

# GEZONDHEIDSRECHT: ONTWIKKELINGEN EN REFLECTIES

*Prof. mr. J. K. M. Gevers*<sup>1</sup>

## 1. Inleiding

Er zijn in gezondheidszorg en geneeskunde veel ontwikkelingen gaande die boeiende juridische vragen oproepen. Binnen de geneeskunde noem ik als voorbeeld de opkomst van 'personalised medicine' die op het individu toegesneden preventie en behandeling belooft, of de komst van nieuwe medische technieken die het mogelijk maken lichamelijke en geestelijke functies te verbeteren en die tegelijkertijd gebruikt kunnen worden voor verschillende vormen van 'wensgeneeskunde'. Binnen de zorg in ruimere zin valt te denken aan de grote veranderingen in de organisatie van de hulpverlening, de voortschrijdende liberalisering van het zorgaanbod of - helaas actueler dan ooit - de problematiek van keuzen in de zorg. Elk van die thema's - en er zijn er meer te noemen - is een Henk Leenen lezing waard.

Ik laat ze echter rusten omdat ik mij wil richten op de ontwikkeling van het gezondheidsrecht zelf, en wel in de zin van de discipline die het recht betreffende de gezondheidszorg bestudeert. Tot de beoefenaren van die discipline reken ik vanzelfsprekend al degenen die vanuit wetenschap of praktijk bijdragen aan de ontwikkeling van het vak. Daarbij zijn er twee thema's waaraan ik aandacht wil besteden, namelijk enerzijds de steeds terugkerende discussie over uitgangspunten of beginselen, anderzijds de positie van het gezondheidsrecht als deel van het sociaal recht, dit laatste mede in relatie tot het toenemend belang van de Europese context. Die thema's staan niet los van elkaar; in feite weerspiegelen zij de individuele en de sociale dimensie van het vak.

## 2. Beginselen van het gezondheidsrecht

Het gezondheidsrecht is altijd gekenmerkt geweest door veel aandacht voor onderliggende uitgangspunten. Dat geldt voor het verleden - zie de discussie in 1985 tussen Sluyters en Leenen over grondslagen<sup>2</sup> -, maar 25 jaar later is het niet anders. Ik noem als voorbeeld de oratie van Hendriks (2005) over de aan het gezondheid ten grondslag liggende beginselen, die van Sijmons (2008) over ontwikkelingen in het gezondheidsrecht en diverse andere publicaties.<sup>3</sup> Opmerkelijk is ook het aantal dissertaties waarin aandacht wordt besteed aan grondslagen van het gezondheidsrecht of delen daarvan. Zie het recente proefschrift van Van Beers waarin deze thematiek centraal staat.<sup>4</sup> Maar er zijn ook andere voorbeelden waaruit de behoefte spreekt om uitgangspunten of beginselen voor het eigen onderzoek in een specifiek toetsingskader te operationaliseren.

---

<sup>1</sup> Sjef Gevers is hoogleraar gezondheidsrecht aan het AMC/Universiteit van Amsterdam

<sup>2</sup> Zie hierover: J.K.M. Gevers, Gezondheidsrecht – een plaatsbepaling opnieuw beschouwd, in: Omzien naar de toekomst; 35 jaar preadviezen Vereniging voor Gezondheidsrecht, Bohn Stafleu Van Loghum 2002, p.16-17.

<sup>3</sup> A. Hendriks, In beginsel; de gezondheidsrechtelijke beginselen uitgediept, Leiden: Stichting NJCM-Boekerij 2005; J. Sijmons, De stimulerende middelen van de wetgever; ontwikkelingen in het gezondheidsrecht, Den Haag: SDU 2008; A. Hendriks, B. Frederiks, M. Verkerk, Het recht op autonomie in samenhang met goede zorg bezien, TvGR 2008, p.2 e.v.

<sup>4</sup> B.C. van Beers, Persoon en lichaam in het recht; menselijke waardigheid en zelfbeschikking in het tijdperk van de medische biotechnologie, Boom Juridische uitgevers, 2009.

Waarom die grote aandacht voor beginselen? Waarschijnlijk spelen hier verschillende factoren een rol. In de eerste plaats natuurlijk het feit dat in de gezondheidszorg zaken als lichamelijke gezondheid, leven, dood aan de orde zijn. Rechtsbeoefening is geen waarde vrije bezigheid, maar zeker in de gezondheidszorg kan men deze niet los zien van fundamentele ethische vragen. In de tweede plaats heeft het gezondheidsrecht van meet af aan een sterke maatschappelijke functie gehad: het moest de patiënt beschermen tegen oneigenlijke machtsuitoefening door hulpverleners en waarborgen dat sprake was van gelijke toegang tot goede zorg. Dat roept onvermijdelijk discussie op over doelen en grondslagen.

