



Vereniging voor Gezondheidsrecht

Gezondheidsrecht: betekenis en positie

P R E A D V I E S 2 0 0 7

Het gewicht van
het gezondheidsrecht
prof. mr. P.C. Ippel

De staat van het privaatrech-
telijke gezondheidsrecht
prof. mr. T. Hartlief

Gezondheidsrecht
en strafrecht
*Ontwikkelingen in een niet altijd
even gemakkelijke relatie*
prof. mr. P.A.M. Mevis

GEZONDHEIDSRECHT: BETEKENIS EN POSITIE

VERENIGING VOOR GEZONDHEIDSRECHT

GEZONDHEIDSRECHT: BETEKENIS EN POSITIE

Het gewicht van het gezondheidsrecht

PROF. MR. P.C. IPPEL

*De staat van het privaatrechtelijke
gezondheidsrecht*

PROF. MR. T. HARTLIEF

*Gezondheidsrecht en strafrecht; ontwikkelingen
in een niet altijd even gemakkelijke relatie*

PROF. MR. P.A.M. MEVIS

Preadvies uitgebracht ter gelegenheid van het 40-jarig bestaan van
de Vereniging voor Gezondheidsrecht, op 20 april 2007

Sdu Uitgevers
Den Haag, 2007

Meer informatie over deze en andere uitgaven kunt u verkrijgen bij:

Sdu Klantenservice

Postbus 20014

2500 EA Den Haag

tel.: 070 - 378 9880

fax: 070 - 378 9783

© Vereniging voor Gezondheidsrecht, 2007

ISBN 978 90 12 12028 9

NUR 822

Alle rechten voorbehouden. Alle auteursrechten en databankrechten ten aanzien van deze uitgave worden uitdrukkelijk voorbehouden. Deze rechten berusten bij Sdu Uitgevers bv.

Behoudens de in of krachtens de Auteurswet 1912 gestelde uitzonderingen, mag niets uit deze uitgave worden verveelvoudigd, opgeslagen in een geautomatiseerd gegevensbestand of openbaar gemaakt in enige vorm of op enige wijze, hetzij elektronisch, mechanisch, door fotokopieën, opnamen of enige andere manier, zonder voorafgaande schriftelijke toestemming van de uitgever.

Voorzover het maken van reprografische verveelvoudigingen uit deze uitgave is toegestaan op grond van artikel 16 h Auteurswet 1912, dient men de daarvoor wettelijk verschuldigde vergoedingen te voldoen aan de Stichting Reprorecht (Postbus 3051, 2130 KB Hoofddorp, www.reprorecht.nl). Voor het overnemen van gedeelte(n) uit deze uitgave in bloemlezingen, readers en andere compilatiewerken (artikel 16 Auteurswet 1912) dient men zich te wenden tot de Stichting PRO (Stichting Publicatie- en Reproductierechten Organisatie, postbus 3060, 2130 KB Hoofddorp, www.cedar.nl/pro). Voor het overnemen van een gedeelte van deze uitgave ten behoeve van commerciële doeleinden dient men zich te wenden tot de uitgever.

Hoewel aan de totstandkoming van deze uitgave de uiterste zorg is besteed, kan voor de afwezigheid van eventuele (druk)fouten en onvolledigheden niet worden ingestaan en aanvaarden de auteur(s), redacteur(en) en uitgever deswege geen aansprakelijkheid.

All rights reserved. No part of this publication may be reproduced, stored in a retrieval system, or transmitted in any form or by any means, electronic, mechanical, photocopying, recording or otherwise, without the publisher's prior consent.

While every effort has been made to ensure the reliability of the information presented in this publication, Sdu Uitgevers neither guarantees the accuracy of the data contained herein nor accepts responsibility for errors or omissions or their consequences.

VOORWOORD

Dit jaar bestaat de Vereniging voor Gezondheidsrecht 40 jaar. Ter gelegenheid daarvan staat tijdens de jaarvergadering 2007 een breed en wellicht wat pretentiefus thema ter discussie: 'De betekenis en positie van het gezondheidsrecht'. Het leek het bestuur een goede gedachte om enkele relatieve buitenstaanders te vragen over deelaspecten van dit thema te preadviseren. Dit heeft geresulteerd in een drietal preadviezen, waarin de auteurs niet alleen ingaan op tal van inhoudelijke aspecten betreffende hun vakgebied, maar waarin zij ook reflecteren op het gezondheidsrecht als zodanig, op de positie van dit vakgebied binnen de rechts-wetenschappen en op de relatie tussen juridische en sociaal-wetenschappelijke invalshoeken.

Onder de titel 'Het gewicht van het gezondheidsrecht' behandelt prof. mr. P.C. Ippel twee vraagstukken: de relatie tussen het gezondheidsrecht en het patiënten-perspectief en de mogelijke betekenis van het gezondheidsrecht op het gebied van de internationale rechtvaardigheid (in het bijzonder waar het gaat om het recht op gezondheidszorg). Hij brengt de lezer in zijn eigen woorden 'ver van huis', maar juist de afstand die hij creëert ten opzichte van een strikt juridische benadering van het gezondheidsrecht roept interessante vragen op over de betekenis en positie van dit vakgebied.

Vervolgens presenteert prof. mr. T. Hartlief 'De staat van het privaatrechtelijke gezondheidsrecht'. Mede op basis van een analyse van actuele ontwikkelingen op het gebied van het privaatrecht en de medische aansprakelijkheid concludeert Hartlief dat de wisselwerking tussen privaatrecht en gezondheidsrecht verbeterd moet worden. Zijn analyse biedt niet alleen een veelomvattende kijk op de inhoudelijke relatie tussen gezondheidsrecht en privaatrecht, maar tevens een prikkelende visie op de beperkingen van het gezondheidsrecht.

Ten slotte behandelt prof. mr. P.A.M. Mevis de 'niet altijd even gemakkelijke' relatie tussen het gezondheidsrecht en het strafrecht. Mevis beschrijft hoe het strafrecht oprukt in medische zaken en constateert dat deze beweging vanuit het gezondheidsrecht met zorg wordt gadeslagen. Grote vrienden zullen het strafrecht en het gezondheidsrecht volgens Mevis niet worden. Hij stelt en beantwoordt de vraag of er een werkbaar model voorhanden is om, met erkenning van elkaars belangen en doelen, de ontmoeting tussen strafrecht en gezondheidsrecht harmonieuzer te doen verlopen.

De preadviseurs houden het gezondheidsrecht en zijn beoefenaren verschillende spiegels voor. Door de rijke inhoud van de preadviezen verwacht het bestuur een boeiende jaarvergadering.

Prof. mr. J. Legemaate
voorzitter

INHOUDSOPGAVE

Het gewicht van het gezondheidsrecht 11

prof. mr. Pieter Ippel

1	Inleiding: het gewicht van het gezondheidsrecht	13
1.1	Vraagstelling	13
1.2	De groei en bloei van het gezondheidsrecht	18
1.3	Het gezondheidsrecht in een nieuwe fase	19
2	Patiëntenperspectieven	20
2.1	Getuigenissen	21
2.2	Sociaal-wetenschappelijke veldstudies	24
2.3	Rechtssociologie, wetgevingsleer	26
2.4	Resumerend: taakverschuiving voor het gezondheidsrecht	30
3	Gezondheidsrecht en internationale rechtvaardigheid	34
3.1	Er is een probleem	34
3.2	Politiek-filosofische overwegingen	36
3.3	Juridische en mensenrechtelijke overwegingen	39
3.4	Verantwoordelijkheden en geadresseerden	43
4	Ter afsluiting	45

De staat van het privaatrechtelijke gezondheidsrecht 53

prof. mr. Ton Hartlief

A.	Een jubilerende vereniging in een bloeiend rechtsgebied	55
1.	Een feestende jubilaris en een bezorgde preadviseur	55
2.	Exoneratie en agenda	56
B.	Een functioneel rechtsgebied in een veranderende omgeving	58
3.	Vooroplopen in een functioneel rechtsgebied	58
4.	Achteroplopen in een functioneel rechtsgebied	58
5.	Het juiste profiel	59
6.	Accentverschuiving in het onderwijs	60
7.	Turbulentie aan het front van het juridisch onderzoek	61
8.	Een eerste tussenbalans	63

C.	Banden met het privaatrecht	65
9.	De WGBO en het privaatrechtelijke kader	65
10.	Afdeling 7.7.5 BW loopt in de maat van Boek 7	66
11.	Een ge(s)laagde structuur!?	67
12.	De staat van de literatuur	68
13.	Weg met de WGBO!	70
14.	Waar is het spektakel?	71
15.	Gaat het hier wel om gezondheidsrecht?	72
16.	Beperkt zicht op het algemene contractenrecht	72
17.	Splendid isolation?	76
18.	Het einde van het algemene contractenrecht nabij?	78
19.	Een Zorgconsumentenwet gooit roet in het eten	80
20.	Een nieuwe tussenstand	81
D.	Medische aansprakelijkheid als voorbeeld	82
21.	Een ontmoetingsplaats	82
22.	Waar draait het om?	82
23.	Wat zoeken claimanten in het aansprakelijkheidsrecht?	84
24.	Kwalijke kanten van het systeem	86
25.	'No fault' is (g)een alternatief	87
26.	Focus op handhaving en normstelling	88
27.	Uitdijning is troef	89
28.	Een claimcultuur	93
29.	Het belang van aansprakelijkheidsverzekering	95
30.	Theorie is geen praktijk	96
31.	Medische aansprakelijkheid. (N)iets bijzonders?	98
32.	Proeftuin	99
33.	Grenzen in zicht	101
34.	Exportwaarde	104
35.	Een levend laboratorium	106
36.	De angst regeert	108
37.	Specialiteit	110
38.	Per saldo	112
E.	Eindafrekening	115
39.	Diagnose en desiderata	115
40.	Wissel- en samenwerking	116

Gezondheidsrecht en strafrecht; ontwikkelingen in een niet altijd even gemakkelijke relatie 123

prof. mr. P.A.M. Mevis

I.	Inleiding	125
II.	Ontwikkelingen in het materiële strafrecht	126
II.1.	Inleiding	126
II.2.	Strafrechtelijke aansprakelijkheid	127
II.2.1.	Het grondmodel	127
II.2.2.	Verschuiving; van daderschap terzake van een gedraging naar aansprakelijkheid voor een gevolg	128
II.2.3.	Consequenties voor de medicus	132
II.3.	Het culpose delict: dood respectievelijk zwaar lichamelijk letsel door schuld	132
II.3.1.	Inleiding	132
II.3.2.	De Wet herijking strafmaxima	133
II.3.3.	De inhoud van 'schuld' en 'roekeloosheid'	134
II.3.4.	Afsluiting	135
II.3.5.	Nog enkele opmerkingen over art. 309 Sr	135
III.	Medisch handelen in de regeling van het systeem van strafrechtelijke aansprakelijkheid	138
III.1.	Inleiding	138
III.2.	Inhoudelijke beschouwing; elkaar versterkende elementen	138
III.3.	De Antillen als leerschool?	144
IV.	Verdeling van aansprakelijkheid; arts of ziekenhuis?	146
IV.1.	Schets van de ontwikkelingen I: schuld bij het ziekenhuis	146
IV.2.	Schets van de ontwikkelingen II: het ziekenhuis als strafbare rechtspersoon	148
IV.3.	Consequenties voor het materiële en het formele strafrecht	149
V.	Ontwikkeling van enkele afzonderlijke delicten uit het WvSr	153
VI.	Daadwerkelijke handhaving; het onderzoek in medische strafzaken; het strafrechtelijk verschoningsrecht	157
VI.1.	Inleiding	157
VI.2.	De OM-strafbeschikking	157
VI.3.	Strafrechtelijk onderzoek in medische zaken	158
VI.4.	De Wet bevoegdheden vorderen gegevens	161
VI.5.	Het verschoningsrecht	164
VI.5.1.	Inleiding	164
VI.5.2.	Stand van zaken	164
VI.5.3.	De Hoge Raad en de 'zeer bijzondere omstandigheden'	166
VI.5.4.	Heroverweging van wettelijke regeling?	167
VII.	Slotbeschouwing; gezondheidsrecht en strafrecht	169
	Literatuurlijst	170

GEZONDHEIDSRECHT: BETEKENIS EN POSITIE

Het gewicht van het gezondheidsrecht

prof. mr. Pieter Ippel*

* Prof. mr. Pieter Ippel studeerde wijsbegeerte, criminologie en Nederlands recht aan de VU waar hij in 1989 op een rechtssociologisch proefschrift promoveerde. Hij is vanaf 2005 hoogleraar rechtsgeleerdheid bij de Roosevelt Academy te Middelburg, een Engelstalig Liberal Arts and Sciences-College van de Universiteit Utrecht. Daarnaast is hij onder meer hoogleraar rechtstheorie in Utrecht en was hij verbonden aan de Vrije Universiteit Amsterdam en de Radboud Universiteit. Ook werkte hij als jurist bij de Raad voor de Volksgezondheid en Zorg en als afdelingshoofd bij het College Bescherming Persoonsgegevens. Adres: Roosevelt Academy, Postbus 94, 4330 AB Middelburg. E-mail: p.ippel@roac.nl.

Kort voor de afronding van dit preadvies overleed mijn vader, Huib Ippel. Dit stuk is ook ter herinnering aan hem. Mijn dank gaat verder uit naar Susanne Heeger, Maya van Kempen, Janus Oomen, Marcel Verweij en Diederik van Werven. Overigens blijft de preadviseur mogelijk persoonlijk aansprakelijk, zowel civielrechtelijk als strafrechtelijk.

1 Inleiding: het gewicht van het gezondheidsrecht

1.1 Vraagstelling

Of we willen of niet, wij worden allemaal geconfronteerd met ziekte, beperking en eindigheid.¹ We weten dat wij of onze geliefden erdoor getroffen kunnen en zullen worden. Gelukkig kennen we ook de ervaring van genezing en herstel. In dat geval kan het leven weer volop genoten worden, dan voelen we – met een term van Nietzsche – de ‘grote gezondheid’.

Wij kennen het patiëntenperspectief dus niet alleen *van buitenaf* als professional of jurist, maar ook *van binnenuit*. Het onontkoombare gegeven dat wij kwetsbaar en afhankelijk zijn en in dat geval vooral goede zorg nodig hebben, zijn we geneigd te verdringen. Maar deze werkelijkheid laat zich niet wegschuiven: het is de *condition humaine*.

In beschouwingen over de gezondheidszorg ligt vaak de nadruk op de vooruitgang en de dynamiek, op de toegenomen kennis, de gegroeide behandelingsmogelijkheden, de verfijnde diagnostiek. En inderdaad: door betere openbare hygiëne, door effectievere geneesmiddelen en behandelingsmethoden en door het hele stelsel van gezondheidszorg is in welvarende landen de kindersterfte teruggedrongen, zijn infectieziekten vooralsnog bedwongen en worden successen geboekt bij vroeger moeilijk behandelbare aandoeningen als kanker, aids en hartziekten. Door deze vernieuwingen krijgen mensen van onze generaties meestal pas laat in het leven met ernstige ziekten te maken, maar ook dan kan de ontmoeting met het lijden ontredderend en ontluisterend zijn.

Het accent in de literatuur ligt vaak op de innovatie en de discontinuïteit, maar als we iets langer stilstaan bij de ontwikkelingen in de gezondheidszorg, stuiten we ook op de continuïteit, op antropologische constanten.

De tijdshorizon verschuift, maar we blijven te maken hebben met ‘Broeder Ezel’,² ons fragiele lichaam en onze ook lang niet altijd schokbestendige geest. Bovendien weten we dat niet iedereen gezond oud wordt en kunnen we elkaar daar schokkende verhalen over vertellen. In mijn eigen geval overleed mijn twee jaar oudere zus op elfjarige leeftijd aan nierlijden (dat tegenwoordig via dialyse of transplantatie te behandelen is) en mijn moeder (68) was op slag dood na een onbenullig fietsongeluk: in beide gevallen stonden de dokters machteloos.

1 Dit komt zeer heftig naar voren in de nieuwste roman van Philip Roth, *Everyman* (Alleman) uit 2006, waarin hij het lijden en de ziektegeschiedenis(sen) van de anonieme hoofdfiguur beschrijft.

2 Dit is de titel van het mooie en inzicht gevende boek van Dunning 1988.

Natuurlijk, er wordt veel gesproken over nieuwe wetenschappelijke en medisch-technologische doorbraken, die op middellange en lange termijn tot aanzienlijke levensverlenging kunnen leiden. Door sommigen wordt zelfs openlijk gespeculeerd over een door de biomedische wetenschappen teweeg te brengen onsterfelijkheid.³ Op dit moment is dit echter nog verre toekomstmuziek en de meningen over de wenselijkheid hiervan zijn zeer verdeeld: terwijl een enkeling een loflied zingt, hebben de meesten twijfels of bedenkingen.⁴

Dit neemt niet weg dat er in al die onderzoekslaboratoria en klinieken voortgang wordt geboekt in het fundamentele en toegepaste onderzoek in de humane genetica, in de ‘voorspellende geneeskunde’ en ten aanzien van nieuwe vormen van preventieve gezondheidszorg. Hoewel deze ontwikkelingen volop juridische en ethische aandacht en analyse verdienen zullen ze, om nader aan te geven redenen, in dit preadvies slechts zijdelings een rol spelen. Vooralsnog hebben we ook en met name te maken met een aantal taaie, klassieke problemen van sociale en verdelende rechtvaardigheid, zeker wanneer we kijken naar de miljarden minder gefortuneerden in onze wereld.

Ook een ander belangrijk en complex thema komt slechts en passant aan de orde, namelijk de recent vrij drastisch veranderde bestuurlijke inrichting van de Nederlandse gezondheidszorg. Die politiek geïnitieerde koerswijziging – met een opmerkelijk publiek-privaat mengsel van overheidsregulering en marktwerking – hoort hoog op de agenda van het gezondheidsrecht te staan, omdat er zulke fundamentele waarden en grondrechten in het geding zijn. De in onze Grondwet en in internationale verdragen vastgelegde aanspraak op ‘adequate en gelijke toegang’ tot de gezondheidszorg stelt grenzen aan de mogelijk toenemende ongelijkheid tussen de *well-to-do* en degenen die onderaan de maatschappelijke ladder staan en aan de mogelijke uitsluiting van onverzekerden. Maar waar die grenzen getrokken moeten worden, is onderdeel van het debat. Daarnaast moet kritisch worden onderzocht of en in hoeverre de bij de stelselwijziging gestelde doelen in de praktijk gehaald worden en of geen *unintended consequences* optreden, zoals een nieuwe golf van bureaucratisering of een te indringende ‘audit-cultuur’ (O’Neill 2004). Deze kwesties moeten aan bod komen, maar in deze bijdrage zal ik daaraan nauwelijks toekomen.

Een tweeluik

Uiteindelijk is dit preadvies een tweeluik geworden. Het eerste deel gaat in op de kwestie wat het gezondheidsrecht (en in het bijzonder de patiëntenrechten) betekent in de belevingswereld en binnen de ervaringshorizon van (verschillende groepen)

3 Zie voor een vergaand vergezicht: Hottois 1996.

4 Kritisch is bijvoorbeeld het boek van Fukuyama 2004.

patiënten. Wat is in die praktijksituaties nu eigenlijk het gewicht van het gezondheidsrecht?

Het andere deel van het tweeluik gaat in op de complexe kluwen vragen die zich aandient wanneer we letten op de mondiale verhoudingen. Er zijn in internationale verdragen voor iedereen geldende rechten op gezondheid(szorg) vastgelegd, maar we weten tegelijk hoe wijdverspreid en moordend extreme armoede en ongelijkheid uitwerken. Ligt hier een opdracht voor het gezondheidsrecht? Moet het ten aanzien van deze problematiek niet aan gewicht winnen?

In dit essay ga ik in op het microperspectief en op het macroperspectief en ik zal beweren dat er tussen deze schijnbaar losstaande probleemvelden wel degelijk een samenhang bestaat. Anders gezegd: ik kijk eerst van beneden naar boven en vervolgens van buiten naar binnen. Het is duidelijk dat ik niet met definitieve aanbevelingen zal komen. Ik hoop dat u dit preadvies leest zoals het bedoeld is: als een prikkelende invitatie tot debat.

Bij voorbaat wil ik me verdedigen tegen het eventuele verwijt dat deze tekst 'te weinig juridisch' zou zijn. In de recente discussie over het wetenschappelijk karakter van de rechtsgeleerdheid komt naar voren dat de juridische discipline aan kwaliteit zou winnen wanneer het academische forum zich (a) open zou stellen voor inzichten en empirische gegevens uit andere disciplines en (b) zich meer zou richten op fundamentele reflectie.⁵ Aan beide dimensies hoop ik een bijdrage te leveren. Een bijkomend argument is dat mijn beide medeauteurs een uitgebreide analyse geven van significante ontwikkelingen op het terrein van het privaatrecht en het strafrecht.

Patiëntenperspectieven

In het volgende hoofdstuk snijd ik de vraag aan hoe we op het spoor kunnen komen van de werkelijke ervaringen van patiënten in al hun verschillende verhoudingen met het conglomeraat van instellingen en beroepsbeoefenaren dat we dé gezondheidszorg noemen. Gezondheidsrechtjuristen hebben vaak beweerd op te komen voor het patiëntenperspectief.⁶ Maar – omdat rechtsgeleerdheid een normatieve onderneming is – is dit concept ook normatief geladen: in zekere zin is het een *morele constructie*. In hoeverre is deze beeld- en begripsvorming ade-

5 Zie mijn poging tot reflectie op de ontwikkeling van drie moderne rechtsgebieden in Ippel 2002. In een recent onderzoeksproject bij de Rechtbank Utrecht heb ik gemerkt hoe weinig empirisch onderzoek gedaan is naar de dagelijkse gang van zaken binnen gerechtelijke instanties. Zie Ippel en Heeger-Hertter 2006.

6 Zie de eerste twee zinnen uit de afscheidsrede van Roscam Abbing (2006, p. 1): 'De gezondheidszorg staat ten dienste van de patiënt. Het gezondheidsrecht richt zich op het patiëntenperspectief in al zijn facetten'.

quaat? Wordt de voorhanden kennis – bijvoorbeeld uit de medische sociologie en medische antropologie, uit de gezondheidspsychologie, maar ook uit literaire bronnen – wel echt benut? Daarbij gaat het me niet om een volledig overzicht van deze nabijgelegen disciplines, maar door een korte verkenningstocht wil ik proberen bij te dragen aan meer inzicht in de betekenis van recht en rechtsregels in de praktijksituaties, waar patiënten en hulpverleners intens of oppervlakkig met elkaar te maken krijgen. Het gaat me anders gezegd om een betere inschatting van *het gewicht van het gezondheidsrecht* in de alledaagse werkelijkheid.

Daarbij ga ik bewust en expliciet anders te werk dan wel eens het geval is in de rechtsgeleerdheid.⁷ Ik vertrek niet vanuit rechtsregels en jurisprudentie om vervolgens te bezien hoe die worden geïmplementeerd of toegepast. Ik probeer anders te kijken en andersom te redeneren, namelijk van onderop, vanuit de belevingswereld van patiënten, vanuit de werkelijkheid naar de wet. Wanneer verschijnt het recht eigenlijk, wanneer wordt het relevant? Daarbij maak ik ook gebruik van resultaten van rechtssociologisch onderzoek en theorievorming, ga in op recent onderzoek naar de toepassing van patiëntenrechten en op enkele wetsevaluaties.

Uiteraard weet ik dat het filosofisch en kentheoretisch gezien op zijn minst naïef is om van dé werkelijkheid te spreken. We kennen de feiten slechts fragmentarisch en perspectivistisch. Met enkele slagen om de arm en zonder overdreven pretenties, is het echter wel mogelijk om een aantal patronen bloot te leggen. Ik zal in de loop van dit hoofdstuk bepleiten dat dit inderdaad zinvol en nuttig is. Het gezondheidsrecht wint aan intellectueel kaliber en aan praktijkgerichtheid wanneer het zich opent voor de hier aangestipte kenbronnen.

Internationale rechtvaardigheid

Het tweede deel van dit preadvies gaat in op een schijnbaar volkomen ander vraagstuk, namelijk de kwestie of er in het gezondheidsrecht oog moet komen voor internationale rechtvaardigheid en voor de handhaving van internationaal erkende mensenrechten op toegang tot gezondheidszorg (en een aantal daarmee verwante rechten). In het gezondheidsrecht is, net als op veel andere rechtsgebieden, in de afgelopen decennia meer aandacht gekomen voor de doorwerking van het EU-recht en van het EVRM in de nationale rechtsorde. Als ik het goed zie is echter de dimensie van internationale gerechtigheid en solidariteit in het gezondheidsrechtelijke debat goeddeels afwezig.

7 In goede rechtsgeleerdheid gaat het natuurlijk om een dialectiek van feit en norm en om een complexe weging van belangen.

Ik ben van mening dat deze stilte, de *gewichtloosheid van het gezondheidsrecht* in dit domein, om een aantal redenen niet vol te houden is. Wij, de burgers van de bevoorrechte zone van de wereldbol, zijn niet alleen allemaal patiënt, we zijn ook allen in meer of mindere mate kosmopoliet. We reizen en we kijken en zijn deelnemer in wat wel handzaam *the global village* wordt genoemd. Wie zich er niet voor afsluit weet dat dit wereldwijde dorp bij nader inzien uiterst rommelig, gewelddadig en oneerlijk is ingericht. Niet alleen op milieugebied botsen we op een 'ongemakkelijke waarheid'. Dat geldt ook wanneer we het hebben over de toegang tot elementaire hulpbronnen als huisvesting, voeding, onderwijs en gezondheidszorg. Er is een werkelijk schrijnende ongelijkheid, die tot gevolg heeft dat miljarden in bittere armoede leven. Terwijl onze eigen gezondheidszorg regelmatig overontwikkeld lijkt te zijn, kampen die anderen met bittere tekorten, onnodige ziektelast en vroegtijdige sterfte.

Ook binnen het gezondheidsrecht moeten we het hierover hebben, daarvoor zal ik pleiten.⁸ Uiteraard ben ik niet in staat om een blauwdruk te geven, maar, geïnspireerd door een aantal indrukwekkende publicaties van onder meer Martha Nussbaum, Amartya Sen en Thomas Pogge, hoop ik aan te tonen hoe urgent deze opgave is. En tegelijk hoop ik ook te verduidelijken dat de beide delen van mijn tweeluik wel degelijk samenhangen. Omdat we kwetsbaar zijn en ons dan op zorg aangewezen weten, kunnen we ons voorstellen hoe anderen (dichtbij en veraf) lijden. Omdat ziekte en pijn ons leven door elkaar schudden, staan we meer open voor fundamentele vragen en voor het morele appel dat voortkomt uit de schrijnende ongelijkheid en het – vaak onnodige en zeker onverdiende – leed van al die vrouwen, mannen en kinderen in de minder goed bedeelde delen van de wereld.

Maar naast deze morele (en emotionele) verbondenheid is er wel degelijk sprake van een juridische gehoudenheid en verplichting. Hoewel op nationaal niveau nogal eens schamper wordt gedaan over sociale en economische mensenrechten, zijn ze wereldwijd voor talloze armen en ontrechten in potentie van levensbelang. Deze categorie rechten – het recht op voeding, huisvesting, onderwijs en gezondheidszorg – zijn vastgelegd in internationale verdragen, in een internationale 'Bill of Rights'. Formeel gezien richten de juridische verplichtingen zich primair tot de staten die partij zijn bij deze verdragen, maar non-gouvernementele organisaties en individuele wereldburgers hebben zeker een taak bij de verwerking van deze rechten.

8 Dit geldt trouwens ook voor de meeste beschouwingen in de bio- of gezondheidsethiek. Herring (2006, p. 19) haalt Leigh Turner aan die schrijft: 'Many of the questions that bioethicists address only make sense within the context of wealthy developed nations. Some of the favorite topics seem trivial compared with the important health issues facing people in the world's poor countries and in impoverished regions in rich countries'.

1.2 *De groei en bloei van het gezondheidsrecht*

In dit preadvies ga ik in op enkele onderbelichte thema's (onsympathiek gezegd: zwakke plekken) van het gezondheidsrecht en houd een pleidooi voor een zekere revisie. Maar voor dat aan de orde komt, lijkt het me fair en fatsoenlijk om kort aandacht te besteden aan de sterke kanten en de successen van dit rechtsgebied.

Volgens de in de beroepssociologie gehanteerde criteria is sprake van een geslaagde institutionalisering van het gezondheidsrecht. Er is een eigen beroepsvereniging (met zevenhonderd leden), er is een eigen wetenschappelijk vakblad, er zijn handboeken (met name die van Leenen), er zijn op vrijwel alle universiteiten leerstoelen en in veel opleidingen wordt aandacht besteed aan de hoofdlijnen van het gezondheidsrecht. Natuurlijk zijn er wel wat zorgen, onder meer omdat de formatie op universiteiten wordt teruggeschroefd, maar de relevantie en de status van het gezondheidsrecht als functioneel rechtsgebied lijkt onomstreden.

De professionele beoefenaars van het gezondheidsrecht lieten het niet bij academische beschouwingen, maar waren en zijn zeer actief en concreet betrokken bij advisering over en voorbereiding van wetgeving en beleid. De grondslagen werden al in de jaren zeventig en tachtig van de vorige eeuw gelegd (onder meer in een serie adviesrapporten) en na een tamelijk lange voorbereidingstijd kwam in de jaren negentig een 'stille wetgevingsexplosie' tot stand. Naast de totstandkoming van de nieuwe algemene regeling over de geneeskundige behandelingsovereenkomst, werd de oude Krankzinnigenwet door een eigentijdse regeling vervangen (Wet Bopz).⁹ De regulering ten aanzien van medische beroepsuitoefening werd drastisch herzien (Wet BIG). Nadat lange tijd de rechter als wetgeverplaatsvervanger opereerde, kwam een regeling rond euthanasie in het Staatsblad. Er kwamen wettelijke regelingen over orgaan- en weefseltransplantatie, over medisch-wetenschappelijk onderzoek, over mentorschap, over kwaliteit en tal van andere onderwerpen.¹⁰ En als klap op de vuurpijl werd, na een aantal mislukte pogingen, recent het hele stelsel van zorgverzekering en zorgsturing op een nieuwe leest geschoeid. De omvangrijke wettenproductie, die in een aantal gevallen rechtensrecht vastlegde, werd ook wetenschappelijk getoetst: een hele serie wetsevaluaties verscheen en in een aantal gevallen leidde dit tot aanpassingen in de wettekst of in de uitvoering.

In de treffende karakterisering van Kater (2002): het gezondheidsrecht en (wat later) de gezondheidsethiek manifesteerden zich als 'disciplines met dadendrang'. De resultaten van de tomeloze dadendrang mogen zonder meer indruk-

9 Ook met betrekking tot de bestrijding van besmettelijke ziekten werd een (zeer) oude wet door een nieuwe Infectieziektenwet vervangen.

10 Zie voor een helder overzicht: Van Wijmen 2006.

wekkend worden genoemd: een uitgebreid wetgevingsprogramma is volgens plan gerealiseerd en een eigentijds juridisch raamwerk is geformeerd.

Na een episode van *Sturm und Drang* en na een juridische oogsttijd, is nu misschien een periode van reflectie, van terugkijken en vooruitkijken aangebroken. Is het stramien van het gezondheidsrecht nu in essentie 'af' en is er alleen nog beheer en periodiek een reparatie nodig? Hoe moet het verder? Moet het wel verder? Of moet het bestaande alleen maar beter worden toegepast?

1.3 *Het gezondheidsrecht in een nieuwe fase*

Dat een tijd van bezinning is aangebroken kan geïllustreerd worden aan de hand van een drietal recente beschouwingen, twee in afscheidsredes, een in een intreedere. Van Wijmen (2006) is in zijn Maastrichtse afscheidsspeech terugkijkend tamelijk tevreden over de 'kleine, mooie, ritselende revolutie' die door het ijveren voor het vastleggen en toepassen van patiëntenrechten op gang is gekomen. Wel vindt hij dat de in uiteenlopende regelingen opgenomen rechten in twee systematisch opgebouwde, toegankelijke en heldere wetten moeten worden opgenomen, zodat gebruikers van de gezondheidszorg beter weten waar ze aan toe zijn. Roscam Abbing (2006) toont zich bezorgder: ook zij vindt dat er veel ten goede is veranderd, maar zij wijst op een aantal ontwikkelingen die als bedreigingen voor de rechtspositie van de patiënt kunnen worden beschouwd. De nieuwe Leidse hoogleraar Hendriks (2006) spit in zijn oratie dieper en levert een nogal fundamentele kritiek op de eenzijdige wijze waarop in het gezondheidsrecht beginselen zijn geconceptualiseerd. Aan de hand van een vergelijking met rechtsvorming rond (internationale) mensenrechten pleit hij voor een verruiming van het gezondheidsrechtelijk discours, waarin meer aandacht wordt gevraagd voor de menselijke waardigheid, voor gelijkheid en verdelende rechtvaardigheid. In een normatief-juridische beschouwing zijn meestal verschillende waarden en morele noties tegelijk aan de orde en in een kritische argumentatie moet gezocht worden naar verantwoorde en evenwichtige besluitvorming.

Met veel van wat Hendriks aan de orde stelt ben ik het eens. Ik zie zijn publicatie als een indicatie voor de volwassenwording van het gezondheidsrecht. Iedere beroepsgroep of elk professioneel veld heeft de neiging tot een zekere geslotenheid, tot een bepaalde mate van 'autopoiesis' en het gezondheidsrecht is aan dat risico niet geheel ontsnapt (zie ook: Van der Burg en Ippel 1994). De tijd is aangebroken om de 'gordijnen open te schuiven', *naar binnen* en *naar buiten* te kijken. Op dat moment blijkt dat het gezondheidsrecht nog lang niet af is: er zijn wel degelijk nieuwe uitdagingen. Dat hoop ik in de volgende hoofdstukken te tonen. Ik begin elk hoofdstuk met een stelling die ik daarna zo goed mogelijk probeer te adstrueren.

2 Patiëntenperspectieven

Waarschijnlijk is het overbodig om te zeggen, maar hét patiëntenperspectief bestaat niet. Uit het alledaagse leven weten we hoe uiteenlopend de contacten met het systeem van de gezondheidszorg zijn. De intensiteit ervan varieert enorm: die loopt uiteen van de routinecontrole bij de huisarts, via een gecompliceerde ingreep door een specialist tot een vrijwel volledige 'onderworpenheid' bij een opname in een verpleeghuis of in een psychiatrische instelling.

In de gezondheidszorg wordt macht uitgeoefend en macht schept afhankelijkheid. Je hoeft niet gestudeerd te hebben om dat in te zien, zou Gerard Reve hebben opgemerkt. Het was dan ook begrijpelijk en gerechtvaardigd dat de pioniers van het gezondheidsrecht het opnamen voor de relatief zwakke positie van gebruikers van de gezondheidszorg. De macht van de professionals vraagt om toezicht en *tegenmacht* van de patiënten. Via de vastlegging van patiëntenrechten en de handhaving daarvan, zou meer machtsevenwicht kunnen ontstaan. Dat was, globaal gezien, de rechtspolitieke strategie.

Uit een recent handzaam overzicht van onderzoek naar de opinies van patiënten over hun rechten laten Friele e.a. (2006) zien dat patiënten tegenwoordig inderdaad uitleg en informatie van hun artsen en andere hulpverleners verwachten. In het algemeen vinden zij dat zij vrij goed geïnformeerd worden, al zijn er sterke indicaties dat de informatieverstrekking – onder meer door tijdgebrek en organisatorische beperkingen – nog steeds summier is en lacunes vertoont. Toestemming voor behandeling vindt vaak impliciet plaats: het bereiken van *informed consent* vindt niet op een duidelijk gemarkeerd tijdstip plaats, maar er is sprake van een heel proces van besluitvorming waarin de patiënten doorgaans (nog steeds) in vertrouwen afgaan op oordeel en advies van de medische hulpverlener. Onvrede bestaat bij patiënten vooral over de organisatie en onderlinge afstemming van de zorg, met name wanneer verschillende beroepsbeoefenaren of instellingen bij de zorgverlening zijn betrokken, bijvoorbeeld in de zogenaamde ketenzorg. De kennis over klachtmogelijkheden en juridische procedures is bij verreweg de meeste patiënten tamelijk beperkt, al zijn zij wel op de hoogte van het feit dat zij verweer kunnen voeren. Wanneer zij klachten indienen en missers aankaarten blijken zij er vooral op uit om een zekere concrete verbetering te realiseren, ook ten behoeve van anderen. Vaak is er teleurstelling, wanneer tastbare verandering uitblijft. De behandeling van klachten is weliswaar zorgvuldig, maar weinig effectief.

Mijn conclusie is dat patiënten in grote lijnen op de hoogte zijn van een aantal gezondheidsrechtelijke basisnormen: dat je als patiënt aanspraak hebt op informatie, dat je eventueel nee kunt zeggen tegen een behandelingsvoorstel, dat de dokter informatie over jou niet mag rondstrooien en dat je je recht kunt halen

wanneer het echt fout gaat.¹¹ Precieze en gedetailleerde kennis over patiëntenrechten bestaat slechts bij een kleine minderheid. In al de contacten en ‘contracten’ in dit zeer brede domein is koel afgewogen, juridisch-rationele besluitvorming een zeldzaamheid. Slechts wanneer hevig onbehagen opflakkert of een conflict ontbrandt, gaat de dokterstas van de patiëntenrechten open.

Moet dit en zal dit veranderen wanneer er bijvoorbeeld betere voorlichting wordt gegeven, meer informatiebureaus de deuren openen of toegankelijker wetgeving wordt gerealiseerd? Hoewel ik zeker niet tegen deze initiatieven ben, vermoed ik dat de effecten ervan begrensd zullen zijn. Om dat te beredeneren, heb ik de rest van dit hoofdstuk nodig. Daarin verdedig ik de volgende stelling en hoop die voldoende toe te lichten:

Het gaat in de alledaagse wereld van de gezondheidszorg niet in de eerste plaats om rechten en rechtsbescherming, maar om het – bij de altijd aanwezige beperkingen – zo zorgvuldig, zorgzaam en humaan mogelijk aanbieden en organiseren van preventie, behandeling, verzorging en ondersteuning. Recht (wetgeving, jurisprudentie) is op afstand essentieel, maar kan de dagelijkse zorgverlening niet rechtstreeks sturen. Ook nu nog blijven de vertrouwensrelatie en het samenspel van patiënt en hulpverlener maatgevend. Alleen wanneer een ernstige communicatiestoornis optreedt of een conflict ontstaat, komt het juridische raamwerk aan de oppervlakte.

Eerst laat ik enkele literaire getuigen aan het woord. Daarna bespreek ik de hoofdlijnen uit enkele medisch-sociologische en medisch-antropologische veldstudies, om daarna aan de hand van enkele inzichten uit de rechtssociologie en de rechtsantropologie mijn (wellicht aanvechtbare) these beter uit de verf te laten komen.

2.1 *Getuigenissen*

Hoe komen we erachter wat patiënten ervaren en hoe hun belevingswereld eruit ziet? Het lijkt merkwaardig en discutabel om voorbeelden uit de romanliteratuur te gebruiken om die leefwereld op het spoor te komen. Toch slagen juist goede schrijvers erin om algemeen-menselijke ervaringen pregnant te verwoorden: in geslaagde belletristieke manifestaties zien zij zich als sensibele seismografen. Ik deel de mening van Martha Nussbaum in haar boek *Poetic Justice* (1995) dat de literaire verbeelding – mits op een zorgvuldige wijze verstaan – een belangrijke rol kan spelen in het openleggen van onbekende of verdrongen ervaringswerelden.

11 Deze houding past goed in een liberale samenleving en binnen een ‘onderhandelingshuishouding’. Dit houdt in dat het meestal moeilijk is te bepalen wat precies het (causaal) effect is van wetsbepalingen.

