
vereniging voor gezondheidsrecht

OVERHEID EN HET RECHT OP GEZONDHEIDSZORG

Een tussentijdse balans

Preadvies uitgebracht ten behoeve van de jaarvergadering
van de Vereniging voor Gezondheidsrecht op 30 maart 1984

door:

prof. mr. H. D. C. Roscam Abbing

vereniging voor gezondheidsrecht

OVERHEID EN HET RECHT OP GEZONDHEIDSZORG

Een tussentijdse balans

Preadvies uitgebracht ten behoeve van de jaarvergadering
van de Vereniging voor Gezondheidsrecht op 30 maart 1984

door:

prof. mr. H. D. C. Roscam Abbing

INHOUDSOPGAVE

blz.

INLEIDING	1
I HET SOCIALE GRONDWETTELIJKE RECHT OP GEZONDHEIDSZORG	3
1. Inleidende beschouwingen	3
2. Verantwoordelijkheid van de overheid ten aanzien van gezondheidszorg	10
II GLOBALE SCHETS ONTWIKKELING OVERHEIDSBEMOEIENIS	16
1. Periode van terughoudendheid	16
2. Ontwikkeling van overheidsbemoeyenis	22
III REALISERING RECHT OP GEZONDHEIDSZORG DOOR DE OVERHEID	28
1. Kwaliteitsbewaking en bevordering	28
2. Functionele beschikbaarheid en geografische bereikbaarheid	39
3. Financiële toegankelijkheid	53
IV EEN VISIE OP DE OVERHEIDSTAAK (WET- EN REGELGEVING)	73
1. Inleiding	73
2. Wetgeving	78
3. Kwaliteitsbewaking en bevordering	86
4. Functionele beschikbaarheid en geografische bereikbaarheid	88
5. Financiële toegankelijkheid	95
6. Internationale regelgeving	103

INLEIDING

Op verzoek van de Vereniging voor Gezondheidsrecht is het onderhavige preadvies 'Overheid en recht op gezondheidszorg; een tussentijdse balans' opgesteld. Het te behandelen onderwerp, de wijze waarop de overheid gestalte geeft aan het recht op gezondheidszorg, is veelomvattend en heeft verschillende aspecten. Om het onderwerp enigszins afgebakend ter discussie te kunnen stellen, is als hoofdinvulhoek de wetgeving genomen, voorzover gericht op de drie aspecten van het recht op gezondheidszorg, te weten kwaliteit, functionele beschikbaarheid en geografische bereikbaarheid, en financiële toegankelijkheid van de gezondheidszorg. Internationale regels zijn hier eveneens bij betrokken. Andere instrumenten, die de overheid ten dienste staan bij de vormgeving aan het recht op gezondheidszorg, zoals beleidsnota's, wetenschappelijk onderzoek, niet wettelijk geregelde voorzieningen, opleidingen e.d. zijn buiten beschouwing gebleven. Evenmin zijn andere voor het onderwerp relevante benaderingswijzen, zoals de realisering van het recht op gezondheidszorg voor bepaalde groepen (bejaarden, verpleeghuispatiënten, militairen, gevangenen, psychiatrische patiënten enz.); het individuele aspect: de aanspraken van de patiënt in de gezondheidszorg; de rechtspraak ten aanzien van het recht op gezondheidszorg e.d. besproken.

Ook binnen de gekozen benadering moest een keuze worden gemaakt. Zo is op detailproblemen weinig ingegaan en is er vooral naar gestreefd vanuit de gekozen invalshoek een aantal grote lijnen aan te geven.

De opzet van het preadvies is als volgt:

In hoofdstuk I wordt een plaatsbepaling gegeven van het recht op gezondheidszorg in relatie tot nieuwe ontwikkelingen in de staatsopvatting.

Hoofdstuk II bevat een globale historische beschrijving van de wijze waarop tot ongeveer het begin van deze eeuw de staatsopvatting tot uitdrukking is gekomen.

