door de vrijspraak van het hof voor laatstgenoemd delict, een veroordeling tot zes maanden voorwaardelijk.

### 3.

Voor het bewijs van het voorwaardelijk opzet op letsel en dood (c.q. voor het ontbreken daarvan) en de beoordeling van de vrijspraak op dit punt in cassatie in bovenstaande strafzaak is in de eerste plaats van belang dat de Hoge Raad algemene, bestendige lijnen volgt die weinig met de verwijten aan de verdachte ex-neuroloog in deze medische strafzaak te maken hebben. Dat betreft dan zowel de beoordeling van de bewijsbeslissing in cassatie als de inhoudelijke eisen aan (het bewijs van) voorwaardelijk opzet.

#### 4.

De Hoge Raad houdt als cassatierechter afstand van controle van de bewijsbeslissing doordat hij, als uitgangspunt, de selectie en waardering van het bewijsmateriaal aan de feitenrechter laat. En dat niet alleen inhoudelijk, maar ook in zijn eisen aan de formulering van de motivering van de bewezenverklaring in het schriftelijk arrest. Hij grijpt alleen in als het bewijsoordeel als conclusie uit het gebruikte bewijsmateriaal niet begrijpelijk is. Dat laatste doet zich bij een vrijspraak, zoals i.c., minder gemakkelijk voor dan bij een bewezenverklaring. De positieve conclusie dat het bewezenverklaarde wettig en overtuigend uit de bewijsvoering moet kunnen worden afgeleid, biedt de Hoge Raad immers meer handvat. Voor een vrijspraak is redelijke twijfel bij de feitenrechter voldoende, een oordeel dat zich daarom veel lastiger als 'niet begrijpelijk' laat beoordelen. De Hoge Raad benadrukt in r.o. 3.2.1. van bovenstaand arrest dat zijn beperkte controle op het bewijsoordeel in cassatie meebrengt dat dit oordeel niet reeds daarom niet begrijpelijk is als en omdat het bewijsmateriaal een ander bewijsoordeel zou toelaten. Hij geeft daarmee aan hoever de controle in cassatie op het punt van de bewijsbeslissing, in het bijzonder die van vrijspraak, precies reikt.

#### 5.

De reikwijdte van de controle in cassatie is ruimer als het gaat om de juiste interpretatie van het materiële recht, i.c. hetgeen bij voorwaardelijk opzet bewezen moet worden. Volgens de Hoge Raad (eerste tekstdeel van r.o. 3.1.) klagen de cassatiemiddelen van het OM tegen de vrijspraak door het hof 'in de kern genomen' inderdaad over de verkeerde uitleg van de term 'opzettelijk' in de betreffende onderdelen van de tenlastelegging. Maar wie de bestendige jurisprudentie van de Hoge Raad op dit punt kent, weet dat van een dergelijke, verkeerde rechtsopvatting bij het hof nu juist geen sprake is. Anders dan in het hiervoor opgenomen arrest van 19 april 2016 gaat het in bovenstaande strafzaak niet zozeer over de wetenschap (het 'weten') bij de verdachte. Vast staat dat de ex-neuroloog bewust van bestaande regels en richtlijnen voor diagnose en behandeling is afgeweken. De vraag is alleen wat daaruit voortvloeit aan bewijs over de volgende stap: het (bewijs van) het bewust aanvaarden ('willen') van de gevolgen aan de zijde van de verdachte: de benadeling van de gezondheid. Het hof is van het opzet daarop bij de verdachte (uiteindelijk) niet overtuigd. De betrekkelijk korte reactie van de Hoge Raad op het cassatiemiddel in een beslissing waarvoor drie raads'heren' voldoende werden geacht, illustreert in de eerste plaats hoezeer de Hoge Raad consequent en naar mijn oordeel terecht vasthoudt aan zijn eigen redeneerschema bij het voorwaardelijk opzet. De Hoge Raad houdt met name vast aan (het bewijs van) het 'willen' (aanvaarden) als een uiteindelijk cruciaal, sluitend onderdeel van het voorwaardelijk opzet en afgrenzing op dit punt van de bewuste schuld. Zie recent nog eens in HR 13 september 2016, ECLI:NL:HR:2016:2060. Zulks anders dan Van Dijk die in zijn dissertatie uit 2008 betoogt dat het willen geen plaats heeft in het strafrechtelijk opzetbegrip: in het weten ligt (reeds) het aanvaarden. De Hoge Raad gaat in zijn r.o. 3.2.2. geciteerde, bestendige rechtspraak uit van het omgekeerde: wie weet, hoeft niet per se te willen (aanvaarden), althans het bewijs van het laatste vloeit niet altijd en noodzakelijkerwijze uit het bewijs van het eerste voort.