Ik presenteer kort drie fragmenten, twee uit de laatste boeken van befaamde Angelsaksische schrijvers en een uit een opmerkelijk autobiografisch boek van een Nederlandse medisch socioloog. Hierin wordt de ervaringshorizon van individuen op een intense wijze gearticuleerd, op een manier die er bij wetenschappers te vaak bij inschiet.¹²

De eerste scène speelt in het begin van de laatste roman van Nobelprijswinnaar J.M. Coetzee, *Langzame man* (2005). De hoofdpersoon Paul Rayment ontwaakt in zijn ziekenhuisbed uit zijn verdoving. Hij komt er langzaam achter dat hij een ernstig fietsongeluk (aanrijding door een jonge automobilist) heeft gehad en dat zijn been is geamputeerd. Er komt een jonge arts langs die hem nader informeert en wil opmonteren:

“Zodra de chirurgische wond is genezen zullen we een prothese aanmeten. Over vier weken, misschien wel eerder. In een mum van tijd zult u weer lopen. En ook fietsen, als u wilt. Na wat oefening. Verder nog vragen?’ Hij schudt het hoofd. Waarom hebben jullie me niet eerst gevraagd? wil hij zeggen, maar als hij die woorden uitspreekt zal hij zijn zelfbeheersing verliezen, zal hij gaan schreeuwen. ‘Dan spreek ik u morgenochtend’, zegt dokter Hansen, ‘Kop op!’ Maar dat is nog niet alles. Daar is het nog niet mee gedaan. Eerst de verkrachting, daarna de toestemming voor de verkrachting. Er moeten formulieren worden getekend voor hij met rust wordt gelaten, en die formulieren blijken verbaasd moeilijk.” (p. 12)

Hoewel Paul boos en verontwaardigd is, legt hij zich uiteindelijk bij het gebeurde neer. Wel observeert hij de omgeving oplettend en merkt het volgende op:

“De verpleegsters zijn uitstekend, ze zijn vriendelijk en opgewekt, maar achter hun energieke doelmatigheid bespeurt hij – hij vergist zich niet, hij heeft het in het verleden al vaak gezien – een uiteindelijke onverschilligheid tegenover hun lot, dat van zijn kamergenoot en hemzelf. Achter de vriendelijke aandacht van dokter Hansen bespeurt hij dezelfde onverschilligheid.” (p. 17)

Het tweede tafereel ontleen ik aan het indringende boek *The Sea* van de Ierse schrijver John Banville (2005). De kunsthistoricus Max Norden heeft zijn intrek genomen in een vakantiehuis aan zee en blikst terug op zijn leven, in het bijzonder

12 Zie voor meer literaire getuigenissen de bundel van Oderwald e.a. 2004. Een prachtige beschrijving van het doktersperspectief (van een neurochirurg) is te vinden in de roman *Saturday* van Ian McEwan 2005.

op het laatste jaar waarin hij zijn vrouw Anna verloor aan kanker. In een flashback wordt het beslissende gesprek met de behandelend arts beschreven:

“Well Doctor’, she said, a little too loudly, putting on the bright, tough tone of those filmstars of the Forties, ‘is it death sentence, or do I get life.’” (p. 16)

De arts – Mr Todd – ontkent dit hevig en doet alle moeite om de patiënte en haar man enige hoop te bieden:

“Mr Todd launched into a forceful disquisition, polished from repeated use, on promising treatments, new drugs, the mighty arsenal of chemical weapons he had at his command; he might have been speaking of magic potions, the alchemist’s physic. Anna continued frowning at her hands; she was not listening.” (p. 17)

Maar de patiënte, haar man én de lezer voelen haarfijn aan dat dit niet de hele waarheid is, dat er – tussen de regels – heel slecht nieuws is verteld:

“We walked out into the day as if we were stepping on to a new planet, one where no one lived but us.” (p. 17)

Een laatste getuigenis is die van de Amsterdamse medisch socioloog Gerhard Nijhof (2001). Hij heeft zich zijn hele professionele bestaan met het bestuderen van de gezondheidszorg beziggehouden, maar nu bij hem darmkanker wordt geconstateerd en hij daaraan (voorsnog succesvol) wordt behandeld, wordt hij gedwongen een aantal van zijn zienswijzen te herzien. Hij leert de medische sector nu van onderaf, van dichtbij en van binnenuit kennen. Het begint met een diagnostisch onderzoek bij de chirurg:

“Hij maakte zijn handen schoon. Liep langs me heen. Drukte mijn arm. ‘Dit is mis’, schoot het als electriciteit door me heen. ‘Kleedt u zich maar weer aan’, zei hij. Nauwelijks in mijn kleren zag ik hem voor me staan. ‘Het is kanker’, zei hij. Mijn handen zaten voor mijn gezicht. ‘Het is waarschijnlijk operabel’, meende ik later nog te hebben gehoord.” (p. 9)

Nijhof interpreteert het gebeuren als volgt:

“Mijn chirurg deed het met een enkel gebaar. Gebaren passen meestal bij een situatie. In die situatie zijn ze gewoon. Je weet wat ze betekenen. Een druk op de arm betekent dat de één de ander moed wil inspreken, of wil troosten. De chirurg maakte zo’n gebaar. Maar waar was die steun voor nodig? Zonder woorden was dit gebaar in deze situatie ‘kanker’. (...) Slecht nieuws brengen is het doorbreken van het alledaagse. Slecht nieuws is de cesuur tussen voor en na. Het transformeert het gewone leven in een ander.” (p. 9)

Uiteraard moeten we voorzichtig zijn met het interpreteren van deze fragmenten. Het gaat in alle drie de gevallen om heftige en uitzonderlijke situaties, waarin patiënten met zeer slecht nieuws worden geconfronteerd. De beelden zijn niet (geheel) representatief voor de hele breedte van de gezondheidszorg. Wat we er wel uit kunnen opmaken is de emotionele geladenheid van communicatie tussen hulpverleners en patiënten: het blijkt voor de betrokkenen moeilijk om elkaar werkelijk te verstaan. In ieder geval gaat het in die constellaties zelden om koel afwegende, rationele beslissers. Daar komt nog bij dat de medische hulpverleners een zekere afstand moeten bewaren. Misschien is een bepaalde mate van onverschilligheid (zie het fragment van Coetzee) haast onvermijdelijk.

2.2 *Sociaal-wetenschappelijke veldstudies*

Moeten we dit beeld bijstellen wanneer we naar studies kijken die niet zozeer gericht zijn op uitzonderlijke arts-patiëntcontacten maar op het blootleggen van patronen in de alledaagse gezondheidszorg? Ook hier is het alleen maar mogelijk om enkele 'vignetten' te presenteren.

a. Huisartsenzorg

Terwijl een autobiografisch verslag en een kleinschalige antropologische studie nog aan bod komen, volgt hier eerst een korte verwijzing naar het grootste onderzoek met betrekking tot de gang van zaken in de huisartsenpraktijk dat ooit in Nederland werd verricht. Onderdeel van de Tweede Nationale Studie naar Ziekten en Verrichtingen in de Huisartsenpraktijk is een onderzoek naar de dagelijkse communicatie tussen patiënten en huisartsen. Een algemene tendens uit dit onderzoeksproject, waaraan zo'n 400.000 respondenten meewerkten, is dat huisartsen er in de afgelopen vijftien jaar vrij goed in geslaagd zijn het hoofd te bieden aan de gegroeide praktijkgrootte en de toegenomen tijdsdruk door onder meer betere samenwerking, zakelijker praktijkvoering en meer taakdelegatie (aan bijvoorbeeld praktijkassistenten). Deze algemene tendens lijkt ook door te druppelen naar de communicatie in de spreekkamer, die aan de hand van video-opnamen van tweeduizend consulten werd geanalyseerd.¹³ Een belangrijk resultaat uit deze deelstudie is dat huisartsen meer informatie geven en de patiënten vaker bij de besluitvorming betrekken dan zo'n 25 jaar terug. Wel hebben deze contacten een minder affectief karakter, al geldt dit niet zozeer voor consulten door vrouwelijke huisartsen. De huisartsen komen naar voren als meer patiëntgericht. Dat houdt in dat zij vaker toestemming vragen en de patiënten meer betrekken bij het beslissingsproces. Toch is het lang niet altijd zo dat de toestemmingsvraag expliciet aan de patiënt wordt voorgelegd: het lijkt veel meer te gaan om een samenspel tussen hulpverlener en hulpvrager. Aan hoogopgeleide patiënten besteden de huisartsen meer tijd en aandacht dan aan bijvoorbeeld allochtone patiënten en aan ouderen.

13 Zie A. van den Brink-Muinen e.a. 2004.

De mensen met een hoger opleidingsniveau vragen kennelijk om meer informatie en de huisarts honoreert dit. Al met al is de communicatie in de recente periode wat zakelijker en meer taakgericht geworden. Hoewel de onderzoekers dit niet met zoveel woorden zeggen, lijkt mij de conclusie gerechtvaardigd dat de vertrouwensrelatie tussen huisarts en patiënt nog steeds de basis voor communicatie en informatieverstrekking is. Binnen die vertrouwensrelatie is wel een zekere accentverschuiving opgetreden, maar deze vormt nog steeds het fundament. Hoewel men soms verneemt dat de huisartsenpraktijk wemelt van overdreven mondige en zich zelfs agressief opstellende patiënten, komt uit dit omvangrijke onderzoek een ander beeld naar voren. De continuïteit lijkt groter dan de verandering. Het lijkt me niet gewaagd te constateren dat de *homo juridicus*¹⁴, die onbekommerd zijn rechten claimt, in de huisartsenpraktijk ook nu nog steeds een grote (en dus opvallende) uitzondering vormt.¹⁵

b. Ziekenwerk en ziekenhuis

In de al genoemde publicatie van Nijhof (2001) beschrijft hij niet alleen zijn belevenissen als kankerpatiënt, maar probeert hij wel degelijk als medisch-socioloog zijn ervaringen tijdens de ziekenhuisopname en daarna te analyseren. Hij wordt zich er bijvoorbeeld van bewust dat in zijn vakgebied veel over artsen is geschreven, maar dat in de alledaagse zorg het contact met verpleegkundigen en verzorgenden veel bepalender is: zij 'dragen' de gezondheidszorg. Maar waar hij vooral over schrijft is hoe hij zijn leven als patiënt moet herinrichten. Hij constateert hoe het normale basisvertrouwen ('argeloosheid') in lijf en leven wegvalt en hoe hij moet omgaan met gedachten aan de dood. Het blijkt dat een ernstige ziekte niet een louter individuele aangelegenheid is, maar dat deze in het hele sociale raamwerk ingrijpt. Ook de vrouw, de kinderen, de vrienden en collega's moeten met de ziekte en de zieke – en zijn veranderde perspectief – leren leven. Soms wordt in het boek aangrijpend duidelijk hoe moeilijk het is om aan gezonden mee te delen wat het betekent om zo ziek te zijn.

c. Het verhaal van een verpleeghuis

De antropologe en juriste Anne-Mei The (2005) vertelt in het terecht geprezen boek *In de wachtkamer van de dood* over de soms schokkende maar af en toe ook wel vrolijke werkelijkheid in een psychogeriatrisch verpleeghuis. Zij is niet met vragenlijsten en enquêteformulieren het veld ingetrokken maar heeft enkele jaren 'op de werkvloer' gewerkt en daar intensief gekeken en gesproken. Juist door die

14 Ten aanzien van deze rol zou men – met een variatie op het ooit bekende Pandora-affiche – kunnen vragen: 'Ooit de homo juridicus ontmoet? En? Beviel het?'

15 Wel is bekend dat patiënten vaker om een doorverwijzing naar een specialist vragen en (iets) frequenter naar een second opinion op zoek gaan. Dit lijkt me evenwel meer een kwestie van medicalisering dan van juridisering.

onderzoeksmethode is zij in staat het moeizame contact met ernstig dementerenden, het harde, fysieke (en slecht gehonoreerde) werk van de verzorgenden 'van binnenuit' te laten zien. Er is in dit verpleeghuis in de Randstad veel verloop onder het verzorgend personeel en onder de leidinggevendenden. Het grootste deel van de vrouwelijke verzorgenden heeft een allochtone achtergrond en dat versterkt de toch al grote communicatieproblemen: er is geen gedeelde culturele achtergrond en dat leidt af en toe tot ernstige misverstanden. Als er al familie is, zijn die het vaak oneens over wat er met hun demente vader en moeder moet gebeuren. Hoewel deze studie zijn waarde ontleent aan de gedetailleerde beschrijving, neemt de onderzoekster ook stelling: zij is van mening dat de verpleeghuissector door overheidsorganen en door de samenleving ernstig wordt verwaarloosd.

Wie als jurist de hier kort getypeerde boeken leest, zal waarschijnlijk getroffen worden door wat ontbreekt. Vrijwel nergens gaat het over recht of rechtsposities. The gaat wel in op een affaire in verpleeghuis Het Blauwborgje, waarover in de media een discussie ontbrandde, namelijk over de vraag of het zogenaamde 'versterven' moreel en juridisch aanvaardbaar is. The's stelling is echter dat het onthouden van voedsel en vocht in de allerlaatste levensfase in verpleeghuizen tamelijk frequent plaatsvindt en dat er geen aanleiding was voor de opgewonden toon in sommige commentaren.

Hoe kunnen we deze opmerkelijke stilte in deze veldstudies eigenlijk begrijpen en verklaren? Is het niet een laakbare leemte? Of zegt deze kennelijke lacune iets over de sociale werking van recht? Op die vraag ga ik in de volgende paragraaf in.

2.3 *Rechtsociologie, wetgevingsleer*

In het inleidende hoofdstuk noemde ik al dat binnen het gezondheidsrecht vanaf 1990 een groot aantal wetten tot stand kwam. Omdat in het gezondheidsrecht ook rechtsregels en jurisprudentie van bestuursrechtelijke, strafrechtelijke en privaatrechtelijke aard 'binnenstromen' moeten uiteraard ook de door Hartlief en Mevis beschreven ontwikkelingen op hun vakgebieden volop in ogenschouw worden genomen.

In een befaamd artikel uit 1970 typeert Koopmans enkele karakteristieke veranderingen in de hedendaagse opvatting over wetgeving en over de rol van de wetgever. Terwijl het negentiende-eeuwse idee was dat in wetboeken het in de samenleving gegroeide recht in systematische wetboeken moest worden vastgelegd, is de nadruk op codificatie in de naoorlogse periode gaandeweg vervangen door een streven naar modificatie en mobilisatie. Wetgeving is in de verzorgings- en interventiestaat sterker instrumenteel geworden. Recht is steeds vaker (geheel of ten dele) *beleidsrecht*, waarmee bepaalde doeleinden zouden moeten worden gerealiseerd.

Een centraal thema in de rechtssociologie is al van oudsher de vraag naar de effectiviteit en effecten van wet- en regelgeving. Pioniers van de rechtssociologie als Ehrlich en Pound hadden hiervoor al grote belangstelling. Toch was er een significant verschil: terwijl Pound de altijd aanwezige kloof tussen *law in the books* en *law in action* door slimme *social engineering* overbrugbaar achtte, was Ehrlich daar veel sceptischer over: naar zijn mening is voor het alledaagse handelen en beslissen het informele ‘levende recht’ van veel wezenlijker belang dan het door de overheid afgekondigde wettelijke recht.¹⁶

In de opvattingen van Griffiths over de ‘sociale werking van wetgeving’ is de traditie van Ehrlich en van de latere rechtsantropologie (met name van Moore) duidelijk herkenbaar.¹⁷ Ik ga op de hoofdlijnen van deze theorievorming in. Hoewel ik enkele kritische kanttekeningen zal maken, ben ik van mening dat deze sociaal-wetenschappelijke manier van kijken bij kan dragen aan een beter begrip, een scherpere inschatting van het belang en het gewicht van het gezondheidsrecht in concrete praktijksituaties. In dat verband verwijs ik kort naar enkele wetsevaluaties.

Griffiths’ benadering is sterk gekant tegen de naar zijn mening in de wereld van recht en beleid overheersende doctrine van het instrumentalisme. Hij polemiseert tegen de volgens hem naïeve en misleidende gedachte dat de wetgever – die als het ware boven de samenleving staat – de maatschappelijke werkelijkheid bij kan sturen of bij kan buigen. Zijn uitgangspunt is dat de maatschappij niet uniform of homogeen is, maar bestaat uit een groot aantal normatieve eenheden, de zogenaamde semi-autonome sociale velden. Die velden, bijvoorbeeld in een beroepsgroep of binnen een bedrijf, hebben hun eigen stelsel aan normen en informele handhavingmechanismen. Dit informele ‘recht-van-onderop’ is in het sturen van gedrag en houding van de groepsleden veelal bepalender dan de door de overheid afgekondigde wettelijke regels. Juridische communicatie wordt, kortom, in sterke mate beïnvloed door en is afhankelijk van sociale factoren en actoren. Individuen zijn ingebed in sociale verbanden en het rechtssysteem is geen monolithisch, uniform geheel maar een nogal onoverzichtelijke wirwar van ‘rechtskringen’. Ondanks de schijn van het tegendeel is in de moderne samenleving geen sprake van normatief monisme maar van een hardnekkig rechtspluralisme. Deze overwegingen brengen Griffiths tot zijn hoofdstelling, namelijk: ‘de sociale werking van wetgeving is grotendeels afhankelijk van de sociale organisatie van de maatschappelijke werkvloer’. De mogelijkheid tot het afdwingen van gedragsveranderingen via *command and control* en door strikte handhaving (‘proactieve mobilisering’) is begrensd. Vanuit deze theoretische achtergrond heeft de onderzoeksgroep van Griffiths ook interessant onderzoek gedaan naar de besluitvorming rond levensbeëindiging binnen de Nederlandse gezondheidszorg.

16 Zie voor een instructieve vergelijking het boek *De levende rechtsstaat* van Marc Hertogh uit 2002.

17 John Griffiths, ‘De sociale werking van wetgeving’, in Griffiths en Weyers 2005, p. 467-505.

Naar mijn mening is Griffiths' algemene theorie wel erg algemeen en te weinig gedifferentieerd. Het eerste bezwaar tegen deze benadering is dat (delen van) regelgeving – zeker wanneer het om meetbare elementen gaat – wel degelijk effectief kan zijn. Bovendien is vanuit deze theorievorming moeilijk te verklaren dat de naoorlogse Nederlandse samenleving mede door toedoen van een stroom aan beleidsregelgeving zeker ingrijpend van karakter is veranderd. Ten slotte miskent deze benadering het probleem dat sommige 'semi-autonome sociale velden' een normenpatroon kennen dat in de omringende samenleving niet of niet langer aanvaardbaar wordt gevonden. Normatieve opvattingen kunnen onder druk van buiten- en bovenaf verschuiven. De tegendraadse opvatting van Griffiths onderstreept de autonomie van de sociale velden soms te sterk.

Toch onderstreept de theorievorming over de 'sociale werking van recht' volkomen terecht het grote belang van de sociale en organisatorische context en de 'morele bedding' waarin regels en juridische procedures al dan niet ter sprake komen. Dit kan ook worden geïllustreerd aan de hand van de uitkomsten van enkele wetsevaluaties in het gezondheidsrecht.¹⁸

Uit het onderzoek naar de toepassing van de 'algemene patiëntenwet' – de Wet geneeskundige behandelingsovereenkomst – kwam als voornaamste conclusie dat de hoofdlijnen van de regeling tamelijk goed worden nageleefd.¹⁹ Artsen blijken van de kernnormen kennis te hebben genomen, al blijken zij niet op de hoogte van de precieze details rond leeftijdsgrenzen en vinden zij het moeilijk wilsonbekwaamheid vast te stellen. Patiënten verwachten over de hele linie uitleg en informatie van de medische hulpverlener, maar een groot aantal van hen gaat af op het oordeel van de arts en heeft de neiging de beslissing aan hem over te laten. Artsen blijken – hoewel de wet dat wel voorschrijft – in de meeste gevallen niet systematisch behandelingsalternatieven voor te leggen. Dat dit niet gebeurt, heeft, vermoed ik, te maken met werkdruk maar ook met de in veel gevallen opduikende onzekerheid. Dat patiënten nog steeds op de expertise en het oordeelsvermogen van hun arts afgaan, heeft waarschijnlijk te maken met het gegeven dat in al die spreekkamers nog steeds het vertrouwen en de vertrouwelijkheid de toon aangeven. Het juridische beeld is dat van onderhandelende contractpartners, maar het stramien van de sociale praktijk is anders.

Iets soortgelijks komt naar voren uit de twee wetsevaluaties over de Wet klacht-recht cliënten zorgsector (Wkcz).²⁰ De meeste onvrede wordt dichtbij de werkvloer opgevangen en op een informele wijze verwerkt. Er is een overduidelijke voorkeur voor klachten*bemiddeling*: die voltrekt zich snel en zonder veel poespas.

18 Zie hierover ook de oratie van Kastelein uit 2002.

19 Zie Dute e.a. 2000.

20 Zie Friele e.a. 1999 en Sluijs e.a. 2004.

Slechts een kleine minderheid van de klachten gaat naar het formele traject van de officiële klachtencommissies. Wanneer men in dit circuit is aangeland, blijkt de onvrede in heel wat gevallen van karakter te veranderen. Weliswaar vinden de meeste geïnterviewden dat de formele klachtenbehandeling zorgvuldig plaatsvindt, zij klagen over de geringe effectiviteit ervan. De ontevreden patiënten willen dat er werkelijk wat in de bejegening of in de kwaliteit van de zorg verandert, niet alleen voor henzelf, maar vooral ook ten behoeve van anderen. De klachtencommissies hebben die doorwerking niet in de hand, omdat de status van hun uitspraak slechts die van een advies aan de directie of de beroepsbeoefenaar is. De les hieruit lijkt me tweeledig: patiënten willen in eerste instantie een snelle en communicatieve beantwoording van hun klachten en verkiezen *informal justice*. Als zij doorzetten, omdat zij erg pijnlijk getroffen zijn, willen zij vooral tastbare verandering, maar in die poging vangen zij vaak bot. Terwijl juristen veel geschreven hebben over de procedure en over ‘beginselen van behoorlijke klachtenbehandeling’, zijn patiënten in de zorgpraktijk meestal op iets anders uit.

Een laatste illustratie ontleen ik aan de liefst drie wetsevaluaties die inmiddels zijn verricht naar de Wet op de Orgaandonatie.²¹ Sterker nog dan de twee hierboven aangestipte voorbeelden werd aan de transplantatiewet door velen een instrumentele werking toegekend. Een doelstelling – en een impliciete beleidstheorie – was dat door een heldere wettelijke regeling – met name over het beslisstelsel – het aantal voor donatie ter beschikking komende organen en weefsels zou stijgen.²² Er ontbrandde veel, heel veel ethische en praktische discussie over het meest aanvaardbare én effectieve beslissysteem. Uit een jaar of vijftien praktijkervaring blijkt evenwel dat de oorzakelijke verbanden heel wat ingewikkelder liggen. Het aanbod aan organen wordt door diverse externe factoren (aantal verkeersongevallen, aantal operatiekamers, kwaliteit van de voorlichting) en interne factoren (uiteenlopende attitudes en culturen in ziekenhuizen, betrokkenheid van nabestaanden) beïnvloed. Niet het sleutelen aan en sturen met de wet werkt, maar misschien een uitgekiend en samenhangend praktisch programma aan stimuleringsmaatregelen.

Deze en vergelijkbare uitkomsten uit praktijkstudies hebben ook enkele toonaangevende gezondheidsjuristen ervan overtuigd dat het verstandig is een nuchtere en relativerende toon aan te slaan wanneer zij het hebben over de effectiviteit van wetgeving. Zo schrijft Legemaate (2006b) in een helder recent overzicht over regels en jurisprudentie rond patiëntenrechten:

“Wetgeving is een belangrijk middel om uiting te geven aan maatschappelijke waarden en beginselen, maar is een niet erg geschikt middel om in de praktijk gedragsveranderingen tot stand te brengen. Zoals vrijwel

21 Zie met name: Friele e.a. 2004.

22 Soms werd zelfs gesproken van een ‘hogere orgaanoogst’.

alle wetsevaluaties laten zien ontwikkelen dagelijkse praktijken zich om allerlei redenen vaak onafhankelijk van de bedoelingen van wetgevers en rechters.”

Anderzijds lijkt Van Wijmen (2006) in zijn al genoemde afscheidsrede tamelijk veel concreet heil te verwachten van een systematische bundeling en hercodificering van patiëntenrechten. Zijn pleidooi is bijgevallen door patiëntenorganisaties. Op grond van het bovenstaande vermoed ik dat Van Wijmen's inschatting te optimistisch is en vind ik het begrijpelijk dat zijn ideeën een kritisch onthaal kregen.²³

Toch is hier natuurlijk wel degelijk een centrale kwestie aan de orde: hoe kunnen we ervoor zorgen dat in al die niet-vrijblijvende, vaak existentieel geladen ontmoetingen van patiënten met hulpverleners moreel-juridische maatstaven in acht worden genomen? Dat wil zeggen: hoe kunnen we eraan bijdragen dat er voldoende zorgvuldigheid en zorgzaamheid present is, dat patiënten in hun individuele waardigheid worden gerespecteerd, dat fatsoenlijk wordt opgetreden en vernederende onverschilligheid wordt vermeden? Dat is een erg lastige opdracht waarvoor een preadviseur geen recept kan schrijven (als hij daartoe al bevoegd zou zijn). Ik beperk me daarom ter afsluiting van dit hoofdstuk tot het lanceren van enkele gedachten.²⁴

2.4 Resumerend: taakverschuiving voor het gezondheidsrecht

In de afgelopen twee decennia is een heel wettelijk corpus aan patiëntenrechten opgebouwd. De tamelijk tomeloze activiteiten van gezondheidsjuristen waren in de strijd voor deze principiële belangrijke vernieuwing essentieel. Bij deze opbouwfase hoorde ook een strijdbaar en emancipatoir mensbeeld: dat van het autonome, zelfbewuste, kiezende individu, van de patiënt als mondige burger. Om filosofische en praktische redenen is die stoere mensopvatting echter niet geheel houdbaar. Ik deel de forse diagnose van Schuyt in een recente beschouwing over zorgzaamheid en zorgvuldigheid in de zorg: “Het wereld- en mensbeeld van een autonoom en zelfstandig individu is onrealistisch en een product

23 Zie voor kritische beschouwingen: Dute 2006 en het advies van de Raad voor de Volksgezondheid en zorg uit 2006.

24 In een interessant artikel werken Van Lindert, Groenewegen en Van Wijmen – in de lijn van de wetgevingstheorie van Griffiths – een aantal hypothesen uit over een betere doorwerking van de WGBO in het praktijkveld. Zij benadrukken de essentiële rol van beroepsorganisaties als *socializing agents*, die een scharnierfunctie vervullen (Van Lindert e.a. 2002). Dit lijkt me een veelbelovende onderzoeksopzet. Overigens maakt Kastelein (2002) de ontnuchterende opmerking dat de oproep om meer aandacht aan recht en ethiek te besteden in de medische opleiding tot nu toe ‘een vrome wens’ is gebleven.

van een versmald en dus vertekend vrijheidsbegrip. Mensen kunnen vrij zijn met en door anderen en krijgen door deze natuurlijke en noodzakelijke sociale bindingen een deel van de verantwoordelijkheid voor het gemeenschappelijk én voor ieders individuele bestaan.”²⁵ In de alledaagse praktijk van de gezondheidszorg kunnen grote groepen patiënten niet voldoen aan het beeld van de zelfbeschikende actor: ze zijn verward, bezorgd, angstig en in een aantal gevallen niet of in mindere mate in staat hun wil te bepalen. In een behartigenswaardige beschouwing laat Mol naar mijn idee overtuigend zien dat de (juridische) ‘logica van het kiezen’ moet zijn ingebed in een ‘logica van het zorgen’.²⁶ Wij kunnen de noties van zorg voor de ander, van toewijding en van vertrouwen niet achteloos achter ons laten: steeds moet worden gezocht naar een aanvaardbaar evenwicht tussen *autonomy* en *trust*.²⁷

Wetgeving werkt niet vanzelf. Dat komt naar voren uit veel rechtssociologisch onderzoek en theorievorming en uit de inmiddels imposante reeks wetsevaluaties. We zagen dat ook enkele kernfiguren uit het gezondheidsrecht dit zijn gaan inzien. Dit betekent allerm minst dat recht – regels en rechtsbescherming – geen wezenlijke rol speelt. Recht duikt op aan de buitengrenzen, het bepaalt de omtrekken van het speelveld en legt enkele kernnoties vast. Wanneer het echt fout lijkt te zijn gegaan, kan er reden zijn voor strafrechtelijke, tuchtrechtelijke of civielrechtelijke aansprakelijkheid. Maar er is nog steeds reden om de gang naar de straf- of tuchtrechter als een uiterste middel te zien. Alleen wanneer er bijzonder heldere aanduidingen zijn dat strafrechtelijke basisnormen zijn overschreden, is strafrechtelijke vervolging op zijn plaats. In verreweg de meeste situaties functioneert het recht het beste, wanneer het niet te indringend en opdringerig is. In de plastische woorden van Trappenburg:²⁸ het recht is in de maatschappelijke werkelijkheid vooral een ‘reservecircuit’ en de wet kan meestal het beste gezien worden als een ‘winterdijk’.

25 Schuyt 2006, p. 108.

26 De studie *‘De Logica van het zorgen. Actieve patiënten en de grenzen van het kiezen’* van Mol (2006) waarin zij aan de hand van voorbeelden uit de zorg voor (chronische) diabetespatiënten laat zien wat er op de werkvloer gebeurt, kan ik iedereen aanraden.

27 Zie over deze problematiek uitgebreid O’Neill 2002. De Belgische socioloog Elchardus maakt in een analyse van het gegroeide maatschappelijke wantrouwen in België de volgende opmerking: “Vertrouwen is een sociale uitvinding die vrijheid mogelijk maakt en die het leven aangenamer maakt. Als het vertrouwen in mensen en instellingen afneemt, wordt het goede leven moeilijker bereikbaar” (Elchardus 2002, p. 10).

28 Trappenburg 1998.

Binnen het door wetten en jurisprudentie afgebakende speelveld is meer nodig dan een zuiver juridische invoerings- en uitvoeringsstrategie. Er is voor alle betrokkenen een groot belang in het spel: namelijk dat zorgpraktijken aan morele maatstaven én aan de menselijke maat voldoen. Dat betekent in concreto onder andere dat er voldoende tijd moet zijn voor gesprek en uitleg, dat de hulpverlener samen met de patiënt verschillende behandelingsmogelijkheden dient te exploreren en dat de activiteiten van verschillende behandelaars goed en zorgvuldig op elkaar moeten worden afgestemd. Een open opstelling tegenover onbehagen en snelle, persoonlijke opvang van klachten zijn hierop een noodzakelijke aanvulling. Dit betekent echter ook dat overbodige diagnostiek of te langgerekte therapie zoveel mogelijk worden vermeden. In dat opzicht moeten de beroepsbeoefenaars hun professionele verantwoordelijkheid nemen.

De wenselijkheid van zo'n responsieve en humane gezondheidszorg is aanmerkelijk gemakkelijker neergeschreven dan in de weerbarstige werkelijkheid verwezenlijkt. Onmiskenbaar staan beroepsbeoefenaars bloot aan beroeps- en bedrijfsrisico's. Geconfronteerd als zij worden met reeksen hulpzoekenden en met interne regeldruk is overmatige routinisering, onverschilligheid of botte afstandelijkheid nooit helemaal uit te sluiten.²⁹

Voor het gezondheidsrecht betekent dit dat op inventieve wijze een heel scala aan middelen moet worden beproefd om 'de geest van de wetten' in de spreekkamer en op de ziekenzaal tot uiting te doen komen. Een complete agenda kan ik niet presenteren, wel drie suggesties.

Allereerst is op verschillende niveaus een werkelijk kritische dialoog tussen gezondheidsjuristen en hulpverleners nodig.³⁰ Meestal kan dat samenspraak zijn, maar af en toe is heldere tegenspraak geboden. Deze gedachtewisseling moet niet alleen plaatsvinden met artsen en hun organisaties, maar ook met de veel grotere groep van verpleegkundigen en verzorgenden. Een centraal gespreksonderwerp zal moeten zijn de praktische invulling van de open termen 'goed hulpverlener-schap' en 'verantwoorde zorg': een fatsoenlijke en moreel-juridisch aanvaardbare bejegening en behandeling moet – idealiter – een vanzelfsprekend onderdeel zijn van de professionele standaard. Hoewel juristen altijd enigszins wantrouwig moeten zijn, moeten zij niet te veel uitgaan van de slagzin 'vertrouwen is goed, maar controle is beter'.

29 Hulpverleners, maar ook docenten (zoals ikzelf) lopen altijd het risico van routinisering en stereotypering. Zie daarover de inmiddels klassieke studie *Street-Level Bureaucracy* van Lipsky uit 1980.

30 Uiteraard zal het vaak ook zinvol zijn hierbij patiëntenorganisaties te betrekken.

In de tweede plaats verdient het aanbeveling meer interdisciplinaire veldstudies te doen naar gedrag en houding ‘op de werkvloer’. Juristen zullen daarin moeten samenwerken met bijvoorbeeld sociologen, medisch-antropologen, sociaal-psychologen en gezondheidswetenschappers. Ik val het pleidooi van Roscam Abbing (2006, p. 8) bij waar zij schrijft: “Het zou (..) nuttig zijn, ook buiten de gebruikelijke wetsevaluaties om, op gezette tijden onderzoek te doen naar de wijze van omgaan met de rechten van de patiënt in de praktijk en met de voorwaarden met het oog op diens bescherming en zeggenschap bij wetenschappelijk onderzoek”. Met name door arbeidsintensief kwalitatief onderzoek kan men beter zicht op en meer inzicht krijgen in de condities, die een responsief zorgklimaat bevorderen dan wel blokkeren. Iedereen weet uit eigen ervaring hoe verschillend de hele ‘morele atmosfeer’ per afdeling of instelling kan zijn. Een intensieve beschrijving en interpretatie van *best practices* en van *bad practices* kan behulpzaam zijn bij het formuleren van een strategie-van-onderop. Een nog verdere ‘empirische wending’ in het gezondheidsrecht is gewenst.

In de derde plaats – en in het verlengde van het vorige punt – is via onderzoek toetsing nodig of binnen het nieuwe zorg(verzekerings)stelsel en de daarbij ontwikkelde sturingsstructuur de concrete zorgpraktijk werkelijk kan floreren. Waar liggen in de dagelijkse praktijk de knelpunten? Daarbij gaat het overigens niet alleen of vooral om de hierboven genoemde individuele patiëntenrechten, maar met name over de vraag of ‘verantwoorde zorg’ kan worden geboden en of de toegang tot de gezondheidszorg adequaat is gewaarborgd. We weten dat er ernstige problemen zijn bij de toegankelijkheid van de zorg voor asielzoekers en illegalen en het is zeker niet ondenkbaar dat er nieuwe groepen onverzekerden ontstaan. Bovendien kan de ruimte voor een meer commerciële oriëntatie van zorgverzekeraars en zorgaanbieders tot onaanvaardbare verschillen leiden. Het lijkt me evident dat aan de hand van goed gedocumenteerde en geanalyseerde case-studies achterliggende vragen rond gelijkheid (gelijke toegang), sociale rechtvaardigheid en solidariteit zullen opkomen. Ook in onze nationale gezondheidszorg zijn dergelijke kwesties niet passé. De lastige vragen rond gelijkheid en sociale rechtvaardigheid zijn terug van (nooit) weggeweest. Ze horen dus prominent op het boodschappenlijstje van het gezondheidsrecht te staan.³¹

31 Zie over de problematiek van sociale rechtvaardigheid, (ook internationale) solidariteit en gelijkheid verschillende bijdragen in de bundels van De Beer e.a. 2006 en De Jong en Buijsen 2005.

3 Gezondheidsrecht en internationale rechtvaardigheid

3.1 *Er is een probleem*

In de recente gezondheidsrechtelijke en gezondheidsethische discussie lijkt (weer) meer aandacht voor meso- en macrovraagstukken te komen, bijvoorbeeld rond sociale rechtvaardigheid, solidariteit, toegankelijkheid en gelijkheid. Deze verschuiving in aandacht is begrijpelijk (bijvoorbeeld gelet op de stelselwijzing) en terecht. Zonder dus het belang hiervan te miskennen roept dit hoofdstuk op om – ook in het gezondheidsrecht – het vraagstuk van internationale rechtvaardigheid (hoog) op de agenda te plaatsen. Waarom?

Allereerst maken auteurs als Pogge (2001, 2004, 2005) en Nussbaum (2006) duidelijk hoe schrijnend scheef en onrechtvaardig de verhoudingen op wereldschaal zijn. Tussen een en twee miljard mensen leven onder de absolute armoedegrens en een nog veel grotere groep kampt met tekortschietende toegang tot sanitaire voorzieningen en tot elementaire gezondheidszorg. Miljoenen mensen,³² met name kinderen, sterven jaarlijks onnodig. Er zijn morele redenen om actief aan deze problematiek te werken want deze ongelijke verdeling is mede door toedoen van rijke landen ontstaan. Daarbij hoeven we niet terug te kijken naar het koloniale verleden. Ook door de grotere economische en onderhandelingsmacht hebben welvarende landen in de afgelopen decennia in de totstandkoming van WTO-verdragen geïnvesteerd en bij de interventies door de Wereldbank en het Internationaal Monetair Fonds (IMF) zijn de belangen van die geprivilegieerde landen de facto vaak maatgevend geweest (Pogge 2002). Er zijn ook pragmatische en prudentiële redenen om deze kwestie niet weg te schuiven. Honger en achterstelling vormen een belangrijke factor bij het ontbranden van binnenlandse en internationale conflicten en zij brengen (mede) massale migratiestromen op gang. In de toegenomen aandacht voor problemen van *international public health* komt naar voren dat armoede en het ontbreken van goede openbare hygiëne mede een voedingsbodem kunnen zijn voor schadelijke epidemieën of zelfs pandemieën.³³

Pogge voegt daar bovendien aan toe dat het voor het eerst in de geschiedenis (door de grote accumulatie van kapitaal in geprivilegieerde landen) mogelijk is met een relatief geringe inspanning effectieve armoedebestrijding te realiseren. Vergeleken met de kosten die gemoeid zijn met militaire of humanitaire interventies in oorlogsgebieden, is armoedebestrijding in gebieden met 'stille armoede' goedkoper en effectiever. De scepsis over ontwikkelings samenwerking is vaak overdreven.

32 Naar schatting tussen de 80 en 100 miljoen mensen.

33 Zie hierover beschouwingen in de zeer recente essaybundel onder redactie van Dawson en Verweij 2007.

Ten tweede: in de naoorlogse periode is het internationale recht van karakter veranderd. Terwijl het traditionele volkenrecht gedomineerd werd door een stelsel van autonome, soevereine staten is er ten minste in twee opzichten een verschuiving tot stand gekomen. Enerzijds is er een serie verklaringen en verdragen vastgelegd, waarin aan eenieder toekomende mensenrechten worden toegekend. Voor de internationale rechtsgemeenschap en voor de bij de verdragen betrokken landen is er niet alleen een ethische opdracht, maar ook een juridische gebondenheid om zich voor de verwerkelijking van deze mensenrechten in te zetten. Aan de andere kant spelen tegenwoordig de *facto* en de *jure* internationale en nationale organisaties (ook non-gouvernementele organisaties) een toonaangevende rol bij het nastreven van internationale rechtvaardigheid en handhaving van mensenrechten.

In de derde plaats heeft de discussie over beleid en rechtspolitiek in Nederland de laatste jaren een sterk nationaal en soms nationalistisch karakter gekregen. Het integratiedebat kreeg een harde en nogal schrille toon en de rechtsregels over immigratie kunnen moeilijk anders dan als repressief en defensief worden getypeerd. Zonder de tekortkomingen en problemen in de Nederlandse gezondheidszorg te willen miskennen: we weten allemaal dat we er (door een gelukkige uitkomst van de *natural lottery*) meestal bijzonder warmpjes bijzitten. De implicaties van het internationale recht betreffen niet alleen de kleine kring van volkenrechtgeleerden. Ook beoefenaars van het gezondheidsrecht – dat wil zeggen: deskundigen die weet hebben van ziekte en menselijk lijden – hebben hier een taak, met name bij het opkomen voor het voor iedere wereldburger geldende *right to health(care)* (Toebes 1998, Asher 2004).

Een voor de hand liggende tegenwerping tegen een internationale – zelfs mondiale – verbreding van het gezondheidsrecht is dat er een handige en verstandige maatschappelijke taakverdeling is gegroeid, die impliceert dat het vakgebied zich uitsluitend richt op juridische regulering van de nationale gezondheidszorg en daarbij de van buiten komende Europese en internationale regelgeving en case-law op zijn relevantie onderzoekt. Inderdaad: de problemen binnen het Nederlandse gezondheidsrecht zijn al behoorlijk ingewikkeld en af en toe tamelijk urgent. Toch meen ik dat er op zijn minst binnen dit forum een debat op gang moet komen over die verdergaande verantwoordelijkheid. Er was vooral één zin die me ertoe aanzette om dit hoofdstuk te schrijven: “*One great challenge to any morally sensitive person today is the extent and severity of global poverty*”.

Mijn stelling in dit hoofdstuk is dan ook:

Het gezondheidsrecht en haar beoefenaren kunnen en mogen de dimensie van internationale rechtvaardigheid en de uit de mensenrechten voortvloeiende verantwoordelijkheid niet negeren. Het is mogelijk om ook vanuit dit veld aan de bestrijding van de radicale ongelijkheid een (bescheiden) bijdrage te leveren.

3.2 *Politiek-filosofische overwegingen*

Voor we in de volgende paragraaf ingaan op de relevante internationaal erkende mensenrechten, is het goed om eerst nog kort stil te staan bij de belangrijkste politiek-filosofische en morele argumentaties. Ik presenteer de hoofdlijnen van twee recente benaderingen, die internationaal de aandacht hebben getrokken. Hoewel beide auteurs aan de ene kant nogal abstracte, theoretische beschouwingen naar voren brengen hebben zij wel degelijk oog voor praktische beleidskwesties en ontwikkelen ze daarover ook ideeën. Zowel Nussbaum als Pogge is beïnvloed door de invloedrijke *A Theory of Justice* (1971) van Rawls, maar zij kritiseren die rechtvaardigheidsconceptie eveneens. Die kritiek richt zich met name op het gegeven dat Rawls zich richt op sociaal rechtvaardige verhoudingen binnen een gegeven politieke eenheid, de *nationale staat*. De beide hierna behandelde auteurs stellen echter dat de meest pijnlijke onrechtvaardigheden schuilen in de wereldwijd volstrekt onrechtvaardig verdeelde levenskansen. Rawls heeft zich in zijn latere boek *The Law of the Peoples* wel beziggehouden met het vraagstuk van rechtvaardige internationale betrekkingen tussen soevereine staten maar hij blijft volgens Nussbaum en Pogge daarbij steken in de traditionele gerichtheid op het vraagstuk van oorlog en vrede. De internationale rechtvaardigheid – in de zin van verdelende rechtvaardigheid op wereldschaal en daaruit voortvloeiende verplichtingen – blijft te veel buiten zijn blikveld.

Nussbaum: de 'vermogensbenadering'

Martha Nussbaum begon haar – opmerkelijke en opmerkelijk productieve – loopbaan als classica en historica van de filosofie. Later verlegde zij haar aandacht meer naar het terrein van de politieke filosofie en ethiek en was ze werkzaam bij een VN-onderzoeksinstituut naar ontwikkelingssamenwerking in Helsinki. Zij was betrokken bij een aantal ontwikkelingsprojecten in met name India. Centraal in haar latere werk – en in haar meest recente boek *Frontiers of Justice* – staat het begrip *capabilities*. Zij doelt daarmee op een aantal fundamentele menselijke mogelijkheden én menselijke vermogens, die aan iedereen toekomen.³⁴ Daarbij is zij duidelijk geïnspireerd door de opvattingen van de Griekse filosoof Aristoteles: de *capabilities* zijn als het ware potenties, die – moreel gesproken – tot ontwikkeling behoren te komen. In die zin hebben zij in zekere zin ook het karakter van

34 In de parafrase van haar gedachten baseer ik me vooral op haar boek *Frontiers of Justice*. Zie voor een complete lijst van de door haar onderscheiden *capabilities* in een Nederlandse vertaling: Nussbaum 2005. De 'vermogensbenadering' werkte Nussbaum uit in samenwerking en dialoog met Nobelprijswinnaar economie Sen. Indrukwekkend en hoopgevend is Sen's boek *Vrijheid is vooruitgang* (2000).

'entitlements', van fundamentele rechtsaanspraken van alle wereldburgers. Daarom is het duidelijk dat een aantal van de door haar onderscheiden vermogens samenhangen met en vertaald kunnen worden in internationaal erkende mensenrechten: "De basisintuïtie van waaruit de vermogensbenadering in de politieke arena vertrekt, is dat menselijke vermogens een morele eis stellen om ontwikkeld te worden". Zij heeft – in discussie met een groot aantal (ervarings)deskundigen uit verschillende landen en culturen – een tiental van deze fundamentele capabilities opgesteld. Zo onderscheidt zij een vermogen tot en een daarmee samenhangende aanspraak op leven en gezondheid. Dit impliceert onder meer: (a) een leven van normale lengte kunnen leiden en niet vroegtijdig sterven en (b) het kunnen genieten van een redelijke gezondheid, voldoende voedsel en onderdak en toegang tot medische basisfaciliteiten. Ook lichamelijke integriteit (bewegingsvrijheid, veiligheid tegenover geweld en het kunnen bepalen van eigen seksuele wensen) heeft een plaats op deze lijst.