Hoofdstuk III geeft een inhoudelijke analyse van bestaande wetgeving met betrekking tot de drie aspecten (kwaliteit; functionele beschikbaarheid en geografische bereikbaarheid; financiële toegankelijkheid) van de overheidsverantwoordelijkheid ten aanzien van het recht op gezondheidszorg.

In hoofdstuk IV wordt vanuit de plaatsbepaling van het recht op gezondheidszorg in de veranderde staatsopvatting, zoals weergegeven in hoofdstuk I, alsmede op basis van de analyse in hoofdstuk III, globaal aangegeven hoe via de overheidsregulering in de toekomst aan de drie aspecten van het recht op gezondheidszorg vorm zou kunnen worden gegeven.

Gaarne wil ik mw. C.J.M. Nederveen en mw. W.J.L.M. Opstal bedanken voor de wijze waarop zij aan de tot standkoming van dit preadvies hebben bijgedragen.

De tekst is medio januari 1984 afgesloten.

HOOFDSTUK I

HET SOCIALE GRONDWETTELIJKE RECHT OP GEZONDHEIDSZORG

1. Inleidende beschouwingen

In 1798 is in artikel 62 van de Staatsregeling van de Bataafse Republiek een vorm van grondwettelijke regeling van het recht op gezondheidszorg te vinden. 1)

De 'instructie' voor degene belast met de verantwoordelijkheid voor de uitvoering van dit artikel bevatte een uitgebreid programma, variërend van algemeen preventief gerichte maatregelen, kwaliteit van hulpverlening, toezicht op gevangenen, gast- en krankzinnigen- en verbeteringshuizen, geneeskundige verzorging voor armen en plattelandsbewoners, militair geneeskundige dienst tot gezondheidsopvoeding en epidemiologie. 2)

Het duurde tot 1983 voordat deze in 1801 uit de Nederlandse staatsregeling verdwenen bepaling weer een plaats kreeg in onze Grondwet. 3) Overigens werd het recht op gezondheidszorg wel regelmatig direkt dan wel indirekt in overheids- en parlementaire stukken geformuleerd.

Met de grondwettelijke regeling van het recht op gezondheidszorg is een bepaalde taakstelling van de overheid geformuleerd. Overheid en wetgever hebben een grondwettelijke verplichting activiteiten te ontplooiën tot handhaving en bevordering van de gezondheidszorg. Een verplichting overigens, welke Nederland reeds eerder in internationaal verband was aangegaan.

De erkenning van het recht op gezondheidszorg als een sociaal grondrecht brengt met zich, dat de overheid verantwoordelijkheid draagt voor de realisering daarvan, binnen de noodzakelijkerwijze te stellen prioriteiten, en met inachtneming van evenzeer grondwettelijk vastgelegde individuele vrijheden.

Naast dit formele aspekt van de sociale grondrechten in die zin dat zij ten opzichte van de overheid een 'instructie'norm bevatten, hebben deze ook een materieel aspekt. Leenen typeert de sociale grondrechten als 'participatierechten': Zij beogen de deelname van het individu aan de verworvenheden van de samenleving, terwijl de gemeenschap van de individu mag verwachten dat hij een actieve bijdrage levert. Donner sluit hierop aan door te stellen dat het aangelegenheden betreft welke niet alleen van de staat afhangen. 4, 5, 6)

Het karakter van sociale grondrechten, en de relatie tussen sociale en individuele grondrechten is reeds uitvoerig beschreven. 7) Hieronder volgt dan ook slechts een enkele beschouwing.

Van de individu wordt ten opzichte van de samenleving een dusdanige inzet verlangt dat mede door zijn inspanning ook de samenleving tot optimale ontplooiing komt en zich verder kan ontwikkelen. 8) Voorts wordt van de individu een dusdanige houding ten opzichte van zijn medeburger verwacht, dat deze niet (onnodig) wordt beperkt in zijn aanspraak op sociale grondrechten (materiële aspekt van sociale grondrechten).