#### 6.

Voor (de beoordeling van) het bewijs van dat 'willen', toetst ons hoogste rechtscollege in zijn model opnieuw aan de feiten. Dat is wat in het eerste cassatiemiddel wordt miskend. Daarin wordt, als gezegd, het hof verweten van een verkeerde rechtsopvatting uit te zijn gegaan. Het hof zou bij het bewijs van het opzet aan de Garantenstelling voor de arts voorbij zijn gegaan. Het cassatiemiddel lijkt op dit punt ingestoken door de overwegingen van de rechtbank die voor het bewijs van het willen (aanvaarden) juist leunde op zodanige Garantenstelling. Maar die Garantenstelling als een norm van behoren is voor (het bewijs van) het willen, als zodanig (als norm) niet van belang. Of beter gezegd: dan voegt men in (het bewijs van) voorwaardelijk opzet een normatief element van doorslaggevende betekenis in, waardoor men niet meer opzet in de zin van aanvaarden bewijst, maar (ernstige) gevolgen op grond van 'weten' aan de verdachte toerekent. Vgl. voor een betoog in die richting D.H. de Jong, *RM Themis* 2004, p. 76-78, aansluitend weerlegd door Reijntjes, p. 79-82. Zie breder N/L/R, aant. 3.5. en 4., De Hullu, Handboek, hoofdstuk IV.3., de noten van Buruma onder HR 10 oktober 2000, *NJ* 2001/4 en HR 25 maart 2003, *NJ* 2003/552, de dissertatie van F. de Jong, *Daad – Schuld*, i.h.b. hoofdstuk I, par. 3.2., hoofdstuk VI, par. 1-3 en hoofdstuk VII en recent Boek, *Strafblad* 2016/64, p. 439-444. De Garantenstelling van de arts wordt dan onderdeel van hetgeen de verdachte in deze zaak aan risico van zijn handelen *had mogen aanvaarden* c.q. *had behoren te voorzien*. Maar die norm levert als zodanig geen (feitelijk) bewijs op van hetgeen de verdachte, als onderdeel van het opzet, i.c. *heeft aanvaard*. Zo'n (normatieve) benadering heeft de Hoge Raad als rechtsopvatting steeds, en naar mijn oordeel terecht tegengehouden, in welke aard van strafzaken dan ook. Medische strafzaken vormen in deze geen uitzondering. Ook niet de *Millecam* arresten waar de A-G in zijn conclusie onder 6.12. aan refereert. Daarin gaat het (immers) telkens om een arts die heeft nagelaten deugdelijke zorg te organiseren op grond van hetgeen hij als arts aan aandoening had waargenomen. Hij zette daar echter zijn opvattingen en bedoelingen als alternatieve genezer *tegenover*. Dat is niet ongeoorloofd, maar voor een arts wel ongeloofwaardig als bron om het aanvaarden van de gevolgen van het nalaten van hetgeen als arts moet worden gedaan, te ontkennen. Maar dat is iets anders dan als arts een (niet-alternatieve) diagnose stellen en behandeling uitzetten, zoals bij de ex-neuroloog in bovenstaande strafzaak aan de orde is. Gezien de eisen aan het bewijs van opzet, is

zo'n factor als de Garantenstelling in de woorden van het hof inderdaad 'niet toereikend'; het opzetbegrip van het hof staat dichterbij dat van de Hoge Raad dan het opzetbegrip van de rechtbank. Het omgekeerde zou een te ruim en ook een praktisch veel te lastig te hanteren, naar beneden toe weinig omlijnd opzetbegrip impliceren. Ik vermoed dat in deze, bijna vanzelfsprekende afwijzing van het cassatiemiddel de voornaamste reden ligt waarom de Hoge Raad de zaak kort, in algemene standaardformuleringen en met 'slechts' drie raadsheren afdoet.