Zoekt elk nieuw vak naar identiteit en richting, na verloop van tijd wordt die identiteit vanzelfsprekender: zij blijkt vooral uit wat men doet, waarbij de aandacht voor grondslagen minder wordt. Dat dat proces in het gezondheidsrecht kennelijk meer tijd neemt, kan te maken hebben met het feit dat het meerdere rechtsgebieden doorsnijdt<sup>5</sup> en zich beweegt tussen verschillende spanningsvelden: professionaliteit en externe normstelling, markt en staat, vrijheid en bescherming. Nu de gezondheidszorg waarop het gezondheidsrecht zich in hoofdzaak richt, ingrijpend verandert, is de behoefte om min of meer geaccepteerde uitgangspunten opnieuw te bezien en te herijken hoe dan ook goed te begrijpen.

De uiteenlopende bijdragen in de ‘beginselendiscussie’ van de laatste jaren hebben een aantal elementen gemeen. Dat is niet zozeer dat steeds dezelfde beginselen als grondslag worden geïdentificeerd (er is op dat punt juist nogal wat variatie) maar in de strekking van de verschillende bijdragen. Die komt er - kort gezegd - op neer dat meer aandacht wordt gevraagd voor menselijke waardigheid als ‘moederbeginsel’ dat aan andere uitgangspunten ten grondslag ligt, dat zelfbeschikking niet moet worden verabsoluteerd en gezien moet worden naast en in relatie tot andere uitgangspunten, en dat beginselen behoren aan te sluiten bij grond- en mensenrechten. Ik denk dat dit stuk voor stuk belangrijke punten zijn. Zij onderstrepen ook - zonder dat dat altijd met zoveel woorden wordt gezegd - dat het gezondheidsrecht geen exclusief gebied is, noch in de uitgangspunten die eraan ten grondslag liggen noch in hun onderlinge relatie en grondrechtelijke betekenis. Die bredere blik helpt om het gezondheidsrecht als een juridische discipline tussen andere te zien en om te onderkennen dat de zogenaamde beginselen van het gezondheidsrecht goeddeels beginselen van het recht in algemene zin zijn.

Kan dus de behoefte aan herijking en de richting die daarbij wordt gekozen, worden onderschreven, dat geldt minder voor de wijze waarop daarbij soms de ‘heersende leer’ van het gezondheidsrecht wordt voorgesteld, vooral voor wat betreft de plaats van het zelfbeschikkingsrecht. Dat wordt in de bijdragen aan de discussie nogal eens gekarakteriseerd als het dominante beginsel dat een vrijwel absolute aanspraak of quasi-absoluut vrijheidsrecht zou inhouden.<sup>6</sup> Dat beeld vraagt om bijstelling.

Als men kijkt naar het positieve gezondheidsrecht valt op dat zelfbeschikking daarin weliswaar tot op zekere hoogte gestalte heeft gekregen, maar nooit ongecensureerd en meestal onder beperkingen en voorwaarden. Mag dit vanzelf spreken waar

---

<sup>5</sup> Cfr. A.Laufs: “Das zersplitterte, in die verschiedenste juristische Fachern hineinreichende. (...) Gesundheitsrecht (...) erfordert das Bemühen um die tragenden Grundlagen und Zusammenhänge” (geciteerd door B.Sluyters, Geknipt verband, oratie, Kluwer 1985, p.16).

<sup>6</sup> Zie bv. A.Hendriks e.a., o.c. 2008

het de rechtspraak betreft, het geldt ook voor de gezondheidswetgeving. Zo heeft de regeling van de patiëntenrechten in het BW bepaald geen typische zelfbeschikingswet opgeleverd (ook al wordt dat ten onrechte wel eens anders gezien); de rechten van de patiënt zijn voorzien van allerlei uitzonderingen en staan niet los van goed hulpverlenerschap.<sup>7</sup> Zelfs in wetten die hoogstpersoonlijke beslissingen als abortus en euthanasie regelen is zelfbeschikking geen exclusief, en in laatste instantie ook geen dominant gezichtspunt. De enige wettelijke regeling waar zelfbeschikking aanvankelijk misschien een te grote rol heeft gespeeld is de Wet bijzondere opnemings psychiatrie. Mogelijk is dat het gevolg van het feit dat de afhankelijkheid van de patiënt daar het grootst was en het meest om correctie vroeg. De Wet Bopz kon er in zijn oorspronkelijke vorm toe leiden dat noodzakelijke zorg aan kwetsbare patiënten werd onthouden; juist daarom is zij overigens in de loop der jaren aanzienlijk bijgesteld.