Sociale grondrechten zijn positief geformuleerd in die zin dat de burger van de overheid (waaronder begrepen de wetgever) kan verlangen dat deze zich inspant tot verwezenlijking van een bepaald belang, ook in partikuliere verhoudingen.

Sociale grondrechten zijn nodig om materiële betekenis te geven aan klassieke grondrechten. Zij bevatten een opdracht tot regeling aan de wetgever en een rechtswaarborg voor de burger (formele aspekt van sociale grondrechten). 9)

Dit formele karakter van de sociale grondrechten (als 'instructie'norm) kwam duidelijk tot uitdrukking in eerderbedoelde 'instructie' op basis van artikel 62 van de Staatsregeling van 1798. Worden individuele grondrechten in beginsel niet beïnvloed door de economische, financiële mogelijkheden, bij de sociale grondrechten ligt dit anders: de overheid bevordert de verwezenlijking van een sociaal recht voorzover dit mogelijk is gegeven de economische en financiële situatie. 10), 11), 12)

Vanuit internationale regelingen met betrekking tot grondrechten bezien geven de grondwettelijk geformuleerde grondrechten veelal met name ten aanzien van klassieke grondrechten een nadere specificering, toegespitst op, en aangepast aan de Nederlandse situatie. Als zodanig kunnen zij worden beschouwd als een nadere uitwerking van, en aanvulling op internationaal recht. Teneinde vanwege deze nadere invulling op grond van de nationale situatie een mogelijk conflict met internationaal recht te vermijden is in de internationale regelingen met betrekking tot klassieke grondrechten vastgelegd dat die bepaling prevaleert welke de meeste rechtsbescherming biedt 13): het meerdere is toegestaan, het mindere niet. Ten aanzien van de sociale grondrechten is de situatie vanwege hun karakter een andere. In de desbetreffende teksten komt het feit dat het hier instructie-normen betreft uitdrukkelijk tot uiting. 14)

Zo is ten aanzien van het recht op gezondheidszorg zoals dit in de Grondwet (art. 22.1) is geformuleerd geen sprake van een aanvulling op c.q. nadere uitwerking van internationale regelingen.

Zowel het Europees Sociaal Handvest (1961) als het Internationaal Verdrag inzake economische, sociale en culturele rechten (1966) bevatten in tegenstelling tot onze Grondwet een 'beginselprogramma' van activiteiten, welke door regeringen op het terrein van de gezondheidszorg ondernomen dienen te worden. Het Internationaal Verdrag bevat op enkele onderdelen zelfs een dwingend voorschrift.

Een vergelijkbare situatie treffen we aan in hoofdstuk III van het Verdrag van Rome (ter oprichting van de Europese Economische Gemeenschap) (1957) met betrekking tot sociaal beleid (artikel 118).

Bij behartiging van de in artikel 22.1 Grondwet aan haar gegeven opdracht, zal de overheid zich derhalve tenminste dienen te richten op de in internationale regelingen vervatte beginselprogramma's.

De formulering van artikel 22.1 Grondwet bevestigt, evenals die in de desbetreffende internationale teksten, dat het bij het recht op gezondheidszorg gaat om een instructienorm, een inspanningsopdracht: gekozen is voor het begrip 'bevorderen' en niet voor het - engere - begrip 'beschermen'. Het begrip 'bevorderen' dat mede het begrip 'beschermen' omvat, geeft aan dat naast handhaving van een bepaalde bestaande situatie, ook verbetering van die situatie dient te worden nagestreefd. 15)

Overheidshandelen dient gericht te zijn op optimale zelfbeschikking van de individu; dit veronderstelt tevens optimale mogelijkheden voor zelfontplooiing. Opvattingen omtrent de overheidstaak te dien aanzien wijzigen zich naar gelang de normatieve opvattingen zich wijzigen. De opname van sociale grondrechten in 1983 in de Grondwet heeft te maken met deze veranderingen in opvattingen omtrent de rol van de overheid. Hiermee is formeel juridisch de periode welke zich kenmerkte door een opvatting van liberalisme afgesloten. In de praktijk kan de verbreding van de opvatting omtrent overheidstaken geplaatst worden in het begin van de 20e eeuw.