Nussbaum's overtuiging is dat de door haar geformuleerde serie 'menselijke vermogens' een werkelijk universele, transculturele strekking heeft. In een aantal publicaties heeft zij dit universalisme met verve verdedigd,³⁵ vooral tegen aanhangers van het cultuurrelativisme die stellen dat het onmogelijk is dergelijke algemene uitspraken te doen en die benadrukken dat diepgaande culturele verschillen niet of nauwelijks kunnen worden overbrugd. Haar antwoord op deze kritiek is dat de formulering van de capabilities zoveel ruimte biedt dat culturele variëteit wel degelijk mogelijk blijft. Anderzijds benadrukt zij dat niet alles in een gegeven culturele constellatie respect verdient: onderdrukking van vrouwen, huiselijk geweld of vervolging van minderheden moeten te allen tijde worden afgewezen. Er is actie nodig om barrières die verhinderen dat menselijke vermogens tot hun recht komen weg te ruimen.³⁶

Zeker het laatste boek van Nussbaum is door vakfilosofen kritisch onder vuur genomen, omdat zij haar meer concrete voorstellen onvoldoende zou funderen en op een aantal punten vaag blijft.³⁷ Wat mij aanspreekt in de visie van Nussbaum is dat zij een fundamentele normatieve intuïtie – namelijk dat iedereen een morele claim heeft op een fatsoenlijk bestaan – preciezer formuleert en onderstreept dat

35 Zie: Nussbaum 2005.

36 In dit verband kritiseert Nussbaum de gedachte dat stappen in de richting van internationale rechtvaardigheid per definitie ook rijke landen ten goede zouden komen, zodat sprake zou zijn van 'mutual benefit'. Zij is van mening dat van welvarende landen, de instellingen en de burgers wel degelijk een zekere 'benevolence' wordt geleverd.

37 Zie bijvoorbeeld Robeyns 2006.

op de wereldgemeenschap een verplichting en verantwoordelijkheid rust.

Pogge: een dringende morele verplichting

De Amerikaans-Duitse filosoof Thomas Pogge laat zien dat de verhoudingen op wereldschaal in de loop van de afgelopen eeuw steeds schever zijn geworden: het is niet overdreven om te spreken van een radicale ongelijkheid.³⁸ Tientallen miljoenen mensen sterven per jaar aan ondervoeding, aan gebrek aan openbare hygiëne en aan een gebrek aan toegang tot elementaire medische voorzieningen. Het heersende paradigma over ontwikkelingssamenwerking luidt dat de transnationale en nationale markten moeten worden geliberaliseerd. Wanneer die vrijmaking volledig zou worden doorgevoerd, zou ook internationaal een *Invisible Hand* ervoor zorg dragen dat economische ontwikkeling en groei van start gaan.

Pogge brengt hier tegenin dat deze strategie in de afgelopen decennia feitelijk niet heeft gewerkt. Ook na het wegvallen van de Oost-Westtegenstelling in 1989 – toen de voorwaarden gunstiger waren dan ooit – is dit niet gebeurd, hoewel de kansen op een economische liberaliseringstrategie gunstiger leken dan ooit tevoren. De in internationale onderhandelingen en door bemoeienis van de Wereldbank, het IMF en de Wereldhandelsorganisatie gecreëerde institutionele orde is er niet in geslaagd om voortvarend de armoedeproblematiek en de tekorten in gezondheidszorg of onderwijs aan te pakken. Enkele landen, zoals sommige Zuidoost-Aziatische landen, zijn er wel in geslaagd ‘aan te haken’, maar een recept voor armoedebestrijding in andere onderontwikkelde landen biedt dit voorbeeld niet. De armoede en het gebrek aan bijvoorbeeld elementaire medische voorzieningen zijn in een aantal regio’s zo doordringend, dat ontwikkeling niet op gang kán komen. Pogge meent dat internationale instellingen (zoals het IMF, maar ook de EU) en welvarende landen in onderhandelingen en bij het opstellen van verdragen zo sterk de eigen belangen laten prevaleren, dat de veranderde wereldorde uiteindelijk in het voordeel van de ‘gevestigden’ uitvalt.

Pogge is van mening dat de rijkere landen een dringende morele en politieke verplichting hebben om de armoedebestrijding als allereerste morele prioriteit te zien. Er zijn verschillende argumentatielijnen in zijn betoog. Allereerst zijn zowel de geprivilegieerde en de onderontwikkelde landen onderdeel van één mondiale geschiedenis vol geweld, uitbuiting en onderdrukking. Die historische ontwikkeling heeft voor een aantal landen en regio’s desastreus uitgewerkt en die geschiedenis impliceert een niet weg te redeneren verantwoordelijkheid van de actoren die van dat historische proces profiteerden. In de tweede plaats souperen de rijkere landen een onevenredig deel van de gemeenschappelijke natuurlijke hulpbronnen op, zonder dat daar enige compensatie tegenover staat. Bovendien is er door de welvaarts groei in de bevoorrechte staten in de afgelopen tijd een situatie ontstaan die het mogelijk maakt zonder al te veel ingrijpende offers een effectieve en samenhangende beleidslijn, gericht op het drastisch terugdringen van armoede

38 Hier baseer ik me met name op Pogge 2004.

en onderontwikkeling, praktisch gestalte te geven. Om ontwikkeling werkelijk van de grond te laten komen in het grote aantal landen waarin de basale infrastructuur ontbreekt, is het nodig om nu actie te ondernemen.

Er is, in de visie van Pogge, niet alleen een positieve plicht tot liefdadigheid en hulp, maar zelfs een verdergaande negatieve plicht. Die houdt in dat we de institutionele orde, die zoveel onrechtvaardigheid produceert, behoren te veranderen. In dat verband lanceert Pogge het voorstel tot introductie van het zogenaamde *Global Resources Dividend*. Eenvoudig gezegd is dat een soort wereldwijde belasting waaraan vooral de well-to-do staten en burgers bijdragen, omdat zij een onevenredig omvangrijke hoeveelheid van de natuurlijke hulpbronnen consumeren. Uit het zo geformeerde fonds kan de armoedebestrijding gefinancierd worden. De inning van de gelden kan nationaal gebeuren, al zal er een transnationale autoriteit nodig zijn die toezicht houdt en het ontwikkelingsprogramma coördineert.

Op de gedachten van Nussbaum en Pogge ben ik hier niet ingegaan om ze op alle filosofische merites of praktische implicaties te onderzoeken. Het gaat mij er vooral om dat zij beide een aantal heldere argumenten naar voren brengen waarom bestrijding van armoede en de daarmee onmiddellijk samenhangende verbetering van de toegang tot elementaire medische voorzieningen prioriteit verdienen. Daaraan moet ik eerlijkheidshalve toevoegen dat filosofische of ethische redeneringen nooit geheel en al 'dwingend' kunnen zijn. Filosofen en ethici kunnen via hun beschouwingen en redeneerpatronen proberen aan te tonen waarom er een moreel probleem is én dat daaraan handelingsconsequenties moeten worden verbonden. Uiteindelijk vergt het erkennen en verwerklijken van deze visie dat het appel gehoord wordt en dat de geadresseerden bereid zijn zich daarvoor in te zetten. Er is, anders gezegd, een 'morele sprong' nodig.³⁹

3.3 *Juridische en mensenrechtelijke overwegingen*

Wordt dit beeld anders wanneer we kijken naar internationaal-rechtelijke regelingen en verplichtingen? Kunnen we onze beschouwing verstevigen en verrijken door naar het juridisch discours over te stappen? Op het eerste gezicht lijkt dit wel het geval te zijn. Immers, internationale verdragen – zoals het te bespreken Internationale VN-Verdrag inzake Economische, Sociale en Culturele Rechten (IVESCR) – leggen aan de staten juridische verplichtingen op, maar roepen

39 Dit komt – via heel verschillende argumentatielijnen – naar voren uit het werk van zulke uiteenlopende filosofen als Popper en Levinas (niet toevallig zijn beiden van Joodse origine). Levinas beschrijft het vrije individu ergens als een *joyeuse force qui va*, die het morele appel van de ander kan ontkennen en ontlopen. Zie daarover ook Sontag 2004.

Uiteraard is het nodig moraliteit institutioneel vast te leggen en te 'organiseren', ook via juridische instrumenten, al is het bij de doorwerking van het recht geboden meer te doen dan formeel-juridische implementatie (zie hoofdstuk 2).

bovendien internationale en nationale organisaties krachtig op om aan de realisering van deze rechten bij te dragen. Bij een eerste kennismaking lijken we ons op steviger bodem te bevinden, omdat het gaat om documenten met een grotere rechtskracht en afdwingbaarheid.

Helaas wijkt de situatie in de werkelijkheid hiervan af. In de eerste plaats is in de rechtsgeleerde en rechtstheoretische discussie over mensenrechten vaak een zeker dedain merkbaar over de sociale, economische en culturele mensenrechten. Eigenlijk zouden alleen de klassieke vrijheidsrechten (als vrijheid van meningsuiting, godsdienstvrijheid, privacy) als echte mensenrechten kunnen worden gekwalificeerd omdat zij overal universeel toepasbaar zijn als afweerrecht tegen de macht van de overheid en als claim op een eigen vrijheidssfeer voor de burgers. De realisering van de sociale mensenrechten, zo gaat de redenering door, is sterk afhankelijk van het ontwikkelings- en welvaartsniveau van de betreffende nationale staat. Af en toe lijkt het erop dat men de sociale, economische en culturele mensenrechten ziet als niet veel meer dan preferenties en pretenties die als rechtsaanspraken zijn vermomd. Dat komt wel heel duidelijk naar voren in de volgende cynische observatie: *“By proclaiming these as universal human rights, however, such countries arm themselves with the most respectable of reasons for pressing for the global redistribution of wealth. No one can blame them for that, but we can question the status as ‘human rights’ of what are, in a sense, letters to Santa Claus”*.⁴⁰ Er wordt op gewezen dat de afdwingbaarheid bij deze categorie rechten ontbreekt en dat een te sterke benadrukking van deze rechten leidt tot een onvruchtbare en contra-productieve ‘inflatie’.

Wanneer de mensenrechten echter gezien worden in het licht van de fundamentele menselijke waardigheid van ieder individu, is bovenstaande zienswijze niet vol te houden. Er is een intrinsieke samenhang, een goed te beredeneren *inter-connectedness* tussen de klassieke vrijheidsrechten, de politieke participatierechten en de sociaal-economische grondrechten. Dat kwam al naar voren in de klassieke formulering door Franklin Delano Roosevelt in 1941 van de *Four Freedoms*, die de inspiratiebodem vormden voor de latere renaissance van de mensenrechten. De *freedom of speech*, de *freedom of worship*, de *freedom from want* en de *freedom from fear* horen in de visie van Roosevelt bij elkaar, ze hangen samen en zijn geldig voor iedereen.⁴¹

40 Orwin en Pangle, ‘The Philosophical Foundations of Human Rights’, in: Plattner (ed.) *Human Rights in Our Time* (1984), p. 15, geciteerd in Van Hoof 1998, p. 9.

41 Bedenk wel dat Roosevelt het hier opneemt voor een aantal fundamentele waarden en niet alleen wil strijden tegen het kwaad (i.c. de Duitse en Japanse agressie). In een tijd waarin de VS zich lijken af te keren van de fundamentele principes van het internationale recht, is het goed te beseffen dat er ook een idealistische en internationaal gerichte onderstroom in het Amerikaanse politieke debat is. Zie verder de website www.fourfreedoms.nl.

Hoewel het risico van 'inflatie' van mensenrechten in hoogontwikkelde verzorgingsstaten niet helemaal uitgesloten is, kan dit bepaald niet gezegd worden van de problematiek die in dit hoofdstuk centraal staat, namelijk de ellendige positie van miljarden zeer arme vrouwen, kinderen en mannen. Vanuit hun perspectief komt het aan op een aanspraak op een minimum aan bestaanszekerheid, op het claimen van een aantal kleine stappen van levensbelang. Dit geldt zeker voor een van de kernrechten, het hierna te typeren *right to health*, waarbij het waarschijnlijk mogelijk is met een relatief geringe inspanning de sterfte aan fatale ziekten sterk terug te dringen. Gelet op de mondiale verdeling van hulpbronnen en levenskansen kan de bovengenoemde kritiek op het rechtskarakter van de sociaal-economische rechten alleen maar verklaard worden door te letten op de comfortabele positie van de criticus: het is te gemakkelijke leunstoelfilosofie.

Wanneer we preciezer kijken naar de meest relevante mensenrechtenbepalingen stuiten we al snel op het kernartikel, artikel 12 IVESCR dat het 'recht van een ieder op een zo goed mogelijke lichamelijke en geestelijke gezondheid' formuleert. Weliswaar komt dit recht ook al voor in de Universele Verklaring van de Rechten van de Mens⁴² maar terwijl die verklaring geen formeel-juridische verplichtingen scheidt, is dat met het IVESCR wel het geval. Met name artikel 2 IVESCR is hier maatgevend. Dit verplicht de verdragsstaten 'zowel zelfstandig als binnen het kader van de internationale hulp en samenwerking (...) en met volledige gebruikmaking van de hem ter beschikking staande hulpbronnen (...) steeds nader tot een algehele verwezenlijking van de in dit Verdrag erkende rechten te komen'.⁴³ Artikel 12 IVESCR expliciteert wat in ieder geval vereist wordt binnen het kader van het algemeen verwoorde *right to health*. In de tekst van artikel 12 worden onder meer genoemd: terugdringing van de kindersterfte, verbetering van de openbare hygiëne, voorkoming en bestrijding van epidemische en endemische ziekten en 'het scheppen van omstandigheden die een ieder in geval van ziekte geneeskundige bijstand en verzorging waarborgen'. In ieder geval is dus bijvoorbeeld toegang tot elementaire medische voorzieningen vereist.

In hetzelfde IVESCR staat een aantal artikelen die nauw samenhangen met het 'recht op gezondheid (zorg)'. Zo zijn in het verdrag het recht op een behoorlijke levensstandaard (vrijwaring van honger) in artikel 11 IVESCR en het recht op onderwijs (artikel 13 IVESCR) opgenomen.⁴⁴ Bovendien zijn in enkele andere mondiale verdragen, zoals in het Vrouwenverdrag en in het Verdrag inzake de

42 Art. 25 van de UDHR luidt: "Everyone has the right to a standard of living adequate for the health of himself and of his family, including food, clothing, housing and medical care and necessary social services".

43 Art. 2 lid 2 voegt daar nog een discriminatieverbod aan toe.

44 Zie voor een veel uitgebreidere beschrijving en analyse het heldere en informatieve proefschrift van Toebes 1998.

Rechten van het Kind, nog een aantal meer toegespitste internationale verplichtingen geformuleerd. Ook op Europees niveau is het Europees Sociaal Handvest en het additionele Protocol van belang. Op nationaal niveau zijn sociale grondrechten vastgelegd, zoals artikel 22 in de Nederlandse Grondwet.⁴⁵

Maar zoals we zagen en al wisten: plechtige formuleringen zijn alleen maar een beginpunt. Het komt aan op de beantwoording van de vraag hoe deze mensenrechten ook in de praktijk profiel en betekenis krijgen. In de allereerste plaats richten de in het IVESCR neergelegde verplichtingen zich tot de staten die partij zijn bij dit verdrag. Zoals zo vaak in het internationale recht is er geen supranationale autoriteit die de nakoming van de rechtsaanspraken handhaaft, laat staan kan afdwingen. Dat blijft uiteraard de zwakste schakel.

Wel is er binnen VN-verband een toezichthoudend comité dat schendingen van de sociale, economische en culturele rechten onderzoekt en zo concreet mogelijke aanbevelingen doet. In een belangrijk document uit 2000 doet dit Committee on Economic, Social and Cultural Rights een behartigenswaardige poging het *right to health* nader te omlijnen. Het comité erkent dat er 'formidabele structurele obstakels' zijn, maar het spreekt de staten opnieuw aan op hun verplichtingen 'to respect, to protect and to fulfill' het voor de betreffende mensen zo wezenlijke recht op gezondheid (szorg), waarbij het niet alleen gaat om (enige) toegang tot gezondheidszorgvoorzieningen, maar ook om een beleid ten aanzien van de achterliggende determinanten van ziekten en handicaps. *Availability, accessibility en acceptability* zijn hierbij uitgangspunt en toetssteen. In ieder geval is er een aantal kernverplichtingen – *core obligations* – voor staten (die *non-derogable* worden genoemd), namelijk:

- (a) *To ensure the right of access to health facilities, goods and services on a non-discriminatory basis, especially for vulnerable or marginalized groups.*
- (b) *To ensure access to the minimum essential food which is nutritionally adequate and safe, to ensure freedom from hunger to everyone.*
- (c) *To ensure access to basic shelter, housing and sanitation, and an adequate supply of safe and potable water.*
- (d) *To provide essential drugs, as from time to time defined under the WHO Action Programme on Essential Drugs.*
- (e) *To ensure equitable distribution of all health facilities, goods and services.*
- (f) *To adopt and implement a national public health strategy and plan of action (...) on the basis of a participatory and transparent process. (...)*

Maar niet alleen de verdragsstaten zijn aan zet, ook internationale organisaties, medische beroepsorganisaties en juristen worden opgeroepen om zich uitdrukke-

45 In de Nederlandse discussie is er vaak (en terecht) op gewezen dat dit sociale grondrecht in samenhang met art. 1 Gw moet worden beschouwd.

lijk in te zetten voor de verwerkelijking van het *right to health* en de andere daarmee onmiddellijk samenhangende sociaal-economische mensenrechten.

Het is echter de vraag of deze gepreciseerde oproep gehoor vindt. In een scherp artikel uit 1998 constateert hoogleraar internationaal recht Van Hoof dat het klimaat rond de sociaal-economische rechten in Nederland en daarbuiten nog steeds 'kil' is en dat regeringen (ook de Nederlandse) niet verder komen dan obligate 'lippendienst'. Veel te gemakkelijk wordt aangenomen dat de sociaal-economische rechten nooit voor de rechter in te roepen zijn en dus *justiciability* missen.⁴⁶ Rechters zijn op dit punt, meent Van Hoof, veel te terughoudend en dat is hen aan te rekenen, want het is aan de rechter om te beslissen over zijn rechtsmacht. Hoewel het waar is dat niet alle sociaal-economische rechten zich voor rechterlijke toetsing lenen, zijn er zeker enkele preciezer omschreven rechten waarbij de handhaving denkbaar en realiseerbaar is. Rechters zouden juist over deze problematiek onafhankelijker, actiever en activistischer kunnen worden.⁴⁷ De auteur roept de advocatuur dan ook op tot inventiviteit en vasthoudendheid.

3.4 *Verantwoordelijkheden en geadresseerden*

"Health professionals (..) and their professional associations have an indispensable role to play in the vindication of the right to health. Provided they are equipped with suitable training, they occupy a pivotal position to promote the right to health and identify alleged violations. Too often, however, their training ethics, but not human rights. While ethics are vital, human rights are both vital and binding."

"Judges and members of the legal profession should be encouraged (..) to pay greater attention to the right to health in the exercise of their functions."

Juist omdat bij de voor armen en ontrenten zo vitale sociaal-economische mensenrechten een effectief transnationaal mechanisme voor rechtshandhaving ontbreekt, is er een morele verantwoordelijkheid voor intermediaire en niet-gouvernementele organisaties. Humanitaire organisaties als Artsen zonder grenzen nemen nu al die verantwoordelijkheid, regelmatig in hachelijke en riskante constellaties.

46 Zie over deze problematiek uitgebreider het proefschrift van Toebes uit 1998 die eveneens meer ruimte voor *justiciability* ziet. Zie voor veel informatie over de rol van non-gouvernementele organisaties op dit terrein de uitgebreide documentatie in Asher 2004.

47 Overigens blijken rechters in een aantal ontwikkelingslanden – zoals Zuid-Afrika en in enkele staten in Zuid-Amerika – wel bereid om zich activistisch op te stellen. De Roosevelt Academy en UNESCO organiseren eind september 2007 hierover een internationale conferentie (informatie bij de auteur).

Uiteraard weet ik dat het realiseren van effectieve armoedebestrijding en van een betere toepassing van het *right to health* in de concrete praktijk (bijvoorbeeld van de armoedebestrijding) op tal van moeilijkheden stuit: het is nodig te werken aan goed bestuur ('good governance') en aan het indammen van het risico dat de ondersteuning uitsluitend bij heersende elites terecht komt. Maar ik vermoed dat de eerder genoemde observatie van Pogge hout snijdt, namelijk dat de accumulatie van rijkdom en hulpbronnen in de welvarende landen het nu – anno 2007 – mogelijk maakt – waarschijnlijk meer dan ooit – om een werkzaam programma voor mondiale armoedebestrijding en gezondheidsbevordering op te stellen en uit te voeren.⁴⁸

Ook het forum waarvoor ik dit verhaal schrijf, kan daaraan bijdragen. Ik denk inderdaad dat het wat uitmaakt wanneer de Vereniging voor Gezondheidsrecht het opkomen voor het recht op gezondheid en gezondheidszorg tot een morele prioriteit maakt.⁴⁹ De gezondheidsrechtjuristen doen er goed aan hier hun grenzen te verruimen, zodat hun inzet aan gewicht kan winnen. Deze wetenschappelijke vereniging zou gezaghebbende juristen uit de Derde Wereld kunnen vragen een preadvies te schrijven, zij zou onderzoek en projecten kunnen stimuleren, zij zou proefprocessen kunnen initiëren en zij zou druk kunnen uitoefenen op de Nederlandse regering en op het Nederlandse parlement om meer ernst te maken met de strijd voor de verwerkelijking van de sociale, economische en culturele mensenrechten. Er is wel geschreven dat het gezondheidsrecht als 'hefboom van verandering' heeft gefungeerd.⁵⁰ Vergeleken met andere rechtsgebieden heeft het gezondheidsrecht een strijdbaar karakter vertoond en was een 'emancipatoir elan' merkbaar. Het zou mooi en goed zijn wanneer zij die strijdbaarheid zou inzetten voor al die bedreigde en afhankelijke individuen, zodat die een kleine, maar beslissende stap kunnen zetten in de richting van meer autonomie en gezondheid.

48 Pogge heeft zich de afgelopen jaren intensief beziggehouden met de problematiek van intellectuele eigendom en patentrecht van medicamenten (WTO en WIPO-verdrag). De internationale regelingen op dit terrein verhinderen vaak dat de resultaten van onderzoek en ontwikkeling van medicijnen ten goede komen aan grote groepen bedreigde patiënten in ontwikkelingslanden. Pogge (2005) heeft daarom een onderzoeksagenda gelanceerd, die moet leiden tot een alternatief en rechtvaardiger systeem. De impact van zo'n juridische innovatie is in potentie gigantisch. Ook hierover zou een juridische gedachtewisseling in Nederland geboden zijn.

49 Misschien zal een enkeling me hier tegenwerpen dat mijn visie wel een hoog 'geitenwollen sokkengehalte' heeft. Misschien mag ik zo vrij zijn op te merken dat ik van mening ben dat meer aandacht voor de vraag van internationale rechtvaardigheid in het gezondheidsrecht een heilzaam tegengif kan zijn tegen het bedrijfsrisico van juridische kneuterigheid.

50 Zie Roscam Abbing 2006 (p. 14) die schrijft: "De patiënt mag van het gezondheidsrecht verwachten hefboom te zijn voor de noodzakelijke veranderingen". Noodzakelijke veranderingen ten aanzien van het 'right to health' voor de minst geprivilegieerde patiënten verdienen, zo heb ik geredeneerd, (meer) voorrang.

4 Ter afsluiting

Uiteraard ben ik me ervan bewust dat ik u, de lezer, in dit essayistische preadvies ver van huis heb gebracht, vooral in het vorige hoofdstuk. Sommigen zullen – als ze eerlijk zijn – reageren met een gevoel van irritatie: zo wordt onze taak te ver uitgerekt, dat is eigenlijk ons ‘pakkie-an’ niet. Het mag duidelijk zijn dat ik geen definitieve, onomstreden beleidsaanbevelingen in petto heb. Ik heb u in een pleidooi willen overtuigen, maar u hebt, op grond van het aloude hoor en wederhoor, volop recht op repliek en dupliek. Recht is immers een discursieve aangelegenheid, een kwestie van debat. Zo moet u deze tekst zien, als een bijdrage aan ‘het gesprek dat we zijn’.

Overigens gaat het hele tweede hoofdstuk over alledaagse affaires dicht bij huis. In al die gewone gesprekken, in de huiskamer, op het werk of tijdens feestjes vertellen we elkaar over onze ontmoetingen met de zorg. Vaak zijn we tevreden of gewoon opgelucht, wanneer het goed afliep. Regelmatig horen we van elkaar ook ellendige ervaringen, van zorg die allesbehalve goed genoemd kan worden of over bejegening die bot of onverschillig was. Daar moeten we wat aan doen, als gezondheidsjurist, als patiënt en als burger. We weten echter dat juridische instrumenten dit niet alleen kunnen en zullen realiseren. Daarbij gaat het ook om ‘mobilisering van de moraal’ van onderop, om organisatie- en bedrijfsethische waarden en om een zekere revitalisering van traditionele noties als zorg, rust, aandacht, toewijding en persoonlijke deugden.⁵¹

Waar het gezondheidsrecht – bij de verwezenlijking van de patiëntenrechten in de zorgpraktijk – wel wat ingetogener, reflexiever én empirischer mag worden, vormt de schrijnende radicale ongelijkheid op wereldschaal reden om actiever en assertiever te worden.⁵² Dat is de kern van mijn pleidooi en het einde van dit preadvies.

51 Hier kan men aansluiting zoeken bij een aantal interessante ontwikkelingen in de bedrijfsethiek, zoals beschreven in onder meer Van Luijk 2000 en – aan de hand van concrete casuïstiek – Dubbink en Van Luijk 2006. Op het gebied van de gezondheidsethiek vind ik een aantal door Widdershoven 2000 beschreven benaderingen inspirerend en vruchtbaar. Zie ook de mooie en diepgravende interpretatie van het begrip zorg in: Vorstenbosch 2005.

52 Misschien ligt een geheel rechtvaardige internationale rechtsorde buiten ons bereik, maar we kunnen in ieder geval streven naar een meer humane en fatsoenlijke wereldsamenleving. Zie daarover het boek *The Decent Society* van Margalit 1996.

Literatuur

Asher 2004

Asher, Judith, *The Right to Health. A Resource Manual for NGO's*, Commonwealth Medical Trust, London 2004.

Banville 2005

Banville, John, *The Sea*, Picador, London 2005.

Beauchamp en Childress 1994

Beauchamp, Tom L. and James Childress, *Principles of Biomedical Ethics*, Fourth Edition, Oxford University Press, Oxford etc. 1994.

De Beer e.a. 2006

Beer, Paul de, Jelle van der Meer en Pieter Pekelharing (red.), *Gelijk. Over de noodzakelijke terugkeer van een klassiek ideaal*, Van Gennep, Amsterdam 2006.

Blankenburg 1995

Blankenburg, Erhard, *Mobilisierung des Rechts. Eine Einführung in die Rechtssoziologie*, Springer, Berlin 1995.

Van den Brink-Muinen, e.a. 2004

Brink-Muinen, A. van den, A.M. van Dulmen, F.G. Schellevis en J.M. Bensing (redactie), *Oog voor communicatie. Huisarts-patiënt communicatie in Nederland*, Tweede Nationale Studie naar ziekten en verrichtingen in de Huisartsenpraktijk, NIVEL, Utrecht 2004.

Van der Burg en Ippel 1994

Burg, Wibren van der, en Pieter Ippel (red.), *De Siamese Tweeling. Recht en moraal in de biomedische praktijk*, Van Gorcum, Assen 1994.

Coetzee 2005

Coetzee, J.M., *Langzame man*, Cossee, Amsterdam 2005 (oorspr. *Slow Man*, 2005).

Committee on Economic, Social and Cultural Rights, General Comment No. 14. The right to the highest attainable standard of health, adopted May 2000, Geneva.

Dawson en Verweij 2007

Dawson, Angus and Marcel Verweij (eds.), *Ethics, Prevention and Public Health*, Oxford university Press, Oxford etc. 2007.

Dubbink en Van Luijk 2006

Dubbink, Wim en Henk van Luijk (red.), *Bedrijfsgevallen. Morele beslissingen van ondernemingen*, Van Gorcum, Assen 2006.

Dunning 1988

Dunning, A.J., *Broeder Ezel. Over het onvermogen in de geneeskunde*, Meulenhoff, Amsterdam 1988 (1981).

Dute e.a. 2000

Dute, J.C.J., R.D. Friele, J.K.M. Gevers, J.H. Hubben, J. Legemaate e.a., *De evaluatie van de WGBO*, ZorgOnderzoek Nederland, Den Haag 2000.

Dute 2006

Dute, J.C.J., 'De zorgconsumentenwet; grote stappen, snel thuis?', *Tijdschrift voor Gezondheidsrecht* 2006 nr. 6, p. 414-422.

Elchardus 2002

Elchardus, Mark, *De dramademocratie*, Lannoo, Tiel 2002.

Friele e.a. 1999

R.D. Friele, C. de Rooter, F. van Wijmen en J. Legemaate, *Evaluatie Wet klachtrecht cliënten zorgsector*, NIVEL, Utrecht 1999.

Friele e.a. 2004

R.D. Friele, J.K.M. Gevers, R. Coppen e.a., *Tweede evaluatie Wet op de orgaandonatie*, ZonMw, Den Haag 2004.

Friele e.a. 2006

Friele, Roland D., Akke Albada en Emmy Sluijs, *Patiënten over hun rechten in de gezondheidszorg. Een overzichtsstudie*, IGZ, Den Haag 2006.

Fukuyama 2004

Fukuyama, Francis, *De nieuwe mens. Onze wereld na de biotechnologische revolutie*, Olympus, Amsterdam 2004.

Gevers 2002

Gevers, J.K.M., *Gezondheidsrecht: een plaatsbepaling opnieuw beschouwd*, in: J.C.J. Dute e.a., *Omzien naar de toekomst*, Houten/Diegem 2002.

Griffiths en Weyers 2005

Griffiths, John en Heleen Weyers (red.), *De Sociale Werking van Recht. Een kennis-making met de Rechtssociologie en Rechtsantropologie*, vierde druk, Ars Aequi Libri, Nijmegen 2005.

Hendriks 2005

Hendriks, Aart, *In beginsel. De gezondheidsrechtelijke beginselen uitgediept*, NCJM-Boekerij, Leiden 2006 (oratie Leiden 2005).

Hermans en Buijsen 2006

Hermans, H.E.G.M. en M.A.J.M. Buijsen, *Recht en gezondheidszorg*, Elsevier, Maarssen 2006.

Herring 2006

Herring, Jonathan, *Medical Law and Ethics*, Oxford University Press, Oxford 2006.

Hertogh 2002

Hertogh, Marc, *De levende rechtsstaat. Een ander perspectief op recht en openbaar bestuur*, LEMMA, Utrecht 2002.

Hertogh 2006

Hertogh, Marc, *Rechtsvervreemding. Tussen rechtsstaat en rechtsgevoel*, RU Groningen 2006.

Holtmaat 2004

Holtmaat, Rikki, *Grenzen aan gelijkheid* (oratie Leiden), BJu, Den Haag 2004.

Van Hoof 1998

Hoof, Fried van, *De praktische betekenis van economische, sociale en culturele rechten van de mens in Nederland?*, NJCM-Boekerij nr. 33, Leiden 1998, p. 7-20.

Hottois 1996

Hottois, Gilbert, *Symbool en techniek. Over de technowetenschappelijke mutatie in de Westerse cultuur*, Kok Agora, Kampen 1996.

Ippel 2002

Ippel, Pieter, *Modern recht en het goede leven. Over gezondheid, milieu en privacy*, Boom Juridische uitgevers, Den Haag 2002.

Ippel en Heeger-Hertter 2006

Ippel, Pieter en Susanne Heeger-Hertter, *Sprekend de rechtbank. Alledaagse communicatie in de Utrechtse zittingszaal*, Wolf Legal Publishers, Nijmegen 2006.

De Jong en Buijsen 2005

Jong, Eelke de en Martin Buijsen (red.), *Solidariteit onder druk? Over de grens tussen individuele en collectieve verantwoordelijkheid*, Valkhof Pers, Nijmegen 2005.

Kastelein 2002

Kastelein, W.R., *Patiëntenwetgeving: bureaucratie of bescherming? Toetsing van (evaluatie van) patiëntenwetgeving* (Oratie Nijmegen), Koninklijke Vermande, Lelystad 2002.

Kater 2002

Kater, Loes, *Disciplines met dadendrang. Gezondheidsethiek en gezondheidsrecht in het Nederlandse euthanasiedebat 1960-1994*, Aksant, Amsterdam 2002.

Kennedy 2002

Kennedy, James, *Een weloverwogen dood. Euthanasie in Nederland*, Bert Bakker, Amsterdam 2002.

Leenen 2000

Leenen, H.J.J., bewerkt door J.K.M. Gevers, *Handboek Gezondheidsrecht. Rechten van mensen in de gezondheidszorg*, vierde druk, Bohn Stafleu Van Loghum, Houten/Diegem 2000.

Leenen 2002

Leenen, H.J.J., bewerkt door J.K.M. Gevers en M. Biesaat, *Handboek Gezondheidsrecht. Gezondheidszorg en recht*, derde druk, Bohn Stafleu Van Loghum, Houten/Diegem 2002.

Legemaate 2006a

Legemaate, Johan, *Patiëntveiligheid en patiëntenrecht*, oratie VU 2006.

Legemaate 2006b

Legemaate, Johan, *Patiëntenrechten in wetgeving en rechtspraak*, Rapport IGZ, Den Haag 2006.

Lipsky 1980

Lipsky, Michael, *Street-Level Bureaucracy. Dilemma's of the Individual in Public Services*, Russell Sage, New York 1980.

Van Luijk 2000

Luijk, Henk van, *Integer en verantwoord in beroep en bedrijf*, Boom, Amsterdam 2000.

Margalit 1996

Margalit, Avishai, *The Decent Society*, Harvard University Press, Cambridge Mass. 1996.

Marks e.a. 2000

Marks, David F., Michael Murray, Brian Evans and Carla Willig, *Health Psychology. Theory, Research and Practice*, Sage, London 2000.

McEwan 2005

McEwan, Ian, *Saturday*, Vintage, London 2005.

Mol 2006

Mol, Annemarie, *De logica van het zorgen. Actieve patiënten en de grenzen van het kiezen*, Van Gennep, Amsterdam 2006.

Nussbaum 1995

Nussbaum, Martha, *Poetic Justice. The Literary Imagination and Public Life*, Beacon Press, Boston 1995.

Nussbaum 2005

Nussbaum, Martha, Ter verdediging van universele waarden, in: Gert Verschraegen en Ronald Tinnevelt (red.), *Internationale rechtvaardigheid. Over politiek en ethiek in een mondiaal tijdperk*, Peckmans/Klement, Kappelen en Kampen 2005, p. 141-162.

Nussbaum 2006

Nussbaum, Martha, *Frontiers of Justice. Disability, Nationality, Species Membership*, The Belknap Press, Harvard University Press, Cambridge Mass. and London 2006.

Nijhof 2002

Nijhof, Gerhard, *Ziekenwerk. Een kleine sociologie van alledaags ziekenleven*, Aksant, Amsterdam 2002.

Oderwald, Neuvel en Hertogh 2004

Oderwald, Arko, Koos Neuvel en Cees Hertogh (red.), *Pijn. Over literatuur en lijden*, De Tijdstroom, Utrecht 2004.

O' Neill 2002

O' Neill, Onora, *Autonomy and Trust in Bioethics*, The Gifford Lectures, Cambridge University Press, Cambridge 2002.

O'Neill 2004

O'Neill, Onora, 'Accountability, Trust and Informed Consent in Medical practice and Research', in: *Clinical Medicine* Vol. 4 no. 3, 2004, p. 269-276.

Pogge 2001

Pogge, Thomas W. (ed.), *Global Justice*, Blackwell, London 2001.

Pogge 2004

Pogge, Thomas, *World Poverty and Human Rights. Cosmopolitan Responsibilities and Reforms*, Polity Press, Cambridge 2004 (2002).

Pogge 2005

Pogge, Thomas W., 'Human rights and Global Health: A Research Program', in: *Metaphilosophy* Vol. 36 No. 1, 2, January 2005, p. 182-209.

RVZ 2006

Raad voor de Volksgezondheid en Zorg (RVZ), *De patiënt beter aan zet met een zorgconsumentenwet?*, Den Haag 2006.

Roscam Abbing 2006

Roscam Abbing, Henriette D.C., *Zorgen voor de patiënt van morgen. Gezondheid Recht en Onderzoek* (afscheidscollege UU), Bohn Stafleu Van Loghum, Houten 2006.

Robeyns 2006

Robeyns, Ingrid, 'Nussbaum over capabilities en rechtvaardigheid', in: *Filosofie & Praktijk*, Jaargang 27 (2006), no. 4, p. 5-16.

Roth 2006

Roth, Philip, *Everyman*, Jonathan Cape, London 2006.

Rawls 1999

Rawls, John, *The Law of the Peoples*, Harvard University Press, Cambridge Mass. 2002 (1999).

Sen 2000

Sen, Amartya, *Vrijheid is vooruitgang*, Contact, Amsterdam 2000.

Schuyt 2006

Schuyt, Kees, *Steunberen van de samenleving*, Sociologische essays, Amsterdam University Press, Amsterdam 2006.

Sluijs e.a. 2004

Sluijs, E.M., R.D. Friele en J.E. Hansen, *WKCZ klachtbehandeling in ziekenhuizen: verwachtingen en ervaringen van cliënten*, ZonMw, Den Haag 2004.

Smith 2003

Smith, Rhona K.M., *Textbook on International Human Rights*, Oxford University Press, Oxford etc. 2003.

Sontag 2004

Sontag, Susan, *Regarding the Pain of Others*, Penguin, London 2004.

Tamanaha 2006

Tamanaha, Brian, *The Perils of Pervasive Legal Instrumentalism*, Tilburg Law Lectures Series, Wolf Legal Publishers, Nijmegen 2006.

The 2005

The, Anne-Mei, *In de wachtkamer van de dood. Leven en sterven met dementie in een verkleurende samenleving*, Thoeris, Amsterdam 2005.

Toebes 1998

Toebes, Brigit C.A., *The Right to Health as a Human Right in International Law*, Antwerpen, Groningen, Oxford 1998.

Trappenburg 1993

Trappenburg, Margo, *Soorten van gelijk. Medisch-ethische discussies in Nederland*, Zwolle 1993.

Trappenburg 1998

Trappenburg, Margo, 'De wet als winterdijk', in: *Ars Aequi* 47 (1998) nr. 10, p. 802-808.

Trappenburg en Groenewoud 2005

Trappenburg, Margo en Stef Groenewoud, *Gezondheidszorg. Nieuwe ongelijkheden*, in: Menno Hurenkamp en Monique Kremer (red.), *Vrijheid verplicht. Over tevredenheid en de grenzen van keuzevrijheid*, Van Gennep, Amsterdam 2005, p. 77-96.

Vorstenbosch 2005

Vorstenbosch, Jan, *Zorg. Een filosofische analyse*, Nieuwezijds, Amsterdam 2005.

Widdershoven 2000

Widdershoven, Guy, *Ethiek in de kliniek. Hedendaagse benaderingen in de gezondheidsethiek*, Boom, Amsterdam 2000.

De Wilde 2000

Wilde, de Rein, *De voorspellers. Een kritiek op de toekomstindustrie*, De Balie, Amsterdam 2000.

Van Wijmen 2006

Wijmen, Frans van, 'Een kleine, mooie, ritselende revolutie'. *Over de effectiviteit van 35 jaar patiëntenrechten in Nederland*, Universiteit Maastricht 2006.

VERENIGING VOOR GEZONDHEIDSRECHT

GEZONDHEIDSRECHT: BETEKENIS EN POSITIE

De staat van het privaatrechtelijke gezondheidsrecht

prof. mr. Ton Hartlief*

- * Prof. mr. Ton Hartlief (1966) is sinds 2001 hoogleraar privaatrecht aan de Universiteit Maastricht en was voordien onder meer als hoogleraar burgerlijk recht aan de Universiteit Leiden verbonden. In 1994 promoveerde hij in Groningen op een proefschrift over ontbinding wegens wanprestatie. Zijn belangstelling gaat uit naar het terrein van het vermogensrecht in het algemeen en dan het aansprakelijkheids- en schadevergoedingsrecht in het bijzonder. Hij is onder meer hoofdredacteur van het tijdschrift *Aansprakelijkheid, Verzekering & Schade* en lid van de redactie van het *Nederlands Juristenblad*. Adres: Capaciteitsgroep privaatrecht Universiteit Maastricht, Postbus 616, 6200 MD Maastricht. E-mail: t.hartlief@pr.unimaas.nl.

Met bijzondere dank aan Rankie ten Hoopen als inspiratiebron en aan Annigje de Boer, Bas van de Scheur (beiden student-assistent), Michael Faure en Frans van Wijmen voor het aandragen van materiaal.