Is dit anders in de gezondheidsrechtelijke literatuur? Ik meen van niet. Natuurlijk zijn daar beschouwingen te vinden waarin zelfbeschikking een belangrijke rol speelt en impliciet of expliciet de leidende invalshoek vormt. Maar bijna altijd komen ook dan andere gezichtspunten (zoals goede zorg, bescherming van kwetsbare personen, het meewegen van de belangen van derden, het bieden van voldoende ruimte aan wetenschappelijk onderzoek enz.) aan de orde. Gelukkig maar trouwens, want anders zouden die beschouwingen weinig interessant zijn.

Nuancering van de beeldvorming is ook aangewezen voor wat betreft het werk van Leenen, de naamgever van deze lezing naar wie in dit verband meestal wordt verwezen. Zelfbeschikking was voor hem echter beslist niet het enige uitgangspunt. Zo benadrukte hij steeds ook de betekenis van het recht op zorg (ook wel aangeduid als tweede pijler onder het gezondheidsrecht), evenals die van andere waarden, zoals gelijkheid. Hij heeft ook aan die andere invalshoeken - zeker aan toegang tot zorg - veel aandacht besteed. Dat begon al met zijn dissertatie<sup>8</sup> en is in een lange reeks van publicaties voortgezet, waaronder zijn preadvies voor de Vereniging van 1997.<sup>9</sup> Zelfbeschikking ging daarbij niet a priori boven andere beginselen. Het ging om het gelijktijdig en in samenhang realiseren van de individuele en sociale dimensie van het menselijk bestaan in de gezondheidszorg. Zelfbeschikking was niet de troefkaart die elke discussie moest beslechten. Het diende als beginsel richting te geven aan de interpretatie en toepassing van positief recht, maar dan wel naast andere beginselen en zonder voor de inhoud van wat als positief recht zou moeten gelden allesbepalend te zijn.

Dat neemt niet weg dat het zelfbeschikkingsrecht in zijn werk inderdaad een prominente plaats innam, zeker in zijn "Rechten van mensen in de gezondheidszorg" (later het eerste deel van het Handboek gezondheidsrecht). Ik denk dat die prominente plaats ook gezien moet worden in het licht van de emancipatoire functie die het gezondheidsrecht had te vervullen ten aanzien van de positie van de patient. Vermaatschappelijking van de gezondheidszorg was onontkoombaar en het recht had daarin uiteraard een rol te spelen. Leenen ontwikkelde zijn gedachten in een

---

<sup>7</sup> De ironie is dat juist de voorgenomen Wet cliëntenrechten zorgsector een verdere stap zet in het formuleren van aspecten van goede zorg als basisrecht van de patiënt; overigens niet omdat zelfbeschikking als immateriële waarde belangrijker wordt gevonden, maar om de zorg meer als markt te laten functioneren door de positie van de patient als consument te versterken.

<sup>8</sup> H.J.J. Leenen, Sociale grondrechten en gezondheidszorg, diss. UU, Paul Brand, Hilversum 1966.

<sup>9</sup> H.J.J. Leenen, Recht op zorg voor de gezondheid, Preadvies VGR, Utrecht 1997.

tijd waarin bij velen het gevoel leefde dat erkenning van de rechten van de patient bevochten moest worden (men denke aan de ‘gekkenbeweging’ in de psychiatrie in de jaren ‘70) en waarin het begrip ‘zelfbeschikking’ ook een maatschappelijke claim vertolkte. Wanneer dergelijke claims juridische erkenning krijgen en geïncorporeerd worden in het recht, worden zij doorgaans ook gepreciseerd, afgewogen tegen andere waarden en belangen, en soms ook ingeperkt.<sup>10</sup> Dat is ook met zelfbeschikking als grondslag voor patiëntenrechten gebeurd; de wettelijke regeling van de behandelingsovereenkomst illustreert dat bij uitstek.