Tijdens de periode van liberalisme werd er van uitgegaan dat de staat zich, zoveel als verantwoord, diende te onthouden van bemoeiing met, en inmenging in het maatschappelijk gebeuren ('nachtwakersstaat'). 16)

De strekking van dit beginsel was beperking van overheidsbemoeienis. Rechtstaatprincipes van met name de 18e en 19e eeuw gingen uit van zo weinig mogelijk bemoeienis van de staat met de samenleving. Dit zou de beste garantie bieden voor zelfbeschikking en -ontplooiing op basis van het gelijkheidsbeginsel. Voorzover overheidsoptreden al noodzakelijk was, diende dit te geschieden in de vorm

van een algemene regel. 17) Uit die tijd stammen het 'democratiebeginsel', het beginsel van de 'trias politica' en het beginsel dat individuele, klassieke grondrechten grondwettelijk verankerd dienen te zijn. 18) Daar bescherming tegen drang van de overheid voorop stond, werd ordening door de staat van sociale en sociaal-economische verhoudingen niet voorgestaan.

De ontwikkeling van de 'sociale rechtsstaat' welke begin deze eeuw op gang kwam geeft te zien dat het besef groeide dat de overheid ook taken heeft ten aanzien van sociale grondbeginselen. Zowel de gevolgen van de industriële revolutie, als de groeiende maatschappelijke ongelijkheid waren aanleiding het onthoudingsbeginsel te verlaten. Naarmate - mede door de toenemende welvaart - ook de behoefte aan meer inhoudelijke mogelijkheden voor zelfontplooiing toenam, groeide de overtuiging dat voorzieningen ter beschikking dienden te worden gesteld door de overheid. Hieruit heeft zich de 'verzorgingsstaat' ontwikkeld waarvan naast de voorwaardenscheppende functie van de overheid ook de presterende functie een onderdeel is geworden. 19) Een deel van deze presterende functie (zoals sociale zekerheid) is verankerd in wetten. Het gelijkheidsbeginsel wordt in deze staatsopvatting uitgebreid met het opheffen van onrechtvaardig geachte maatschappelijke en sociaal-economische verschillen. 20)

Schuyt 21) geeft de volgende uitgangspunten voor de verzorgingsstaat:

- bescherming van het individu tegen risico's van de moderne samenleving (sociale zekerheid)
- verschaffen van voorzieningen die voor ieder mens nodig zijn om in een samenleving te kunnen functioneren (sociale voorzieningen en bestaanszekerheid)
- bevordering van individueel welbevinden (welzijn)
- vermindering van ongelijkheid en bevorderen van redelijke inkomensverdeling.

Hij noemt hierbij als kenmerken:

- risicodeling
- programma voor sociaal welzijn
- politiek compromis-karakter
- juridisering van sociale zorg. 22)

De liberale rechtsstaat heeft zich ontwikkeld tot een staat, waarin maatschappelijke verhoudingen in grote mate onderwerp zijn geworden van publiekrechtelijke regelingen. 23)

De groei van de verzorgingsstaat heeft tot problemen geleid. Schuyt wijst op het spanningsveld, dat is ontstaan tussen de rechtsstaat en de verzorgingsstaat. Hij noemt hierbij elementen als regelzucht, afname legitimiteit van rechtsbeslissingen, sociale en juridische problemen van de economische recessie en individuele en collectieve agressie. 24) Anderen zijn van mening dat de overheid maatschappelijke handelingsprocessen naar zich toe heeft gerokken, waardoor het oplossen van problemen in de maatschappij wordt geblokkeerd. 25)

Burkens 26) merkt op dat door de grondwettelijke regeling van sociale rechten een vraagstuk is gecreëerd van gewekte verwachtingen, verwachtingen welke een grondwettelijke onderbouwing hebben gekregen. Wat in het verleden als een onomstreden verworvenheid is gegroeid, hoeft echter in de toekomst niet onomstreden te zijn.