A. Een jubilerende vereniging in een bloeiend rechtsgebied

1. Een feestende jubilaris en een bezorgde preadviseur

1. Het vertrekpunt van deze beschouwingen waarin de verhouding tussen het gezondheidsrecht en een van zijn 'moeders', het privaatrecht, aan de orde is, is dat er in het gezondheidsrecht zeer veel is bereikt. Het is niet aan mij om de balans op te maken, maar ik kan profiteren van de recente staat die is opgemaakt door Van Wijmen en in iets mindere mate ook door Roscam Abbing ter gelegenheid van hun afscheid als hoogleraar.¹ Het vakgebied staat er goed bij. Aan de diverse universiteiten zijn hoogleraren benoemd, soms in de juridische faculteit, soms in de medische (of gezondheidswetenschappelijke), soms in beide, het vak heeft een vaste plaats in het onderwijs gekregen, er is een vereniging die feest mag vieren omdat zij veertig jaar bestaat, maar vooral omdat zij in die periode vele belangrijke preadviezen heeft uitgelokt en er is een 'eigen' blad (het *Tijdschrift voor Gezondheidsrecht, TvGR*). Belangrijker nog is natuurlijk dat dit betrekkelijk jonge vak inhoudelijk enorm tot ontwikkeling is gekomen. Er is bijzonder veel wetgeving tot stand gebracht waarin een breed spectrum van problemen aan de orde is. Ik noem alleen maar de Wet op de beroepen in de individuele gezondheidszorg (Wet BIG) 1993, de Wet op de geneeskundige behandelingsovereenkomst (WGBO) 1995, de Wet klachtrecht cliënten zorgsector 1995, de Kwaliteitswet zorginstellingen 1996, de Wet op de orgaandonatie 1996, de Wet medische keuringen 1997, de Wet medisch-wetenschappelijk onderzoek met mensen 1998 en de Zorgverzekeringswet 2005. Op de beleidsagenda staan inmiddels nieuwe uitdagingen. In Europees verband staan de patiëntenrechten nadrukkelijk in de belangstelling, nieuwe onderwerpen zoals telegeneeskunde vragen om aandacht en er wordt nagedacht over de totstandkoming van een algemene Zorgconsumentenwet. En dan heb ik het nog niet over (andere) ontwikkelingen in de geneeskunde en de gezondheidszorg die ook weer een juridische dimensie hebben.²

2. Er is dus veel bereikt. We zouden kunnen volstaan met dat te vieren. De Vereniging heeft gelukkig een andere keuze gemaakt. Zij benut deze gelegenheid voor een kritische beschouwing over de verhouding tot de moedergebieden waarvan ik het privaatrecht voor mijn rekening neem. In het gezondheidsrecht komt van oudsher al een belangrijke plaats toe aan dit rechtsgebied. Zo is het contractenrecht of, misschien beter, het rechtshandelingenrecht altijd al van belang geweest, omdat rechtshandelingen en contracten nu eenmaal relevante figuren zijn in het kader van zorg, behandeling en keuring. Maar ook in het kader van medische experimenten en orgaandonorschap en het gezondheidsrecht hier-

1 Van Wijmen 2005 en Roscam Abbing 2006.

2 Zie bijvoorbeeld Ten Hoopen e.a. 2006 over de komst van preoperatieve poliklinieken en verantwoordelijkheden en aansprakelijkheden in dat verband.

omtrent zijn eigenlijk geen bijzondere, eigen privaatrechtelijke regels gesteld. Verder is medische aansprakelijkheid in wezen 'gewone' toepassing van het civiele aansprakelijkheidsrecht. De band met het privaatrecht heeft met de invoering van de regeling van de geneeskundige behandelingsovereenkomst in 1995 extra nadruk gekregen. Bovendien lijkt het belang van het privaatrecht eerder te groeien dan af te nemen met de hedendaagse nadruk op marktwerking. Ik noem in dit verband ook de Zorgverzekeringswet die weliswaar op onderdelen afwijkt van privaatrechtelijke uitgangspunten (denk maar aan de acceptatieplicht), maar verder natuurlijk nadrukkelijk gebruikmaakt van het vehikel van het privaatrecht. Idealiter betekent dit:

- dat beoefenaren van het gezondheidsrecht zicht houden op ontwikkelingen in het privaatrecht, maar ook dat generalisten oog hebben voor de ontwikkelingen in en de bijzonderheden van het gezondheidsrecht;
- aandacht voor concrete toepassing en interpretatie van individuele rechtsregels, voor inpassing in het systeem van nieuwe (tucht)rechtspraak, voor het vergelijken van ontwikkelingen in het gezondheidsrecht met die op de moederterreinen en voor het inpassen van nieuwe ontwikkelingen in 'het algemene' op het specifieke terrein van het gezondheidsrecht;
- de totstandkoming van een privaatrechtelijk gezondheidsrecht (theorievorming).

3. Sluit de ontwikkeling van het gezondheidsrecht – tegen de achtergrond van dit verlanglijstje – aan bij die van het algemene privaatrecht of juist niet? Is er voldoende wisselwerking tussen de rechtsgebieden en hebben de beoefenaren van de verschillende vakgebieden voldoende oog voor elkaar? Hoe heeft zich het privaatrechtelijke gezondheidsrecht ontwikkeld en is het voldoende voorbereid op de toekomst? Kortom: wat is de staat van het privaatrechtelijke gezondheidsrecht? Om een voorschot te nemen op de beantwoording van deze vraag: ik geloof niet dat er reden is voor zelfgenoegzaamheid of een pas op de plaats. Mijn bijdrage staat in het teken van een zekere bezorgdheid, omdat het privaatrechtelijke gezondheidsrecht naar mijn idee aan diverse gevaren bloot staat en dus, in modern jargon, voor even zovele uitdagingen staat.

2. Exoneratie en agenda

4. Mijn impressies zijn die van een civilist met een bijzondere belangstelling voor het aansprakelijkheidsrecht die in dat verband wel eens een uitstapje maakt naar het medisch aansprakelijkheidsrecht. Hoewel het de bedoeling van de Vereniging was om een buitenstaander aan het woord te laten, lijkt een waarschuwing gepast. Beoefenaren van het gezondheidsrecht zouden met recht kunnen denken dat ik niet van alle belangrijke ontwikkelingen op het terrein van het gezondheidsrecht op de hoogte ben, laat staan van relevante ontwikkelingen op het terrein van de geneeskunde en de gezondheidszorg. Ik mis waarschijnlijk de nodige finesses en nuance, zodat de indruk zou kunnen ontstaan dat mijn opmerkingen fundament missen, makkelijk gemaakt zijn of gewoon 'goedkoop'. Dat is het gevaar

wanneer je 'iemand van buiten' uitnodigt; tegelijkertijd steke men dan niet de kop in het zand: kennelijk is de situatie zodanig dat niet-ingewijden een vertekend beeld (kunnen) krijgen.

5. Ter zake nu. Ik concentreer mij op de ontwikkeling van het privaatrechtelijke gezondheidsrecht en sta in dit verband eerst stil bij (de ontwikkeling van) het gezondheidsrecht als een functioneel rechtsgebied in een veranderende, vooral universitaire, omgeving. Vervolgens richt ik mij meer specifiek op de verhouding tot het privaatrecht. In dat verband gaat natuurlijk de aandacht uit naar de invoering van de regeling van de geneeskundige behandelingsovereenkomst in Boek 7 van het Burgerlijk Wetboek. Deze inbedding in het gewone privaatrecht heeft ook consequenties: er is nadrukkelijk aansluiting met het algemene privaatrecht beoogd. Is zij echter voldoende gerealiseerd en gewaarborgd? Aan de hand van enkele voorbeelden uit de rechtspraak en de literatuur probeer ik aan te tonen dat hier reden voor zorg is: mijn indruk is dat 'specialisten' onvoldoende aandacht hebben voor en dus zicht hebben op ontwikkelingen in het algemene privaatrecht. Mijn vrees is dat het gezondheidsrecht 'wegdrijft' van het algemene privaatrecht. Uiteraard is de vraag of dat erg is. Wat kan er eigenlijk misgaan? Maar er is meer: niet alleen geloof ik dat beoefenaren van het gezondheidsrecht onvoldoende aandacht hebben voor het 'algemene', evenzeer geloof ik dat generalisten onvoldoende oog hebben voor het gezondheidsrecht. Dat uit zich onder meer in het niet met elkaar in gesprek raken en het leggen van soms sterk verschillende accenten. Aan de hand van enkele voorbeelden uit het medisch aansprakelijkheidsrecht komt dit aan de orde. Uiteindelijk mondt dit preadvies uit in enkele niet al te vrolijk stemmende conclusies: de toekomst van het privaatrechtelijke gezondheidsrecht ziet er bij ongewijzigde omstandigheden niet bijster goed uit.

B. Een functioneel rechtsgebied in een veranderende omgeving

3. Vooroplopen in een functioneel rechtsgebied

6. Het gezondheidsrecht is een voorbeeld van een functioneel vak dat nu juist niet wordt gedomineerd door één moederrechtsgebied, maar in plaats daarvan wordt bepaald althans beïnvloed door verschillende van deze ‘grotere’ rechtsgebieden. Standaard is de omschrijving van Leenen:³

“het geheel der rechtsregels dat betrekking heeft op de zorg voor de gezondheid en de toepassing van overig burgerlijk, bestuurs- en strafrecht in dat verband.”

Het privaatrecht is een van deze ‘moederterreinen’, bestuursrecht en strafrecht vormen belangrijke andere. De invloed van mensenrechten en Europees en internationaal (verdrags)recht verdient zelfstandige vermelding.⁴

7. Vanuit het perspectief van de ontwikkelingsmogelijkheden voor het rechtsgebied springen eerst en vooral de voordelen in het oog. Het ‘zijn’ van functioneel rechtsgebied biedt de gelegenheid voorop te lopen, in staat te zijn om snel en adequaat op te treden bij nieuwe ontwikkelingen, ze misschien zelfs voor te zijn c.q. te agenderen.⁵ Dat succes kan, geloof ik, inderdaad ook worden bijgeschreven. In het gezondheidsrecht – de Vereniging heeft daaraan ook in belangrijke mate bijgedragen – heeft formulering van nieuw beleid en vorming van nieuw recht de agenda beheerst.

4. Achteroplopen in een functioneel rechtsgebied

8. Nadelen zijn er echter ook. Ik noem in de eerste plaats dat het gezondheidsrecht niet op één rechtsterrein, laat staan in één specifieke regeling, is terug te vinden. Verder zijn er consequenties voor de beoefenaren van het gezondheidsrecht. Zij zijn van uiteenlopende pluimage, moeten multidisciplinair zijn ingesteld, tot op zekere hoogte ‘manus van alles’ zijn althans open staan voor een ander gebied dan dat van hun primaire belangstelling. ‘Versnippering’ van regelgeving én aandacht is ook niet vrijblijvend. Vanuit het perspectief van mijn betoog zijn er bijvoorbeeld vragen te stellen over de vereiste basiskennis omtrent de (ontwikkelingen binnen de) moedergebieden. Is zij wel adequaat? En in het verlengde daarvan: is de gewenste aansluiting bij de ‘moedergebieden’ zoals het privaatrecht wel voldoende gewaarborgd?

3 Leenen/Gevers, *Handboek gezondheidsrecht. Deel I*, vierde druk, Bohn Stafleu Van Loghum, Houten/Diegem 2000, p. 19.

4 Vgl. in dit verband ook Hendriks 2005 en Roscam Abbing 2006.

5 Van Wijmen 2005, p. 12 e.v. stelt hier de opvattingen van Leenen centraal.

9. Ik voeg daar nog iets aan toe. De afgelopen decennia heeft het gezondheidsrecht als vak in ontwikkeling zijn eigen plek moeten veroveren. Tegelijkertijd had het te maken met een indrukwekkende wetgevingsagenda en – ‘los’ daarvan – met ontwikkelingen op medisch, organisatorisch en politiek vlak zoals recentelijk de herziening van het stelsel van de ziektekostenverzekering. Een van de voor de hand liggende gevolgen is dat er in het gezondheidsrecht, althans bij zijn beoefenaren, sprake is van een nadruk op het beleidsmatige en, getuige de op dit gebied bestaande praktijk, op het evalueren. De afgelopen decennia zijn diverse omvangrijke evaluaties van nieuwe regelgeving uitgevoerd.⁶ Een en ander heeft bijvoorbeeld ook consequenties voor de beschikbare onderzoekscapaciteit. Naar mag worden aangenomen leggen bijvoorbeeld de evaluaties hierop een stevig beslag. Natuurlijk noem ik dit met reden: als de aandacht uitgaat naar beleids- en rechtsvorming en naar evaluaties, gaat er minder aandacht uit naar het wat ‘kleinere’ niveau van de concrete toepassing en interpretatie van individuele rechtsregels, naar inpassing in het systeem van nieuwe (tucht)rechtspraak, naar het vergelijken van ontwikkelingen in het gezondheidsrecht met die op de moederterreinen, naar het inpassen van nieuwe ontwikkelingen in ‘het algemene’ op het specifieke terrein van het gezondheidsrecht, kortom, naar theorievorming.

5. Het juiste profiel

10. Uiteraard zijn dit nogal abstracte beschouwingen. Of deze gevaren daadwerkelijk optreden en schade veroorzaken, hangt in belangrijke mate af van de kwaliteit van de beoefenaren van het vakgebied. Wie houden zich eigenlijk met het vak bezig? Het ligt voor de hand in ieder geval wetenschappers, (tucht)rechters, advocatuur, bedrijfsjuristen, beleidsmedewerkers en hulpverleners te noemen. Waar het gaat om de verhouding tot de algemene rechtsgebieden valt het meeste heil te verwachten van de wetenschap, rechterlijke macht en advocatuur. Ik mag wel constateren dat aan de kant van de rechtspraktijk maar in beperkte mate sprake is van specialisatie, in de advocatuur dan nog meer dan in de rechterlijke macht. Er zijn uiteraard individuele advocaten gespecialiseerd in gezondheidsrecht, doch van een duidelijke trend in de richting van kantoren gespecialiseerd in gezondheidsrecht is, naar ik meen, geen sprake. Dat heeft vanuit het perspectief van de aansluiting met ‘het algemene’ voordelen: als men specialist is in een ‘algemene omgeving’ krijgt men makkelijker mee wat er op dat algemene terrein gebeurt dan wanneer men alleen maar met andere specialisten verkeert. Daar komt bij dat sommige onderdelen van het gezondheidsrecht in de praktijk juist door meer generaal ‘gerichten’ worden beoefend. Zo worden claims terzake van medische aansprakelijkheid in de regel begeleid door ‘gewone’ letselschadeadvocaten.

6 Vgl. Kastelein 2002. Ik noem slechts J.C.J. Dute e.a., *Evaluatie wet op de geneeskundige behandelingsovereenkomst*, ZON, Den Haag 2000 en stip aan dat de Zorgverzekeringswet in 2010 bijvoorbeeld ook weer geëvalueerd zal worden.

11. In de wetenschap is duidelijk wel sprake van specialisatie. De beoefenaren van het gezondheidsrecht zitten in de regel 'bij elkaar'. Soms is de omgeving die van (een groter verband binnen) een juridische faculteit, soms juist die van een medische faculteit. Ook deze omgeving is van belang, geeft richting aan de belangstelling, bepaalt mede de 'input' en de onderzoeks- en publicatiecultuur. Voor het privaatrecht minder gunstig is bijvoorbeeld dat de omgeving binnen een juridische faculteit meestal die van de capaciteitsgroep publiekrecht is. Ik zeg niet dat dit niet voor de hand ligt (dat is natuurlijk gelet op de nadruk op ongelijkheidscompensatie, bescherming van de zwakkere partij en de aandacht voor mensenrechten wel het geval), wel dat de kans dat privaatrechtelijke ontwikkelingen prioriteit krijgen er niet groter op wordt. Wanneer het kader dat van een medische faculteit is, is een van de ervaringen dat tijd en energie gaat zitten in het bevechten van een plek voor 'typisch' juridisch onderzoek. De omgeving van medicijnmannen en -vrouwen is niet zonder meer overtuigd van zijn wenselijkheid en relevantie.

12. Een nadere blik op de hoogleraren gezondheidsrecht als vaandeldragers in heden en verleden van het rechtsgebied leert dat zij, en ook dat heeft wellicht te maken met het beleidsgerichte, in het algemeen nogal publiekrechtelijk georiënteerd zijn. Aan de civielrechtelijke kant springen Sluijters en in mindere mate Kastelein en Hubben in het oog. Legemaate, Dute, Van Wijmen, Gevers, Leenen, Roscam Abbing, De Groot en Hendriks situeer ik echter aan de publiekrechtelijke kant, al weet ik best dat de meesten van hen zich in meer of mindere mate ook met het privaatrechtelijk gezondheidsrecht bezighouden of hebben beziggehouden. Mijn inschatting is dat deze trend, als daarvan mag worden gesproken, zich eerder zal voortzetten dan dat zij gekeerd zal worden. Dat heeft natuurlijk te maken met de agenda van het gezondheidsrecht: er is nog steeds veel beleid én recht te vormen en in dat verband gaat het maar in beperkte mate om privaatrecht. Eerder zijn vragen van Europees en internationaal recht (daaronder begrepen mensenrechten) aan de orde. Het heeft echter ook te maken met de wind die aan universiteiten waait. Heden ten dage, ik licht dat nog toe, is er een duidelijke focus op het ontwikkelen van nieuw onderwijs, op het in de wacht slepen van onderzoeksgeld, op multidisciplinariteit en in het verlengde daarvan op het beleidsmatige alsmede op internationalisering en/of Europeanisering. Dat zien we duidelijk terug in het gewenste profiel als er een hoogleraarsvacature ontstaat.

6. Accentverschuiving in het onderwijs

13. Hoewel de opkomst van het gezondheidsrecht zeker niet alleen verklaard kan worden met een algemene trend in de jaren zestig en zeventig van de vorige eeuw van het ten tonele verschijnen van functionele rechtsgebieden zoals sociaal recht, milieurecht en consumentenrecht, past zij daar wel in. Deze tendens heeft veel te maken met een op dat moment groeiend besef dat:

- de aan de orde zijnde vragen niet steeds makkelijk binnen de kaders van de klassieke rechtsgebieden (of vakken) kunnen worden behandeld;

- de behartiging van bepaalde belangen en de oplossing van problemen ook beter gediend zijn met, in de eerste plaats, de erkenning dat vakoverschrijdende vragen en antwoorden aan de orde zijn en vooral, in de tweede plaats, met de ontwikkeling van een daarop toegespitst ‘vak’.

De afgelopen jaren is er juist weer een ‘revival’ van de ‘hoofdvakken’. Dat heeft diverse oorzaken. Soms is dat het succes van het bijzondere vak. Zo is consumentenbescherming in het contractenrecht een zo algemene trend geworden dat het als het ware tot het algemeen deel is gaan behoren. In dit verband wordt wel gesteld dat het consumentenrecht aan zijn eigen succes ten onder gaat:⁷ het consumentenrecht is niets ‘bijzonders’ meer. Niet onbelangrijk is ook de indruk en vrees in onderwijs en praktijk dat afgestudeerden in geval van nadruk op thematische vakken en functionele rechtsgebieden vaak onvoldoende basiskennis van de hoofdvakken hebben; de idee zou dan zijn dat in het onderwijs vooral daarop moet worden geconcentreerd, opdat men voldoende bagage heeft om vervolgens, bijvoorbeeld in de praktijk, ‘het bijzondere’ te leren. Vanuit dezelfde gedachte wordt er in de meeste faculteiten ook maar mondjesmaat aandacht besteed aan de zogenoemde bijzondere contracten. Indien men immers voldoende kennis heeft van het algemene contractenrecht leert men de bijzondere contracten er ‘later in de praktijk’ wel bij.

14. Wat dat betreft komt ook de recentelijk in het hoger onderwijs doorgevoerde bachelor/master-operatie in beeld. In diverse faculteiten heeft zij in de bachelorfase een zekere terugkeer naar klassieke hoofdvakken tot gevolg gehad in de idee dat het eerst en vooral van belang is om een goede basis te leggen. Een van de gevolgen is dan ook dat zogenaamde meer thematische (en dus in de regel grensoverschrijdende) vakken zijn verplaatst naar de masterfase of gewoon zijn gesneuveld. Aan de andere kant liggen er in de masterfase weer nieuwe kansen, óók voor het gezondheidsrecht. Aan diverse faculteiten kan men een master volgen waarin het gezondheidsrecht een plaats heeft gekregen.⁸ Tegelijkertijd hebben masters veelal een ‘focus’, zodat er ook van een zekere verkokering sprake is. Als ik het goed zie, komt in de bewuste masters het ‘echte’ gezondheidsrecht er best aardig van af, maar sneeuwt de verhouding tot het algemene privaatrecht onder. Tijd en gelegenheid om hierop in te gaan is er nauwelijks.

7. Turbulentie aan het front van het juridisch onderzoek

15. Aan het front van het onderzoek lijken de ontwikkelingen nog ingrijpender. Zeer grote delen van het juridisch onderzoek zijn ondergebracht in onderzoeks-

7 E.H. Hondius, ‘Consumentenrecht revisited’, in *De meerwaarde van de rechtsvergelijking* (Jesserun d’Oliveira-bundel), Kluwer, Deventer 1999, p. 95 e.v.

8 Ik noem de UvA en de UM. In de rechtenfaculteit van de UM is overigens nog sprake van een in de bachelorfase te volgen minor.

scholen die een eigen identiteit zoeken in vraagstelling, methodologie of thema. Een van de gevolgen is een drastische beperking van de vrije onderzoeksruimte. Verder wordt er sinds enkele jaren strijd gevoerd over de wetenschappelijkheid van het juridisch onderzoek.⁹ Bij een dergelijke kritische zelfevaluatie wordt al snel gekeken naar wat andere, 'echte' wetenschappen doen. Het verbaast niet dat aandacht uitgaat naar in het oog springende verschillen: een andere publicatiecultuur, veelal een internationaal in plaats van een nationaal discours en vooral ook meer aandacht voor vraagstelling en methodologie dan de gemiddelde jurist gewend is.

16. Een belangrijke aanleiding voor dit debat vormt de lage score die juridisch onderzoek behaalt bij het in de wacht slepen van onderzoeksgeld in de zogeheten tweede geldstroom (in het bijzonder via de Nederlandse Organisatie voor Wetenschappelijk Onderzoek, NWO). Dit is van belang omdat in de toekomst verdere verschuiving van de eerste naar de tweede geldstroom te verwachten valt. Dat betekent dat nog meer geld wordt gekoppeld aan van tevoren vastgestelde thema's en dat onderzoekers hun onderzoeksruimte meer en meer via onderzoeksaanvragen en in concurrentie met andere juridische onderzoekers, maar zeker ook met wetenschappers van andere origine, moeten zien te bevechten. Veel tijd en energie gaat zitten in het opstellen van aanvragen met een beperkte kans op succes. Een van de oorzaken van dit geringe succes is dat de rechtsgeleerdheid de andere, over de toekenning meebeslissende, wetenschappers/disciplines maar moeilijk kan overtuigen van de waarde en kwaliteit van juridisch onderzoek. Vragen over methodologie en discours brengen juristen in verlegenheid. Kort gezegd staat de juridische discipline voor de volgende keuze:

- expliciteren wat juristen doen, wat het belang daarvan is en aanwijzen van verschillen ten opzichte van andere wetenschappen; of
- aansluiting zoeken bij die andere wetenschappen en overnemen wat bij 'hen' normaal is.

Hoewel officieel wel op beide paarden wordt gewed, lijkt de tweede strategie inmiddels, al dan niet om opportunistische redenen ('als we niet meegaan, missen we de boot'), de meeste aanhangers te hebben. Het gevolg is dat veel aandacht uitgaat naar methodologie, internationaal en anderstalig publiceren, de introductie en opzet van *citation indices*, *ranking* en *peer review*.

17. Dat de laatste 'groep' wint, heeft ook te maken met de hedendaagse zucht naar controle en verantwoording. In deze tijd van certificering, accreditatie, kwaliteitszorg en toezicht wordt de ene na de andere evaluatie georganiseerd. Veel tijd en energie gaat zitten in verslaglegging en verantwoording. Ook in dit verband rijst de vraag hoe kwaliteit te beoordelen valt, wat wetenschap is en wat

9 Zie onder veel meer C.J.J.M. Stolker, *NJB* 2003, p. 766 e.v.

niet. Vooralsnog is er geen maatstaf voor goed juridisch onderzoek die zich opdringt. Natuurlijk zien wij liefst 'grensverleggend' en 'vernieuwend' onderzoek en zouden de resultaten de 'stand van de wetenschap moeten verbeteren', maar als dat norm wordt, haalt een zeer groot deel van het onderzoek die lat niet. Vooralsnog zijn we minder streng, maar het gevolg is dat voorlopig enkel bijzaken maatstaf worden: hoeveelheid (drie publicaties per jaar), taal (andere dan het Nederlands), discours (internationaal), vorm (annotaties en kronieken tellen niet), medium (nieuwsbrieven en actualiteitenberichten doen niet mee) en procedure ('is de auteur blootgesteld aan peer review?').¹⁰ Zeer binnenkort zal een commissie van de Vereniging van universiteiten (VSNU) onder leiding van de Maastrichtse hoogleraar Smits rapporteren over de vraag wat een publicatie wetenschappelijk maakt en waar(in) deze zou moeten verschijnen en in het verlengde daarvan over (wenselijkheid en opzet van) een ranking van tijdschriften. De laatste is inmiddels in België al realiteit geworden.

18. Deze ontwikkelingen gaan de wetenschappers rechtstreeks aan. In het meest extreme geval worden zij gedwongen ander onderzoek te doen dan zij gewend waren – neem de vele juristen die hun heil tegenwoordig zoeken in de toevoeging van 'een rechtseconomische invalshoek' aan hun onderzoek(saanvragen) (het schaamlapje voor de juridische onderzoeker) –, te publiceren in een andere vorm (geen handboeken, noten en kronieken meer) en deel te nemen aan een ander discours (internationaal, multidisciplinair). Ook uitgevers en lezers van tijdschriften zullen met de gevolgen worden geconfronteerd. Reëel is dat auteurs uit de wetenschap andere stukken gaan schrijven dan zij nu doen, in andere tijdschriften dan zij nu kiezen. Of de lezers, een groep gedomineerd door de rechtspraktijk, daarop zitten te wachten, mag worden betwijfeld. Voor het privaatrechtelijke handwerk (waarbij ik vooral aan voorlichtende stukken denk waarin nieuwe rechtspraak of wetgeving wordt besproken, geanalyseerd en ingepast) zijn dit, zacht gezegd, minder gunstige ontwikkelingen. Zij zullen het privaatrechtelijke gezondheidsrecht niet onberoerd laten.

8. Een eerste tussenbalans

19. Voor de toekomst van het gezondheidsrecht is de staat van de universiteit van groot belang. Ik heb een sfeerbeeld gegeven: universitaire onderzoekers hebben te maken met bureaucratisering, versnippering en verzwaring van de onderwijslast, (inspannings)verplichting(en) om onderzoeksgeld in de wacht te slepen. Belangrijk is verder de in de meeste faculteiten doorgevoerde onderzoeksprogrammering, veelal uitmondend in een inhoudelijke focus binnen een of meer onderzoeksscholen. Dat brengt beperking(en) met zich, zodat er het nodige blijft liggen. Verder is sprake van een sterke aandacht voor beleidsgericht onderzoek

10 Zie verder het rapport van de Commissie Stolker, *Oordelen over rechten*, VSNU 2005.

door de wijze waarop onderzoeksgelden worden verdeeld. Heden ten dage is er een sterke focus op enkele bijzondere fondsen, NWO en HILL bijvoorbeeld, in de zogeheten tweede geldstroom. In de derde geldstroom is de beleidsmatige insteek nog pregnanter, opdrachtgevers zijn eigenlijk alleen daarin geïnteresseerd. In dit verband kan, afgezien van ministeries en (soms) bedrijfsleven, aan het Wetenschappelijk Onderzoek- en Documentatiecentrum (WODC) en ZonMW, de Nederlandse organisatie voor gezondheidsonderzoek en zorginnovatie worden gedacht. In de tweede geldstroom is het geld vaak 'gelabeld', aan een thema, methode of vraagstelling gekoppeld. Zoals aangegeven is er bijzondere aandacht in de universitaire wereld voor multidisciplinariteit en internationalisering.

20. Als ik de rekening opmaak, zie ik diverse voor mijn thema relevante ontwikkelingen. Kort gezegd is er minder tijd en ruimte voor klassiek juridisch onderzoek. Bepaalde publicatievormen staan in een minder goed daglicht. Zo zijn behalve de noot en de kroniek ook de gewone monografie en het handboek ter discussie komen te staan. Het gevolg is dat de voor het juridische onderzoek zo belangrijke band met de praktijk zoals die onder meer tot uiting komt in de rolopvatting van vele juridische onderzoekers, de civilisten misschien wel voorop, voorlichting te geven aan de praktijk, nieuwe ontwikkelingen in het systeem in te passen en zo nodig voorstellen tot aanpassing te doen, onder druk staat. Er is in ieder geval minder ruimte voor grotere werken. De buitenwereld denkt veelal dat als er ergens tijd is voor wetenschap dat aan de universiteit het geval is, de werkelijkheid wordt door wetenschappers (en hun gezinnen) heden ten dage duidelijk anders beleefd.

21. Dit eerste hoofdstuk beoogt enig zicht te geven op de omgeving van het gezondheidsrecht en de veranderingen die juist hierin aan de orde zijn. Zij zijn zeker ook van belang voor mijn centrale thema, omdat de ontwikkeling van het privaatrechtelijke gezondheidsrecht in ieder geval mede wordt bepaald door de zojuist besproken 'trends' die elkaar soms versterken:

- er is betrekkelijk weinig privaatrechtelijke 'massa' bij de beoefenaren van het gezondheidsrecht, zij zijn vooral publiekrechtelijk georiënteerd;
- generalisten (civilisten) hebben maar in beperkte mate aandacht voor het gezondheidsrecht;
- de agenda van het gezondheidsrecht wordt gedomineerd door beleids- en regelgeving al dan niet naar aanleiding van nieuwe ontwikkelingen in de geneeskunde en de gezondheidszorg en door evaluatie van regelgeving;
- de universitaire ontwikkelingen zijn voor klassiek juridisch dogmatisch onderzoek niet gunstig; heden ten dage ligt de nadruk op beleidsmatig, multidisciplinair onderzoek en op het serieuzere wetenschappelijke werk met onder meer als gevolg dat bepaalde publicatievormen, maar in zekere zin ook het nationaal discours, voor wetenschappers verboden terrein dreigen te worden.

Tezamen staan deze trends reeds nu, maar in ieder geval in de toekomst een optimale samenwerking tussen privaatrecht en gezondheidsrecht en (dus) een optimale ontwikkeling van het privaatrechtelijk gezondheidsrecht in de weg. Het wordt echter tijd wat minder abstract en dus ook wat inhoudelijker te worden.

C. Banden met het privaatrecht

9. De WGBO en het privaatrechtelijke kader

22. Het is duidelijk dat ten onzent, anders dan in een enkel ons omringend land,¹¹ geen sprake is van één specifiek(e) allesomvattend(e) wet(boek) met betrekking tot het gezondheidsrecht.¹² Het gevolg is een versnipperd geheel. Het gezondheidsrecht is te vinden in een aantal bijzondere wetten, doch, waar het het privaatrechtelijk deel betreft, is het kader wel ‘groter’. De Wet op de geneeskundige behandelingsovereenkomst (WGBO) voorzagt nu juist in opname van de regeling van de geneeskundige behandelingsovereenkomst in Boek 7 van het Burgerlijk Wetboek, meer precies als afdeling 5 van titel 7 met betrekking tot opdracht. De geneeskundige behandelingsovereenkomst is derhalve een species van de overeenkomst van opdracht. De regeling ziet nadrukkelijk op *geneeskundige behandeling*, zij het dat de wetgever voor de reikwijdte van de regeling voorzieningen heeft getroffen in artikel 7:446 lid 2 en artikel 7:464.¹³ Binnenkort, het daartoe strekkende wetsvoorstel ligt inmiddels bij de Eerste Kamer,¹⁴ wordt ook de apotheker ‘bijgezet’ in Boek 7. Voor diverse situaties en relaties zijn natuurlijk bijzondere wetten aan de orde zoals de Wet op de orgaandonaties en de Wet medisch-wetenschappelijk onderzoek met mensen. Waar het gaat om de privaatrechtelijke kant van een dergelijke verhouding geldt, gegeven dat de bijzondere wetten daarin veelal niet (uitputtend) voorzien, soms – ingevolge haar reikwijdtebepalingen – de afdeling over geneeskundige behandeling en anders de algemene opdrachtregeling, waarbij mag worden aangenomen dat op onderdelen de afdeling over geneeskundige behandeling ook weer een inspiratiebron zal zijn.¹⁵

23. Een globale blik op de inhoud leert dat de regeling onder meer bestaat in:

- afwijkingen van c.q. aanvullingen op ‘het algemene’, zoals artikel 7:447 dat ziet op de handelingsbekwaamheid en het exoneratieverbod van artikel 7:463;
- specifieke verplichtingen van de arts (al dan niet verband houdende met specifieke rechten van de patiënt), zoals de informatieplicht van artikel 7:448, het toestemmingsvereiste van artikel 7:450 en de dossierplicht van artikel 7:454;

11 In dit verband is ook sprake van een zeker verschil in traditie of cultuur. Zo kent Frankrijk inderdaad een Code de la Santé, maar bijvoorbeeld ook een ‘Wetboek Consumentenrecht’.

12 Zie voor een recent overzicht H. Nys en L. Stultiëns, ‘De rechten van de patiënt: verslag van een onderzoek naar de rechten van de patiënt in: België, Denemarken, Duitsland, Frankrijk, Luxemburg, Spanje en het Verenigd Koninkrijk’, bijlage 3 bij IGZ-rapport, *Patiënt en recht: de rechtspositie van de patiënt goed verzekerd?*, Den Haag 2006.

13 Zie onder meer J.K.M. Gevers, *TvGR* 1996, p. 8 e.v. en Sluijters en Biesart 2005, p. 4 e.v. en 137 e.v.

14 *Kamerstukken I* 2006/07, 28 494.

15 Uiteraard geldt dan ook nog het algemene overeenkomstenrecht.

- het tot dwingend recht verklaren van afdeling 7.7.5 alsmede van een deel van de algemene opdrachtregeling in artikel 7:468.

Afgezien van het introduceren van dwingend recht beoogt de regeling in belangrijke mate rechtszekerheid te bieden door vast te leggen en te systematiseren wat al gebruikelijk en/of rechtens was. Het gaat eerst en vooral om codificatie in plaats van modificatie. Verduidelijken en versterken van de rechtspositie van de patiënt vormden het hoofddoel van de regeling, tegelijkertijd reikt de regeling natuurlijk ook een kader aan voor de hulpverlener.¹⁶ Belangrijk is dat er weliswaar al veel was, maar dat dat versnipperd was te vinden in diverse regelingen van nationale en internationale origine.¹⁷ In dit verband valt overigens ook het belang van zelfregulering op. Een belangrijke bron voor de uiteindelijke regeling is immers de destijds door het Landelijk Patiënten/Consumenten Platform (LPCP) en de Koninklijke Nederlandsche Maatschappij tot bevordering der Geneeskunst (KNMG) tot stand gebrachte Modelregeling. Wanneer we meer inhoudelijk naar de regeling in afdeling 7.7.5 kijken, valt op dat de nadruk ligt op thema's zoals informatie en toestemming, en privacybescherming en geheimhouding. De wetgever heeft zich geconcentreerd op onderwerpen die in nauw verband staan met de artikelen 10 en 11 Grondwet. Andere thema's, waaronder dat van de aansprakelijkheid, worden niet of nauwelijks uitgewerkt¹⁸ en daarmee al dan niet bewust overgelaten aan het algemene privaatrecht.

10. Afdeling 7.7.5 BW loopt in de maat van Boek 7

24. Op zich voldoet de regeling van de geneeskundige behandelingsovereenkomst precies aan hetgeen de wetgever voor ogen stond met Boek 7 van het Burgerlijk Wetboek: het geven van regels van aanvullend recht voor veel voorkomende bijzondere contracten, maar ook het geven van regels van dwingend recht vooral in verband met de bescherming van een der partijen. Wat dit betreft doet het privaatrechtelijke gezondheidsrecht 'gewoon' mee in de algemene trend van consumentenbescherming die in de jaren zeventig en tachtig hoogtij vierde. Als zodanig is Boek 7 in dit verband overigens onder vuur genomen door Van der Grinten.¹⁹ Naar zijn mening maakt(e) de wetgever teveel aanvullend recht waar dat rustig aan de algemene regels van contractenrecht had kunnen worden overgelaten en schiet/schoot hij door in zijn wens tot bescherming van de zwakere in de vorm van dwingend recht. Deze kritiek heeft onder civilisten wel

16 Zie *Kamerstukken II 1989/90*, 21 561, nr. 3, p. 5 e.v. en p. 23 e.v. en Van Wijmen 2006, p. 15.

17 Zie *Kamerstukken II 1989/90*, 21 561, nr. 3, p. 3-5.

18 Stolker 1995, p. 2 betreft dat, Sluijters en Biesart 2005, p. 129 niet.

19 'Boek 7 BW', in *In het nu wat worden zal* (Schoordijk-bundel), Kluwer, Deventer 1991, p. 87 e.v.

weerklink gevonden, doch heeft de wetgever niet weerhouden van het introduceren van nieuwe regelingen in Boek 7. Ik noem de regeling van de reisovereenkomst in afdeling 7.7.7A en de timesharing in afdeling 7.1.10A die het resultaat zijn van Europese implementatieverplichtingen evenals de nog betrekkelijk jonge regeling ter bescherming van de koper van een woning in artikel 7:2.

25. Interessant, ook al gaat het om rechtsgeschiedenis, is nog dat vlak voor invoering van het huidige BW in 1992 de – op dat moment nog op stapel staande – regeling van de geneeskundige behandelingsovereenkomst kritisch is besproken door Kortmann.²⁰ Hij trok de conclusie dat veel van hetgeen de regeling brengt ook aan de algemene opdrachtregeling en aan Boek 6 had kunnen worden overgelaten.²¹ Uiteindelijk heeft deze kritiek de wetgever niet overtuigd.²² De regeling is er gewoon gekomen. Op zich is op dit punt niets bijzonders aan de orde: in het contractenrecht is in het algemeen discussie gevoerd over de wenselijkheid van specifieke regelingen voor bepaalde contracten bovenop het algemene contractenrecht. Deze discussie is niet alleen bij de regeling van de geneeskundige behandelingsovereenkomst gevoerd, maar ook bij andere contracten. Tegenstanders van een bijzondere regeling wijzen op de bezwaren van stapeling van regels, zijn bang voor verlies van het overzicht en inconsistentie en spreken van overbodige bescherming, terwijl voorstanders belang hechten aan rechtszekerheid en houvast voor partijen alsmede aan bescherming van een van hen door dwingend recht. Uiteindelijk is het ook dit laatste type argumenten dat het pleit ten voordele van de regeling van de geneeskundige behandelingsovereenkomst heeft beslecht.

11. Een ge(s)laagde structuur!?

26. Intussen is de gedachte nadrukkelijk dat Boek 7 geen zelfstandig geheel is, er is juist een koppeling met het algemeen deel beoogd. Het opnemen van de regeling van de geneeskundige behandelingsovereenkomst in Boek 7 houdt dan ook in dat zij profiteert van regelingen die al zijn getroffen voor contracten in het algemeen in de Boeken 3 en 6. De gelaagde structuur is hier een belangrijk trefwoord. Deze constructie heeft als voordeel dat de regelgever niet allerlei regels hoeft te herhalen, zodat hij zich kan concentreren op regels die nodig zijn in aanvulling op of juist in afwijking van 'het algemene'. De verschillende regelingen tezamen genomen vormen het relevante regime. Evenals voor het kooprecht geldt dus dat voor het geneeskundige behandelingsrecht de Boeken 3, 6 én 7 van belang zijn. En evenzeer als voor een beoefenaar van het kooprecht is het dus voor een beoefenaar van het gezondheidsrecht van belang zicht te houden op de ontwikkelin-

20 Kortmann 1990, p. 741 e.v.

21 Contra H.J.J. Leenen, *TvGR* 1991, p. 126-127.

22 *Kamerstukken II* 1990/91, 21 561, nr. 6, p. 18 e.v. Op onderdelen krijgt Kortmann steun van Kastelein 2002, p. 13-14 en p. 25.

gen in de Boeken 3 en 6. Mijn indruk is dat dat voor de eerste veel vanzelfsprekender is dan voor de tweede. Ik zeg daar meteen bij dat ook beoefenaren van het arbeidsrecht en het vervoerrecht er met zekere regelmaat blijk van geven eigenlijk niet goed te weten wat de implicaties van de gelaagde structuur zijn en in het verlengde daarvan niet goed te weten wat voor hen relevante ontwikkelingen in het algemene privaatrecht zijn. Naar mate een rechtsgebied kennelijk meer 'verzelfstandigt' ('functioneler' wordt), vermindert het zicht op de banden met 'het algemene'.

12. De staat van de literatuur

27. Dat brengt mij op de vraag of de gezondheidsrechtelijke literatuur wel voldoende aandacht voor het algemeen contractenrecht heeft. Het is eigenlijk een suggestieve vraag. De lezer voelt al aan waar het heen gaat. Mijn indruk is inderdaad dat er (in ieder geval) in de gezondheidsrechtelijke literatuur te weinig aandacht is voor (relevante ontwikkelingen in) het privaatrecht. Staat u mij toe op een enkele slak zout te leggen:

– de 'aard' van de literatuur

Mij valt op dat de literatuur, althans waar het de boeken betreft, door voorlichtings- en anderszins inleidende werken wordt gedomineerd. Vaak zijn zij dan ook niet alleen voor juristen geschreven. Uiteraard valt te begrijpen dát dit soort werken worden geschreven, het 'veld' (in belangrijke mate bestaande uit niet-juristen) dient nu eenmaal ook voorgelicht te worden. Tegelijkertijd geven zij nauwelijks aandacht aan algemene vragen van totstandkoming van overeenkomsten bijvoorbeeld. Afgezien van de blote mededeling dat Boek 6 wel degelijk ook van belang is, komt men niet veel tegen. Als dit verder geen handen en voeten krijgt, zal het echter ook niet echt beklijven. Ik mis in ieder geval 'steviger' privaatrechtelijk georiënteerd werk. Zo is er bij mijn weten geen (hand)boek medisch aansprakelijkheidsrecht, waar dat (soort werken) in landen om ons heen wel bestaat.²³ Ik mis verder beschouwingen in een medium als *Tijdschrift voor Gezondheidsrecht* over relevante algemene ontwikkelingen in het privaatrecht. Weliswaar is er wel eens een kroniek waarin civiele rechtspraak op deelterreinen aan de orde komt,²⁴ maar ik denk aan een zwaardere vorm waarin geïntegreerd ontwikkelingen in wetgeving, rechtspraak en literatuur worden besproken.

23 Dit is geen diskwalificatie van proefschriften als die van R.M.P.P. Cascao, *Prevention and Compensation of Treatment Injury: A Roadmap for Reform* (diss. Tilburg), Bju, Den Haag 2005 en Giard 2005 en evenmin van een studiepocket als die van Legemaate 1997. Daarin is zeer veel waardevolle informatie te vinden, doch ieder van deze werken heeft een specifieke focus en pretentie noch inhoud van een handboek.

24 Recentelijk nog De Ridder 2006.

– de behandeling van rechtspraak

Waar het de rechtspraak betreft, valt op dat de nadruk ligt op het tuchtrecht. Uiteraard is dit deel van het recht rechtstreeks van belang voor het al genoemde veld. Bovendien kan een ontwikkeling in de tuchtrechtspraak bron zijn voor nieuwe vragen én ontwikkelingen in het civiele recht. Tegelijkertijd is (een deel van) het civiele recht net zo belangrijk als het tuchtrecht, wellicht ook *voor* het tuchtrecht,²⁵ zodat daaraan evenzeer serieuze aandacht zou moeten worden gegeven. Daar komt bij dat hetgeen tuchtrechtelijk geldt (en is geoordeeld) in het civiele recht niet beslissend is. Dat blijkt genoegzaam uit de rechtspraak van de Hoge Raad. Hij is in een reeks arresten voorzichtig met het gebruik van een tuchtrechterlijk oordeel in civilibus. Daarbij wijst hij onder meer op het verschil in maatstaf en bewijsrecht alsmede op de verschillende doeleinden. Dat betekent bijvoorbeeld dat het oordeel wel betekenis kan hebben in een aansprakelijkheidszaak, maar niet beslissend is,²⁶ zij het dat afwijken van het oordeel van de tuchtrechter wel eisen doet stellen aan de rechterlijke motivering.²⁷ Belangrijker nog vind ik dat relevante civiele rechtspraak, en ik concentreer me dan maar even op de arresten van de Hoge Raad, vaak maar mondjesmaat wordt behandeld.²⁸ Dat doet niet alleen geen recht aan het daadwerkelijke belang ervan, maar geeft aan – niet goed ingevoerde – lezers ook een verkeerd signaal.