Er zijn twee punten in recente discussies over het zelfbeschikkingsrecht waar ik wat meer over wil zeggen. Ten eerste de associatie van zelfbeschikking met een individualistisch mensbeeld en met niet-solidair gedrag dat alleen door eigenbelang geleid wordt. Het centraal stellen van zelfbeschikking - zo luidt soms de kritiek - doet vergeten dat de mens een sociaal wezen is en zijn identiteit mede ontleend aan zijn lidmaatschap van de samenleving.<sup>11</sup> Over de plaats van zelfbeschikking sprak ik hiervoor al. Wat de associatie met op eigen belangen gericht handelen betreft: ik denk dat die berust op een verkeerde uitleg van dit beginsel. Zelfbeschikking hoeft uiteraard niet te betekenen dat eigenbelang leidend is; het gaat om de ruimte voor eigen keuzen, niet om de normen en waarden die daarbij een rol spelen.<sup>12</sup> Het zelfbeschikkingsrecht staat niet haaks op sociale verantwoordelijkheid, het is eerder een voorwaarde om die in volle zin op zich te kunnen nemen.

Een tweede punt betreft de gedachte dat het zelfbeschikkingsrecht (zoals in het werk van Leenen vertolkt) het lichaam tot louter object maakt waarmee de mens zou kunnen doen wat hem goeddukt; daardoor zou dan afbreuk worden gedaan aan de beschermwaardigheid van het lichaam en de menselijke waardigheid. In dit verband wordt zelfs wel gesproken van ‘het vergeten lichaam’ in het gezondheidsrecht.<sup>13</sup> Dat zou in de gezondheidsrechtelijke theorie als het ware zijn intrinsieke waarde verloren hebben. Juist is dat de positiefrechtelijke aanspraken over eigen lichaam te beschikken niet onbeperkt zijn en ook dat uit art. 11 Gw (onaantastbaarheid van het lichaam) niet meer dat een afweerrecht kan worden afgeleid. Niet juist is mijns inziens, dat in het gezondheidsrecht een onbeperkt beschikkingsrecht over het lichaam zou worden aangenomen. De beschouwingen van Leenen over de juridische positie van het lichaam maken bijvoorbeeld duidelijk dat de mens niet zijn lichaam ‘heeft’ maar ‘is’; hij verbindt aan het gegeven dat het lichaam de menselijke persoon mede constitueert, uitdrukkelijk de consequentie dat dat beperkingen oplevert aan het beschikken over het lichaam.<sup>14</sup> Ook in ruimere zin wordt, voor zover ik dat overzie, in de gezondheidsrechtelijke literatuur geen absoluut beschikkingsrecht over het eigen lichaam verdedigd, en terecht.

Kortom, laat ons - met alle terechte nuancering - aan het beginsel van zelfbeschikking in het recht de plaats geven die het toekomt. Ook maatschappelijk gezien is en zal het een kernwaarde blijven, zeker in onze pluriforme samenleving waarin ook een steeds grotere wissel wordt getrokken op verantwoordelijkheid voor eigen leven en gezondheid. Dat laatste blijkt bijvoorbeeld bij de huidige discussie rond

---

<sup>10</sup> Zie ook de ontwikkeling van het denken over euthanasie als ultieme expressie van het zelfbeschikkingsrecht naar een afgewogen wettelijke regeling waarvoor zelfbeschikking niet de enige en zelfs ook niet meer de voornaamste grondslag is.

<sup>11</sup> Zie o.a. A.Hendriks, o.c. 2005, p.40-47

<sup>12</sup> Zie ook J.Sijmons, o.c. p.18

<sup>13</sup> B.C.van Beers o.c., p.144 e.v.

<sup>14</sup> Handboek gezondheidsrecht, deel I, 4<sup>e</sup> druk, Bohn Stafleu Van Loghum 2000, p. 46-47

de beschikbaarheid van ‘health checks’ en bevolkingsonderzoek, waar het recht op weten nadrukkelijk als grondrecht wordt opgeëist.<sup>15</sup> Tegelijk illustreren juist de vragen rond het snel groeiend aanbod aan testen en screenen dat zelfbeschikking niet het enige perspectief kan zijn, en dat andere belangen moeten worden meegewogen om tot evenwichtige juridische regeling te komen. In dit geval niet alleen aan collectieve belangen (zoals het beperken van nodeloos beroep op gezondheidszorgvoorzieningen door de ‘worried well’), maar ook bescherming van individuen tegen informationele en andere schade. Met dat laatste komt overigens ook het beschermingsbeginsel in beeld. Dat wordt tegenwoordig terecht vaak in een adem genoemd met zelfbeschikking, als twee kanten van het zelfde onderliggend principe van menselijke waardigheid.<sup>16</sup>