## 7.

Roept de beslissing van het hof dan geen nadere vragen? Meer in het bijzonder: roept de vrijspraak van het hof niet toch de bijna intuïtieve vraag op of het rechtscollège niet te gemakkelijk voorbij is gegaan aan wat F. de Jong in zijn dissertatie als de 'intentionaliteit' van verdachte en verdachte's handelen aangeduid en ontleed heeft? Had de feitenrechter langs die lijn niet toch dichterbij het bewijs van opzet op benadeling van de gezondheid kunnen komen? Het antwoord op die vraag moet weer beginnen bij de feiten, en dus bij de fouten die de neuroloog gemaakt heeft. Die blijken niet alleen naar de gevolgen, maar ook naar de mate van verwijt ernstig en ook voortdurend in de zin van 'er aan vasthouden' (fixatie), ondanks contra-indicaties en zonder valide onderzoek of consultatie van andere artsen naar de juistheid van het eigen, wankel en afwijkende oordeel. Zie de in r.o. 2.2. geciteerde redenering van de rechtbank. Ook op basis van die schets rijst gemakkelijk het vermoeden van 'willen' (aanvaarden). En misschien bedoelde de rechtbank dat ook wel zo: de verdachte raakte zo zeer gefixeerd op het vinden van een behandelmethode en week daarom zo zeer en hardnekkig af van wat andere artsen zouden doen, dat dat gegeven het bewijs oplevert dat de verdachte, ondanks zijn ontkenning, minst genomen onverschillig stond tegenover het gevolg van zijn handelen, te weten dat het risico dat hij met zijn diagnose en behandeling nam, bij zijn patiënten tot ernstige benadeling van de gezondheid zou leiden. Heeft het hof, in dit licht van de ernst van die fouten, niet te veel waarde toegekend aan de verklaring van de verdachte dat hij niet bewust de kans op ernstig letsel heeft aanvaard, ook niet in de loop van de behandeling? Of, in de termen waarin de Hoge Raad het cassatiemiddel van het OM in r.o. 3.1. aan het begin weergeeft, is het hof dan wellicht wel uit gegaan van een juiste rechtsopvatting over de inhoud van 'opzettelijk', maar is het oordeel dan niet onbegrijpelijk gemotiveerd? Rijst die vraag niet des te sterker omdat het hof kennelijk vooral leunt op de verklaringen van de verdachte ter terechtzitting in eerste aanleg, welk rechtsgeding tot bewezenverklaring leidde (al zal de verdachte zich in hoger beroep in gelijke zin hebben verdedigd)? Toch kan ook dat uiteindelijk niet worden gesteld. Het hof heeft de verklaringen van de verdachte 'niet ongeloofwaardig' geacht. Dat is een oordeel dat geen nadere onderbouwing behoeft, zoals bijvoorbeeld bij kennelijke leugenachtigheid wel vereist is. Zo'n bewijsoordeel over het (niet) 'willen' door de verdachte, mag op de (enkele) verklaring van de verdachte (beter gezegd: de waardering daarvan door de rechter) worden gebaseerd (vgl. de conclusie van de A-G onder 6.9). En dat ligt ook voor de hand waar het bewijs van weten en willen de begrenzing is van redeneren op grond van de feiten. Wie kan over dat weten en willen 'beter' verklaren dan de verdachte zelf? Als die dat 'willen' ontkent (zoals i.c.), is bewijs ervan niet desondanks uitgesloten, maar dan zal het bewijs van het tegendeel uit zijn handelen moeten kunnen worden afgeleid. Precies op dat punt is in bovenstaande zaak van belang dat er i.c. meer is dan de enkele ontkenning van de verdachte. Het arrest van de Hoge Raad rept er niet in detail over, maar het hof geeft gedetailleerd aan in hoeverre de verklaring van de verdachte steun vindt in het feit dat bij veel van de ten laste gelegde feiten het handelen en de oordelen van de verdachte door medisch-deskundigen toch ook als niet onmiddellijk zonder enige medisch genoegzame grond wordt aangemerkt. Met name hun, enigszins merkwaardigerwijze ten opzichte van de eerdere schriftelijke rapporten kennelijk aanvullende, mondelinge verklaringen ter terechtzitting in eerste aanleg, laten de mogelijkheid open dat onder omstandigheden ook een andere arts aanvankelijk zou hebben geoordeeld en, althans aan het begin van de behandeling, zou hebben gehandeld zoals verdachte gedaan heeft en deze de diagnose en de behandeling zelfs niet zou hebben hoeven bijstellen. Daarbij kan meespelen dat een arts in voorkomende gevallen van een richtlijn mag, ja zelfs heeft af te wijken. Daarmee komt dan de evidentie van het bewust aanvaarden door de verdachte van de mogelijke gevolgen van zijn handelen, tot op het niveau dat dit wettig en overtuigend bewezen kan worden geacht tegen de ontkenning van de verdachte in, te vervallen. En twijfel is genoeg; het tegendeel hoeft niet te blijken.