– het discours

Er dreigt een zeker ‘closed shop’-gevaar. Het valt op dat het wereldje van gezondheidsrechtelijke auteurs vrij klein is. Het is een vaste club auteurs en rapporteurs die aan het woord is en – zo lijkt het ook wel een beetje – wordt gelaten. Gewone civilisten komt men, afgezien dan van Stolker,²⁹ maar dat is bijna één van ‘hen’, eigenlijk niet tegen. Auteurs verwijzen ook in belangrijke mate naar elkaar, waarmee ik dus bedoel in ‘eigen kring’ en ‘eigen tijdschrift’. Ik mis verwijzingen naar andere auteurs die over dezelfde thema’s hebben geschreven en ik mis dan ook het debat dat met hen had kunnen worden gevoerd. Een opener opstelling kan geen kwaad.

25 Vgl. Ten Hoopen e.a. 2006 p. 35 e.v. die aan de hand van het civiele recht de tuchtrechtelijke benadering bekritisieren.

26 HR 15 november 1996, *NJ* 1997, 151 (NTK en Leutscher/Accountants).

27 HR 12 juli 2002, *NJ* 2003, 151 (F.C.B. van Wijmen), *TvGR* 2003/17 (W.R. Kastelein) (telfout).

28 Diverse van de hier in voetnoten geplaatste arresten van de Hoge Raad zijn bijvoorbeeld niet in *TvGR* gepubliceerd, laat staan geannoteerd of anderszins uitvoerig becommentarieerd.

29 Stolker is min of meer vaste contribuant in diverse boeken waarin ook het thema aansprakelijkheid aan de orde komt.

13. Weg met de WGBO!

28. Eén verwijt verdient een zelfstandige plek. Hoewel dit wellicht flauw, overtrokken of als privaatrechtelijk geneuzel overkomt, zou ik een moment willen stilstaan bij het veelvuldige gebruik van de term 'WGBO' in de gezondheidsrechtelijke literatuur. Weliswaar wordt daarin in de regel wel gewezen op het feit dat het 'eigenlijk' gaat om een regeling uit Boek 7 van het BW, doch vervolgens wordt toch vrijwel steeds de aanduiding 'WGBO' gebruikt. Ik kan mij nog voorstellen dat dit gebeurt, wanneer men beoogt aan te sluiten bij de belevingswereld van bijvoorbeeld hulpverleners, die juridisch niet geschoold zijn, wellicht wel weten dat er een 'WGBO' is, maar niet van de precieze hoed en de rand op de hoogte zijn. Ik vrees echter dat er meer aan de hand is en dat het wel degelijk ook iets zegt over de binnen het gezondheidsrecht 'beleefde' verhouding tot het algemeen privaatrecht. Naar mijn idee zijn de volgende opties al dan niet gecombineerd in het geding:

- er is sprake van een zekere emancipatiedrang zoals die bij beoefenaren van het consumentenrecht ook wel aan de orde was (zij duiden afdeling 6.5.3 van het BW ook enige tijd aan als de 'Wet Algemene voorwaarden');
- men beschouwt de 'WGBO' als een wet die weliswaar verankerd is in het Burgerlijk Wetboek, doch die net zo goed als bijzondere wet een zelfstandig bestaan zou hebben kunnen leiden;
- er is sprake van onvoldoende kennis van zaken met betrekking tot de verhouding tot het algemeen privaatrecht.

29. De eerste optie hoeft niet echt problematisch te zijn, de andere zijn dat eigenlijk per definitie wel, omdat aldus aansluiting met 'het algemene' wordt gemist. In dit verband verbaast het dan ook niet dat er, zoals ik al heb aangegeven, in de specifieke gezondheidsrechtelijke literatuur ook maar in beperkte mate aandacht wordt besteed aan de verhouding tot het algemeen deel en aan de betekenis voor het gezondheidsrecht van algemene leerstukken. Vanuit een oogpunt van educatie, maar ook vanuit een 'rechtsvergelijkend' oogpunt lijkt het spreken van een 'WGBO' in plaats van een afdeling uit het BW, minder gewenst. Juist ook minder goed ingevoerd, zoals niet juridisch geschoolden, zouden er baat bij kunnen hebben niet alleen in de regeling van de geneeskundige behandelingsovereenkomst wegwijst gemaakt te worden, maar ook in relevante meer algemene privaatrechtelijke leerstukken. Vanuit 'rechtsvergelijkend' perspectief lijkt mij nog van belang op te merken dat buitenlandse onderzoekers door het gebruik van de term 'WGBO' op het verkeerde been gezet kunnen worden, wellicht op zoek gaan naar een bijzondere wet, en dan eventueel gewoon niet vinden wat nota bene in het Burgerlijk Wetboek aan te treffen valt. En als zij de regeling dan al wel hebben gevonden, kan ook bij hen, als gevolg van de insteek van de beschikbare literatuur, het idee ontstaan dat het hier gaat om een betrekkelijk autonoom 'opererende' regeling.

14. Waar is het spektakel?

30. Daar komt nog bij dat, als we dan toch terugkijken, de afdeling 7.7.5 vooralsnog weinig spectaculaire rechtspraak heeft opgeleverd.³⁰ Dat verbaast ook niet. Afgezien immers van de introductie van dwingend recht beoogt de regeling in belangrijke mate rechtszekerheid te bieden door vast te leggen en te systematiseren van hetgeen al gebruikelijk en/of rechsens was. ‘Codificatie, geen modificatie’ zijn, ik heb het al aangegeven, gevleugelde woorden in dit verband. Daar komt bij dat de regeling enige jaren jonger is dan het BW als zodanig. De ervaring is nu eenmaal dat de rechtspraak in de eerste jaren na invoering in het teken van verkenning, uitleg en toepassing staat en niet direct bereid is tot het zetten van ferme stappen. Uitleg en toepassing die dicht blijft bij tekst en toelichting is wat men kan verwachten. Wat afdeling 7.7.5 betreft, is waarschijnlijk de (tucht)rechtspraak omtrent de informatieplicht nog het meest interessant; hier heeft de (tucht)rechter verdere inhoud gegeven en de praktijk verder geholpen.

31. De meer opzienbarende ontwikkelingen komt men tegen daar waar ‘gewone’ civielrechtelijke leerstukken worden toegepast in de verhouding tussen patiënt en arts en/of ziekenhuis. Ik noem een aantal, waarvan enkele nog nadere aandacht krijgen:

- het arrest waarin de Hoge Raad in het kader van de vraag met wie men contracteert indien men door een waarnemend tandarts wordt behandeld een aantal relevante gezichtspunten aanwijst;³¹
- de rechtspraak omtrent de vraag wie er contractspartij is in geval van de behandeling van een zeer jong of zelfs nog ongeboren kind;³² ook hier draagt de Hoge Raad relevante gezichtspunten aan;
- de – uiteindelijk terughoudende – rechtspraak omtrent de betekenis van de zogenoemde omkeringsregel in geval van onzekerheid omtrent het *condicio-sine-qua-non*-verband tussen tekortkoming (of onrechtmatige daad) en schade;³³
- de rechtspraak omtrent de betekenis van (de schending van) een medisch protocol,³⁴ waaruit onder meer af te leiden valt dat hulpverleners in uitgangspunt gehouden zijn protocollen toe te passen;
- de erkenning zowel van de *wrongful birth*- als de *wrongful life*-actie.³⁵

30 Ik noem wel HR 20 april 2001, *NJ* 2001, 600 (WMK en F.C.B. van Wijmen), *TvGR* 2001/42 (J.K.M. Gevers) (doorbreking geheimhoudingsplicht) en HR 26 maart 2004, *RvdW* 2004, 54, *TvGR* 2004/33 (J. van der Burg) (inzage- en blokkeringsrecht).

31 HR 10 januari 1997, *NJ* 1998, 544 (CJHB) (S/B), *TvGR* 1997/56 (W.G. Brands).

32 HR 8 september 2000, *NJ* 2000, 734 (ARB) (Baby Joost) en HR 18 maart 2005, *NJ* 2006, 606 (JBMV), *TvGR* 2005/26 (C.J.J.M. Stolker en M.P. Sombroek-van Doorm) (*wrongful life*).

33 Hierna 37.

34 Hierna 35.

35 Hierna 33.

15. Gaat het hier wel om gezondheidsrecht?

32. Nu zou men kunnen tegenwerpen dat dit soort ontwikkelingen dan ook beter aan de generalisten, de 'gewone' civilisten zou kunnen en misschien ook wel zou moeten worden overgelaten. Men zou zelfs de stelling kunnen betrekken dat bijvoorbeeld het medisch aansprakelijkheidsrecht eigenlijk geen gezondheidsrecht is, maar 'gewoon' een onderdeel van het aansprakelijkheidsrecht. Uiteindelijk lost men daar weinig mee op, gegeven dat dit deel van het recht dan nog tot de bagage van de beoefenaren van het gezondheidsrecht zou behoren al was het maar omdat hulpverleners erin geïnteresseerd zijn. Maar er is meer. Het zou een slechte ontwikkeling zijn de handen af te trekken van dit soort thema's. Het gaat hier bij uitstek om grensgebieden die zowel door generalisten als door specialisten worden bestudeerd, het zijn daarmee ook potentiële ontmoetingsplaatsen. Ik zou menen dat men van elkaars inbreng kan profiteren. Het terrein is te belangrijk om aan echte civilisten over te laten. Ik wijs er nog op dat de gezondheidsjuristen niet alleen een andere bril op kunnen hebben (meer in ethiek geïnteresseerd zijn bijvoorbeeld, of in de grondrechtelijke aspecten van een vraagstuk) en daarmee een eigen inbreng en meerwaarde hebben, maar ook een brugfunctie kunnen vervullen in de verhouding tussen civilisten en hulpverleners. Mijn indruk is tenminste dat de beoefenaren van het gezondheidsrecht vaak dichterbij de hulpverleners zitten dan gewone civilisten, niet alleen waar het medische kennis en andere kennis 'van het vak' betreft, maar ook waar het argumenten én zorgen van hulpverleners betreft.

16. Beperkt zicht op het algemene contractenrecht

33. Hoe sluit het geneeskundige behandelingsrecht nu aan bij het algemene contractenrecht? Dat laatste heeft in ieder geval niet stilgestaan. Het is in het onderhavige bestek niet noodzakelijk een en ander uitvoerig uit te werken.³⁶ Ik kan volstaan met het aanstippen van een aantal kenmerkende ontwikkelingen in wetgeving en rechtspraak. In een klassiek te noemen visie op het contractenrecht staat het beginsel van de contractvrijheid centraal: zij scheidt de voorwaarden voor een vrije ontplooiing van de persoon. Het besef dat dit niet voor iedereen steeds voldoende is gewaarborgd, heeft onze wetgeving en rechtspraak niet onberoerd gelaten.

34. De meeste aandacht gaat uit naar ongelijkheidscompensatie door de wetgever. De laatste decennia staan in het teken van de opmars van de *consument*: de 'moderne' zwakke partij die zich anders dan zijn voorgangers (de arbeider, de huurder, de pachter) niet op één specifiek terrein beweegt en aldaar bescherming

36 Ik mag wel verwijzen naar mijn *De vrijheid beschermd*, Kluwer, Deventer 1999 en *Contracteren* 2003, p. 5 e.v.

verdient. Het optreden als consument is niet beperkt tot een bepaald terrein of een bepaalde overeenkomst: consumenten kopen en huren, sluiten verzekeringen en stellen zich borg. Daar komt bij dat een ieder consument is; werkgever én werknemer, verhuurder én huurder, hullen zich met enige regelmaat in het kleed van de consument. Het klassieke beeld dat de regelgever van de consument moet hebben gehad, is niet erg positief: hij is een wat naïeve figuur die moet worden beschermd tegen de neiging snel onder de indruk te zijn en overhaast en ondoordacht te handelen. De bescherming hiertegen kreeg aanvankelijk gestalte in bijzondere wetgeving, later in het Burgerlijk Wetboek, vooral in Boek 7, maar ook in Boek 6 (denk aan de regeling van de algemene voorwaarden). Daarbij is steeds sprake van 'categoriale' bescherming: de consument wordt in die hoedanigheid beschermd; niet relevant is of betrokkene in concreto werkelijk bescherming verdient. De bescherming van de consument bestaat in de eerste plaats in het tot dwingend recht verklaren van regels. Verder treft men met regelmaat informatieplichten aan,³⁷ in de gedachte dat alleen goed geïnformeerde marktpartijen kunnen profiteren van de beschermende werking van een gezonde markt. Meer recent gaat de aandacht uit naar het instrument van de bedenktijd of afkoelingsperiode.³⁸ Volgens Hondius wordt het moderne contractenrecht niet langer gedomineerd door de contractvrijheid alleen, maar door een tweetal gelijkwaardige paradigmata:³⁹ contractvrijheid én bescherming van de zwakkere partij.

35. In dit verband is de regeling van de geneeskundige behandelingsovereenkomst aan de maat. Men zou haar kunnen beschouwen als een staaltje van consumentenbescherming. De patiënt 'doet mee' in het contractenrecht dat er niet alleen van uitgaat dat partijen tot op zekere hoogte gelijkwaardig zijn, maar ook dat partijen eerst en vooral op zichzelf letten. Omdat dat voor de verhouding patiënt versus hulpverlener wellicht een wat te optimistisch beeld is, zijn er in de specifieke afdeling enkele waarborgen getroffen. In het oog springen ook hier, evenals bij de consumentenbescherming in het algemeen, de aandacht voor het zelf geïnformeerd kunnen kiezen en beslissen, en voor het beperken van de vrijheid voor 'de sterkere' om ten nadele van de patiënt van de wettelijke regeling af te wijken. De wetgever heeft zich bekommerd om het scheppen van voorwaarden om ervoor te zorgen dat de patiënt de voordelen van de contractvrijheid geniet.

37 Dit komt overigens ook duidelijk naar voren in EU-stukken over patiënten-(rechten). Ook daarin gaat veel aandacht uit naar het informatieaspect.

38 Zie met verdere verwijzingen Jac. Hijma en W.L. Valk, *Wettelijke bedenktijd*, preadviezen voor de Vereniging voor Burgerlijk Recht, Kluwer, Deventer 2004.

39 E.H. Hondius, 'De zwakke partij in het contractenrecht; over de verandering van paradigmata van het privaatrecht', in *Contractvrijheid* (T. Hartlief en C.J.J.M. Stolker, red.), Kluwer, Deventer 1999, p. 387 e.v.

36. Ook een ontwikkeling in de *rechtspraak*, ook wel socialisering van het contractenrecht genoemd, verdient bespreking. Deze met Baris/Riezenkamp⁴⁰ aangevangen trend houdt in dat partijen zich in de diverse levensfasen van een contract behalve door hun eigen belang tevens moeten laten leiden door de gerechtvaardigde belangen van de ander. Vooral redelijkheid en billijkheid vormen een grondslag voor altruïstisch optreden: in de rechtspraak worden onder meer mededelings-, informatie-, onderzoeks-, beschermings-, en consideratieplichten aangenomen.⁴¹ Het afgelopen decennium schiet de rechtspraak soms door. Ik doel op de rechtspraak waarin een contractpartij haar wederpartij op vergaande wijze (tegen zichzelf) moet beschermen. Illustratief zijn de zorgplicht van een bank jegens een particulier die een borgtocht aangaat en de zorgplicht van een bank jegens een particulier die zich in de optiehandel begeeft. In de bekende Van Lanschot/Bink-zaak oordeelt de Hoge Raad⁴² dat de bank de particuliere borg dient te wijzen op de risico's verbonden aan de borgtocht. Verder nog gaat de zorgplicht ten opzichte van particulieren die zich in de optiehandel begeven:⁴³ de bank is als professionele en bij uitstek deskundig te achten dienstverlener tot een bijzondere zorgplicht gehouden, gelet op de zeer grote risico's die aan dergelijke transacties verbonden kunnen zijn. Vooral in haar uitwerking gaat deze zorgplicht ver: in het belang van de belegger moet deze bijvoorbeeld aan de zogenoemde margeverplichtingen worden gehouden. Kras is het arrest waarin de bank haar cliënt weigerde nieuwe opdrachten uit te voeren, omdat deze onvoldoende dekking had, maar uiteindelijk, na min of meer door de cliënt gesmeekt te zijn wel tot uitvoering over te gaan, door de knieën ging. Toen deze nieuwe transacties geen heil brachten, sprak de cliënt de bank aan tot vergoeding van zijn schade. Het verwijt was dat de bank de cliënt tegen zichzelf had moeten beschermen en de opdracht dus niet had mogen uitvoeren. Het ging het Bossche Hof te ver, maar de Hoge Raad casseerde. Kennelijk is bancaire aansprakelijkheid hier aangewezen.⁴⁴ Als de vraag is in welk teken het contractenrecht staat, zou men op basis van dit soort rechtspraak geneigd zijn te zeggen: in het teken van bescherming in plaats van vrijheid, van zorgplicht in plaats van eigen verantwoordelijkheid.⁴⁵

40 HR 15 november 1957, *NJ* 1958, 67 (LEHR).

41 Zie bijvoorbeeld M.W. Hesselink, *De redelijkheid en billijkheid in het Europese privaatrecht* (diss. Utrecht), Kluwer, Deventer 1999, hoofdstuk 3.

42 HR 1 juni 1990, *NJ* 1991, 759 (CJHB).

43 Zie onder meer HR 26 juni 1998, *NJ* 1998, 660 (C.J. van Zeben) (Van de Klundert/Rabobank).

44 HR 1 juli 2003, *NJ* 2005, 103 (C.E. du Perron) (Kouwenhoven/Rabobank).

45 Zie in dit verband ook P.G.J. van den Berg, *Rechtvaardigheid en privaatrecht* (diss. Rotterdam), Kluwer, Deventer 2000, p. 574-575.

37. Deze beide ontwikkelingen gaan soms zo ver dat wel wordt gesproken van paternalisme: rechter en wetgever weten beter dan partijen wat goed voor hen is. Het aardige is dat deze tendensen de afgelopen jaren ook worden bekritiseerd, zowel door beoefenaren van het contractenrecht als door rechtseconomen.⁴⁶ Inmiddels heeft dat ook wel een zekere weerklank gekregen op beleidsmatig vlak. Zo is zelfs wel gesproken van het einde van het ongelijkebehandelingsrecht. Natuurlijk heeft dat veel te maken met de wind die in Den Haag waait (marktwerking, flexibilisering en deregulering). Een van de vragen is echter ook of de moderne burger, werknemer, consument, nog wel bescherming verdient. In dit verband is de volgende uitlating van de regering omtrent het consumentenbeleid illustratief:⁴⁷

“Tegenwoordig ziet de overheid de consument niet primair als een ‘zielig’ iemand die bescherming behoeft, maar als een volwaardige marktpartij, die gebruik makend van de hem ter beschikking staande middelen in staat geacht moet worden voor zijn belangen op te komen.”

Vervolgens wordt een herijking van het consumentenbeleid aangekondigd waarbij onder meer de noodzaak tot deregulering en intensivering van het marktbeleid ter bevordering van prijsconcurrentie en keuzemogelijkheden voor de consument uitgangspunt vormen.⁴⁸ Ook op de meer klassieke terreinen waar overheidsingrijpen in de contractvrijheid in het belang van een zwakkere partij algemeen aanvaard is, is een zekere herijking aan de orde. Diverse ontwikkelingen (opkomst mondige werknemer met meer behoefte aan flexibiliteit en mobiliteit; onwenselijke effecten van ontslagbescherming, huurderbescherming en bescherming van de huurkoper) hebben geleid tot de vraag of liberalisatie en een grotere flexibiliteit niet zouden moeten worden doorgevoerd. Zelfs in het arbeidsrecht staat de gedachte van ongelijkheidscompensatie door dwingend recht onder druk.

38. Men zou ook in het privaatrechtelijke gezondheidsrecht de vraag kunnen stellen of er reden is voor herijking. Verdient de moderne patiënt nog wel de bescherming die hij krijgt of kan hij maar moeilijk worden vergeleken met de ‘gewone’ consument? Voelt het dwingendrechtelijke jasje in de praktijk inmiddels wellicht aan als een keurslijf? Staat het misschien nieuwe ontwikkelingen in de weg? Is er aanleiding voor meer flexibiliteit? Op zich lijkt deze vraag niet gek tegen de achtergrond van het feit dat inmiddels ook in de gezondheidszorg veel heil van marktwerking en keuzevrijheid wordt verwacht. Tot nu toe heb ik echter niet veel in die richting aangetroffen. Eerder het tegendeel. Zo valt op dat Hendriks in zijn

46 Zie onder meer R. Van den Bergh, *Averchts recht* (oratie Rotterdam), Intersentia, Antwerpen-Groningen 2000, p. 13 e.v.

47 *Kamerstukken II 1996/97*, 23 162, nr. 7, p. 4.

48 Zie bijvoorbeeld *Kamerstukken II 2000/01*, 27 879, nr. 2.

oratie juist de vraag aan de orde stelt of in het gezondheidsrecht niet een te rooskleurig, neoliberal beeld van de patiënt bestaat. Zijn betoog suggereert dat er nog wel wat bescherming bij kan.⁴⁹ Hier ziet men een duidelijk verschil in perspectief: waar hij gelet op de nadruk op het zelfbeschikkingsrecht van de patiënt en de borging daarvan in het contractenrecht accent geeft aan meer klassieke beelden (vrijheid, liberalisme), zou een civilist geneigd zijn de regeling van de geneeskundige behandelingsovereenkomst een duidelijk staaltje van beschermingsrecht te noemen (waar misschien wel wat van af kan).

17. Splendid isolation?

39. Uit het voorgaande blijkt naar mijn idee voldoende dat er eigenlijk te weinig naar de ontwikkelingen in het gewone contractenrecht (privaatrecht) wordt gekeken. Een van de effecten is dat men ontwikkelingen mist en dat niet alleen vragen maar ook inzichten die elders zijn gesteld respectievelijk zijn verkregen aan het gezondheidsrecht voorbijgaan. Ik noem in dit verband verder het gevaar dat men onvoldoende is voorbereid op nieuwe ontwikkelingen. Bij wege van voorbeeld noem ik de telegeneeskunde. Hier dienen ook de nodige privaatrechtelijke vragen zich aan (met wie wordt er bijvoorbeeld gecontracteerd, wat is in geval van toepassing van artikel 7:462 (centrale aansprakelijkheid) nog binnen de muren van het ziekenhuis gebeurd en wat niet?). Als daar geen scherp beeld van ontstaat, worden deze vragen niet (tijdig) gesteld en gebeuren er wellicht onnodig ongelukken. Een tweede (mogelijk) gevolg is dat het gezondheidsrecht min of meer onbewust zijn eigen weg gaat, zich autonoom ontwikkelt, zij het zonder te weten of zijn ontwikkeling aansluit bij meer algemene ontwikkelingen in het privaatrecht. De aandacht voor goed patiëntschap is een goed voorbeeld.⁵⁰ Vooral Van Wijmen heeft zich sterk gemaakt voor dit 'leerstuk' als spiegelbeeld van goed hulpverlenerschap in diverse fasen van de zorg. Uiteindelijk doet hij een stevig beroep op eigen verantwoordelijkheid en is hij ook bereid juridische consequenties te verbinden aan een bepaalde leefstijl, het geven van onvolledige of anderszins verkeerde informatie, aan onvoldoende therapietrouw en dergelijke. Ik zou geneigd zijn te denken dat het moderne contractenrecht maar in beperkte mate ruimte biedt voor het serieus werk maken (daadwerkelijk sanctioneren) van goed patiëntschap, nu de rechtspraak, zoals al aan de orde is gekomen, eerder de neiging heeft eigen verantwoordelijkheid naar de achtergrond te dringen.⁵¹ De nadruk

49 Hendriks 2006, p. 37 e.v.

50 Zie recentelijk Van Wijmen 2005, p. 36 e.v., maar ook Legemaate 2006, p. 12 e.v.

51 Dat neemt niet weg dat ook in de politiek wel een zeker appel wordt gedaan op eigen verantwoordelijkheid van de patiënt.

ligt eerder op zorgplicht en relativering van bijvoorbeeld ook het eigen schuldverweer.⁵²

40. Ik maak mij zorgen over een dergelijke autonome ontwikkeling. Voorkomen moet worden dat het gezondheidsrecht (verder) wegdrijft van het privaatrecht, of, misschien is dat nog een beter beeld, dat het gezondheidsrecht en het privaatrecht uit elkaar drijven. Er is immers (het gevaar voor) verwijdering aan beide kanten aan de orde: bij generalisten is er relatief weinig aandacht voor bijzonderheden van/op het medische vlak, terwijl specialisten niet alleen weinig aandacht hebben voor wat er in 'het algemene' gebeurt, maar ook de neiging hebben de bijzondere positie van 'het medische' te overdrijven.⁵³ Mogelijke gevolgen daarvan zijn:

- dat het bijzonder deel wegdrijft van 'het algemene' en daarmee een bepaald fundament c.q. inbedding verliest;
- dat in het bijzondere deel de mogelijkheden van het algemene uit het oog worden verloren, zodat in het bijzondere deel onnodige oplossingen worden gecreëerd (stapeling en doorkruising);
- dat het privaatrecht, 'algemeen' en 'bijzonder' bij elkaar 'opgeteld', aan consistentie verliest;⁵⁴
- dat in het bijzondere deel onnodig wordt gevraagd om clementie bij het toepassen van algemene ontwikkelingen (onnodige differentiatie).

41. Ik herhaal nog maar dat er een zekere cultuur van verwijzen 'binnen eigen kring' aan de orde is in plaats van een 'terugkeer' naar algemene bronnen. Dat betekent wellicht ook dat men deze bronnen niet heeft geraadpleegd, wellicht ook niet kent, zodat men inspiratie mist en mogelijke ruimte om samenhang te bevorderen onbenut laat. Verder springt in het oog dat bepaalde arresten van de Hoge Raad die behalve van algemeen belang ook van belang zijn voor het privaatrechtelijk gezondheidsrecht een stiefmoederlijke behandeling ten deel valt. Ik noem het arrest inzake S/B dat ziet op de vraag met wie men in geval van behan-

52 Denk niet alleen aan bijvoorbeeld art. 7:658 (arbeidsrecht), maar ook weer aan de optiehandel (HR 1 juli 2003, *NJ* 2005, 103 (C.E. du Perron) (Kouwenhoven/Rabobank)). Zie verder N. Frenk, *Naar echte eigen schuld?* (oratie VU), DeLex, Amstelveen 2006.

53 Zie in dit verband bijvoorbeeld de noot van F.C.B. van Wijmen bij HR 10 april 1998, *NJ* 1998, 572 (gebrekig bijgehouden dossier).

54 Overigens moet het belang hiervan wellicht niet worden overdreven. Zie in dit verband bijvoorbeeld sterk relativierend over een zeker verbrokkelingsproces binnen het BW W. Snijders, *NJB* 2007, p. 10 e.v. en W.H van Boom, *RM Themis* 2005, p. 297 e.v.

deling door een waarnemer contracteert⁵⁵ en dat in de mij bekende gezondheidsrechtelijke literatuur niet of nauwelijks aandacht heeft gekregen⁵⁶ en dat terwijl niet alleen de overwegingen van de Hoge Raad, maar ook de conclusie van de A-G Bloembergen en de noot van Brunner licht werpen op een voor de praktijk relevante vraag waarover daarvoor betrekkelijk weinig te vinden was. Ik denk verder aan het misinterpreteren van belangrijke arresten en het als gevolg daarvan spuien van ongefundeerde kritiek. Ik noem het Trombose-arrest,⁵⁷ over de betekenis van (schending van) een protocol, dat door de beoefenaren van het gezondheidsrecht een lading wordt gegeven die niet door de overwegingen wordt gerechtvaardigd. Ik kom hierop nog terug. En ik noem, ten slotte, het ontbreken van theorievorming die elders bijvoorbeeld wel bestaat.⁵⁸ Een duidelijk voorbeeld biedt het recente werk van Ten Hoopen e.a. waarin min of meer vergeefs is gezocht naar Nederlandse bronnen, terwijl de auteurs bijzonder veel inspiratie hebben gevonden in het Duitse recht.⁵⁹

42. Het zijn constateringën die niet zonder betekenis zijn. We kunnen er tamelijk gemakkelijk namelijk ook een probleem van maken: wanneer de aansluiting met 'het algemene' en/of theorievorming ontbreken, blijft de privaatrechtelijke ontwikkeling van het gezondheidsrecht achter. Ik hecht niet alleen aan eenheid, consistentie en dogmatiek, maar ook aan het met elkaar in gesprek blijven van de diverse disciplines. In dit verband verdient een tweetal ontwikkelingen bespreking, één binnen het algemene contractenrecht en één binnen het gezondheidsrecht, omdat zij dit in gesprek blijven met elkaar én de inhoudelijke samenhang juist in gevaar (kunnen) brengen.

18. Het einde van het algemene contractenrecht nabij?

43. Het bereik van de consumentenbescherming en de impact ervan in ons wetboek heeft aanleiding gegeven tot enkele fundamentele vragen. Het vertrekpunt is min of meer dat grote delen van het contractenrecht ongelijke behandelingsrecht zijn geworden: categoriale bescherming is er voor de arbeider, huurder, de pachter, de reiziger, de consument en de patiënt en bescherming via open normen voor anderen. Tegelijkertijd is het handelsrecht opgegaan in het burgerlijk recht: wat vroeger in het Wetboek van Koophandel stond, is inmiddels 'gewoon' in het

55 HR 10 januari 1997, *NJ* 1998, 544 (CJHB) (S/B), *TvGR* 1997/56 (W.G. Brands). Zie ook nog het aspect van de maatman (van wie gaan wij uit: de gemiddelde patiënt of niet?) in HR 23 november 2001, *NJ* 2002, 386 en 387 (JBMV), *TvGR* 2002/20 (S. Slabbers).

56 Zie overigens wel de noot in *TvGR* 1997/56 van W.G. Brands.

57 HR 2 maart 2001, *NJ* 2001, 649 (JBMV en F.C.B. van Wijmen) (Trombose).

58 Zie ook Hondius 1995, p. 1709-1710.

59 Ten Hoopen e.a. 2006.

BW opgenomen.⁶⁰ Volgens een aantal gezaghebbende auteurs is dat ongelukkig omdat het burgerlijk recht te zeer op de particulier, de consument, gericht is. Waar vroeger het privaatrecht commercialiseerde, zou nu sprake zijn van ‘consumentisering’ van het privaatrecht.⁶¹ (Vrees voor) een dergelijke ontwikkeling heeft geleid tot een ‘tegenbeweging’, een ontwikkeling waarin, gebruikmakend van de ruimte die de open normen van het contractenrecht bieden, een specifiek contractenrecht ‘voor de handel’, een contractenrecht voor ondernemers, tot stand wordt gebracht.⁶² Uiteindelijk zou dan de hoedanigheid van partijen in sterke mate beslissend zijn voor de inhoud van het toepasselijke recht.⁶³ Deze algemene trend in de richting van differentiatie heeft echter ook weer kritiek uitgelokt.

44. Aan de opkomst van het consumentisme en – wellicht – van een contractenrecht voor ondernemers binnen het contractenrecht zouden volgens sommigen juist verdergaande consequenties voor het algemene contractenrecht moeten worden verbonden. Zo heeft Smits in dit kader zelfs de stelling betrokken dat de idee van een algemeen contractenrecht dat geldt voor alle bijzondere contracten moet worden verlaten. Hij heeft een pluralistisch contractenrecht bepleit waarin plaats is voor verschillende moralen: in de handel is een geheel andere moraal aan de orde dan op de terreinen van bijvoorbeeld ‘wonen en werken’. Wat hem betreft komt er een contractenrecht van de handelsmoraal waarbij winst maken vooropstaat en een contractenrecht van de sociale rechtsstaat waarin niet gecontracteerd wordt voor sociaal gewin, maar waar het gaat om ‘wonen, werken, leven en gezondheid’:⁶⁴

“Houdt de wederpartij zich niet aan de overeenkomst, dan komt het welzijn van het individu zelf in gevaar. Hier is het veeleer de ‘contractuele rechtvaardigheid’, deels neergelegd in consumentenwetgeving en deels door de rechter ontwikkeld, die de rechten en plichten van partijen kleurt. Dat een contractant rekening moet houden met het belang van zijn wederpartij, zoals de Hoge Raad in 1957 uitmaakte, is hier veel meer bepalend dan in het contractenrecht van de handelsmoraal. Hier moet het recht wel paternalistisch zijn om afdoende zijn functie te kunnen vervullen.”

60 Laatstelijk nog titel 7.17 inzake verzekering.

61 R.P.J.L. Tjittes, ‘Naar een bijzonder contractenrecht voor ondernemers’, in *Onderneming en 5 jaar nieuw burgerlijk recht* (S.C.J.J. Kortmann e.a. red.), Kluwer, Deventer 1997, p. 377.

62 Zie onder meer in de rechtspraak HR 31 december 1993, *NJ* 1995, 389 (Mata-tag/De Schelde), HR 3 juni 1994, *NJ* 1997, 287 (CJHB) (Direktbank/Breda) en HR 15 oktober 2004, *NJ* 2005, 141 (GTI/Zürich).

63 De meest uitgewerkte beschouwingen zijn van C.J.H. Brunner, ‘De billijkheid in het Nieuwe BW’, in *Rechtsvoinding onder het NBW*, Kluwer, Deventer, p. 87-100 en R.P.J.L. Tjittes, *De hoedanigheid van contractspartijen* (diss. Groningen), Kluwer, Deventer 1994.

64 J. Smits, *R&R* 1998, p. 33.

45. Het is een interessant betoog dat juist ook voor het privaatrechtelijke gezondheidsrecht betekenis kan hebben. Zelf zou ik niet bereid zijn de prijs van uiteenvallen van het algemene contractenrecht te betalen. Ik weet wel dat binnen het contractenrecht sterk van elkaar verschillende contracten en situaties moeten worden geregeld, doch in mijn overtuiging hebben zij gemeen dat iedere partij contracteert om er beter van te worden en dat iedere partij wel degelijk in ieder geval ook een uitgangspunt van vrijheid veronderstelt. Is dat toch niet dé moraal? Dat (een van) partijen in een aantal gevallen bescherming wil(len), doet daar niet aan af. Juist de algemeenheid en de flexibiliteit van het contractenrecht geven de ruimte om recht te doen aan al deze situaties. Differentiatie binnen het (algemene) contractenrecht dus liever dan het uiteen laten vallen ervan.⁶⁵

19. Een Zorgconsumentenwet gooit roet in het eten

46. Het gevaar kan echter ook uit andere hoek komen. Minder spectaculair dan de zojuist aan de orde gestelde mogelijke ontwikkeling in het algemene contractenrecht, maar wellicht reëler, is een interessante ontwikkeling in het gezondheidsrecht zelf. Zij heeft alles te maken met de huidige versnipperde regelgeving en de verschillende perspectieven ervan. Behalve een regeling van de geneeskundige behandelingsovereenkomst gelden er ook nog diverse bijzondere wetten. Daar komt bij dat de regeling van de geneeskundige behandelingsovereenkomst ziet op geneeskundige behandeling, terwijl het in de zorg ook gaat om begeleiding, ondersteuning, verpleging en verzorging. Om versnippering tegen te gaan, maar ook om twee verschillende juridische complexen onder één noemer van rechtsbescherming bijeen te brengen – de privaatrechtelijke relatie patiënt versus zorgaanbieder en de publiekrechtelijke relatie van de patiënt tot de zorgverzekeraar – wordt er nu van diverse kanten op aangedrongen te komen tot één allesomvattende wet. Zo heeft Van Wijmen in zijn afscheidsrede een lans gebroken voor een Wet op de zorgrelatie. De gedachte is daarbij overigens dat de basale rechten en plichten uit de regeling van de geneeskundige behandelingsovereenkomst ook gelden in andere zorgrelaties dan aan de orde zijn bij geneeskundige behandeling (informatie, toestemming, dossiervoering, privacy). De door hem beoogde regeling zou in uitgangspunt rechten geven zoals die in de WGBO worden gegeven en ‘daar bovenop’ specifieke regimes voor geneeskundige behandeling, orgaan-donatie, medische onderzoek en keuringen, et cetera.⁶⁶ Deze gedachten sluiten goed aan bij het pleidooi dat ook door patiëntenorganisaties is gehouden voor één regeling waarin de positie van de patiënt of beter de zorgconsument centraal staat. Inmiddels heeft de Raad voor de Volksgezondheid & Zorg (RVZ) daaromtrent ook

65 Zo ook W. Snijders, ‘De openheid van het vermogensrecht’, in *Onderneming en tien jaar nieuw burgerlijk recht* (S.C.J.J. Kortmann e.a. red.), Kluwer, Deventer 2002, p. 53 e.v. Anders W.H. van Boom, *RM Themis* 2003, p. 297 e.v.

66 Van Wijmen 2005, p. 18 en p. 45.

geadviseerd.⁶⁷ Hoewel ik goed begrijp dat versnippering niet ideaal is en er vanuit een oogpunt van rechtszekerheid en versterking van de rechtspositie van de zorgconsument inderdaad iets te verbeteren valt, geloof ik dat de meerwaarde van een dergelijke operatie ook niet moet worden overschat. Vanuit het perspectief van aansluiting bij het privaatrecht ligt de totstandkoming van een Zorgconsumentenwet ook minder voor de hand.⁶⁸ Wanneer we reeds nu, op een moment dat er nota bene een belangrijk deel van het gezondheidsrecht specifiek in het BW geregeld is, moeten vaststellen dat de aansluiting bij het privaatrecht te wensen overlaat, zal dat in nog sterkere mate het geval zijn bij introductie van een dergelijke bijzondere wet. Zij brengt immers in ieder geval mee dat de regeling van de geneeskundige behandelingsovereenkomst vanuit het BW wordt getransplanterd naar een bijzondere wet.

20. Een nieuwe tussenstand

47. Het privaatrecht is voor diverse relaties die in het gezondheidsrecht aan de orde zijn van belang. Dat geldt niet alleen de geneeskundige behandeling, maar ook andere situaties en daarbij aan de orde zijnde relaties. De invoering van afdeling 7.7.5 heeft het belang van het privaatrecht nog eens onderstreept. Hier is duidelijk dat, ingevolge de gelaagde structuur, goed zicht moet worden gehouden op (de ontwikkelingen in) het algemene contractenrecht. De werkelijkheid lijkt anders: de implicaties van de gelaagde structuur lijken niet goed overgekomen, er is maar beperkt zicht op de algemene ontwikkelingen. Dat heeft onder meer tot gevolg dat in het gezondheidsrecht vragen die elders wel worden gesteld en hier wellicht ook van belang zijn niet aan de orde komen en ook dat inhoudelijke voorstellen worden gedaan die maar matig aansluiten bij het algemene contractenrecht. De verhouding tussen het algemene privaatrecht en het privaatrechtelijke gezondheidsrecht kan dus worden verbeterd. Vanuit dit oogpunt is een overhevelen van de regeling van de geneeskundige behandelingsovereenkomst naar een nieuwe Zorgconsumentenwet of een Wet op de zorgrelatie geen wenkend perspectief.

67 *De patiënt beter aan zet met een Zorgconsumentenwet?*, advies 06/12 RVZ, Den Haag 2006.

68 Zie ook J.C.J. Dute, *TvGR* 2006, p. 418-419 en de RVZ in zijn rapport, p. 6 en p. 37 e.v. die echter wel aanbeveelt het bereik van afd. 7.7.5 uit te breiden tot 'zorg' en tevens te onderzoeken of de regeling niet uit de titel van 'opdracht' kan worden gelicht, opdat zij, nog steeds binnen het BW, een meer zelfstandige plek zou krijgen.

D. Medische aansprakelijkheid als voorbeeld

21. Een ontmoetingsplaats

48. Om het voorgaande nog wat handen en voeten te geven, zou ik willen afdalen naar het terrein van de medische aansprakelijkheid. Civilisten en gezondheidsjuristen komen elkaar hier nadrukkelijk tegen. Aan de hand van dit thema hoop ik niet alleen iets te kunnen zeggen over de verschillende agenda's die bestaan en accenten die worden gelegd, maar ook meer inhoudelijke beschouwingen te kunnen wijden aan de wisselwerking tussen 'het algemene', het gewone civiele aansprakelijkheidsrecht, en 'het bijzondere', het deelterrein der medische aansprakelijkheid. Sluiten de ontwikkelingen hier aan bij de algemene? Kan 'het medische' nog wat leren van 'het algemene' en wellicht ook andersom: zijn er 'bijzondere' ontwikkelingen die naar een algemeen niveau getild zouden moeten worden?

49. Het aansprakelijkheidsrecht mag zich de afgelopen jaren in een warme belangstelling verheugen zowel van wetenschappers, rechtspraak als beleidsmakers. Op hun agenda staan onder meer het gebruikmaken en verbeteren van de handhavings- en vergoedingsmogelijkheden die het systeem biedt. Er is echter ook, denk aan de claimcultuurdiscussie, bezorgdheid over het beroep op het systeem en de kwalijke kanten ervan. Ik stel mij voor eerst een aantal globale opmerkingen over het aansprakelijkheidsrecht te maken en in dat verband ook te kijken naar (overeenkomsten met en verschillen ten opzichte van) andere systemen, alvorens ik meer 'naar binnen' kijk en de ontwikkeling van in het bijzonder de rechtspraak van de Hoge Raad aan de orde stel. Op diverse plaatsen kan ik dan ook al ingaan op het voorbeeld van de medische aansprakelijkheid. In dit verband vormt zij prachtig illustratiemateriaal.

22. Waar draait het om?

50. Een belangrijke karakterisering van het aansprakelijkheidsrecht is dat het een drempelig systeem is waarin een centrale plaats toekomt aan de elementen tekortschieten, causaal verband en afwezigheid van eigen schuld.⁶⁹ Deze hoge drempels houden duidelijk verband met het vergoedingsniveau. Uitgangspunt in het aansprakelijkheidsrecht is immers volledige vergoeding van vermogensschade en onder voorwaarden ook nog van immateriële schade. Op beide fronten, zowel waar het de drempels als het beloningsniveau betreft, verschilt het aansprakelijkheidsrecht van andere vergoedingssystemen. Zo zijn particuliere verzekering en sociale zekerheid laagdrempeliger, maar is tegelijkertijd ook het beloningsniveau lager. En dat heeft weer te maken met het feit dat deze systemen

⁶⁹ Zie voor een nadere onderbouwing en uitwerking mijn *Ieder draagt zijn eigen schade* (oratie Leiden), Kluwer, Deventer 1997.

andere ambities hebben. De sociale zekerheid beoogt burgers geen volledige vermogensgarantie te geven, maar hooguit een bepaalde bestaanszekerheid en inkomenspositie te garanderen.