Doordat de grenzen van de verzorgingsstaat bereikt lijken te zijn treedt een nieuwe fase in met betrekking tot de sociale grondrechten. Wij bevinden ons thans aan het begin van een periode, welke wel wordt aangeduid met termen als 'waarborgstaat', 'grondwetsstaat', 'zorgstaat' en wat door mij de 'bevorderingsstaat' is genoemd. 27)

In de bevorderingsstaat zal gestreefd moeten worden naar een nieuw evenwicht tussen de rechtsstaat enerzijds en het op grond van het solidariteitsbeginsel vervullen van individuele, sociale noden en behoeften binnen algemeen maatschappelijke maatstaven anderzijds.

De overheidsfunctie is in deze primair een bevorderende, in die zin dat ruimte wordt gelaten voor maatschappelijke zelfordening en maatschappelijke ontwikkeling. De overheid scheidt binnen door haar te stellen randvoorwaarden condities voor het kunnen dragen van eigen verantwoordelijkheid, het beperken van afhankelijkheid, het zelf kunnen beslissen en kiezen, met in achtneming van beperkingen aangebracht door het beginsel van maatschappelijke solidariteit. De hierboven summier aangegeven ontwikkeling van 'beschermingsstaat' (liberale rechtsstaat) via 'verzorgingsstaat' (sociale rechtstaat) naar consolidatie in de 'bevorderingsstaat' (liberaal-sociale rechtsstaat) is duidelijk zichtbaar in de ontwikkelingen van overheidsbemoeyenis op het terrein van de gezondheidszorg.

Het recht op gezondheidszorg krijgt, evenals met andere sociale grondrechten het geval is, meer en meer gestalte in het bestuursrecht. 28)

Noten bij paragraaf 1, hoofdstuk I

- 1) Artikel 62 Staatsregeling 1798: 'Zij (= de vertegenwoordigende macht) strekt insgelijks, door heilzame wetten haare zorg uit tot alles, wat in het algemeen de gezondheid der ingezetenen kan bevorderen, met wegruiming, zooveel mogelijk, van alle belemmeringen'.
- 2) A. Querido, Een eeuw staatstoezicht op de volksgezondheid, Staatsuitgeverij, 's-Gravenhage, 1965, blz. 223.
- 3) Stb. 1983, 70, artikel 22.1: 'de overheid treft maatregelen ter bevordering van de volksgezondheid'.
- 4) H.J.J. Leenen, o.a. T. Soc. Geneesk. 42, 1964, blz. 774.
- 5) A.M. Donner, Over het doel van de staat, NJB, 10 juni 1978, afl. 23, blz. 436.
- 6) M.C. Burkens, (Grondrechten in een nieuwe Grondwet, N.J.B. 1976, 21, 714) wijst er op dat een van de in de Grondwet opgenomen sociale rechten een rechtstreeks werkzaam recht bevat en één een wettelijk te concretiseren recht.
- 7) Zie o.a. H.J.J. Leenen, Sociale rechten en gezondheidszorg, C. de Boer/Paul Brand, Hilversum, 1966; idem Rechten van mensen in de gezondheidszorg, Samsom, Alphen a/d Rijn, 1978.
Zie voorts o.a. recentelijk Tweede Kamerstukken voor de grondwetsherziening (16905-16938) en C.A.J.M. Kortmann, De Grondwetsherziening 1983, Kluwer, Deventer.
- 8) H.J.J. Leenen, T. Soc. Geneesk. 42, 1964, blz. 774.
- 9) Tweede Kamer, zitting 1981-1982, 16905-16938, nr. 5, blz. 17.
- 10) H.D.C. Roscam Abbing, Zelfbeschikkingrecht en recht op integriteit van het menselijk lichaam, Acta Hospitalia, 1983, nr. 2, blz. 6.
- 11) Met een enkel beroep op een in een sociaal grondrecht verankerde zorgplicht kan overigens niet een vrijheidsrecht opzij worden gezet. Bezien zal steeds moeten worden of de grondwetsbepaling inzake het betreffende vrijheidsrecht een uit hoofde van de zorgplicht gewenst geachte inbreuk op dat vrijheidsrecht ook rechtens toelaat, en zo ja, of het beoogde doel ook niet kan worden bereikt zonder het vrijheidsrecht te beperken.
- 12) In het karakter van een 'instructienorm' ligt tevens besloten het onderscheid ten opzichte van de individuele, klassieke grondrechten (vrijheidsrechten). Deze laatste zijn in zoverre 'absoluut' van karakter, dat een verplichting wordt opgelegd aan de overheid (en de rechter) hun verwezenlijking te