## 8.

In de kern zien we dus niet zo heel erg veel meer dan de toepassing van twee bestendige leerstukken uit de jurisprudentie van de Hoge Raad: zijn inhoudelijke eisen aan (het bewijs van) het voorwaardelijk opzet en de beperkte reikwijdte van de beoordeling van de bewijsbeslissing in cassatie. Binnen een juiste opvatting over het voorwaardelijk opzet is het oordeel van het hof niet onbegrijpelijk. Over meer kan de Hoge Raad in cassatie niet oordelen. Hij kan met name niet treden in het verschil in beoordeling door rechtbank en hof van de verklaringen van de verdachte (beide gerechten moeten gaandeweg een geheel andere indruk van de verdachte hebben gekregen). De betrekkelijk formele en abstracte aanpak van de Hoge Raad moge voor buitenstaanders, met name voor de ex-patiënten van de verdachte, onbevredigend lijken, maar het is de uitkomst van een vrij neutraal voorwaardelijk opzetbegrip waar de Hoge Raad terecht van uitgaat. In dat kader is wel van belang dat alle gerechten er geen twijfel over laten bestaan dat deze verdachte zich aan (inmiddels verjaarde) culpoze misdrijven schuldig heeft gemaakt. Maar de Hoge Raad waarschuwde al eerder dat de onmogelijkheid om de verdachte nog voor andere dan tenlastegelegde feiten te vervolgen, net zo min als de ernst van het gevolg, moet verleiden eerder bewijs

van opzet bij wel tenlastegelegde feiten aan te nemen.

Voetnoten "Voorgaande uitspraak"

[\[1.\]](#)

Vgl. HR 25 maart 2003, ECLI:NL:HR:2003:AE9049, *NJ* 2003/552, m.nt. Buruma, HR 18 januari 2005, ECLI:NL:HR:2005:AR1860, *NJ* 2005/154, m.nt. De Jong, HR 22 november 2005, ECLI:NL:HR:2005:AU3888, *NJ* 2006/123, HR 18 april 2006, ECLI:NL:HR:2006:AV4871, HR 13 december 2011, ECLI:NL:HR:2011:BT7123, *NJ*2012/12. HR 30 oktober 2012, ECLI:NL:HR:2012:BX5396, *NJ*2013/111, m.nt. Keijzer.

[\[2.\]](#)

Ten tijde van het tenlastegelegde handelen stelde art. 96 lid 1 Wet BIG als overtreding strafbaar kort gezegd het bij het verrichten van handelingen op het gebied van de individuele gezondheidszorg buiten noodzaak gezondheidsschade of de aanmerkelijke kans daarop veroorzaken. Art. 96 lid 2 bevatte een misdrijfvariant. Dit artikellid luidde: "Indien de in het eerste lid bedoelde persoon weet of ernstige reden heeft om te vermoeden dat hij schade of een aanmerkelijke kans op schade aan de gezondheid van een ander veroorzaakt, wordt hij gestraft met een gevangenisstraf van ten hoogste zes maanden of geldboete van de derde categorie".

[\[3.\]](#)

De Hullu, *Materieel Strafrecht* 2015, p. 242.