Ik wil dit thema afsluiten met de constatering dat de meer recente beginselendiscussie veel waardevolle inzichten heeft opgeleverd. Zo is terecht gewezen op de noodzaak van een sterkere oriëntatie op grond- en mensenrechten en de uitwerking daarvan in de jurisprudentie, met name die van het EHRM. Door die uitwerking krijgen uitgangspunten die oorspronkelijk ‘slechts’ beginselen waren, ook een meer geprononceerde juridische status. Ook noemde ik de hernieuwde aandacht voor menselijke waardigheid als fundament van mensenrechten en ‘moederbeginsel’ waarvan andere beginselen aspecten belichamen.

Bij het naar voren schuiven van menselijke waardigheid rijst overigens wel de vraag of veel te verwachten is van de sturing die dit hoogabstracte grondbeginsel kan bieden. In de literatuur wordt terecht gewezen op de geheel verschillende richtingen waarin men menselijke waardigheid kan uitleggen en toepassen, namelijk enerzijds als versterking van zelfbeschikking (waardigheid in termen van emancipatie van mensen), maar anderzijds als beperking van handelen (waarbij bijvoorbeeld de intrinsieke waarde van het lichaam bepaalde keuzen ontoelaatbaar maakt).<sup>17</sup> Opvattingen over menselijke waardigheid zijn sterk plaats-, tijd- en cultuurgebonden en al snel te subjectief om inperkingen van vrijheden te kunnen rechtvaardigen. Dat wil niet zeggen dat het principe elke richtinggevende betekenis ontbeert. In een pluriforme samenleving zal menselijke waardigheid echter vooral een grensfunctie hebben, en wel in gevallen waarin sprake is van een sterke en breed gedragen overtuiging dat een bepaald handelen mensenwaardig is, niet als het gaat om meer particularistische morele opvattingen. Van het opleggen van die laatste kan de overheid beter afzien.

### 3. Gezondheidsrecht als deel van het sociaal recht

Het gegeven dat naast zelfbeschikking gelijke toegang tot zorg en solidariteit altijd al belangrijke uitgangspunten van het gezondheidsrecht zijn geweest, brengt mij bij mijn tweede thema: de sociale aard van het gezondheidsrecht. Per saldo is het gezondheidsrecht te rekenen tot de juridische disciplines die tezamen het sociaal recht vormen. Het arbeidsrecht is daarvan het meest bekende onderdeel, maar er

---

<sup>15</sup> J.A.Bovenberg, Het Antoni van Leeuwenhoekrecht: pleidooi voor een nieuw grondrecht, Preadvies NJV, Kluwer, 2009, p.68 e.v.

<sup>16</sup> Zie ook Handboek gezondheidsrecht, o.c., 5<sup>e</sup> druk, 2007, p.40-41

<sup>17</sup> Zie Hendriks e.a., o.c., 2008. p.9 e.v..

zijn ook andere, zoals het sociale verzekeringsrecht (waartoe ook het zorgverzekeringsrecht behoort).

Het woord 'sociaal' heeft meerdere betekenissen. Die variëren van louter descriptief (in de tegenstelling sociaal/individueel) tot normatief geladen. Bij dat laatste element, dat altijd een rol heeft gespeeld in het sociaal recht, gaat het om het beperken van ongelijkheid. De kern daarvan is dat kwetsbaarheid of afhankelijkheid op een of andere wijze door het recht gecompenseerd behoren te worden. Die compensatie kan de vorm krijgen van bescherming in alledaagse maatschappelijke afhankelijkheidsrelaties zoals de arbeidsverhouding, maar ook van rechtvaardige verdeling van schaarse middelen die nodig zijn voor een menswaardig bestaan. Sociaal recht heeft daardoor al snel een politieke inslag. Daar staat tegenover dat die sociaal-politieke doelstellingen, onder meer door codificatie en toenemende betekenis van de sociale grondrechten, steeds meer in het recht zelf zijn geïncorporeerd.<sup>18</sup> Dat laatste geldt ook voor het gezondheidsrecht. Het uitgangspunt dat noodzakelijke zorg voor iedereen gelijkelijk beschikbaar moet zijn op basis van medische behoefte, is daarin stevig verankerd.