51. Waar juristen de neiging hadden (en nog wel hebben) het aansprakelijkheidsrecht als vergoedingssysteem te zien, is er het laatste decennium, vooral ook onder invloed van de rechtseconomie, aandacht voor andere functies van het aansprakelijkheidsrecht en dan vooral preventie. Aansprakelijkheidsregels zijn een aanmoediging zorgvuldig te handelen; door dat te doen voorkomt men aansprakelijkheid en uiteindelijk ook schade. Preventie is, zo bekeken, belangrijker dan compensatie, zij het dat zij natuurlijk niet tegen elke prijs wordt nagestreefd. Het is niet zinvol om zoveel zorg te vereisen dat alle of bijna alle ongevallen worden voorkomen. In ieder geval wordt er duidelijk, let ook op de beschouwingen van Ippel over de verandering van wetgeving, instrumenteler naar het aansprakelijkheidsrecht gekeken: het is behalve een vergoedingsmechanisme ook een gedragbeïnvloedings- en handhavingsmechanisme. Als zodanig is het door beleidsmakers duidelijk ontdekt. Een belangrijk vraagpunt op dit moment is wat vanuit een oogpunt van veiligheid, kwaliteit en preventie de meerwaarde van het aansprakelijkheidsrecht kan zijn.⁷⁰ Hier is natuurlijk van belang dat er veelal ook al andere mechanismen met prikkelwerking aan de orde zijn: angst voor eigen lijf en leden of voor morele verontwaardiging, vrees voor reputatieschade, veiligheidsregulering, (vrees voor) strafrechtelijke en bestuursrechtelijke handhaving, maar ook positieve prikkels (beloning van zorg, subsidieverlening, reputatieversterking). Vanuit het preventieperspectief is de vraag wat het aansprakelijkheidsrecht dan nog te bieden heeft. Veiligheidsregulering is waarschijnlijk effectiever (want informatiever) ter voorkoming van verkeers- en arbeidsongevallen dan een strenge zorgvuldigheidsnorm ('gij zult een ander niet schaden of in gevaar brengen').⁷¹ Regulering is echter niet altijd mogelijk of effectief; denk aan het terrein van de onrechtmatige uitlatingen en perspublicaties. Van het strafrecht hoeft men daar bijvoorbeeld niet veel te verwachten. Van het aansprakelijkheidsrecht met de mogelijkheid ook immateriële schadevergoeding (artikel 6:106) of winstafdracht (artikel 6:104) te vorderen wellicht meer. Hier wordt zelfs wel de introductie van *punitive damages* bepleit.

52. Waar het de gezondheidszorg aangaat, geldt zonder twijfel dat op het vlak van de veiligheid en preventie het nodige kan worden verbeterd. Ik noem slechts het rapport van Shell-topman Willems waarin wordt gesuggereerd dat in de medische zorg de veiligheid van zowel patiënten als staf sterk kan worden ver-

70 Zie onder meer Barendrecht 2002, Van Boom 2003, Hartlief 2005, Giard 2005 en W.H. van Boom, *Efficacious Enforcement in Contract and Tort* (oratie Rotterdam), BJU, Den Haag 2006.

71 Zie Barendrecht 2002, p. 607 e.v. en Hartlief 2005.

beterd.⁷² Natuurlijk is het ook hier zaak goed te bekijken wat het beste (handhavings)mechanisme is (bestuursrecht, strafrecht, toezicht, aansprakelijkheidsrecht),⁷³ maar op zijn minst kan een aanvullende rol van aansprakelijkheidsrecht én aansprakelijkheidsverzekeraar aangewezen zijn. Opmerkelijk is de situatie wat dat laatste betreft: er zijn bijna geen aanbieders van aansprakelijkheidsverzekering. Centramed en MediRisk beheersen de markt. Recentelijk is in de gewone media bericht dat de eigen risico's voor ziekenhuizen fors zijn opgeschroefd, kennelijk ook om hen te prikkelen zorgvuldiger te gaan werken.

23. Wat zoeken claimanten in het aansprakelijkheidsrecht?

53. Van het systeem naar de hoofdrolspelers. Wat zoeken eisers in het aansprakelijkheidsrecht? Hun belang is in de regel gelegen in rechtsherstel, een terugkeer in oude toestand. Daartoe biedt het aansprakelijkheidsrecht de remedies van schadevergoeding, maar ook van een verbod of bevel. Dat eisers hun heil juist zoeken in het aansprakelijkheidsrecht heeft te maken met het feit dat ze deze terugkeer langs andere weg – bijvoorbeeld in het strafrecht, tuchtrecht of bestuursrecht – niet kunnen bewerkstelligen. Dit neemt niet weg dat er voor eisers (ook) andere motieven in het spel kunnen zijn. Zo is het sommigen niet zozeer om vergoeding te doen, maar om erkenning of genoegdoening. Ook rancune en het idee dat het gedrag van de ander niet 'onbestraft' mag blijven, kunnen een belangrijke drijfveer zijn. Soms wordt geclaimd in het aansprakelijkheidsrecht niet eens zozeer om schade vergoed te krijgen, maar 'enkel' om de waarheid boven tafel te krijgen, om de verantwoordelijkheid voor een bepaalde gebeurtenis vastgesteld te krijgen, om in rechte erkenning te krijgen van het feit dat eisers onrecht is aangedaan of om verbetering voor de toekomst te realiseren. Dit soort aspecten speelt naar verluidt ook bij medische aansprakelijkheid een belangrijke rol. Het recht houdt met dergelijke motieven eigenlijk weinig rekening. Veelal doen ze er niet toe: waarom nu werkelijk een vordering tot vergoeding van schade wordt ingesteld, is in beginsel niet relevant. Wordt echter iets anders beoogd dan herstel in oude toestand in enige vorm dan heeft het aansprakelijkheidsrecht juist problemen; sterker nog: dan geeft het recht soms niet thuis. We hebben dat gemerkt bij de vordering van de ouders wier zoon in een zwembad was verdronken en die geen schadevergoeding vorderden maar een verklaring voor recht dat het zwembad (personeel), en derhalve niet de ouders zelf, voor dit overlijden verantwoordelijk was. Tot verbazing van velen heeft de Hoge Raad de ouders niet ontvanke-lijk verklaard.⁷⁴ Een cruciale rol speelt dat de ouders geen vermogensrechtelijk belang zouden hebben bij de verklaring voor recht. Het zuiver emotionele belang van de ouders is geen voldoende belang in de zin van artikel 3:303.

72 Zie R. Willems, *Hier werk je veilig, of je werkt hier niet*, 2004.

73 Op dit terrein is uiteraard al de nodige wetgeving tot stand gebracht. Ik noem slechts de Kwaliteitswet zorginstellingen en de Geneesmiddelenwet.

74 HR 9 oktober 1998, NJ 1998, 853 (Jeffrey).

54. Dat neemt niet weg dat er de laatste jaren duidelijk meer belangstelling voor de emotionele kant van het claimen aan de orde is.⁷⁵ Deze 'immateriële' betekenis van het aansprakelijkheidsrecht is niet tot smartengeld beperkt, maar strekt zich uit tot andere gevallen van compensatie.⁷⁶ Steeds zou van een zekere genoegdoening kunnen worden gesproken, maar in de regel blijft het daarbij: genoegdoening *door* compensatie. In het wetsvoorstel met betrekking tot vergoeding van affectieschade⁷⁷ komt dit ook weer naar voren. Het voorstel strekt tot aanpassing van artikelen 6:107 en 6:108 en houdt in de kern in dat aan een aantal naasten zowel in geval van overlijden als van ernstig blijvend letsel van de direct getroffen recht op vergoeding van affectieschade wordt toegekend. Het gaat hierbij om een bij AMvB te bepalen bedrag waarbij de regering denkt aan € 10.000. Uit de toelichting⁷⁸ blijkt dat het erom gaat erkenning te verschaffen dat deze naasten dit onheil wordt aangedaan. Daarnaast wordt genoegdoening beoogd: het zou goed zijn voor het (geschokte) rechtsgevoel van de naasten dat van de laedens een financieel offer wordt verlangd. In dit verband wordt in de doctrine echter in twijfel getrokken of in de gekozen oplossing werkelijk recht wordt gedaan aan de behoeften van naasten. Een van de speculaties in dit verband is dat zij uiteindelijk niet zozeer in geld geïnteresseerd zijn, laat staan in een symbolisch laag forfaitair bedrag, maar in iets anders: de waarheid, het voorkomen van vergelijkbare situaties in de toekomst of het vaststellen van de verantwoordelijkheid in het bijzonder in situaties waarin de dader die ontkent. Juist in dergelijke situaties geven naasten wel aan dat zij geen claim zouden hebben ingediend wanneer de dader in alle openheid over het gebeuren zou hebben gesproken, erkend zou hebben dat hij een fout heeft gemaakt, spijt zou hebben betuigd en/of maatregelen voor de toekomst zou hebben beloofd. Als deze speculatie juist is, zit het huidige voorstel op het verkeerde spoor. Inmiddels is de behandeling van het wetsvoorstel stilgelegd in afwachting van de uitkomsten van een door onder meer de hoogleraren Van der Wal en Akkermans uit te voeren onderzoek naar de behoeften van slachtoffers en naasten in dit verband.⁷⁹

55. Een belangrijke meerwaarde van het aansprakelijkheidsrecht is dat de dader en het slachtoffer in hun onderlinge verhouding centraal staan, terwijl dat in andere vergoedingssystemen juist niet aan de orde is: de getroffen wordt (denk maar aan de sociale zekerheid) lang niet altijd als slachtoffer gezien doch belangrijker is dat de dader helemaal niet in beeld komt (denk aan schadeverzekering, schadefonds of sociale zekerheid). Slachtoffers hechten wellicht meer dan wel

75 Zie onder meer C.M.C. van Zeeland, Y.P. Kamminga en J.M. Barendrecht, *NJB* 2003, p. 818 e.v.

76 Du Perron 2003, nr. 4, 30, 36.

77 *Kamerstukken II* 2002/03, 28 781, nrs. 1-2.

78 *Kamerstukken II* 2002/03, 28 781, nr. 3, p. 1-2.

79 *Handelingen I*, 12 september 2006, nr. 38 (wetsvoorstel 28 781).

wordt gedacht aan vergoeding door *de dader*.⁸⁰ Dat is onder meer gebleken toen de Hoge Raad de opzetsluiting in een aansprakelijkheidsverzekering zodanig restrictief uitlegde dat ook bij geweldpleging dekking zou (kunnen) bestaan.⁸¹ Kritiek was er opvallend genoeg ook uit kringen van slachtoffers van geweldpleging. Van slachtofferzijde werd betoogd dat het juist hier de dader zelf zou moeten zijn die zou moeten bloeden en niet zijn verzekeraar.

24. Kwalijke kanten van het systeem

56. Het aansprakelijkheidsrecht is zeker in vergelijking met andere systemen een duur systeem.⁸² Dat heeft te maken met de vragen die moeten worden beantwoord, de verweren en de rechtsmiddelen die mogelijk zijn en de 'spelers' die bij het spel betrokken zijn (advocatuur, gerechtelijk apparaat, deskundigen). Dat de kosten zo uiteenlopen, heeft alles te maken met de verschillende functies en doelstellingen van de diverse systemen. In het aansprakelijkheidsrecht staan 'normaal gesproken' tekortschieten, causaal verband en afwezigheid van eigen schuld centraal juist omdat ten laste van een bepaalde persoon volledige vergoeding (plus smartengeld) wordt gevraagd, terwijl die kwesties in andere stelsels, waar niet-volledige vergoeding ten laste van de gemeenschap of een andere collectiviteit centraal staat, in principe niet relevant zijn. Al deze kwesties vormen even zovele geschilpunten waarvan alleen al gelet op het hoge beloningsniveau kan worden gezegd dat het in principe ook al snel 'loont' om ze in de strijd te betrekken.

57. En er zijn natuurlijk nog andere redenen om dat te doen. In het aansprakelijkheidsrecht staat aansprakelijkheid, verantwoordelijkheid, waarheid en veelal nog steeds 'schuld' centraal. Het is niet meer dan menselijk dat partijen die hieromtrent verschillende ideeën of percepties hebben zich niet snel gewonnen zullen geven. Op zich is daar niets mis mee. Dat ligt anders voor zover misbruik wordt gemaakt van de verweren die het aansprakelijkheidsrecht mogelijk maakt, chicanerieus wordt gehandeld, de boel wordt getraineed en voor zover partijen door het systeem anders gaan handelen dan ze zonder dat systeem zouden hebben gedaan. Een veel gegeven voorbeeld is de moeite die bijvoorbeeld artsen – naar verluidt (mede) onder (beweerdelijk gevoelde) druk van ziekenhuizen en verzekeraars – zouden hebben met het betuigen van spijt, het erkennen van een fout of het vertellen van de waarheid. Omdat dit haaks staat op de behoeften van slachtoffers en ook anderszins (denk aan het meer abstracte belang van veiligheid en kwaliteit) belang gehecht wordt aan openheid en duidelijkheid, gaat de laatste jaren aandacht uit naar verbeteringsmogelijkheden, bijvoorbeeld in overleg met

80 Zie H.R.J. Kaptein, 'Solidariteit door individualisering van aansprakelijkheid', in *Wie draagt de schade?*, Ars Aequi Libri, Nijmegen 1998, p. 81 e.v.

81 HR 6 november 1998, NJ 1999, 220 (MMM).

82 Barendrecht 2002.

verzekeraars. Verder wordt in binnen- en buitenland geëxperimenteerd met procedures waarin openheid en betuigen van spijt centraal staan, terwijl tegelijkertijd de druk van aansprakelijkheid zoveel mogelijk wordt verminderd.⁸³ Dergelijke initiatieven verdienen steun. Dat neemt niet weg dat het aansprakelijkheidsrecht nu eenmaal een *shame and blame*-systeem is. Of deze ten dele kwalijke kanten in een *no fault*-systeem uitblijven, zoals ook in verband met ‘het medische’ wel wordt gehoopt, vraag ik mij af. Ik trek dat in ieder geval in twijfel voor die gevallen waarin degene om wie het draait uiteindelijk nog steeds zelf (of zijn verzekeraar) de rekening moet betalen. Het lijkt mij vooralsnog naïef om te denken dat een overstap naar *no fault* dan werkelijk verschil maakt. Ik voeg daaraan toe dat de ‘aangesprokene’ ook nog om andere redenen (eergevoel, angst voor reputatieverlies of voor tuchtrechtelijke sanctiëring) belang kan hebben bij zijn (al dan niet chicaneuze) gedrag.

25. ‘No fault’ is (g)een alternatief

58. We raken hier echter wel een meer algemeen punt. De afgelopen jaren gaat veel aandacht uit naar mogelijkheden en onmogelijkheden van het aansprakelijkheidsrecht en van beschikbare alternatieven. Zo trekken onder meer het schadefonds (denk aan milieuschade en rampschade), verkeersverzekering en directe verzekering (bij arbeidsgerelateerde schade) de aandacht. Wat dit betreft past de belangstelling voor alternatieve systemen in de sfeer van de medische aansprakelijkheid⁸⁴ in een meer algemene trend. De belangstelling voor *no fault*-systemen heeft immers in de eerste plaats te maken met het feit dat patiënten moeilijk vergoeding kunnen krijgen in het aansprakelijkheidsrecht door problemen op het punt van het aantonen van aansprakelijkheid en van causaal verband.⁸⁵ Of van de overstap naar een *no fault*-systeem meer heil kan worden verwacht dan van verbetering en aanpassing van het aansprakelijkheidsrecht vraag ik mij af. Hierna komt nog aan de orde dat op het vlak van bewijsproblemen en causaliteitsonzekerheid vaak binnen het systeem van het aansprakelijkheidsrecht ook al oplossingen mogelijk zijn. Zou het werkelijk gaan om een systeem dat is losgekoppeld van aansprakelijkheid en dat een relatief makkelijk verkrijgbare, maar

83 Zie onder meer G.E. van Maanen, ‘Enkele gedachten naar aanleiding van het experiment in het Veterans Affair Medical Centre in Lexington USA’, in *De rol van het aansprakelijkheidsrecht bij de verwerking van persoonlijk leed* (G.E. van Maanen red.), BJU, Den Haag 2003, p. 25 e.v. en Legemaate 2006.

84 Zie in dit verband onder meer J.G.J. Dute, M. Faure en H. Koziol, *Onderzoek No-fault compensatiesysteem*, ZonMW, Den Haag 2002, dezelfde, *No fault compensation in the healthcare sector*, Springer, Wenen 2004, J.H. Hubben, *NJB* 2003, p. 543 en Van Swieten en Olde Kalter 2005.

85 Zo wordt het althans wel gebracht in politiek en doctrine. In de praktijk blijkt er juist ook in kringen van artsen en hun organisaties bijzondere belangstelling te zijn voor dergelijke alternatieven voor het aansprakelijkheidsrecht.

reële vergoeding aan patiënten beoogt, dan rijzen nog altijd de nodige lastige vragen, zoals bijvoorbeeld ook al naar voren is gekomen in het kader van de Wet medisch-wetenschappelijk onderzoek met mensen. In welke gevallen moet dat recht op uitkering dan precies bestaan, welke voorwaarden voor vergoeding stellen we, welke schade komt dan bovenop hetgeen de patiënt al uit andere bron krijgt (denk in het bijzonder aan de sociale zekerheid (inclusief loondoorbetalingsplicht van de werkgever)) voor vergoeding in aanmerking? Naarmate de regeling qua bereik ruimer is en qua vergoeding ruimhartiger, groeit de druk op het formuleren van nadere voorwaarden. Makkelijk gezegd: hoe hoger het vergoedingsniveau, des te hoger de drempels. Meer heil verwacht ik, in verband met de echte kosten verbonden aan het indienen van een claim in het aansprakelijkheidsrecht, van laagdrempelige procedures als *small claims courts*, klachtenprocedures en dergelijke waarin ook een vergoeding kan worden gevraagd. Op dit vlak zijn er juist in de sfeer van 'het medische' ook interessante resultaten behaald.⁸⁶

26. Focus op handhaving en normstelling

59. Het optimaliseren van het aansprakelijkheids- en schadevergoedingsrecht met het oog op effectiviteit van de norm staat in de belangstelling: soms komt de norm niet uit de verf, omdat bijvoorbeeld bewijs- en/of causaliteitsproblemen aan handhaving ervan in de weg staan.⁸⁷ Een van de mogelijkheden om daaraan iets te doen zonder de belangen van potentiële veroorzakers te zeer in het gedrang te laten komen, is erkenning van de figuur van proportionele aansprakelijkheid in geval van causaliteitsonzekerheid. Ook de formulering van de norm als zodanig ontsnapt niet aan de kritische aandacht van de doctrine. Zo heeft Van Boom in zijn Tilburgse oratie de staf gebroken over de wijze waarop de civiele rechter de toepasselijke zorgvuldigheidsnorm formuleert⁸⁸ en overigens ook gewezen op de nodige valkuilen (biases) waarin hij kan stappen. Hij bepleit een wetenschappelijker benadering, waarin betekenis toekomt aan inzichten uit onder meer rechtseconomie, psychologie en *behaviorial economics* en waarin van de rechter wordt verlangd dat hij op zoek gaat naar en vervolgens ook betekenis toekent aan empirische gegevens. Het werk van de arts/jurist Giard en van de Utrechtse

86 Zie N. Doornbos en P.P.M. van Reijssen, *De Geschillencommissie Ziekenhuizen. Een eenvoudige procedure voor schadeclaims*, Vermande, Lelystad 2000 en Van Swieten en Olde Kalter 2005, p. 206-207.

87 In deze sleutel staan A.J. Akkermans, *Proportionele aansprakelijkheid bij onzeker causaal verband* (diss. Tilburg), Kluwer, Deventer 1997 en I. Giesen, *Bewijs en aansprakelijkheid* (diss. Tilburg), BJU, Den Haag 2001.

88 Van Boom 2003.

hoogleraar Giesen gaat in een zelfde richting.⁸⁹ Juist ook voor het terrein van de medische aansprakelijkheid is dit een interessante ontwikkeling, omdat input vanuit de medische hoek meer dan ooit van belang zou worden. Het betekent echter wel dat de bij de procedure betrokkenen, althans (vooral) die aan de zijde van de gedaagde(n), daarop moeten zijn ingesteld. Zelfs bij wat minder vergaande ambities kan een nadere exploratie van inhoud en betekenis van de in artikel 7:453 geformuleerde norm – kort gezegd die van goed hulpverlenerschap – dienstig zijn. Ik denk daarbij onder meer aan de betekenis en invloed van protocollen, maar ook aan de verhouding tot de tuchtrechtelijke norm van de Wet BIG.⁹⁰ Verder kan worden gedacht aan de toch wel actuele vraag naar de invloed in dit verband van budgettaire krapte.⁹¹ Heeft dat enige ‘normverlagende’ invloed?

27. Uitdijing is troef

60. Heb ik zojuist vooral aandacht besteed aan het systeem van het aansprakelijkheidsrecht en aan de verhouding tot enkele andere prikkel- en/of vergoedingsmechanismen, het wordt nu tijd om te bekijken wat er inhoudelijk op de agenda van het aansprakelijkheidsrecht staat. Gegeven dat hieromtrent boeken zijn volgeschreven,⁹² volsta ik met globale bespreking van enkele belangrijke thema's. Ook al is de situatie wel anders dan in de jaren negentig van de vorige eeuw, toen de ontwikkelingen heel sterk in het teken van uitdijing van aansprakelijkheid stonden, nog steeds is het niet gewaagd om te zeggen dat de rechtspraak openstaat voor slachtofferbescherming. Ik noem in dit verband:

– *het belang van de categorie der verkeers- en veiligheidsnormen*

Enkele schending van een dergelijke norm levert in beginsel aansprakelijkheid op,⁹³ leidt tot een zogenoemde ruime toerekening in het kader van artikel 6:98 – kort gezegd worden dan ook buiten de lijn der verwachtingen liggende gevolgen toegerekend⁹⁴ – en kan aanleiding geven tot toepassing van de zogenoemde omkeringsregel bij onzekerheid omtrent het *condicio-sine-qua-non*-verband tus-

89 Zie Giard 2005, W.H. van Boom en R.W.M. Giard, *NTBR* 2006, p. 360 e.v. en I. Giesen. *Handle with care!* (oratie Utrecht), Kluwer, Deventer 2005. De Hoge Raad heeft in enkele recente beslissingen nadrukkelijk aandacht voor de effectiviteit van maatregelen in verband met de door hem te formuleren norm. Zie HR 28 mei 2004, *NJ* 2005, 105 (CJHB) (Jetblast) en HR 11 november 2005, *RvdW* 2005, 124 (Wijnen Vlees/Bayar).

90 Zie ook Roscam Abbing 2006, p. 9 e.v.

91 Zie in dit verband ook H.D.C. Roscam Abbing, *TvGR* 1995, p. 218 e.v.

92 A.T. Bolt en J. Spier, *De uitdijende reikwijdte van de aansprakelijkheid uit onrechtmatige daad*, Tjeenk Willink, Zwolle 1996.

93 HR 1 oktober 1993, *NJ* 1995, 182 (CJHB) (Tamara van Uitert).

94 Vgl. HR 2 november 1979, *NJ* 1980, 77 (GJS) (Vader Versluis).

sen schending en ongeval. In dit verband is van groot belang dat de Hoge Raad het bestaan van *ongeschreven* veiligheidsnormen heeft aangenomen.⁹⁵

– *tegemoetkoming van eisers op het punt van het bewijs van hun stellingen*

Juist in het kader van ‘het medische’⁹⁶ is de techniek van de verzwaarde stelplicht ontwikkeld die niet zo ver gaat als een omkering van de bewijslast, doch wel belangrijke consequenties heeft.⁹⁷ De techniek houdt in dat de gedaagde niet kan volstaan met ontkenning van de stellingen van de eiser, maar dat hij op dit punt zijn ontkenning zodanig handen en voeten geeft dat hij eiser aldus aanknopingspunten geeft in verband met het door hem te leveren bewijs. De gedachte is dat het hier gaat om feiten en omstandigheden in het domein van gedaagde. Voldoet deze niet aan de verzwaarde stelplicht, dan staan de stellingen van eiser bij gebreke van voldoende betwisting vast.

– *het terugdringen van het bereik van het eigenschuldverweer*

Ik denk hierbij uiteraard aan het min of meer ecarteren van het verweer bij jonge kinderen in gevaarzettingsituaties⁹⁸ maar ook in het kader van artikel 185 WVV (de bekende 100%- en 50%-regel)⁹⁹ en van werkgeversaansprakelijkheid ex artikel 7:658.¹⁰⁰

– *de ‘voortuitgang’ die in het kader van de gerechtigdheid tot smartengeld is geboekt*

In eerste instantie valt op dat het smartengeldniveau in Nederland, althans het plafond, het afgelopen decennium eigenlijk niet is gestegen en dat terwijl in de ons omringende landen soms zelfs sprake is van een verdubbeling.¹⁰¹ Aan de andere kant is in de rechtspraak erkend dat geestelijk letsel een aantasting van de

95 HR 13 januari 1995, *NJ* 1997, 175 (CJHB) (De Heel/Korver), HR 6 oktober 1995, *NJ* 1998, 190 (CJHB) (Turnster) en HR 25 november 2005, *RodW* 2005, 132 (skeeleren).

96 Parallele ontwikkelingen waren er in het arbeidsongevallenrecht.

97 HR 20 november 1987, *NJ* 1988, 500 (PAS) (Timmer/Deutman), HR 13 januari 1995, *NJ* 1997, 175 (CJHB) (De Heel/Korver) en HR 23 november 2001, *NJ* 2002, 387 en 388 (JBMV) (informatieplicht). Zie overigens in ruimere zin over stelplicht en bewijslast in medische zaken I. Giesen, ‘Medische aansprakelijkheid in Nederland: een stand van zaken ten aanzien van de bewijslastverdeling’, in Kastelein e.a. 2003, p. 11 e.v.

98 HR 8 december 1989, *NJ* 1990, 778 (CJHB) (Lars Ruröde).

99 HR 1 juni 1990, *NJ* 1991, 720 (Ingrid Kolkman) en HR 28 februari 1992, *NJ* 1993, 566 (CJHB) (IZA/Vrerink).

100 HR 9 januari 1987, *NJ* 1987, 948 (Beijzede loopkat) en HR 20 september 1996, *NJ* 1997, 198 (PAS) (Pollemans/Hoondert).

101 S.D. Lindenbergh, Smartengeld-nummer van *Verkeersrecht* 2006, ANWB, Den Haag, p. 6 e.v.

persoon op andere wijze oplevert in de zin van artikel 6:106 lid 1 onder b,¹⁰² zij het dat daarvoor in uitgangspunt nodig is dat sprake is van een in de psychiatrie erkend ziektebeeld.¹⁰³ Bovendien is in het wrongful life-arrest erkend dat ook schending van het zelfbeschikkingsrecht of een ander persoonlijkheidsrecht als zodanig recht kan geven op smartengeld.¹⁰⁴

– de uitbreiding van de kring van gerechtigden tot vergoeding van personenschade

Opmerkelijk is het arrest inzake Johanna Kruidhof¹⁰⁵ waarin de Hoge Raad heeft aangenomen dat ouders die hun ernstig gewonde kind in hun vrije tijd hebben verzorgd recht hebben op schadevergoeding. Als maximum geldt daarbij hetgeen men terzake van professionele hulp in rekening had kunnen brengen. Inmiddels is er een concept-wetsvoorstel inkomensschade naasten dat een aanvulling van artikel 6:107 beoogt in verband met de verzorging en verpleging door naasten in hun vrije tijd of door het inleveren van inkomsten. De meerwaarde ten opzichte van genoemd arrest zit vooral daarin dat de vergoeding niet beperkt is tot de bespaarde kosten terzake van professionele hulp. De vergoeding kan derhalve hoger zijn. Daar komt dan nog bij dat de werkgever sinds 1995 het door hem doorbetaalde loon kan verhalen (artikel 6:107a). Ten slotte beoogt het hiervoor al vermelde wetsvoorstel affectieschade een beperkte kring van naasten een recht op vergoeding van affectieschade te geven in geval van overlijden of ernstig letsel.

– de beslissingen van de Hoge Raad op het punt van causaliteitsonzekerheid

Hier zien we diverse oplossingen in de alles-of-niets-sfeer, maar recentelijk ook een opmerkelijke toepassing van de figuur der proportionele aansprakelijkheid in de sfeer van de werkgeversaansprakelijkheid. Als alles-of-niets-oplossing die een der partijen met de last van onzekerheid opzadelen is te beschouwen de toepassing van artikel 6:99 (alternatieve causaliteit) in de DES-casus (dochters met kanker wisten niet van welke producent DES afkomstig was dat hun moeders hadden gebruikt). Het gevolg is dat de dochters in principe ieder der producenten voor volledige vergoeding van hun schade kunnen aanspreken.¹⁰⁶ Verder gaat het uiteraard om de veel besproken omkeringsregel die nog aan de orde komt. Spectaculair is dat de Hoge Raad de figuur der proportionele aansprakelijkheid heeft aanvaard in een zaak waarin een voormalige werknemer die tijdens zijn werk is blootgesteld aan asbest longkanker oploopt en zijn werkgever ex artikel 7:658 aanspreekt. De werkgever acht het rookgedrag een reëlere oorzaak en wijst de claim van de hand. Wetenschappelijk is niet te bepalen welke oorzaak de long-

102 Zie onder meer HR 13 januari 1995, NJ 1997, 366 (CJHB) (Ontvanger/Bos) en HR 21 februari 1997, NJ 1999, 145 (CJHB) (wrongful birth).

103 HR 22 februari 2002, NJ 2002, 240 (JBMV) (Kindertaxi).

104 HR 18 maart 2005, NJ 2006, 606 (JBMV).

105 HR 28 mei 1999, NJ 1999, 564 (ARB).

106 HR 9 oktober 1992, NJ 1994, 435 (CJHB).

kanker heeft, hooguit kan een inschatting worden gemaakt van de kans dat de asbestblootstelling de oorzaak is. De Hoge Raad verwerpt gemotiveerd een alles-of-niets-benadering die zou inhouden dat de causaliteitsonzekerheid op een van de twee betrokkenen, werkgever of werknemer, zou worden afgewenteld en kiest voor een proportionele benadering,¹⁰⁷ waarin uiteindelijk beslissend zal zijn het oordeel van deskundigen omtrent de kans dat de longkanker van eiser in kwestie aan asbestblootstelling is toe te schrijven. Ik laat op dit moment even daar dat het arrest op zijn beurt de nodige vragen oproept. Aangenomen mag worden dat het een stevige steun in de rug is voor de in de lagere rechtspraak al langer geleden ingezette trend om juist ook op het vlak van medische aansprakelijkheid proportionele aansprakelijkheid aan te nemen onder meer door gebruik te maken van de figuur van ‘verlies van een kans’.¹⁰⁸

– *ontwikkelingen op het vlak van de verjaring*

Ook deze staan in het teken van uitdijning. Weliswaar heeft de Hoge Raad in de zaak B/Diaconessenhuis overwogen dat de rechtszekerheid ‘voorrang’ heeft op de individuele gerechtigheid,¹⁰⁹ uiteindelijk heeft dit hem er niet van weerhouden te aanvaarden dat de redelijkheid en billijkheid in de weg kunnen staan aan een beroep op verjaring wanneer de ziekte pas aan het licht komt na het verstrijken van de zogenoemde lange termijn (twintig of dertig jaar) van artikel 3:310.¹¹⁰ Volgens heeft de Hoge Raad in afwijking van artikel 3:310 aangenomen dat de korte termijn van vijf jaar pas aanvangt wanneer de betrokkene daadwerkelijk in staat is een rechtsvordering in te stellen, wat bijvoorbeeld kan inhouden dat een zekere kennis van de oorzaak (dus méér dan alleen van schade en aansprakelijke persoon) nodig is.¹¹¹ Ook de wetgever heeft zich niet onbetuigd gelaten. Ik noem hier in het bijzonder invoering van artikel 3:310 lid 5 dat inhoudt dat voor persoonschade alleen nog maar de korte termijn van vijf jaar geldt. Ingevolge het overgangsrecht heeft deze belangrijke wijziging alleen gevolgen voor gebeurtenissen na 1 februari 2004.

61. Vooral de Hoge Raad manifesteert zich op het terrein van het aansprakelijkheids- en schadevergoedingsrecht. Van een uitgewerkt ‘op de hei’ tot stand gebracht meerjarenplan (Aansprakelijkheidsrecht 2005-2010) lijkt geen sprake, doch van enkele lijnen toch wel. De hausse van de jaren negentig van de vorige eeuw mag dan achter ons liggen, hier en daar lijkt zelfs sprake van enige terughoudendheid, doch mijn indruk is dat de Hoge Raad nog steeds bereid is om

107 HR 31 maart 2006, *RvdW* 2006, 328 (Eternit/Karamus).

108 Zie onder meer Chr.H. van Dijk, ‘Toepassing van de theorie van verlies van een kans bij medische aansprakelijkheid’, in Kastelein e.a. 2003, p. 27 e.v.

109 HR 3 november 1995, *NJ* 1998, 380 (CJHB).

110 HR 28 april 2000, *NJ* 2000, 430 en 431 (ARB) (asbestarresten).

111 HR 31 oktober 2003, *NJ* 2006, 112 (C.E. du Perron) (Jasper Saelman).

stappen te zetten wanneer de nieuwe aansprakelijkheid goed in het wettelijk systeem past – zoals in wezen bij *wrongful birth* en *wrongful life* het geval is ('technisch' mogelijk, buitenwettelijke argumenten hebben beperkt draagvlak)¹¹² – of wanneer zij duidelijk in het verlengde ligt van zijn eerdere rechtspraak. Aldus gaan we nog immer 'voorwaarts': in de rechtspraak zijn, gegeven dat *claimanten* geen belang hebben bij een stap terug, alleen maar pogingen aan de orde om het aansprakelijkheidsrecht 'uit te breiden'. Niet al deze verzoeken worden gehonoreerd, doch van daadwerkelijke achteruitgang is geen sprake. Ik ken geen voorbeelden waarin de Hoge Raad op zijn schreden terugkeert en niet-aansprakelijkheid afkondigt waar voorheen aansprakelijkheid aan de orde was.¹¹³ Ook de *doctrine* is eigenlijk alleen geïnteresseerd in uitbreiding van het bereik en verbetering van de werking van het aansprakelijkheidsrecht. Aan het vergoedingsfront trachten we hindernissen op te ruimen (causaliteitsproblemen, bewijsproblemen) en de voor vergoeding in aanmerking komende schade uit te breiden (verlies vrije tijd, inkomensschade naasten, schrik- en affectieschade), terwijl aan het front van de gedragsbeïnvloeding wordt ingezet op verbetering van de effectiviteit van het aansprakelijkheidsrecht onder meer door heil te zoeken bij de *behaviorial economics*. Verder kijken we naar de feiten van het systeem: de toegang tot het (aansprakelijkheids)recht kan beter, obstakels in het schaderegelingsproces moeten worden verwijderd. Het is niet gezegd dat deze plannen en inzichten allemaal invloed zullen hebben op politiek en Hoge Raad. Het betekent wel dat de (aangezwengelde) ontwikkelingen per saldo alle in dezelfde richting wijzen: uitbreiding van het bereik en intensiever gebruik van het aansprakelijkheidsrecht, meer claimanten, meer claims. Of we ons realiseren dat we aldus afstevenen op een maatschappij waarin het aansprakelijkheidsrecht almaar aan belang wint en of we aldus werkelijk een betere samenleving creëren, zijn vragen die onvoldoende aandacht krijgen. Veel meer dan een halfslachtige regeringsnota over de ontwikkeling in de richting van een claimcultuur kan niet worden geboekt.

28. Een claimcultuur

62. Deze nota staat in het teken van de angst. De overheid vreest (het ontstaan van) een claimcultuur die omschreven wordt als een cultuur waarin burgers elkaar veelvuldig en voor hoge bedragen in juridische zin aanspreken ter vergoeding van geleden schade.¹¹⁴ Een niet onbelangrijke rol in dit verband spelen de ontwikkelingen binnen het aansprakelijkheidsrecht zelf, zoals die al aan de orde zijn gekomen. Het aantal vergoedingskansen is gestegen. Naar mag worden aangenomen proberen gelaedeerden deze ook te benutten. Het verbaast in het licht

112 Hierna 33.

113 Slechts de ondergang van de omkeringsregel komt in aanmerking. Ook dan gaat het om een uitzondering.

114 Zie *Kamerstukken II 1998/99*, 26 630, nr. 1, p. 2.

van de eerder genoemde ‘instrumentalisering’ niet dat er oog is voor de voordelen van het gebruik van het aansprakelijkheidsrecht. Zo zou de preventieve werking van het aansprakelijkheidsrecht door een sterkere claimbereidheid beter tot haar recht komen: aansprakelijkheid voor schade stimuleert potentiële veroorzakers de nadelige gevolgen van hun handelen in de afweging te betrekken. Door het (gebruikmaken van het) aansprakelijkheidsrecht kan bijvoorbeeld een grotere productveiligheid (productenaansprakelijkheid), arbeidsveiligheid (werkgevers-aansprakelijkheid), zorgvuldiger medisch handelen (medische aansprakelijkheid) en ook een beter riskmanagement bij beroepsbeoefenaren worden gerealiseerd. In de tweede plaats appelleert vergoeding van de schade door de veroorzaker ervan aan het rechtvaardigheidsgevoel, hetgeen dan vooral bij personenschade in het oog zou springen. In de nota komen echter ook minder aardige kanten van het gebruik van het aansprakelijkheidsrecht aan de orde.¹¹⁵ In dat verband wordt onder meer gewezen op het gevaar van maatschappelijk onwenselijk gedrag (plegen van onnodige investeringen, *defensive medicine*, zelfcensuur, weigeren hulp te verlenen, afgeremde innovatie, afgedwongen schikkingen, et cetera), eventuele ongewenste ontwikkelingen in de sfeer van prijzen van goederen en diensten en het gevaar van onverzekerbaarheid. De (toenmalige) regering neemt vervolgens als uitgangspunt dat het gebruik van het aansprakelijkheidsrecht als zodanig niet moet worden bestreden, doch dat uitwassen moeten worden voorkomen. Een nadere analyse leert echter dat verdere toename van het aantal claims en verdere uitbreiding van het aansprakelijkheidsrecht onwenselijk is. Naar het oordeel van de regering moet de status quo gehandhaafd blijven om problemen te voorkomen. Waarom dat nodig is, wordt bij gebreke van een normatief referentiekader echter niet goed duidelijk.¹¹⁶

63. Om een juist ook vanuit het oogpunt van medische aansprakelijkheid relevant voorbeeld te geven:¹¹⁷ toename van het aantal claims zegt niets over het al dan niet wenselijk zijn ervan.¹¹⁸ Het kan immers heel wel gaan om tot voor kort verborgen gebleven gerechtvaardigde claims gegrond op foutief handelen van professionals die nu eindelijk wel worden ingesteld. In dat geval zou veeleer, gelet op de functies van het aansprakelijkheidsrecht, een positieve waardering op haar

115 *Kamerstukken II 1998/99*, 26 630, nr. 1, p. 6 e.v.

116 In deze zin M. Faure en T. Hartlief, *NJB 1999*, p. 2009 e.v. Barendrecht 2002 geeft een beoordelingskader.

117 W.G. Verkruijsen, *NJB 1997*, p. 846 e.v.

118 J.H. Hubben en I. Christiaans, *Nederlands Tijdschrift voor Geneeskunde 2004*, p. 1250 e.v. suggereren een verband tussen een zekere stijging en de toename van het aantal verrichtingen. Overigens is destijds niet geëvalueerd of invoering van afdeling 7.7.5, zoals wel werd gevreesd, heeft bijgedragen aan een klaag- en claimcultuur. Zie Kastelein 2002. In het algemeen wordt overigens gedacht dat dit effect is uitgebleven. Zie bijvoorbeeld H.D.C. Roscam Abbing, *Contracteren 2006*, p. 20-21.

plaats zijn. Die waardering zou zich zelfs kunnen uitstrekken tot bepaalde door 'Den Haag' verfoeide vormen van resultaatsafhankelijke beloning zoals *no cure no pay*. Het is immers mogelijk dat juist deze beloningswijze tot nu toe verborgen reële claims te voorschijn doet komen. Zolang reële claims verborgen blijven, blijft een deel van het positieve effect dat het aansprakelijkheidsrecht zou kunnen hebben op het vlak van onder meer preventie, vergoeding en genoegdoening uit. Zorgelijk wordt het pas wanneer niet-reële claims het systeem zouden platleggen of zo onder druk zouden zetten dat een normaal functioneren onmogelijk is. Dan zouden maatregelen op hun plaats zijn, zij het dan uiteraard gericht op het voorkomen van het instellen van niet-reële claims. Voor zover het om reële claims gaat, kan een stijging moeilijk worden veroordeeld. Met een dergelijke ontwikkeling in de richting van een claimcultuur is niets mis. Wat wel zorgen baart, is een sombere ontwikkeling op het vlak van de verzekeraarbaarheid.

29. Het belang van aansprakelijkheidsverzekering

64. Voor het functioneren van het aansprakelijkheidsrecht is aansprakelijkheidsverzekering van groot belang. Het aansprakelijkheidsrecht zou er zonder aansprakelijkheidsverzekering anders uitzien. In die zin speelt zij een fundamentele rol. Dat geldt uiteraard ook waar het vergoeding van slachtoffers betreft. Hier is duidelijk van een verandering van perspectief sprake:¹¹⁹ aanvankelijk werd het gezien als instrument van daderbescherming (bescherming van zijn vermogen), inmiddels is er sprake van een nevenschikking van dader- en slachtofferbescherming. Zelfs waar het preventie aangaat, levert aansprakelijkheidsverzekering een positieve bijdrage: zij zorgt voor solvente daders en daarmee voor claims zodat het aansprakelijkheidsrecht zijn functies kan uitoefenen. Daar komt bij dat het veelal de aansprakelijkheidsverzekeraar is die ervoor zorgt dat de verzekerde financieel belang behoudt bij het vermijden van schade aan anderen (eigen risico, opzegging, bonus/malus): het is dan de verzekeraar die 'prikkel't. Hij vormt, zo zou men kunnen zeggen, een *intermediair* tussen het aansprakelijkheidsrecht en de verzekerde, juist op het punt van preventie en veiligheid: hij zorgt ervoor dat de verzekerde uiteindelijk tot zorgvuldig gedrag aangezet wordt.