[\[4.\]](#)

Zie ook Leenen, Dute en Kastelein, *Handboek Gezondheidsrecht*, deel II, 2008, p.34: een arts dient zorgvuldig volgens de inzichten van de medische wetenschap en ervaring handelen als een redelijk bekwaam arts van gelijke medische categorie in gelijke omstandigheden met middelen die in redelijke verhouding staan tot het concrete behandelingsdoel.

[\[5.\]](#)

HR 9 november 1990, *NJ* 1991/26. Vgl. artikel 40 Wet Beroepen Individuele Gezondheidszorg.

[\[6.\]](#)

Vgl. de conclusie van AG Vegter bij HR 7 februari 2012, ECLI:NL:HR:2012:BU2878, *NJ* 2012/119 (*Klimmuur*).

[\[7.\]](#)

De Hullu, *Materieel Strafrecht* 2015, p. 265.

[\[8.\]](#)

Machielse in: *Handboek Strafzaken*, par. 36.2.5.1.1.

[\[9.\]](#)

Vgl. HR 2 maart 2001, ECLI:NL:HR:2001:AB0377, *NJ* 2001/649, m.nt. Van Wijmen, HR 1 april 2005, ECLI:NL:HR:2005:AS6006, *NJ* 2006/377.

[\[10.\]](#)

Vgl. Centraal Tuchtcollege voor de Gezondheidszorg 19 juni 2007, *TVGR* 2007/39, 40 en 41 (*Millecam*).

[\[11.\]](#)

ECLI:NL:GHARL:2015:4413, *GJ* 2015/88, m.nt. Schalken.

[\[12.\]](#)

In de al genoemde noot van Schalken, verwoordt de annotator het als volgt. "Dit psychische aspect — hoe essentieel op zichzelf ook — kan bij het voorwaardelijk opzet van bepaalde delicten zeker een rol spelen, maar is in een professionele context wel ondergeschikt aan de medisch objectieve standaard die bij de behandeling van patiënten in acht genomen dient te worden. Die gewenste objectivering zit al opgesloten in de eis van de Hoge Raad dat de aanvaarding van de aanmerkelijke kans 'naar algemene ervaringsregels' dient te worden beoordeeld. Op basis van deze voor een professional geldende — algemene ervaringsregels had de ex-neuroloog zijn ingezette beleid beslist moeten bijstellen of wijzigen, zeker nu het hof zelf heeft vastgesteld dat verdachte bepaalde protocollen en richtlijnen niet heeft nageleefd. Bovendien waren er voldoende andere externe signalen — zoals tegenstrijdig aanvullend onderzoek, kritische opmerkingen van collega's, steeds slechter wordende gezondheid van acht patiënten, ernstige bijwerkingen van medicamenten — op grond waarvan een bekwaam handelend arts vanuit zijn *Garantenstellung* onmiskenbaar de toegepaste therapie kritisch had moeten bekijken. De relevantie van de medische zorgplicht komt in het arrest van het hof helemaal niet voor. Het bijstellen van zijn behandelingsmethode gebeurde evenwel niet omdat bij de ex-neuroloog omtrent het beloop van de aandoening 'geen enkel inzicht' bestond, zoals de Zwolse tuchtrechter vaststelde (RTG Zwolle, 20 december 2013, *GJ* 2014/48 m.nt. J.H. Hubben)".

Voetnoten "Conclusie"

[\[1.\]](#)

Zie in dat kader: Regionaal Tuchtcollege Zwolle, 20-12-2013, 010/2013, ECLI:NL:TGRZWO:2013:66, *GJ* 2014/4.

[\[2.\]](#)

Ten tijde van het tenlastegelegde handelen stelde art. 96 lid 1 Wet BIG als overtreding strafbaar kort gezegd het bij het verrichten van handelingen op het gebied van de individuele gezondheidszorg buiten noodzaak gezondheidsschade of de aanmerkelijke kans daarop veroorzaken. Art. 96 lid 2 bevatte een misdrijfvariant. Dit artikellid luidde: "Indien de in het eerste lid bedoelde persoon weet of ernstige reden heeft om te vermoeden dat hij schade of een aanmerkelijke kans op schade aan de gezondheid van een ander veroorzaakt, wordt hij gestraft met een gevangenisstraf van ten

hoogste zes maanden of geldboete van de derde categorie”.

[3.]