Intussen komt dat eigen karakter van het sociaal recht onder druk te staan; en dat proces is eigenlijk ook al lang aan de gang.<sup>19</sup> In haar afscheidsrede verleden jaar vroeg de Nijmeegse hoogleraar arbeidsrecht Asscher-Vonk nadrukkelijk aandacht voor veranderende grondslagen van het sociaal recht: in plaats van op bestaanszekerheid en rechtvaardigheid zou het steeds meer gericht zijn op het goed functioneren van de economie.<sup>20</sup> Zij betoonde zich bezorgd dat rechtvaardigheid daarbij als intrinsieke waarde verdrongen wordt door efficiency. Het gaat er volgens haar niet om dat het sociaal recht niet zoals alle recht een ordenende, instrumentele rol zou mogen spelen en dat het alleen in dienst zou moeten staan van sociale rechtvaardigheid. Maar het zou wel tenminste mede geleid moeten worden door zijn dienende functie.

Gaat dit laatste nu ook op voor het gezondheidsrecht? Ook daar is een verschuiving zichtbaar van sociaal naar individueel. Terwijl meer aan eigen rekening en verantwoording wordt overgelaten, is het beleid tegelijk gericht op toenemende marktwerking, in de hoop dat prijs en kwaliteit daarop vooruit gaan en collectieve middelen bespaard kunnen worden. De gevolgen van het terugtrekken van de overheid en het ruimte laten voor de markt zijn ook in het gezondheidsrecht zichtbaar. Dat geldt om te beginnen op het niveau van de regelgeving. Er is weliswaar sprake van vermindering van aanbodregulering, maar tegelijkertijd ook van veel nieuwe jurisprudentie. Met de opkomst van de ondernemende zorginstelling is naast het klassieke gezondheidsrecht een gebied van nieuw, 'economisch' gezondheidsrecht ontstaan dat in de rechtspraktijk een grote rol speelt. Met dat laatste is op zich niets mis, maar het geeft wel vooral uitwerking aan de technische, instrumentele functie van het gezondheidsrecht. .

Voor wat betreft de sociale functie worden ook in het gezondheidsrecht efficiency en kostenbeheersing steeds belangrijker als uitgangspunt voor beleid en wetgeving.

---

<sup>18</sup> Naarmate dat het geval is wordt de sociale strijd steeds meer tot rechtsstrijd getransformeerd; zie A.F.M..Brenninkmeijer, De betekenis van de rechtspraak voor het sociaal recht, N.T.v.Sociaal Recht 1989, p.46-51

<sup>19</sup> Zie A.T.J.M.Jacobs, De ondermijning van het sociaal recht, idem, p.36-39.

<sup>20</sup> I.P.Asscher-Vonk, Dienend sociaal recht? Kluwer, Deventer 2009.

Er is sprake van een groeiende spanning tussen enerzijds de egalitaire benadering die inherent is aan de sociale grondrechten inclusief het recht op gezondheidszorg, en anderzijds de politiek-economische afwegingen bij de inrichting en sturing van het zorg- en verzekeringsstelsel. Het is natuurlijk niet zo dat de klassieke uitgangspunten van toegankelijkheid, betaalbaarheid en kwaliteit niet meer belangrijk worden gevonden, wel dat zij veel meer moeten concurreren met economische gezichtspunten en daarbij in de knel kunnen komen.

Dat kan bijvoorbeeld gebeuren bij verdere groei van het privaat gefinancierd aanbod van gezondheidszorg, naast de collectief gefinancierde zorg. Voor zover dat gepaard gaat met versmalling van het basispakket, betekent dat in feite een beperking van de solidariteit en daarmee van het recht op gezondheidszorg. Ook overigens is er een risico dat een te sterke groei van zo'n private markt afbreuk doet aan de algemene beschikbaarheid, toegankelijkheid en kwaliteit van zorg, bijvoorbeeld wanneer zij beslag legt op schaarse mensen en middelen.<sup>21</sup>

Een ander punt is het gebruik van marktmechanismen in het collectief gefinancierde deel. Ook daar is terughoudendheid geboden. Niet omdat dat a priori in strijd zou zijn met het recht op zorg. Marktwerking kan in bepaalde omstandigheden bijdragen aan sociale doelstellingen. Onder welke voorwaarden dat het geval is, is een empirische vraag die niet a priori op ideologische gronden te beantwoorden is. Gezien vanuit de sociale aspiraties van het gezondheidsrecht moet echter wel worden vastgesteld dat de introductie van (te veel) marktprikkels ongewenste neveneffecten kan hebben, zowel richting zorgaanbieders als patiënten. Zo is er aan de kant van hulpverleners het risico dat de logica van de markt het klassieke beroeps-ethos verdringt. Aan de kant van de patiënt kunnen marktprikkels (men denke aan gedeeltelijke nominalisering van de premie, verplichte en vrijwillige eigen risico, verhoging van eigen betalingen, meer kosten voor polissen die meer keuzen bieden e.d.) onevenredig drukken op minder draagkrachtige groepen.