65. Dat een verzekeraar het risico kan overnemen, komt, zo plegen we te zeggen, door de wet van de grote getallen. Hij kan het risico over een grotere groep spreiden. Intussen is het van belang zo klein mogelijke risicogroepen te vormen waarin de premie zoveel mogelijk aansluit bij het individuele risico van de leden van die groep. Gebeurt dat niet dan kan antiselectie optreden: is een risicogroep bijvoorbeeld te groot dan wordt de gemiddelde premie voor een verzekerde die een 'goed risico' kan worden genoemd relatief te hoog, zodat hij de groep zal ver-

119 J.H. Wansink, *De algemene aansprakelijkheidsverzekering*, derde druk, Kluwer, Deventer 2006, p. 1-2.

laten. Antiselectie kan er uiteindelijk toe leiden dat de verzekeraar met de slechte risico's blijft zitten; de verzekeringscrisis in de jaren tachtig van de vorige eeuw in Amerika zou voornamelijk aan dit probleem kunnen worden toegeschreven.¹²⁰ Wanneer verzekeraars met slechte risico's blijven zitten, kunnen activiteiten zelfs onverzekerbaar worden.

66. Essentieel is dat de verzekeraar beschikt over informatie, bijvoorbeeld over de waarschijnlijkheid dat de schade zich zal voordoen en over de omvang ervan. Deze informatie is nodig om de premie te stellen, maar ook om de omvang in te schatten van de reservering die dient te worden gemaakt voor het geval dat het risico zich realiseert. Informatie is ook van belang in verband met risicodifferentiatie. Pas wanneer de verzekeraar weet welke factoren het risico beïnvloeden, zal hij in staat zijn accurate risicogroepen te maken. Het kostenaspect speelt hier echter een grote rol. Zo is een zuiver individuele tarificatie geen haalbare kaart, omdat de kosten daarvan inefficiënt hoog zijn.

30. Theorie is geen praktijk

67. De theorie blijkt niet altijd ook de praktijk. Verzekeraars handelen niet altijd zoals de theorie zou wensen. Zo wordt veel verwacht van verzekeringsvoorwaarden. Zij kunnen een informatietekort bij verzekerden met betrekking tot de inhoud van het aansprakelijkheidsrecht of (veiligheids)regulering aanvullen en verzekerden prikkelen tot zorgvuldig gedrag. Ik heb al gewezen op instrumenten die de aansprakelijkheidsverzekeraars ten dienste staan. Of zij daarvan daadwerkelijk gebruikmaken is echter een kwestie van bedrijfspolitiek waarbij commerciële overwegingen (contract in de wacht slepen, klant behouden) het kunnen winnen van andere (klant 'screenen', aanzetten tot wijziging van zijn gedrag). Daar komt bij dat er aan het voorschrijven van bepaalde preventieve maatregelen, met name aan een concrete verzekerde gelet op zijn specifieke gedrag, een behoorlijk kostenplaatje verbonden kan zijn dat in ieder geval waar het de korte termijn aangaat wellicht prohibitief is. Om bijvoorbeeld te weten of een bepaald ziekenhuis intern zijn werkwijze zal moeten herzien, moet eerst worden achterhaald waar de fouten gemaakt worden en waarom zij gemaakt worden. Naar verluidt was dit soort kostenoverwegingen in het verleden voor verzekeraars van medische aansprakelijkheid reden om niet al teveel energie te steken in preventie.¹²¹ Op andere terreinen kunnen vergelijkbare benaderingen worden aangewezen. Zo is op het terrein van de werkgeversaansprakelijkheid voor beroepsziekten gebleken dat verzekeraars in de praktijk weinig gebruikmaken (-maakten) van de mogelijkheden tot risicodifferentiatie.¹²² Nog steeds wordt er onvoldoende

120 G. Priest, *Yale Law Journal* 1987, p. 1521 e.v.

121 M. Faure, *NJB* 1995, p. 1227 e.v.

122 Zie M. Faure en T. Hartlief (red.), *Verzekering en de groeiende aansprakelijkheidslast*, Kluwer, Deventer 1995.

gekeken naar preventieve inspanningen van de verzekerde:¹²³ premies worden in de praktijk kennelijk nog steeds in zeer belangrijke mate bepaald door het omzetvolume van de verzekerde, hetgeen toch bezwaarlijk als een goede indicatie van de risicograad kan worden beschouwd. Dat dit nog steeds zo is, kan weer in verband worden gebracht met de kosten verbonden aan risicodifferentiatie. Dit alles geeft uiteindelijk ook aanleiding tot bezorgdheid. Wanneer verzekeraars immers niet via differentiatie van polis- en premievoorwaarden goede risico's belonen voor preventieve inspanningen en slechte risico's bestraffen, zou dit tot een verhoging van het maatschappelijk risico kunnen leiden.

68. Voor de medische aansprakelijkheid geldt dat maar van een zeer beperkt aanbod aan verzekeraarszijde sprake is. Kennelijk is dit geen aantrekkelijke markt voor verzekeraars. Het is de vraag waardoor dit precies komt. De problemen kunnen eigenlijk niet in de inhoud van het aansprakelijkheidsrecht liggen, omdat op dit vlak geen sprake is van structurele ontwikkelingen die haaks staan op verzekeringseconomische beginselen. Dat zou bijvoorbeeld wel het geval zijn wanneer wetgever en rechtspraak met terugwerkende kracht nieuwe aansprakelijkheden zouden introduceren, zodat verzekeraars hun premie- en reserveringsbeleid niet hebben kunnen aanpassen. In de wetgeving wordt goed nagedacht over het overgangsrecht (denk aan het al genoemde artikel 3:310 lid 5), terwijl ook de Hoge Raad pleegt te benadrukken dat de normen ten tijde van het handelen (inzichten van 'toen') beslissend zijn bij de beoordeling van het aan de orde gestelde gedrag.¹²⁴ Wat wel aan de orde kan zijn, is een of meer van de volgende punten:

- verkeerde inschatting aan verzekeraarskant omtrent de inhoud van het *huidige* recht met als gevolg onjuiste premiestelling en verkeerd reserveringsbeleid¹²⁵ (hebben verzekeraars bijvoorbeeld wel voldoende rekening gehouden met de mogelijkheid dat de Hoge Raad het bestaan van ongeschreven veiligheidsnormen zou erkennen?);
- onvoldoende aandacht voor kwaliteitsmanagement en in verband daarmee risicodifferentiatie en gedragscontrole via polisvoorwaarden bijvoorbeeld vanwege de kosten die hieraan verbonden zijn, maar ook omdat men niet bereid is binnen de beroepsgroep de 'bokken van de schapen te scheiden' (het *respectable profession*-argument);¹²⁶
- de mogelijkheid dat de wijze waarop de gezondheidszorg is gefinancierd in de weg staat aan het op juiste wijze (en aan de juiste personen en instanties) in

123 Zie in dit verband ook W.H. van Boom, *AV&S* 2003, p. 39.

124 Zie bijvoorbeeld HR 2 oktober 1998, *NJ* 1998, 683 (JBMV) (Cijssouw/De Schelde II) en HR 13 oktober 2006, *RvdW* 2006, 941 (Vie d'Or).

125 T. Hartlief, *Ars Aequi* 2005, p. 553 e.v.

126 R. Dingwall en P. Fenn, *International Review of Law and Economics* 1987, p. 51.

rekening brengen van de kosten van hun gedrag (fouten) zodat een optimale prikkelwerking ontbreekt.¹²⁷

Vooraf op het eerste vlak kunnen verzekeraars hun werk beter doen. De andere punten geven aan dat de verzekeraar misschien minder grip op de zaak heeft dan wenselijk is.

31. Medische aansprakelijkheid. (N)iets bijzonders?

69. Bij het beantwoorden van deze vraag kan men verschillende perspectieven kiezen. Kijkend naar lijnen in het rechtsgebied, zou ik geneigd zijn als vertrekpunt te nemen dat het rechtsgebied in zijn ontwikkeling gelijke tred houdt met het grotere geheel, het aansprakelijkheidsrecht. Bij medische aansprakelijkheid gaat het 'gewoon' om toepassing van de normale regels van het aansprakelijkheidsrecht, medische aansprakelijkheid betreft 'slechts' een van de aansprakelijkheden ter zake van personenschade, naast andere. Bij verkeersaansprakelijkheid, werkgeversaansprakelijkheid en gevaarstelling komen we dezelfde soort vragen en antwoorden tegen als bij medische aansprakelijkheid. Qua regime zijn er geen grote verschillen, hoewel ik op dit punt nog wel even terugkom. Misschien liggen de bijzonderheden wel op een ander vlak. Bijzonder is natuurlijk dat de patiënt 'welbewust' een ander toelaat 'iets te doen' in verband met zijn gezondheid 'aan zijn lichaam'. Fouten die in dat verband worden gemaakt, treffen dus ook per definitie lichaam en gezondheid. Dit aspect is sterker dan waar ook, zij het dat er ook in andere situaties een zware verantwoordelijkheid voor iemands veiligheid kan zijn. Te denken valt bijvoorbeeld aan de zorgplicht van de werkgever voor een veilige werkomgeving (artikel 7:658). Dat is echter niet de kern van de arbeidsovereenkomst, doch een van de primaire verantwoordelijkheden van de werkgever. Niet zonder betekenis lijkt mij, zowel voor de toepassing en waardering van het recht als voor de beleving van de direct betrokkenen, patiënt en hulpverlener, dat het hier gaat om mensenwerk. Mensen maken fouten. Dat geeft een zeker 'onvermijdelijkheidsgevoel', medische aansprakelijkheid is er gewoon en hoort er te zijn, het geeft ook het belang aan van zorg(plicht). Zorgen voor procedures, zorgen voor maatregelen, zorgen voor veiligheid, maar ook voor goede werkomstandigheden. En juist hier is het beeld bij de buitenwacht van, laat ik voor het gemak zeggen: wat er in een ziekenhuis gebeurt, niet erg positief. Bij herhaling zijn er berichten in de media over bacteriën, over spanning tussen specialisten. Er wordt veel geklaagd over werkdruk voor hulpverleners. Deze is

127 Vgl. J.C.J. Dute en M. Faure, *Evaluatie Tijdelijk besluit verplichte verzekering bij medisch-wetenschappelijk onderzoek met mensen*, ZonMW, Den Haag 2002, p. 192 e.v. alsmede S. Callens, I. Volbragt en H. Nys, *Kostenbesparende richtlijnen, kwaliteitsvolle zorg en medische aansprakelijkheid*, Intersentia, Antwerpen/Oxford 2006.

vaak ook zichtbaar voor patiënten en uit zich onder meer in een gevoel van niet helemaal serieus genomen worden ('de dokter had haast en wist niet precies meer wie ik was'). Typerend voor de gezondheidszorg, waarin het paradoxaal genoeg gaat om het hoogste goed (gezondheid), is dat het, méér dan waar ook, gebruikelijk is om onervaren krachten in het kader van hun opleiding in te schakelen.¹²⁸ Evenzeer in het oog springt dat al snel velen bij de behandeling en zorg van één persoon betrokken zijn, zodat overdracht en communicatie van groot belang zijn. Juist hier zijn al snel fouten gemaakt. Dit alles is voor mij geen reden om een bijzondere *behandeling* van de medische aansprakelijkheid als zodanig te bepleiten. Het onderstreept wel dat deze 'hoek' bijzondere *aandacht* verdient. Op het vlak van veiligheid en kwaliteit is er veel te bewaken en lijkt er ook nog het nodige te verbeteren.

70. Wanneer ik mij richt op de ontwikkelingen in het recht stel ik vast dat medische aansprakelijkheid eerst en vooral 'meedoet' in de zin dat ontwikkelingen en discussies parallel (lijken te) lopen met die in het aansprakelijkheidsrecht als zodanig. Dat geldt bijvoorbeeld voor de aandacht voor handhaving, of beter: zingeving, door de gelaedeerde (hier: de patiënt) bijvoorbeeld op het punt van bewijs en causaliteit te hulp te schieten. Het geldt evenzeer voor de aandacht voor alternatieve systemen. In 'het algemene' wordt de *no fault*-discussie op het terrein van medische aansprakelijkheid steevast als een van de belangrijke voorbeelden behandeld. Of er andersom, in de *no fault*-discussie op het terrein van medische aansprakelijkheid, vervolgens wel steeds voldoende belangstelling is voor (mogelijke) verschuivingen in de richting van alternatieve systemen op andere deelterreinen van het aansprakelijkheidsrecht (verkeer, milieu, arbeid),¹²⁹ waag ik te betwijfelen. Hier stuiten we op een van de gevolgen van de constatering uit het eerste deel van mijn betoog: 'algemeen' en 'bijzonder', althans degenen die zich op deze terreinen bewegen, zijn onvoldoende met elkaar in gesprek. En dat is jammer, al is het maar omdat zij van elkaar kunnen leren.

32. Proeftuin

71. Dat zeg ik onder meer omdat kan worden vastgesteld dat de medische aansprakelijkheid vaak een motor voor de rechtsontwikkeling op het terrein van het aansprakelijkheidsrecht is. Het medische aansprakelijkheidsrecht wil nog wel eens vooroplopen. Het is een soort proeftuin in die zin dat verschillende uiteindelijk algemene ontwikkelingen in de sfeer van medische aansprakelijkheid zijn begonnen. Ik heb de 'uitbouw' van de categorie der verkeers- en veiligheidsnormen hiervoor al genoemd. De Hoge Raad heeft juist in een zaak waarin het

128 Vgl. Stolker 1995, p. 3-4.

129 Zie in dit verband T. Hartlief en S. Klosse (red.), *Einde van het aansprakelijkheidsrecht?*, BJU, Den Haag 2003.

ging om letsel ontstaan in een ziekenhuis, een patiënt valt tijdens het ontwaken uit de narcose uit zijn bed en loopt ernstig letsel op, het bestaan van ongeschreven veiligheidsnormen aanvaard¹³⁰ met alle consequenties van dien (toerekening van gevolgen buiten de lijn der verwachtingen ex artikel 6:98, toepassing van de omkeringsregel bij onzekerheid over het *condicio-sine-qua-non-verband* tussen fout en schade). Ook al genoemd is de voor de positie van patiënten uiterst belangrijke techniek van de verzwaarde stelplicht: het is de 'ontkennende' gedaagde die de eiser aanknopingspunten voor zijn bewijs moet aanleveren.¹³¹ Deze techniek behoort inmiddels tot het 'algemeen deel' van het bewijsrecht.

72. Niet toevallig lijkt mij bovendien dat de Hoge Raad in een 'medische' zaak op het punt van verjaring een belangrijke eisersvriendelijke stap heeft gezet: bij Jasper Saelman was iets misgegaan bij de bevalling (hersensbeschadiging als gevolg van ademnood), doch was zijn ouders niet duidelijk geworden (en vooral ook niet gemaakt) dat sprake was van mogelijk foutief gedrag aan de zijde van het ziekenhuis. Toen zij daar pas jaren later op werden geattendeerd, werden zij geconfronteerd met een door het hof gehonoreerd beroep op verjaring. Omdat zij eigenlijk al vanaf de geboorte op de hoogte waren van de schade en bekend waren met de aansprakelijke persoon (althans in de redenering van het hof: bekend waren met degenen die zij aansprakelijk zouden kunnen stellen, zo er een fout zou zijn gemaakt) en er inmiddels vijf jaar waren verstreken, was de vordering ex artikel 3:310 verjaard. Kernvraag in de procedure is of het in zulke gevallen niet vereist is dat de betrokkene ook (zekere) kennis heeft van de *oorzaak* van de schade. Omdat deze schade ook een natuurlijke oorzaak kon hebben en er voor de ouders ook geen indicaties waren dat de oorzaak in casu niet natuurlijk was, dachten zij niet aan een claim. In afwijking van de tekst van artikel 3:310 is voor de Hoge Raad inmiddels beslissend voor de aanvang van de korte verjaringstermijn of de eiser daadwerkelijk in staat was een rechtsvordering in te stellen.¹³² Dat is hij niet, wanneer hij geen zicht heeft op de oorzaak, althans wanneer hij, hetgeen juist in de medische sfeer veel voorkomt, mocht denken dat de schade ook een natuurlijke oorzaak kon hebben. Deze lijn van de Hoge Raad is weliswaar niet tot personenschade beperkt,¹³³ laat staan tot medische aansprakelijkheid, maar zal eerst en vooral op dit laatste terrein praktische betekenis hebben.¹³⁴

130 HR 13 januari 1995, *NJ* 1997, 175 (CJHB) (De Heel/Korver).

131 Zie onder meer HR 20 november 1987, *NJ* 1988, 500 (PAS) (Timmer/Deutman).

132 HR 31 oktober 2003, *NJ* 2006, 112 (C.E. du Perron).

133 Zie bijvoorbeeld HR 20 februari 2004, *NJ* 2006, 113 (Meissner/Bloemsma BV) en HR 26 november 2004, *NJ* 2006, 115 (C.E. du Perron) (Bosman/G.).

134 In deze zin reeds De Ridder 2006, p. 227. Ook in de medische sfeer ligt HR 27 mei 2005, *NJ* 2006, 114 (visusvermindering).

33. Grenzen in zicht

73. Voorbeeldig zijn de arresten van de Hoge Raad waarin de spankracht van het aansprakelijkheidsrecht aan de orde is, zijn grenzen in beeld zijn gekomen en volgens sommigen ook zijn overschreden. Ik doel op de arresten waarin de Hoge Raad de *wrongful birth*- en *wrongful life*-vordering heeft erkend. Nadat de Hoge Raad in het *wrongful birth*-arrest¹³⁵ had erkend dat de ouders van een gezin die geen kinderen meer wilden en in verband daarmee maatregelen hadden getroffen, recht hebben op vergoeding van de schade die zij lijdten doordat zij (mede) als gevolg van de fout van een gynaecoloog hun gezin toch nog uitgebreid zagen, was het wachten op een *wrongful life*-vordering. Zij houdt in de kern in dat de eiser gelet op zijn of haar handicaps stelt liever niet te hebben willen bestaan en, nu dat anders is, schadevergoeding te wensen. In binnen- en buitenland zijn bezwaren geformuleerd tegen toewijzing van een dergelijke vordering.¹³⁶ Het zijn daarbij vooral bezwaren van ethische en rechtspolitieke aard die tot de verbeelding spreken:

- het leven zou niet serieus worden genomen;
- toewijzing zou in strijd zijn met de menselijke waardigheid;
- het gehandicapte leven zou worden gediskwalificeerd;
- ouders zouden het risico lopen door hun kinderen te worden aangesproken op het nalaten onderzoek te doen naar mogelijke afwijkingen of op het nalaten abortus te plegen hoewel daarvoor duidelijke indicaties aanwezig waren; en
- toewijzing zou nadelige consequenties hebben voor het functioneren van artsen.

In diverse andere landen werd al eerder over *wrongful life*-vorderingen geoordeeld en het beeld was daarbij bepaald niet gunstig.¹³⁷ De Franse situatie springt daarbij in het oog: na enkele voor de eiser(s) gunstige rechterlijke beslissingen, greep de wetgever in en verbood hij de claim. De Nederlandse rechter mocht oordelen over de vordering van Kelly. Haar zaak kenmerkt zich door het feit dat vaststaat dat de verloskundige heeft nagelaten prenataal onderzoek te doen naar mogelijke afwijkingen terwijl daarvoor wel indicaties bestonden en tevens dat bij een onderzoek afwijkingen aan het licht waren gekomen die de ouders tot abortus hadden doen besluiten. Kelly vordert vervolgens vergoeding van de kosten van haar bestaan alsmede smartengeld: zou de verloskundige zorgvuldig hebben gehandeld, dan zou zij immers niet hebben bestaan. De Hoge Raad heeft deze

135 HR 21 februari 1997, *NJ* 1999, 145 (CJHB).

136 Zie in dit verband onder (heel veel) meer C.J.J.M. Stolker en M.P. Sombroek-van Doorm, *NTBR* 2003, p. 496 e.v. en de diverse bijdragen in de S.C.J.J. Kortmann en B.C.J. Hamel (red.), *Wrongful birth en wrongful life*, Kluwer, Deventer 2004.

137 Zie overzicht van P-G Hartkamp voor HR 18 maart 2005, *NJ* 2006, 606 (JBMV) onder 23 e.v.

vordering toegewezen.¹³⁸ Kelly heeft recht op vergoeding van de kosten van haar levensonderhoud en niet slechts van de 'meerkosten' die het gevolg zijn van de handicaps¹³⁹ en bovendien ook op smartengeld. Net als het *wrongful birth*-arrest valt dit arrest op door zijn uitgebreide motivering. Het heeft ook betrekkelijk weinig commotie veroorzaakt, hoewel de diverse commentatoren ieder hun punten van kritiek hebben.

74. In zijn arrest heeft de Hoge Raad diverse rechtspolitieke bezwaren tegen de *wrongful life*-vordering geneutraliseerd.¹⁴⁰ Zo heeft hij uitdrukkelijk een recht op abortus van een kind in de relatie met de moeder ontkend, uiteraard om te voorkomen, denk aan het bekende hellende vlak-argument,¹⁴¹ dat kinderen hun ouders gaan aanspreken ter zake van verkeerde beslissingen (de ouders hebben nagelaten een onderzoek in te stellen of hebben na een onderzoek niet gekozen voor abortus). Verder besteedt de Hoge Raad aandacht aan de consequenties voor de medische stand: hij suggereert duidelijk dat zijn arrest niet dwingt tot aanpassing van het gebruikelijke gedrag. Voor *defensive medicine* bestaat dan ook geen aanleiding. Dit argument stoelt erop dat artsen hun gedrag door de beslissing zouden gaan aanpassen uit vrees voor claims. De Hoge Raad benadrukt dat dit op zichzelf niet door de beslissing wordt bevorderd, omdat de basis voor aansprakelijkheid is dat de verloskundige anders had gehandeld dan gelet op hetgeen ten tijde van haar handelen van haar mocht worden verwacht. Zij had nu juist niet conform de gebruikelijke medische standaard gehandeld. Hoewel de Hoge Raad inhoudelijk gelijk heeft, moet er rekening mee worden gehouden dat artsen wel degelijk anders gaan handelen dan ze gewend waren te doen, omdat ze de kern van de beslissing niet kennen of daaromtrent een verkeerde perceptie hebben.¹⁴² Mede in dit verband is het van belang dat de medische stand goed wordt voorgelicht omtrent dit soort arresten.

75. Het gaat hier om vorderingen waarvan, zacht gezegd, niet iedereen voorstander is. Sterker dan bij andere thema's in het aansprakelijkheidrecht staan voor- en tegenstanders hier tegenover elkaar. Argumenten van verschillende aard en van verschillend gewicht worden gewisseld (juridisch-dogmatische argumenten, ethische argumenten, rechtspolitieke argumenten). Het heeft er de schijn van dat ook de tegenstanders in ieder geval door de wijze waarop de Hoge Raad zijn beslissingen heeft ingebed en heeft gemotiveerd vrede hebben met de uitkomst. In dit verband is naar mijn indruk van belang, dat ten onzent sprake is van een 'nuch-

138 HR 18 maart 2005, *NJ* 2006, 606 (JBMV).

139 Anders P-G Hartkamp en C.H. Sieburgh, *RM Themis* 2004, p. 204.

140 Zo ook C.J.J.M. Stolker en M.P. Sombroek-van Doorm in hun noot in *TvGR* 2005, p. 431 e.v.

141 J.H. Nieuwenhuis, *NJB* 2003, p. 1380 e.v. Zie ook H.A. Sarolea, *NJB* 2005, p. 1293.

142 Zie ook Roscam Abbing 2006, p. 8-9.

tere' houding in het aansprakelijkheids- en schadevergoedingsrecht.¹⁴³ Anders dan in sommige van de ons omringende landen nemen wij niet snel onze toevlucht tot 'zware woorden'¹⁴⁴ en het in stelling brengen van ethisch getint zwaar geschut. Mede daarom is de meerwaarde, in de zin van daadwerkelijke invloed op de uitkomst, van rechtsvergelijkende exercities juist bij *wrongful birth* en *wrongful life* uiteindelijk nogal beperkt: zowel A-G Vranken destijds als P-G Hartkamp voor het Kelly-arrest heeft in kaart gebracht hoe het de vordering elders is vergaan en daarbij interessante argumenten en redeneringen 'blootgelegd', maar in de uiteindelijke beslissingen ziet men daar weinig tot niets van terug.

76. Ik heb in dit verband van 'Hollandse toestanden' gesproken.¹⁴⁵ In beide arresten besteedt de Hoge Raad nadrukkelijk aandacht aan het wettelijk systeem en – wanneer dat op zich geen obstakel vormt – aan tegenargumenten: de meer rechtspolitiek en ethisch getinte argumenten. Dat die uiteindelijk toch niet makkelijk alsnog een halt toeroepen aan (toewijzing van) de vordering, zit daarin dat zich omtrent deze argumenten juist geen meerderheidsopvatting aftekent en, in plaats daarvan, dat er zo uiteenlopend over wordt gedacht. Naar mijn idee zit daarin de kern: de Hoge Raad kan moeilijk iets wat juridisch-technisch 'kan' alsnog tegenhouden met argumenten die, naar hij vrij zeker weet, slechts beperkte steun in de samenleving hebben. Tegen deze achtergrond en die van de rustige ontvangst van het arrest, verbaast het mij niet dat de regering heeft aangegeven niet tot wettelijk ingrijpen te zullen overgaan.¹⁴⁶

77. Met deze arresten stond en staat de medische aansprakelijkheid natuurlijk in het brandpunt van de belangstelling. Opvallend is dat juist bij dit soort spectaculaire arresten ook de 'gewone' civilisten het speelveld betreden en zich nadrukkelijk bemoeien met de waardering van de rechtsontwikkeling op (een deel van) het terrein van het gezondheidsrecht. Ook hier zou ik geneigd zijn accentverschillen aan te wijzen tussen de commentaren van 'gewone' civilisten en gezondheidsjuristen. Waar in de eerste groep het technische werk en het juridisch-dogmatische wellicht de overhand hebben en mede als gevolg daarvan al snel ook een voorkeur voor toewijzen althans problemen met afwijzen, ligt de nadruk in de tweede groep meer op ethische en rechtspolitieke tegenargumenten die soms een juridisch-technische vertaling krijgen ('we kunnen niet toewijzen, want er is van

143 Dit komt ook naar voren in de discussie omtrent de vraag of de rechter meer empathie in zijn uitspraken zou moeten neerleggen. Vgl. F.B. Bakels, *Ars Aequi* 2006, p. 568 e.v.

144 Zie in dit verband onder meer J.H. Nieuwenhuis, *RM Themis* 2004, p. 109-110 en S.D. Lindenberg, *TVP* 2004, p. 110 e.v.

145 *NTBR* 2005, p. 247-248.

146 *Kamerstukken II* 2004/05, 29 323, nr. 11, p. 4. Anders, zo lijkt het, M.A.J.M. Buijsen, *NJB* 2005, p. 840.

schade geen sprake, althans we kunnen die niet vaststellen'). In een onderling debat kunnen 'algemeen' en 'bijzonder' van elkaar leren.¹⁴⁷

34. Exportwaarde

78. Het 'algemene' zou ook op andere fronten kunnen profiteren van het 'bijzondere'. Ik kom hier nog één keer terug op afdeling 7.7.5 BW. Hoewel zij vanuit het perspectief van het aansprakelijkheidsrecht weinig om het lijf heeft, verdienen zowel de centrale aansprakelijkheid als het exoneratieverbod enige aandacht, omdat deze wellicht ook een zekere exportwaarde hebben. Zijn het figuren die ook elders toepassing verdienen?

79. De centrale aansprakelijkheid van het ziekenhuis van artikel 7:462 heeft een zekere aantrekkingskracht, doch haar betekenis moet niet worden overdreven. Uiteindelijk is zij een oplossing voor een beperkt probleem:¹⁴⁸ zij beoogt in geval van 'arts out' slechts een duidelijk loket aan te wijzen, doch brengt geen verandering in de voorwaarden voor aansprakelijkheid. Op dat punt is van verlichting dus geen sprake, terwijl het aansprakelijkheidsrecht ook wel voorbeelden kent van kanalisatie naar een bepaalde persoon die dan tevens risico-aansprakelijk is. Een dergelijke regeling zou voor patiënten aanzienlijk aantrekkelijker zijn dan het huidige regime. Op zich past de centrale aansprakelijkheid van het ziekenhuis in een meer algemene centraliseringstendens,¹⁴⁹ doch gelet op haar toch beperkte meerwaarde, verwacht ik uiteindelijk geen belangrijke verspreiding. Daar komt bij dat zij ook nadelen heeft. Zo is mijn indruk dat artikel 7:462 (en misverstanden over zijn betekenis) een zekere theorievorming omtrent aansprakelijkheid in teamverband en anderszins complexe samenwerkingsrelaties in de weg staat en daarmee ook een verdere rechtsontwikkeling. Ik denk in dit verband aan het in het Duitse recht ontwikkelde concept van de organisatiefouten (*Organisationsverschulden*).¹⁵⁰

147 Vermelding verdient W.H. van Boom, *AV&S* 2006, p. 8 e.v. omtrent verschuivingen ter zake van geboorteschades van het 'zuivere' aansprakelijkheidsrecht naar alternatieve vergoedingssystemen in diverse andere stelsels. Daarin is onder meer gekeken naar de achtergronden (verzekeringmarkt faalt, perceptie van artsen, etc.) en naar de behoeften van gezinnen ('medici, verzekeraars en politici bepalen het debat'). Voorlopige conclusie voor Nederland is dat het voor een overstap te vroeg is, vooral omdat wij nog te weinig weten. Is er wel een probleem?

148 Zie onder meer Stolker 1995, p. 2-3, Sluijters en Biesart 2005, p. 130 e.v., M.A. Goslings, *TvGR* 2000, p. 199-201, Kortmann 1990, p. 747-748, Hondius 1995, p. 1700 en Tjittes 1995, p. 278.

149 Tjittes 1995, p. 274 e.v.

150 Zie recentelijk Ten Hoopen e.a. 2006, p. 48 e.v.

80. Meer kans op succes heeft het 'uitventen' van het exoneratieverbod van artikel 7:463.¹⁵¹ Dit verbod heeft wonderlijk genoeg – of zien wij hier de effecten van de al eerder genoemde autonome ontwikkeling (de civilisten hebben dit niet echt gevolgd)? – vrijwel zonder slag of stoot de eindstreep gehaald en wordt inmiddels inderdaad wel tot voorbeeld gesteld voor andere relaties waarin personenschade aan de orde is. Zo wordt heden ten dage wel de vraag gesteld of ook buiten de andere gevallen die specifiek door de wetgever zijn geregeld (denk aan artikel 7:508 lid 1 (reisovereenkomst) en artikel 7:658 lid 3 (arbeidsovereenkomst)) exoneratie ter zake van personenschade niet in algemene zin verboden zou zijn (denk aan nietigheid wegens strijd met de goede zeden in de zin van artikel 3:40 lid 1).¹⁵² Mijn inschatting is dat de stap drastischer is dan men zich realiseert en (dan) ook niet strookt met de heersende rechtsopvatting. Men kan zich zelfs afvragen wat het draagvlak voor artikel 7:463 eigenlijk is. Waarop berust deze bepaling die behalve uitsluiting ook beperking van aansprakelijkheid verbiedt (op straffe van vernietigbaarheid (artikel 3:40 lid 2))? Uit de wetsgeschiedenis valt op te maken dat de aard van de schade, althans de belangen van leven en gezondheid, de overmachtspositie van ziekenhuis en arts en aard en ernst van de fout de doorslag hebben gegeven.¹⁵³ Ik heb de indruk dat ook heeft meegespeeld een wat ouderwetse visie op het vrije beroep van de arts, advocaat en notaris.¹⁵⁴ Die *hoorden* zich niet te kunnen vrijtekenen van aansprakelijkheid. Deze visie is voor wat betreft de advocaat en de notaris duidelijk verlaten, de praktijk is in ieder geval anders: beperking van aansprakelijkheid tot het bedrag van de op de aansprakelijkheidsverzekering verzekerde som is gebruik. Aan de juridische houdbaarheid wordt niet fundamenteel getwijfeld. Waarom zou dan een vergelijkbaar ingerichte beperking van aansprakelijkheid ten behoeve van de arts niet mogelijk zijn?¹⁵⁵ Is dan de afhankelijkheidsrelatie de omstandigheid die verschil maakt, of juist het feit dat het om personenschade gaat? Wat het laatste betreft moeten we vaststellen dat in de *rechtspraak* niet wordt uitgegaan van een algemeen verbod op exoneratie ter zake van personenschade. Veelal zal het zo zijn dat onder de noemer van afdeling 6.5.3 (algemene voorwaarden) het betrokken beding op onredelijke bezwarendheid wordt getoetst (artikel 6:233a jo. 237 sub f). Aangenomen mag worden dat bedingen die aansprakelijkheid beperken tot het bedrag van de op de aansprakelijkheidsverzekering verzekerde som de eind-

151 Zie meer Stolker 1995, p. 6, F.J. de Vries, 'Vrijtekening van beroepsaansprakelijkheid', in *Beroepsaansprakelijkheid* (J.Ph. Broekhuijzen e.a. red.), Ars Aequi Libri, Nijmegen 1995, p. 46-48, B. Sluijters en W. Kokkedee, *A&V* 1996, p. 4-5, Kortmann 1990, p. 748, Hondius 1995, p. 1704 en De Boer 1997.

152 In deze richting J.G.J. Rinkes en T.H.M. van Wechem, *AV&S* 2002, p. 185.

153 *Kamerstukken II* 1989/90, 21 561, nr. 3, p. 47-48.

154 Evenals wellicht een te ruime uitleg van HR 14 april 1950, *NJ* 1951, 17 (PhANH) (Röntgenstralen).

155 Vergelijk Stolker 1995, p. 6, Sluijters en Biesart 2005, p. 134 e.v., De Boer 1997, p. 32 e.v. en Kastelein 2002, p. 25-26.

streep halen.¹⁵⁶ Problematisch zijn dan bedingen die verder gaan. Dat is naar mijn indruk ook de achtergrond van het opmerkelijke arrest waarin het Hof Amsterdam een beroep van de Nederlandse Spoorwegen (NS) op haar limitering van aansprakelijkheid in verband met een ernstig geval van letselschade belet, niet alleen omdat de NS bewust roekeloos zou hebben gehandeld, maar ook omdat het beroep in strijd met de redelijkheid en billijkheid zou zijn.¹⁵⁷ Dat het hof ingrijpt, lijkt alles te maken te hebben met de voor letselschade zeer lage en dus zeer ingrijpende limiet: deze beperkte de aansprakelijkheid tot f 300.000,-. Onverkorte toepassing zou voor een gelaedeerde zeer ingrijpend zijn. De gemiddelde reiziger is zich in het geheel niet bewust van de (impact van de) limiet in geval van op het conto van de vervoerder te schrijven letselschade en heeft zich daartegen dan ook niet specifiek ingedekt. Naar mijn idee heeft het exonerationverbod van artikel 7:463 een onduidelijke achtergrond en gaat het verder dan noodzakelijk. Aansluiting zoeken bij de algemene lijn zou inhouden dat beperking van aansprakelijkheid wel degelijk mogelijk is, waarbij de omvang van de beperking afhankelijk is van de vraag of en zo ja, in hoeverre voor de aansprakelijke persoon verzekeringsdekking beschikbaar is, maar natuurlijk ook of een slachtoffer met het overeengekomen bedrag in het algemeen 'uit de voeten' kan. Het voorbeeld van de NS geeft aan dat het hier zeer wel mis kan gaan. Uiteindelijk is er in de doctrine echter een ontwikkeling in de richting van een algemeen verbod op exonaties ter zake van personenschade.¹⁵⁸ Naar mijn idee is deze ontwikkeling onvoldoende doordacht en dus verkeerd.

35. Een levend laboratorium

81. De balans begint somber te worden. Valt er dan voor 'het algemene' niets van 'het bijzondere' over te nemen? Hier zou ik toch het 'recht van binnen', zoals Legemaate dit heeft genoemd,¹⁵⁹ naar voren willen schuiven: de betekenis van protocollen, richtlijnen en dergelijke meer. Juist ook 'in het algemene' wordt meer en meer aandacht besteed aan zelfregulering; een model waarop volgens velen, in de politiek, maar ook in de doctrine, geld gezet moet worden.¹⁶⁰ Het staat niet voor niets centraal op de agenda van de Nederlandse Juristen Vereniging dit jaar. Het terrein van het gezondheidsrecht in het algemeen en het medisch aansprakelijkheidsrecht in het bijzonder zijn hier een voorbeeld, misschien wel een laboratorium waarin al ervaring is en wordt opgedaan met vragen die nu ook in ruimer

156 Zie bijvoorbeeld Hof Arnhem 10 november 1998, *NJ* 2002, 264.

157 Hof Amsterdam 12 augustus 2004, *NJF* 2004, 543.

158 Zo ook V. van den Brink, *De rechtshandeling in strijd met de goede zeden* (diss.), BJU, Den Haag 2002, p. 70 e.v.

159 Zie bijvoorbeeld Legemaate 1997, p. 91 e.v. en ook Kastelein 2003b.

160 Zie onder meer Asser-Vranken, *Algemeen deel ****, Kluwer, Deventer 2005, p. 87 e.v.

verband rijzen: wat is de status van de interne regels, wanneer zijn zij serieus te nemen, welke eisen mogen eraan worden gesteld en wat dan als zij niet voldoen?¹⁶¹ Een niet onbelangrijke vraag is welke hun werking in het recht eigenlijk is:¹⁶² hebben zij rechtstreekse of meer indirecte werking? Maken zij bijvoorbeeld gebruik van ‘vehikels’ als de norm van artikel 7:453, de zorgvuldigheid in artikel 6:162 of de redelijkheid en billijkheid van artikel 6:248 lid 1?

82. Deze vragen laten zich stellen naar aanleiding van een tweetal arresten op het terrein van medische aansprakelijkheid. Enkele jaren geleden heeft de Hoge Raad zich in het Trombose-arrest uitgelaten over de betekenis van schending van een protocol voor de aansprakelijkheidsvraag.¹⁶³ Opvallend was dat hij het etiket veiligheidsnorm zorgvuldig meed, hoewel het door hem aangenomen regime vergelijkbaar was met dat van Tamara van Uiter¹⁶⁴ (enkele schending van een veiligheidsnorm levert aansprakelijkheid op, tenzij): van een ziekenhuis mag verwacht worden dat het zich in beginsel houdt aan de door hemzelf opgestelde voorschriften met betrekking tot verantwoord medisch handelen. Afwijking van die voorschriften is slechts aanvaardbaar indien dat in het belang van een goede patiëntenzorg wenselijk is.

83. In een jonger arrest was bij een keizersnede overeenkomstig het geldende protocol Augmentin toegediend aan een vrouw van wie bekend was dat zij overgevoelig was voor penicilline. Augmentin heeft als contra-indicatie overgevoeligheid voor penicilline. Konden de artsen zich nu verschuilen achter het protocol? De Hoge Raad oordeelt dat een protocol een richtlijn is die in beginsel in acht moet worden genomen, maar waarvan soms kan en in bepaalde gevallen ook moet worden afgeweken, waarbij als maatstaf heeft te gelden dat aan de patiënt de zorg behoort te worden verleend die in de omstandigheden van het geval van een redelijk bekwaam arts mag worden verlangd.¹⁶⁵ Deze maatstaf brengt enerzijds mee dat een afwijking van het protocol door een arts moet kunnen worden beargumenteerd, maar anderzijds dat de arts niet zonder meer vrijuit gaat bij het volgen van het protocol. Hoewel een protocol in uitgangspunt moet worden opgevolgd, kan er in concreto – in verband met een goede patiëntenzorg – reden zijn ervan af te wijken. In deze zaak was daar een goede reden voor, maar is het protocol zonder meer gevolgd, in het Trombose-arrest was er zonder goede reden van afgeweken. De Hoge Raad heeft hier een goed evenwicht gevonden: weliswaar heeft hij artsen duidelijk gemaakt dat zij ook vanuit een oogpunt van aan-

161 Zie over gebrekkige protocollen M.A.J.M. Buijsen, *NTBR* 2000, p. 57 e.v.

162 Zie bijvoorbeeld in dit verband De Groot 2006.

163 HR 2 maart 2001, *NJ* 2001, 649 (F.C.B. van Wijmen en JBMV).

164 HR 1 oktober 1993, *NJ* 1995, 182 (CJHB).

165 HR 1 april 2005, *NJ* 2006, 377 (HJS en F.C.B. van Wijmen), *Jurisprudentie aansprakelijkheidsrecht* 2005, p. 413 e.v. (W.R. Kastelein en Chr.H. van Dijk).

sprakelijkheid protocollen serieus moeten nemen, tegelijkertijd heeft hij benadrukt dat de arts bij de toepassing een zelfstandige verantwoordelijkheid houdt en de richtlijnen niet slaafs dient te volgen. De Hoge Raad hecht aan protocollen, maar maakt er geen keurslijf van. Bij nadere beschouwing valt op dat hij zich niet inlaat met de vraag waarop deze werking of binding van c.q. aan protocollen nu berust.¹⁶⁶ Ik heb de neiging te denken dat de Hoge Raad uitgaat van een *indirecte* werking via de norm van artikel 7:453: net als in het kader van gevaarstelling het geval is,¹⁶⁷ brengt de zorgvuldigheid mee dat gebruikelijke maatregelen in acht worden genomen. Daar mag de patiënt van uitgaan.

36. De angst regeert

84. Uiteindelijk neem ik aan dat de medische wereld met deze verantwoordelijkheid én beoordelingsruimte kan leven en dat zij niet zoals bij het Trombose-arrest geschokt reageert.¹⁶⁸ Of dat zo is, is vooral ook afhankelijk van de vraag of zij op deugdelijke wijze over de betekenis van het arrest wordt voorgelicht. Tamelijk overdreven vond ik de behandeling die het Trombose-arrest ten deel viel. In casu was men in strijd met een protocol vergeten na een knieoperatie een antistollingsmiddel toe te dienen en trad trombose op.¹⁶⁹ Het hof noemde het bewuste protocol een veiligheidsnorm. De Hoge Raad vermijdt deze kwalificatie, maar laat de beslissing van het hof in stand.¹⁷⁰ protocollen die zien op medisch verantwoord handelen moeten worden opgevolgd en toegepast. Afwijken is mogelijk, maar alleen beargumenteerd. Bij toepassing van het veiligheidsnormenregime zou het oordeel echter niet anders luiden.¹⁷¹

85. Tegen deze achtergrond is de ‘gezondheidsrechtelijke’ kritiek op het arrest van het hof interessant.¹⁷² Vermaas constateert dat de vrees van hulpverleners dat protocollering tot ongenueanceerde rechtspraak leidt, bewaarheid is geworden. Hubben plaatst het arrest in de sleutel van zorg omtrent het ontstaan van een claimcultuur en spreekt de verwachting uit dat het arrest sterk ontmoedigend werkt wat betreft de ontwikkeling en implementatie van richtlijnen in de gezondheidszorg. In de kern hekelen beiden dat doorslaggevende betekenis wordt toe-

166 Zie in dit verband De Groot 2006 en Kastelein 2003b, p. 92 en p. 97 e.v.

167 Vgl. de noot van C.J.H. Brunner bij HR 6 november 1981, *NJ* 1982, 567 (bloedprik) en ook HR 7 april 2006, *NJ* 2006, 244 (koprot).