Roekeloosheid is eerst in 2006 als strafverzwarende omstandigheid aan de art. 307 en 308 Sr toegevoegd. De verjaringstermijn, die begint te lopen op het moment waarop het gevolg (de dood of het zwaar lichamelijk letsel) intreedt, bedraagt daarom in alle gevallen zes jaar.

[4.]

Onder 17 was de verdachte bij inleidende dagvaarding alleen art. 255 jo. 257 Sr tenlastegelegd. In hoger beroep is de tenlastelegging gewijzigd door daaraan als tweede onderdeel art. 300 jo. 301 Sr toe te voegen.

[5.]

Zie ECLI:NL:GHARL:2015:4413, GJ 2015/88, m.nt. Schalken.

[6.]

HR 4 mei 2004, ECLI:NL:HR:2004:AO5061, *NJ* 2004/480.

[7.]

Vgl. HR 25 maart 2003, ECLI:NL:HR:2003:AE9049, *NJ* 2003/552.

[8.]

De vraag is of ingeval van een medische noodzaak die een risicovolle behandeling rechtvaardigt, gesproken kan worden van een ‘benadeling’ van de gezondheid als bedoeld in art. 300 lid 4 Sr. Verdedigbaar is dat ‘benadeling’ impliceert dat een rechtvaardiging voor het handelen afwezig is. Die opvatting brengt mee dat het opzet gegeven is met de bewustheid van de aanmerkelijke kans op nadeel (en het desondanks handelen).

[9.]

Vgl. HR 25 maart 2003, ECLI:NL:HR:2003:AE9049, *NJ* 2003/552.

[10.]

De Hullu, Materieel strafrecht, zesde druk, Deventer 2015, p. 239.

[11.]

De Hullu, a.w., p. 242 e.v.

[12.]

Zie bijv. HR 5 februari 2013, ECLI:NL:HR:2013:BY9993.

[13.]

Vgl. HR 5 juli 2011, ECLI:NL:HR:2011:BQ6140.

[14.]

Men denke bijv. aan financiële motieven. Daarvan was mogelijk sprake bij de tandarts die in Rb. Breda 10 december 1987, *NJ* 1988/714 voor zware mishandeling werd veroordeeld wegens het onnodig boren en vullen van gaten.

[15.]

Ik wijs in dit verband op de jurisprudentie die betrekking heeft op de vraag of geestelijke stoornissen (die al dan niet het gevolg zijn van middelengebruik) kunnen maken dat het opzet ontbreekt. Volgens de Hoge Raad is dat alleen het geval als bij de verdachte ieder inzicht in de reikwijdte van zijn handelen heeft ontbroken (zie o.m. HR 14 december 2004, ECLI:NL:HR:2004:AR3226 en HR 9 maart 2010, ECLI:NL:HR:2010:BK9223). In andere gevallen dient de rechter opzet aan te nemen. Ik merk daarbij wel op dat deze jurisprudentie betrekking heeft op intentioneel gedrag als bedoeld in punt 6.15. De opvatting van de Hoge Raad is dus niet dat steeds als iemand handelt onder invloed van drank, drugs of medicijnen, aangenomen moet worden dat hij opzet had op de gevolgen zo lang niet blijkt dat elk inzicht in de draagwijdte van zijn handelen bij hem ontbrak. Als het anders was, zou ieder dodelijk verkeersongeval dat door een dronken automobilist wordt veroorzaakt, doodslag opleveren. Voor de onderhavige zaak betekent dit dat de vaststelling van het hof dat de verdachte zijn praktijk uitoefende onder invloed van een toenemende verslaving aan benzodiazepinen, niet maakt dat het hof als maatstaf had dienen aan te leggen of het de verdachte aan elk inzicht in de draagwijdte van handelen heeft ontbroken. Door het middel wordt dit ook niet betoogd.

[16.]

Vonnis rechtbank, p. 113 en p. 111.

[17.]

Smidt II, Geschiedenis van het Wetboek van Strafrecht, p. 381, [http://dod.eldoc.ub.rug.nl/FILES/root/1891/he.j.smidt/3e\\_gedeelte.pdf](http://dod.eldoc.ub.rug.nl/FILES/root/1891/he.j.smidt/3e_gedeelte.pdf).