Duidelijk is dat een kritische benadering van beleid en wetgeving vanuit het grondrecht op gezondheidszorg noodzakelijk blijft, wil het gezondheidsrecht zijn sociale karakter behouden. Verdere uitwerking van de sociale grondrechten (inclusief dat op zorg) en versterking van het rechtskarakter daarvan, kan daarbij overigens een nuttige rol spelen.<sup>22</sup>

In dit verband kan ook de internationale context, en vooral het toenemend belang van 'Europa', niet buiten beschouwing blijven. De druk op de collectieve middelen waarover ik het eerder had, wordt mede veroorzaakt door de internationale concurrentieverhoudingen en de voortgaande totstandkoming van een Europese gemeenschappelijke markt. Binnen de EU hebben de lidstaten de ruimte op gebieden als gezondheidszorg een nationaal beleid te voeren, maar op de wijze waar zij die ruimte benutten, wordt kritisch toegezien vanuit Brussel. De vraag is ook hoe 'nationaal' dat beleid op termijn zal kunnen blijven.

---

<sup>21</sup> Vgl. de bijdragen in het speciaal nummer van de Eur.Jnl of Health Law 2010, nr.3 over het spanningsveld tussen publieke en private zorg (A.den Exter, Health system reforms in the Netherlands: form public to private and its effects on equal access to health care; C.M.Flood, B.Thomas, Blurring of the public/private divide: the Canadian chapter; en K.Syrett, Mixing private and public treatment in the UK's NHS: a challenge to core constitutional principles?)

<sup>22</sup> Vgl. A.Hendriks, Gelijke toegang tot zorg – van ideaal naar recht, TvGR 2002, speciaalnr. p.55-64; in gelijke zin J.K.M.Gevers, Gelijke toegang tot goede zorg verzekerd? TvGR 2005, p.291-297

Voorlopig lijkt dat nog wel verzekerd (zo is het primaat van nationale competentie expliciet opgenomen in de gezondheidszorgbepaling van het nieuwe Europees Verdrag), maar de ontwikkelingen op langere termijn gaan vermoedelijk in een andere richting. Het doorzetten van de informatiesamenleving met veel meer mobiliteit van personen en diensten moet er haast wel toe leiden dat de zorg verder binnen de sfeer van het gemeenschapsrecht wordt getrokken en dat gemeenschappelijke standaarden voor de kwaliteit van de beroepsuitoefening en patiëntenrechten worden ontwikkeld. Als dit niet lukt door het opleggen van verplichtingen aan aanbieders van diensten, zal de EU (zoals het Europese Hof eigenlijk al eerder deed) de ontvangers daarvan met zodanige rechten toerusten dat zij in het grensoverschrijdend verkeer gaan fungeren als ‘agents of change’.<sup>23</sup>

Maar mogelijk zullen uiteindelijk ook de organisatie en financiering van de zorg niet buiten schot blijven.<sup>24</sup> Kwaliteit en beschikbaarheid van zorg zijn daarvan immers niet los te maken. De nadruk op het ‘Europa van de burgers’ (nodig om het democratisch tekort in de EU te compenseren) kan er gemakkelijk toe bijdragen dat de inrichting en financiering van de zorg meer onderwerp van communautair beleid worden. Dit nog afgezien van de vraag, of de EU zich vroeg of laat toch ook niet meer uit het oogpunt van economische en financiële stabiliteit zal gaan bemoeien met de collectieve uitgaven in de lid-staten, zeker in het eurogebied.