garanderen door deze rechten te beschermen binnen de grenzen van het maatschappelijk aanvaardbare. Klassieke grondrechten zijn derhalve niet absoluut in die zin dat hun inhoud vaststaat, onafhankelijk van tijd en plaats. Dit laatste komt tot uitdrukking in de grondwettelijke mogelijkheid tot beperkingen aan die rechten. Zie Tweede Kamer, zitting 1981-1982, 16905-16938, nr. 5, blz. 18, en Tweede Kamer, zitting 1975-1976, 13872, nr. 5, blz. 10, en Tweede Kamer, zitting 1975-1976, 13873, nr. 4, blz. 5.

- 13) Europees Verdrag inzake de bescherming van rechten van de mens en fundamentele vrijheden (Raad van Europa) (1950), art. 60; Internationaal Verdrag inzake burger- en politieke rechten (VN) (1966), art. 52.
- 14) Internationaal Verdrag inzake economische, sociale en culturele rechten (VN) (1966), art. 12; Europees Sociaal Handvest (Raad van Europa) (1961), art. 11.
- 15) Tweede Kamer, zitting 1975-1976, 13873, nr. 4, blz. 14.
- 16) E.M.H. Hirsch Ballin, De mens in de sociale rechtsstaat, in: Overheidsbemoeyenis, Kluwer, Deventer, 1982, blz. 21 e.v.
- 17) J.H. van Kreveld, In hoeverre mogen en moeten bij het verlenen van subsidie voorwaarden worden gesteld? Preadvies Nederlandse Juristen Vereniging, Handelingen, 1977, deel 1, 2e stuk, Tjeenk Willink, Zwolle, blz. 120.
- 18) Hirsch Ballin, o.c., blz. 25.
- 19) Hirsch Ballin, o.c., blz. 27.
- 20) van Kreveld, o.c., blz. 123.
- 21) C.J.M. Schuyt, Ongeregeld heden; naar een theorie van wetgeving in de verzorgingsstaat; Samsom, Alphen a/d Rijn, 1982, blz. 7.
- 22) C.J.M. Schuyt, Het rechtskarakter van de verzorgingsstaat, In: Tussen macht en moraal, Samsom, Alphen a/d Rijn, 1983, blz. 204.
- 23) M.C. Burkens, Grondwet en Beslissingsstelsel, in: De Grondwetsherziening, Staatsrechtcongres 1981, Ars Aequi Libri, Serie Staats- en bestuursrecht 5, Nijmegen 1981, blz. 36.
- 24) C.J.M. Schuyt, Ongeregeld heden; In: Tussen macht en moraal, o.c. blz. 256 e.v.
- 25) Wetenschappelijke Raad voor het regeringsbeleid, Toekomstverkenningen 2, 's-Gravenhage, 1982, blz. 311.
- 26) M.C. Burkens, o.c., blz. 41.
- 27) H.D.C. Roscam Abbing; In de beperking toont zich de meester; inaugurale rede; Samsom, Alphen a/d Rijn, 1983.
- 31) M.C. Burkens, o.c., blz. 42.