Hoe dan ook zal er meer behoefte komen aan uitgangspunten en beginselen op Europees niveau die aan die Europese bemoeienis richting moeten geven. In een verklaring van de Europese Raad van 2006 zijn dergelijke overkoepelende waarden reeds terug te vinden; het gaat om de bekende principes van universele toegang, goede kwaliteit van zorg, gelijke behandeling en solidariteit.<sup>25</sup> Die beginselen waren ook opgenomen in de concept-richtlijn over patiëntenrechten bij grensoverschrijdende zorg, waarmee ze tevens een communautaire dimensie kregen.<sup>26</sup> Heeft die richtlijn het helaas niet gehaald, de achterliggende doelen zijn daarmee niet van de Europese agenda.<sup>27</sup>

Naarmate het probleem van vormgeving van de sociale rechtsstaat minder op nationaal niveau op te lossen is, wordt ontwikkeling van een Europees sociaal model actueler.<sup>28</sup> Als de onderliggende tendens van overdracht van bevoegdheden naar Europees niveau doorzet, dan is verankering van beginselen als gelijke solidariteit en toegang op Europees niveau essentieel. Het zal dan natuurlijk wel van groot belang worden hoe deze uitgangspunten in de praktijk door Commissie en Hof zullen worden geïnterpreteerd en toegepast, vooral in relatie tot de vrije marktprincipes en het streven naar beheersing van de publieke uitgaven.

In het toenemend belang van de internationale en Europese context liggen uitdagingen voor het gezondheidsrecht besloten, zoals het vaker kiezen van een internationaal en rechtsvergelijkend perspectief en het meer betrekken van het Europees

---

<sup>23</sup> G.Davies, The Community’s internal market-based competence to regulate health care: scope, strategies and consequences, *Maastricht Jnl. Eur and Comparative Health Care* 2007, 2115-238.

<sup>24</sup> Zie ook J.K.M.Gevers, *Health law in Europe, from the present to the future*, *EJHL* 2008, p.261-272

<sup>25</sup> Council Conclusions on common values and principles in EU health systems (2006/C146/1)

<sup>26</sup> J.van der Gronden, *De Concept patiëntenrichtlijn: wat zijn de consequenties voor het Nederlandse zorgstelsel?* *TvGR* 2009, p.504-516

<sup>27</sup> Zie de mededeling van de Europese Commissie van 20 oktober 2009 inzake solidariteit in de gezondheidszorg, *Kamerstukken II*, 2009-2010, 22112, nr.987.

<sup>28</sup> A.Ph.C.M.Jaspers, *Een Europees sociaal model: convergerende diversiteit?* In: S.Klosse (red.), *Arbeid en gezondheid; schipperen tussen verantwoordelijkheid en bescherming*, Kluwer 2006, p.243-258.



recht bij de beoefening gezondheidsrecht. Bovenal lijkt het mij echter een taak voor het gezondheidsrecht om de verdere uitbouw van een Europees gezondheidszorgbeleid en het sociale gehalte daarvan kritisch te (blijven) volgen.

#### 4. Ten slotte

Tot slot nog een hartenkreet. De samenwerking met andere juridische disciplines is alleen maar belangrijker geworden nu door privatisering en marktwerking veel meer deelgebieden van het recht voor de zorg relevant zijn geworden. Tegelijk onderstreept dat, dat algemeen geschoolde gezondheidsjuristen met kennis van de zorg en affiniteit met de geneeskunde nodig blijven, niet alleen om het specifieke deel van het gezondheidsrecht te bestuderen en toe te passen, maar ook vanwege de behoefte aan integratie. Maar dan moeten die juristen wel goed opgeleid kunnen worden.

Het gebrek aan adequate voorzieningen voor onderwijs en wetenschappelijke beoefening van het gezondheidsrecht was bij Leenen een steeds terugkerend onderwerp.<sup>29</sup> Met die voorzieningen is het - enkele uitzonderingen daargelaten - nog steeds slecht gesteld (overigens beslist geen exclusief Nederlands fenomeen). Dat geldt zowel voor onderwijs als onderzoek. Aan sommige universiteiten is de formatie toegenomen, maar aan andere verminderd of zelfs verdwenen. Ook de financiering uit tweede en derde geldstroom is beperkt. Dit terwijl het maatschappelijk belang van gezondheidsrechtelijk onderzoek en de belangstelling voor onderwijs in het gezondheidsrecht aan de juridische en medische faculteiten alleen maar groter worden. Dit punt gaat natuurlijk allereerst universitaire docenten en onderzoekers aan, maar het betreft ook het gezondheidsrecht in bredere zin. Het zou daarom goed zijn als het ook op de agenda van de vereniging blijft.

---

<sup>29</sup> Zie bv. diens afscheidsrede voor deze vereniging, H.J.J. Leenen, *Gezondheidsrecht anno 1991*, TvGR 1991, nr.5.