168 Ik heb de verontwaardiging aan den lijve ondervonden toen ik het arrest in een gezelschap van artsen en medisch adviseurs mocht behandelen.

169 Hof Leeuwarden 2 december 1998, *NJ* 2000, 41.

170 HR 2 maart 2001, *NJ* 2001, 649 (F.C.B. van Wijmen en JBMV).

171 HR 1 oktober 1993, *NJ* 1995, 182 (CJHB) (Tamara van Uitert).

172 A.M. Vermaas, *TvGR* 2000, p. 381 e.v. en J.H. Hubben, *NJB* 2001, p. 490. Op onderdelen vergelijkbaar is het commentaar van E.H. Hulst, *NTBR* 2002, p. 438 e.v. Zie ook Kastelein 2003b.

gekend aan protocollen en daarmee dat een te ver gaande aansprakelijkheid wordt aangenomen. Protocollen zouden niet meer zijn dan richtlijnen en afwijken zou steeds mogelijk (moeten) zijn.¹⁷³ Maatstaf zou zijn, ook bij schending van een protocol, of het handelen aan de professionele standaard beantwoordt. Ik heb hiervoor al aangegeven dat de benadering van de Hoge Raad lijkt dat de professionele standaard nu juist meebrengt dat men zich houdt aan 'eigen' voorschriften. Dat wil nog steeds niet zeggen dat afwijken niet mogelijk is: afwijken mag immers, mits voldoende beargumenteerd. Uiteindelijk komt mij de kritiek overtrokken voor. Hof noch Hoge Raad geven aanleiding te denken dat ieder protocol even zwaar weegt, evenmin dat afwijken een zeer beperkte uitzondering is.

86. Nu het in casu ging om een intern voorschrift dat zag op de veiligheid van patiënten had het predikaat veiligheidsnorm best mogen vallen. Protocollen die zien op het voorkomen van lichamelijk onheil zijn wat mij betreft als veiligheidsnorm te beschouwen. Dat zullen er – dat is natuurlijk de vrees in de medische wereld – vele zijn, doch zeker niet alle. Er zijn immers ook protocollen die 'slechts' lijn brengen in de behandeling, organisatorisch van aard zijn, de efficiency dienen, et cetera. Dat ook de door mij bedoelde protocollen slechts richtlijnen zijn en geen veiligheidsnormen, getuigt wat mij betreft van een enigszins naïeve benadering. Dat met protocollen niet de veiligheid in het geding is, althans dat zij niet ook met dat doel worden opgesteld, valt moeilijk vol te houden. De opvatting dat een protocol niet meer dan een intern voorschrift is dat pas in de relatie tot de patiënt betekenis zou kunnen hebben wanneer het kenbaar is gemaakt en dus ter sprake is gebracht, is, al was het maar omdat zij slecht aansluit bij het 'algemene', onjuist. Nergens in het aansprakelijkheidsrecht wordt aangenomen dat een gelaedeerde alleen maar aanspraak kan maken op zorg voor zover deze wordt bepaald door voor hem *kenbare* normen en voorschriften. Het slachtoffer heeft veelal pas weet van de toepasselijke regels wanneer het onheil is geschied en hij onderzoekt of een claim zin heeft. In de bestreden opvatting zouden artsen er belang bij hebben informatie over veiligheid achter te houden. Zo'n opvatting veroordeelt zichzelf. Ook de in de procedure betrokken stelling dat consensus binnen de beroepsgroep over de effectiviteit van het protocol vereist zou zijn, lijkt onjuist. Buiten de sfeer van de medische aansprakelijkheid dienen veiligheidsnormen in beginsel te worden toegepast en opgevolgd, consensus over de effectiviteit is daarvoor niet nodig. Het zou wat wonderlijk zijn om in het kader van de medische sfeer iets anders aan te nemen.¹⁷⁴

173 A.M. Vermaas, *TvGR* 2000, p. 382-383.

174 Consensus over de zinloosheid van een voorschrift kan wel van belang zijn in het kader van een causaliteitsverweer ('ook bij opvolgen van het protocol was deze schade ontstaan').

87. Mochten de commentatoren de medische stand hebben willen suggereren voorzichtiger te worden met protocollering, dan acht ik dat ongelukkig. Uiteraard is het in het belang van een goede patiëntenzorg dat protocollering plaatsvindt, natuurlijk wordt daarmee ook de zorgplicht van de hulpverlener ingevuld en als vanzelfsprekend zijn hieraan consequenties in termen van mogelijke aansprakelijkheid verbonden. Ik ga er nog steeds van uit dat een hulpverlener desondanks gaarne zal meewerken aan een goede patiëntenzorg. Daar komt een eigen belang bij. Ook voor de beoordeling, bijvoorbeeld in termen van mogelijke aansprakelijkheid, van zijn gedrag is regulering van belang. De hulpverlener zal in de regel immers sterk staan wanneer hij kan aangeven dat de interne voorschriften zijn opgevolgd. Toepassing van een volstrekt open norm, zonder indicaties als die van protocollering uitgaan, zou hem wellicht in problemen brengen. Kort en goed: hier is sprake van een nogal overdreven reactie op een 'algemene' ontwikkeling die door 'onderbuikgevoel' gevoed lijkt. Hier regeert toch de vrees voor een uit de hand lopende claimcultuur, voor 'Amerikaanse toestanden'. Angst is echter een slechte raadgever en ontnemt ook het zicht op wat er werkelijk gebeurt. Zo gek is het niet wat de Hoge Raad doet. Sterker nog, soms heeft hij nadrukkelijk oog voor te vergaande consequenties van toepassing van het 'algemene' in de setting van de medische aansprakelijkheid.

37. Specialiteit

88. Een mooi voorbeeld biedt de toepassing van de omkeringsregel 'in het medische'. Richtinggevend zijn twee arresten van eind 2002:¹⁷⁵ de omkeringsregel is een uitzondering op het uitgangspunt van artikel 150 Rv. dat de gelaedeerde het causaal verband tussen onrechtmatige gedraging of tekortkoming en het ontstaan van de schade (bij betwisting) dient te bewijzen. Voor deze uitzondering is alleen plaats voor zover het gaat om schending van een norm die ertoe strekt een specifiek gevaar ter zake van het ontstaan van schade te voorkomen en dit gevaar door de normschending in het algemeen bovendien in aanmerkelijke mate wordt vergroot. Alleen dan is het, gelet op de bescherming die een dergelijke norm beoogt te bieden, redelijk, behoudens tegenbewijs ervan uit te gaan dat, als het specifieke gevaar waartegen de norm beoogt te beschermen zich heeft verwezenlijkt, dat een gevolg is geweest van deze normschending.

89. De Hoge Raad heeft de strekking van de norm aangegrepen om toepassing van de omkeringsregel bij schending van de informatieplicht af te wijzen.¹⁷⁶ Neem het voorbeeld van de zaak waarin een zenuwbeschadiging bij een polsoperatie aan de orde is, een complicatie waarvoor de patiënt niet (voldoende) zou zijn gewaarschuwd. Is nu, zoals de patiënt betoogt, met toepassing van de omke-

175 HR 29 november 2002, NJ 2004, 304 en 305 (DA).

176 HR 23 november 2001, NJ 2002, 386 en 387 (JBMV).

ringsregel het causaal verband tussen schending van de informatieplicht en de schade als gevolg van de zenuwbeschadiging gegeven? De Hoge Raad oordeelt dat de strekking van de informatieverplichting is de patiënt in staat te stellen goed geïnformeerd te beslissen, niet bescherming te bieden tegen de risico's verbonden aan de behandeling. Het door schending van de informatieverplichting in het leven geroepen risico is dat de patiënt niet op de gewenste wijze van zijn zelfbeschikkingsrecht gebruik heeft kunnen maken en daarmee dat hij een keuze maakt die hij anders niet zou hebben gemaakt. De zenuwbeschadiging is niet een verwezenlijking van dát risico, zodat er geen aanleiding is voor toepassing van de omkeringsregel. Normschending en gevolg corresponderen niet met elkaar. De consequentie is dat de bewijslast met betrekking tot het causaal verband ligt bij de patiënt, zij het dat op de arts die de stelling van de patiënt dat hij de behandeling bij juiste informatie niet zou hebben gekozen ontkent wel een verzwaarde stelplicht rust. Hij moet zijn ontkenning motiveren aan de hand van gegevens die de patiënt vervolgens aanknopingspunten opleveren voor zijn bewijslevering. Deze gegevens kunnen betrekking hebben op de door de Hoge Raad genoemde omvang van de kans dat zich een complicatie zou voordoen, de vraag wat er gebeurd zou zijn wanneer de patiënt niet behandeld zou zijn, of er minder risikante alternatieven voor handen waren en wat de kans op succes in dat geval zou zijn geweest. In zijn – overigens kritische¹⁷⁷ – *NJ*-noot oordeelt Vranken dat de omkeringsregel terecht niet toegepast is; enkele schending van de informatieplicht levert nu eenmaal nog geen aansprakelijkheid op: dat is pas anders wanneer de informatie ertoe zou hebben gedaan, verschil zou hebben gemaakt. Bij toepassing van de omkeringsregel zou er, gegeven dat nu eenmaal moeilijk vaststelbaar is wat de patiënt zou hebben gedaan, bijna steeds wel aansprakelijkheid van de arts zijn. Dit zou grote gevolgen hebben voor de beroepsuitoefening.

90. Later heeft de Hoge Raad geoordeeld over schending van de eis van goed hulpverlenerschap. In deze zaak heeft een waarnemend huisarts een onjuist advies gegeven aan de echtgenote van een kankerpatiënt die twee Seresta-pillen had geslikt en niet wekbaar bleek.¹⁷⁸ Na lichamelijk onderzoek verwachtte de huisarts dat de patiënt binnen een paar uur wakker zou worden. Hij gaf de echtgenote vervolgens opdracht te bellen wanneer dit niet gebeurde of de situatie zou verslechteren. De volgende ochtend overleed de man zonder te zijn bijgekomen. De arts is tuchtrechtelijk veroordeeld omdat sprake was van een onnatuurlijke toestand in welke situatie onmiddellijke opname ter observatie had moeten plaatsvinden. In de civiele procedure staat de problematiek van de onzekerheid omtrent het causaal verband centraal: wat zou er bij een beter advies zijn gebeurd

177 Kritisch is ook I. Giesen, 'Medische aansprakelijkheid in Nederland: een stand van zaken ten aanzien van de bewijslastverdeling', in Kastelein e.a. 2003, p. 21 e.v.

178 HR 19 maart 2004, *NJ* 2004, 307 (DA), *TvGR* 2004/47 (M.J.J. de Ridder).

en wie moet nu wat bewijzen? Het hof paste de omkeringsregel niet toe en droeg de vrouw op te bewijzen dat de dood van haar man een rechtstreeks gevolg was van het handelen of nalaten van de arts. Daartegen wordt in cassatie vergeefs opgekomen. Hier is van belang dat de Hoge Raad met een *overweging ten overvloede* komt, waarin hij aangeeft dat bij vele beroepsfouten als geschonden norm slechts kan worden aangewezen de in artikel 7:453 neergelegde algemene norm. Naar het oordeel van de Hoge Raad is dan geen plaats voor toepassing van de omkeringsregel. In dit verband wijst de Hoge Raad wel op de mogelijkheid van andere bewijsrechtelijke tegemoetkomingsmogelijkheden zoals het aannemen van een vermoeden en herhaalt hij dat op de ontkennde arts een verzwaarde stelplicht rust. De boodschap is duidelijk: de algemene zorgvuldigheidsnorm van artikel 7:453 is onvoldoende specifiek genoeg om toepassing van de omkeringsregel te kunnen dragen. In dit verband sluit de Hoge Raad overigens niet uit dat zich de situatie kan voordoen dat wél een norm bestaat die een patiënt tegen een specifiek gevaar beoogt te beschermen zoals wanneer in een protocol gedragsregels zijn neergelegd. Hier verwijst hij naar het Trombose-arrest. De Hoge Raad presenteert deze mogelijkheid echter als een uitzondering. Daarmee lijkt toepassing van de omkeringsregel in 'het medische' per saldo nauwelijks meer aan de orde. Het kan bijna niet anders zijn dan dat de Hoge Raad huiverig is voor te makkelijk gevestigde medische aansprakelijkheid.

38. Per saldo

91. Ik heb het thema van de medische aansprakelijkheid wat beter onder de loep genomen. In de eerste plaats om te bekijken of een aantal van de in het eerste deel van mijn betoog geschetste gevaren zich ook daadwerkelijk manifesteren. Dat is inderdaad het geval: in 'het bijzondere' wordt te veel overgelaten aan gewone civilisten en te weinig naar 'het algemene' gekeken en als men zich al met dezelfde thema's bezighoudt dan is van een dialoog binnen hetzelfde discours vaak nog geen sprake. Mijn tweede ambitie was om wat inhoudelijker te worden. In uitgangspunt is het medisch aansprakelijkheidsrecht niet bijzonder, zodat in beginsel ook de lijnen van de algemene ontwikkeling kunnen worden gevolgd. Hier en daar zijn er wel bijzondere oplossingen nodig om het voor patiënten mogelijk te maken hun recht te verwezenlijken. Van deze proeftuin maakt het algemene aansprakelijkheidsrecht dankbaar gebruik. Waar het gaat om de 'bijzonderheden' van afdeling 7.7.5 BW, de centrale aansprakelijkheid en het exonatieverbod, zie ik weinig mogelijkheden voor 'export'. Sterker nog: aan (ontwikkelingen in) 'het algemene' zijn argumenten te ontnemen om deze bijzondere figuren nog eens kritisch tegen het licht te houden. Hoewel er opmerkelijke 'terreinwinst' is geboekt – de *wrongful birth*- en *wrongful life*-vordering zijn in het afgelopen decennium door de Hoge Raad erkend – en in dat verband het hellend vlak-argument opduikt, gaat het bepaald te ver om te stellen dat er van een hele sterke tendens in de richting van uitdijning sprake is. Het is wel zo dat de aansprakelijkheidslast uitdijt, maar daarin wijkt 'het medische' zeker niet af van de algemene trend.

92. Dat neemt niet weg dat er om medische aansprakelijkheid nog altijd een sfeer hangt van bezorgdheid, niet alleen waar het het klaaggedrag van patiënten aangaat, maar ook wat betreft de civiele rechtspraak; alsof deze te ver zou gaan. Er wordt in de wereld van het gezondheidsrecht vrij defensief gereageerd. Zo is in de discussie naar aanleiding van het Trombose-arrest te makkelijk gedreigd met het heroverwegen van het alleszins nuttige protocolleren. Mijn indruk is dat er in een aantal gevallen sprake is van misperceptie die al dan niet het gevolg is van onvoldoende en/of verkeerde voorlichting. Hier ziet men wellicht terug dat het terrein van het medisch aansprakelijkheidsrecht in uitgangspunt door ‘gezondheidsjuristen’ aan gewone civilisten wordt overgelaten. In ieder geval is van een ontwikkeling in de richting van Amerikaanse toestanden nog immer geen sprake:¹⁷⁹ er wordt nadrukkelijk vastgehouden aan foutaansprakelijkheid, er is ruimte voor een zekere invulling van goed hulpverlenerschap door middel van eigen normen (zelfregulering), de omkeringsregel is min of meer van het terrein verbannen, het smartengeldplafond bevindt zich bij wijze van spreken nog op het niveau van 1992 en de regering verzet zich met hand en tand tegen invoering van resultaatsafhankelijke beloning in de advocatuur. Zorgelijk acht ik wel de problematiek van de beperkte verzekeraarbaarheid die in ieder geval niet goed te verklaren valt met de ontwikkelingen binnen het aansprakelijkheidsrecht. Daaraan kan het eigenlijk niet liggen.

93. Ik herhaal hier nog maar dat de indruk op het terrein van de medische aansprakelijkheid is dat er nog altijd het nodige misgaat, doch dat zich dat niet altijd vertaalt in letselschadeclaims. De speculatie dat hier sprake is van de nodige verborgen claims lijkt mij juist. Niet alleen vanuit patiëntenperspectief, maar ook vanuit een oogpunt van verbetering van veiligheid en kwaliteit, is het van belang dat deze claims naar voren komen. In verband met veiligheid en kwaliteit dient uiteraard te worden gestreefd naar een optimaal op elkaar afstemmen van de diverse wetgevingscomplexen en de daarin centraal gestelde actoren en instrumenten. Vooralsnog denk ik dat ook op dit vlak een aanvullende rol voor het aansprakelijkheidsrecht is weggelegd. Daarbij komt ook weer de aansprakelijkheidsverzekeraar in beeld: hij kan de nodige *incentives* geven.

94. Hoewel net als ‘in het algemene’ ook op het terrein van medische aansprakelijkheid wel over alternatieven wordt nagedacht, acht ik de tijd niet rijp voor een overstap op een *no fault*-systeem. In de eerste plaats is daarvoor nodig dat beter

179 Vgl. reeds J.G. Teeuwissen, ‘Medische aansprakelijkheid. De civielrechtelijke optiek’, in Hubben e.a. 1995, p. 62-63 en Hondius 1995, p. 1710-1711. B. Sluijters, ‘Medische aansprakelijkheid, ontwikkelingen’, in Kastelein e.a. 2003, p. 2 e.v. begint in overdrijving, maar slaat uiteindelijk een genuanceerde toon aan. Ik zeg overigens niet dat we het thema aansprakelijkheid niet serieus moeten nemen. Zie C.J.J.M. Stolker, ‘WGBO en aansprakelijkheid’, in Legemaate e.a. 1998, p. 136-137.

in beeld komt wat de problemen zijn en in hoeverre *no fault* daarvoor een oplossing kan geven.¹⁸⁰ Te makkelijk stapt men ook over de mogelijkheid van aanpassing en verbetering van het huidige systeem heen. Daar komt dan nog bij dat aan een eventuele overstap ook nadelen verbonden zouden zijn. Zo zal dan duidelijk moeten worden of patiënten in aanvulling op hetgeen zij in het nieuwe systeem krijgen nog gebruik kunnen maken van een claim in het aansprakelijkheidsrecht. Een dergelijke vraag speelt in de vergelijkbare discussie over invoering van directe verzekering bij arbeidsgerelateerde schade en heeft al gespeeld bij invoering van de verzekeringsplicht in het kader van de Wet medisch-wetenschappelijk onderzoek met mensen.¹⁸¹ Het alsnog toestaan van een aanvullende claim ligt niet voor de hand, omdat men dan de problemen die men wenste op te lossen ten dele weer terughaalt, maar is uitsluiting van aansprakelijkheid juridisch en politiek haalbaar? En dan denk ik nog aan het 'leereffect': via het aansprakelijkheidsrecht komt relevante informatie naar voren over wat er waar is misgegaan.¹⁸² Het is de vraag of dat in een op andere leest geschoeid systeem nog steeds het geval zal zijn.

180 Zie ook Giard 2005, p. 244-245.

181 Zie J.C.J. Dute, *TvGR* 2002, p. 399.

182 Ik weet wel dat we dit niet moeten overdrijven. Een van de kritiekpunten is dat de rechter zegt wat 'onzorgvuldig' is, maar zelden wat zorgvuldig is. Het is duidelijk dat we van het laatste (nog) meer zouden leren. Zie vooral Van Boom 2003 en Giard 2005.

E. Eindafrekening

39. Diagnose en desiderata

95. Gelet op het feit dat het belang van het privaatrecht eerder groeit dan afneemt (marktwerking, uitdijend aansprakelijkheidsrecht), nieuwe ontwikkelingen vragen om een 'privaatrechtelijke inbedding' en bijvoorbeeld ook 'Europa' belangstelling toont voor het privaatrechtelijk gezondheidsrecht, heeft de Vereniging er goed aan gedaan in ieder geval ook de verhouding tussen het gezondheidsrecht en het privaatrecht nog eens onder de loep te nemen. Om 'klaar' te zijn voor deze uitdagingen is het van belang dat de verschillende gebieden met elkaar in gesprek blijven. Dat betekent in ieder geval dat de beoefenaren van het gezondheidsrecht zicht houden op ontwikkelingen in het privaatrecht, maar ook dat generalisten oog hebben voor de ontwikkelingen in en de bijzonderheden van het gezondheidsrecht. Uiteindelijk is het natuurlijk zaak dat er een dialoog tot stand komt, dat ze ook daadwerkelijk met elkaar in gesprek zijn en in debat gaan. Het betekent op meer concreet, inhoudelijk niveau echter ook dat er aandacht is voor concrete toepassing en interpretatie van individuele rechtsregels, voor inpassing in het systeem van nieuwe (tucht)rechtspraak en voor het inpassen van nieuwe ontwikkelingen in 'het algemene' op het specifieke terrein van het gezondheidsrecht. Ook daaraan bestaat (praktijk)behoefte.

96. Naar mijn indruk is er ruimte voor verbetering. Ik heb hiervoor gewezen op een zeker *closed shop*-gevaar en het verschijnsel dat binnen 'eigen kring' en 'eigen tijdschrift' wordt verwezen. Een opener opstelling van (de wereld van) het gezondheidsrecht zou goed zijn, ook vanuit het perspectief van de hiervoor genoemde dialoog.¹⁸³ Ook op het vlak van de inhoud blijft er nog wel wat te wensen over. Zo valt mij op dat er slechts beperkte aandacht is voor de rechtspraak van de Hoge Raad. In dezelfde sfeer ligt wat mij betreft dat aan het front van de theorievorming het nodige braak ligt. Ik mis 'steviger' privaatrechtelijk georiënteerd werk zoals een (hand)boek medisch aansprakelijkheidsrecht. Dat wil niet zeggen dat de huidige situatie niet te verklaren valt. Het tegendeel is het geval. Ik heb daar al het nodige over gezegd en zal dat dus niet herhalen, maar het lijkt mij wel goed om in herinnering te roepen dat daadwerkelijk zicht op serieuze verbetering ontbreekt gegeven het feit:

- dat de beoefenaren van het gezondheidsrecht vooral publiekrechtelijk georiënteerd zijn en de civilisten maar in beperkte mate aandacht hebben voor het gezondheidsrecht;
- de agenda van het gezondheidsrecht wordt gedomineerd door beleids- en regelgeving en door evaluatie van regelgeving;

183 Mevis komt tot een vergelijkbare conclusie.

- de universitaire ontwikkelingen dit eerder lijken te versterken dan te verminderen;
- ook de kansen voor klassiek juridisch dogmatisch onderzoek binnen de ‘hedendaagse’ universiteit niet bepaald gunstig zijn.

40. Wissel- en samenwerking

97. Een van de gevolgen is dat reeds nu de band met het privaatrecht ‘losser’ wordt dan wenselijk is. De implicaties van de gelaagde structuur zijn niet geheel doorgedrongen, het woordgebruik (de ‘WGBO’) zegt genoeg. Mede daardoor komen vragen die in ‘het algemene’ gesteld worden en ‘in het bijzondere’ eigenlijk ook relevant zijn, niet aan de orde. Ik wijs op de ‘herijkingsdiscussie’ die in het civiele contractenrecht wordt gevoerd (is bescherming van de consument en vooral ook de wijze waarop zij gestalte krijgt nog wel van deze tijd?) en die aan het privaatrechtelijke gezondheidsrecht voorbij lijkt te gaan. Begrijp mij goed, ik zeg niet dat de bescherming van de patiënt op de helling moet, wel dat zij – mede in het licht van de trend naar verdergaande marktwerking en keuzevrijheid – eens tegen het licht zou kunnen worden gehouden. Een andere mogelijke consequentie is het van elkaar wegdrijven, zodat een autonome ontwikkeling dreigt. Daar hoeft niets op tegen te zijn, als duidelijk is geworden dat (de ontwikkeling van) het gezondheidsrecht beter af is buiten de context van het hedendaagse privaatrecht. Die discussie is echter bij mijn weten niet serieus geagendeerd, laat staan gevoerd. Vooralsnog ligt aansluiting blijven zoeken bij het privaatrecht voor de hand: de regeling van de geneeskundige behandelingsovereenkomst past goed in Boek 7 van het Burgerlijk Wetboek, het terrein der medische aansprakelijkheid kan goed uit de voeten met Boek 6, het tegendeel is althans nog niet aannemelijk geworden. Zolang dat zo is,¹⁸⁴ lijkt het mij van belang de banden met het gewone privaatrecht sterker te benadrukken dan nu gebruikelijk is. Tegen deze achtergrond ben ik dan ook juist geen voorstander van het overhevelen van de regeling van de geneeskundige behandelingsovereenkomst naar een nieuwe Zorgconsumentenwet of een Wet op de zorgrelatie. In het verlengde ervan zou ook een overstap op het terrein van medische aansprakelijkheid op een *no fault*-systeem kunnen worden veroordeeld. Als die stap immers wordt gezet, blijft men (bijvoorbeeld in geval van de keuze voor een patiëntenverzekering) wellicht nog wel binnen het privaatrecht, maar snijdt men de banden met het ‘vertrouwde’ aansprakelijkheidsrecht door. Dat zou naar mijn idee een te hoge prijs zijn, zeker wanneer men bedenkt dat nog steeds niet uitgediscussieerd is welke de problemen zijn en in hoeverre *no fault* daarvoor een oplossing kan geven. Ik heb al aangegeven dat te makkelijk over de mogelijkheid van aanpassing en verbetering van het huidige systeem wordt heengestapt. Zij heeft vooralsnog mijn voorkeur.

184 De conclusie van B. Sluijters, *Geknipt verband* (oratie Leiden), Kluwer, Deventer 1985, p. 23 e.v. lijkt mij nog actueel.

98. Ook in het kader van medische aansprakelijkheid valt op dat civilisten en gezondheidsjuristen soms sterk verschillende accenten leggen. Hoewel de rechtspraak daartoe eigenlijk niet echt aanleiding geeft, wordt er door de laatsten vrij defensief gereageerd. Mijn indruk is dat er in een aantal gevallen sprake is van misperceptie die al dan niet het gevolg is van onvoldoende en/of verkeerde voorlichting. Ik houd er rekening mee dat dat komt doordat het terrein van het medisch aansprakelijkheidsrecht door 'gezondheidsjuristen' eigenlijk teveel aan gewone civilisten wordt overgelaten. Dat is jammer, omdat dit een ontmoetingsplaats is waar men over en weer van elkaars inbreng zou kunnen profiteren. Het terrein is te belangrijk om aan civilisten over te laten.

99. Het is natuurlijk de kunst om van zorgen uitdagingen te maken. Ik zou geneigd zijn op twee fronten aan de slag te gaan. In de eerste plaats zou ik iets aan de *randvoorwaarden* doen. Voor de hand ligt de suggestie om de privaatrechtelijke 'massa' te vergroten, bijvoorbeeld door nieuwe leerstoelen gezondheidsrecht meer privaatrechtelijk in te kleuren. Belangrijk is het bevorderen van een 'opener' cultuur, waarin meer debat met civilisten plaatsvindt dan nu het geval is. Dat is een kwestie van 'doen': onderzoekers buiten de eigen kring zoeken, civilisten inschakelen en samenwerkingsprojecten opstarten. Concreet voorbeeld zou kunnen zijn een vaste door een civilist te verzorgen rubriek in *TvGR* waarin relevante 'civiele' ontwikkelingen in wetgeving, rechtspraak en literatuur geïntegreerd worden besproken. Verder denk ik aan een project waarin artsen, patiënten, verzekeraars, beleidsmakers, gezondheidsjuristen én civilisten de feiten van het medisch aansprakelijkheidsrecht in kaart brengen en aanwijzen wat de beste oplossing is (aanpassing en verbetering of overstap op *no fault?*). Uiteindelijk gaat het natuurlijk om de *inhoud*. Als ik de onderzoeksagenda van het privaatrechtelijke gezondheidsrecht zou mogen opstellen, dan zou ik – ook al hebben we dan de 'universitaire wind' tegen – inzetten op:

- aansluiting bij 'het algemene', zij het met ruimte voor literatuur die het hame- ren op het aambeeld van eenheid en consistentie kritisch aan de orde stelt;
- de totstandkoming van een handboek privaatrechtelijk gezondheidsrecht daar- onder begrepen het medisch aansprakelijkheidsrecht;
- onderzoek dat zich laat leiden door 'echte' praktijkbehoeften (welke proble- men heeft men op de ziekenhuisvloer?) en zich kenmerkt door rechtsvergelij- king.

Er is dan genoeg werk aan de winkel. Ik noem slechts:

- de effectuering van rechten in de driehoeksverhouding patiënt, zorgverlener en zorgverzekeraar;
- de privaatrechtelijke gevolgen van toenemende mobiliteit van patiënten én art- sen;
- de privaatrechtelijke aspecten van telegeneeskunde;
- de norm van artikel 7:453 (toegespitst op toenemende protocollering, de ver- houding tot de normen van de Wet BIG en de Kwaliteitswet zorginstellingen, invloed van budgettaire krapte);

- de aansprakelijkheid voor organisatie- en samenwerkingsfouten (individueel, proportioneel, als team of centraal?);
- rechtsvergelijkend onderzoek naar de wijze waarop de informatieverplichting(en) 'handen en voeten' krijgt; en
- de verhouding tussen waarschuwingsplichten en eigen verantwoordelijkheid van patiënten.

100. Samenwerking en wisselwerking lijken mij sleutelwoorden. Om de wisselwerking tussen het gezondheidsrecht en het privaatrecht te verbeteren, zal de samenwerking tussen de beoefenaren van de diverse gebieden moeten worden bevorderd.¹⁸⁵ Daartoe zal (de organisatie van) het discours moeten worden aangepakt, maar zal ook een zekere mentaliteitsverandering moeten plaatsvinden: niet alleen moeten 'specialisten' meer openstaan voor het civiele recht, 'generalisten' zullen ook meer oog moeten hebben voor het gezondheidsrecht en bereid moeten zijn daarin te investeren. Dat is makkelijk gezegd, maar moeilijk gerealiseerd: als velen een verantwoordelijkheid in de schoenen geschoven krijgen, is de kans groot dat er niets gebeurt. Dat brengt mij terug bij de jubilaris: als de Vereniging ergens groot mee is geworden dan is het met vooroplopen. Laat zij ook nu een voortrekkersrol vervullen!

185 Interessant voorbeeld is de Interdisciplinaire Werkgroep Medische Deskundigen waarin behalve in een bijdrage van medici en civilisten ook in een uit de hoek van het gezondheidsrecht is voorzien. Zie A.J. Akkermans en A.J. Van, *TVP* 2002, p. 57 e.v. Ik denk echter ook aan samenwerking en versterking op meer 'dogmatisch vlak'.

Verkort aangehaalde literatuur

Barendrecht 2002

J.M. Barendrecht, 'Aansprakelijkheid en welzijn', *NJB* 2002, p. 605-615.

De Boer 1997

K. de Boer, 'Beroepsaansprakelijkheid; het exoneratieverbod voor artsen', *TvGR* 1997, p. 31-34.

Van Boom 2003

W.H. van Boom, *Structurele fouten in het aansprakelijkheidsrecht* (oratie Rotterdam), BJU, Den Haag 2003.

Du Perron 2003

C.E. du Perron, 'Genoegdoening in het civiele aansprakelijkheidsrecht', in *Het opstandige slachtoffer. Genoegdoening in strafrecht en burgerlijk recht*, NJV-pleidvies, Kluwer, Deventer 2003, p. 105-161.

Giard 2005

R.W.M. Giard, *Aansprakelijkheid van artsen. Juridische theorie en medische praktijk* (diss. Leiden), BJU, Den Haag 2005.

De Groot 2006

G.R.J. de Groot, 'Standaarden, richtlijnen en protocollen in de gezondheidszorg. Een juridisch schemergebied', in *Variatie in cassatie* (opstellen aangeboden aan H.A. Groen), Kluwer, Deventer 2006, p. 107-115.

Hartlief 2005

T. Hartlief, *Leven in een claimcultuur: wie is er bang voor Amerikaanse toestanden?*, in Redes gehouden ter gelegenheid van de opening van het Academisch Jaar 2004/2005 en de 29^e Dies Natalis, uitgave Universiteit Maastricht, Maastricht 2005, p. 29-50.

Hendriks 2006

A. Hendriks, *In beginsel. De gezondheidsrechtelijke beginselen uitgediept* (oratie Leiden), Stichting NJCM-Boekerij, Leiden 2006.

Hondius 1995

E.H. Hondius, 'De privaatrechtelijke rechtspositie van de patiënt', *TPR* 1995, p. 1679-1714.

Ten Hoopen e.a. 2006

M.M. ten Hoopen, J.T. Knappe, F.C.B. van Wijmen en M. van Kleef, *Samenwerken op het scherp van de snede. Over de verantwoordelijkheid van de snijdend specialist en de anesthesioloog bij een operatieve behandeling*, uitgave UM/AZM, Maastricht 2006.

Hubben e.a. 1995

J.H. Hubben (red.), *Arts, patiënt en ziekenhuis. Nieuw civiel- klacht- en tuchtrecht in de gezondheidszorg*, Gouda Quint, Arnhem 1995.

Kastelein 2002

W.R. Kastelein, *Patiëntenwetgeving: bureaucratie of bescherming? Toetsing van (evaluatie van) patiëntenwetgeving* (oratie Nijmegen), Vermande, Den Haag 2002.

Kastelein 2003b

W.R. Kastelein, 'Protocollen en richtlijnen: de juridische opmars van het recht van 'binnen' in het medisch aansprakelijkheidsrecht', in W.R. Kastelein (eindred.), *Medische aansprakelijkheid*, Dossier gezondheidsrecht, Vermande, Den Haag 2003, p. 83-101.

Kastelein e.a. 2003

W.R. Kastelein (eindred.), *Medische aansprakelijkheid*, Dossier gezondheidsrecht, Vermande, Den Haag 2003.

Kortmann 1990

S.C.J.J. Kortmann, 'De overeenkomst van opdracht, lastgeving en de geneeskundige behandelingsovereenkomst', *WPNR* 5982 (1990), p. 740-748.

Legemaate 1997

J. Legemaate, *Verantwoordingsplicht en aansprakelijkheid in de gezondheidszorg*, tweede druk, Tjeenk Willink, Deventer 1997.

Legemaate 2006

J. Legemaate, *Patiëntveiligheid en patiëntenrechten* (oratie VU), Bohn Stafleu van Loghum, Houten 2006.

Legemaate e.a. 1998

J. Legemaate (red.), *De Wgbo: van tekst naar toepassing*, derde druk, Bohn Stafleu van Loghum, Houten/Diegem 1998.

De Ridder 2006

M.J.J. de Ridder, 'Kroniek rechtspraak civiel recht', *TvGR* 2006, p. 216-228.

Roscam Abbing 2006

H.D.C. Roscam Abbing, *Zorgen voor de patiënt van morgen* (afscheidsrede Utrecht), Bohn Stafleu van Loghum, Houten 2006.

Sluijters en Biesart 2005

B. Sluijters en M.C.I.H. Biesart, *De geneeskundige behandelingsovereenkomst*, tweede druk, Kluwer, Deventer 2005.

Stolker 1995

C.J.J.M. Stolker, 'Nederlandse toestanden? Medische aansprakelijkheid en de Wet op de geneeskundige behandelingsovereenkomst', *VR* 1995, p. 1-8.

Van Swieten en Olde Kalter 2005

H.A. van Swieten en P. Olde Kalter, 'Is besparing mogelijk met betrekking tot de aansprakelijkheid in de gezondheidszorg?', in *Aspecten van aansprakelijkheid* (P.F.A. Bierbooms e.a. red.), *BJU*, Den Haag 2005, p. 197-212.

Tjittes 1995

R.P.J.L. Tjittes, 'Centralisering van aansprakelijkheden', *NJB* 1995, p. 274-282.

Van Wijmen 2005

F.C.B. van Wijmen, *Een kleine mooie ritselende revolutie. Over de effectiviteit van 35 jaar patiëntenrechten in Nederland* (afscheidsrede Maastricht), uitgave UM, Maastricht, 2005.

VERENIGING VOOR GEZONDHEIDSRECHT

GEZONDHEIDSRECHT: BETEKENIS EN POSITIE

**Gezondheidsrecht en strafrecht; ontwikkelingen
in een niet altijd even gemakkelijke relatie**

prof. mr. P.A.M. Mevis*

- * Prof. mr. P.A.M. Mevis studeerde Nederlands recht aan de Katholieke Universiteit Nijmegen (nu: Radboud Universiteit) waar hij in 1989 promoveerde op een proefschrift over de bescherming van de woning in Grondwet en strafvordering. Sinds 1997 is hij hoogleraar strafrecht en strafprocesrecht aan de Erasmus Universiteit Rotterdam (EUR). Naast algemene publicaties op het vakgebied publiceert hij in het bijzonder op het gebied van het constitutioneel strafrecht en het penitentiair recht. Hij is rechter-plaatsvervanger in de Rechtbank Rotterdam, raadsheer-plaatsvervanger in het Gerechtshof Amsterdam en lid van de Raad voor Strafrechtstoepassing en Jeugdbescherming (RSJ), sectie gevangeniswezen.

De auteur dankt diverse personen voor hun bijdrage aan de totstandkoming van dit preadvies, waaronder mevr. mr. M. van Eykelen, officier van justitie medische zaken bij het arrondissementsparket te Rotterdam, mw. P.M.J. Eken – de Vos, beleidsmedewerker expertisecentrum medische zaken bij dat parket, prof. mr. J. Legemaate, en mr. J. Blad en dhr. B. Leeuw, respectievelijk universitair hoofddocent en student-assistent bij sectie strafrecht van de EUR.

I. Inleiding

De relatie tussen gezondheidsrecht en strafrecht is geen gemakkelijke. Dat ligt – ook – aan het strafrecht. In deze bijdrage wordt een betrekkelijk brede ‘*tour d’horizon*’ geschetst waarin de grote lijnen van ontwikkeling binnen het materiële en het formele strafrecht worden toegespitst op beschouwingen die voor het functioneren van de arts en de relatie tussen arts en strafrecht – en daarmee voor het gezondheidsrecht relevant zijn. Het bouwt voort op het betrekkelijk groot aantal fundamentele beschouwingen, met name ook in de vorm van dissertaties, dat de afgelopen jaren aan onderdelen van de relatie tussen arts en strafrecht is besteed. Als eerste komen enkele ontwikkelingen en wijzigingen van het materiële strafrecht aan de orde. Zij zijn van belang voor de strafrechtelijke aansprakelijkheid voor medisch handelen. De accentuering van de strafrechtelijke aansprakelijkheid in de maatschappij in het algemeen, en de concrete accentuering van de misdrijven van dood door schuld, c.q. zwaar lichamelijk letsel door schuld, staan in deze bespreking voorop. Dergelijke delictsomschrijvingen zijn in de kern nooit veranderd, maar worden wel met andere accentverschillen toegepast. Juist die accentverschillen roepen nieuwe en actuele vragen en dilemma’s op omtrent de relatie tussen strafrecht en gezondheidsrecht.

Vervolgens wordt aandacht besteed aan ontwikkelingen binnen het formele strafrecht, het strafprocesrecht. Waar het materiële strafrecht de medicus meer en meer op de hielen zit, vraagt ook het formele strafrecht en zijn procedures en waarborgen tegen een te gemakkelijk of te vanzelfsprekend gebruik van het strafrecht nadrukkelijker dan ooit de aandacht. Ook wordt er aandacht besteed aan de actuele stand van zaken in de discussie over het verschoningsrecht. Dit wordt voorafgegaan door een bespreking van enkele afzonderlijke onderwerpen als formele consequenties van de wijzigingen van het materiële strafrecht, enkele relevante wetwijzigingen en relevante aspecten betreffende de beslissingen omtrent strafrechtelijke aansprakelijkheid. Dit laatste betreft bijvoorbeeld de beslissing van het Openbaar Ministerie (OM) tot (niet-)vervolgen, inclusief de komende mogelijkheden voor dat OM tot het uitvaardigen van een strafbeschikking. De rode draad is steeds de vraag of strafrecht en gezondheidsrecht nog wel over een voldoende adequaat model van samenwerking (of ten minste afstemming) beschikken dat optimale behartiging van de belangen gediend met de inrichting van de gezondheidszorg enerzijds en van de belangen gediend met strafrechtelijke rechtshandhaving anderzijds, kan waarborgen. In de slotbeschouwing komt deze vraag nader aan de orde.

II. Ontwikkelingen in het materiële strafrecht

II.1 Inleiding

De ontwikkelingen in het materiële strafrecht staan in het teken van de alom onderkende versterkte instrumentaliteit van strafbaarheid. De overheid grijpt steeds makkelijker naar strafbaarstelling als instrument om veiligheid te garanderen en risico's tegen te gaan. De burger lijkt dat ook steeds meer te verwachten. Als er gevolgen van risicovol gedrag intreden, met name in geval er (zwaar) gewonden vallen dan wel er doden te betreuren zijn, klinkt de vraag (om niet te zeggen: de roep) naar de strafrechtelijke aansprakelijkheid steeds gemakkelijker en nadrukkelijker. Is de burger zelf slachtoffer, dan wordt hij door recente wetgeving ook nadrukkelijk in zijn betrokkenheid bij de betreffende strafzaak als 'zijn' strafzaak bevestigd. Deze hier wel heel grof geschetste ontwikkeling betekent, toegespitst, dat ook de burger, als patiënt klant van arts of zorginstelling, steeds gemakkelijker het strafrecht beschouwt als een instrument dat te zijnen dienste (en liefst ook door hem zelf) kan worden gebruikt, mocht de medische behandeling hem daar aanleiding toe geven.

In dat kader hoeft het niet te verwonderen dat het aantal klachten bij de medische tuchtcolleges in 2005 flink is toegenomen.¹ Afgezien van het toegenomen aantal klachten dat door de inspectie is ingediend, moet die stijging ook worden toegedicht aan de grotere mondigheid van de burger ter zake. Dit blijkt ook uit de toename van het gebruik van vergelijkbare procedures, zoals het beklag van artikel 12 Sv bij het gerechtshof tegen een beslissing van het OM tot het niet (verder) vervolgen van een verdachte. Straf- en tuchtrecht worden steeds nadrukkelijker ook instrument van persoonlijke genoegdoening.

In het onderstaande worden enkele juridische ontwikkelingen binnen het materiële strafrecht die met dergelijke, gewijzigde opvattingen samenhangen besproken voor zover relevant voor het handelen van de medicus en zijn strafrechtelijke verantwoordelijkheid ter zake. Benadrukt zij, dat deze ontwikkelingen een voortvloeisel zijn van een verandering in opvattingen over taak, reikwijdte en inhoud van het (materiële) strafrecht in het algemeen. De ontwikkeling heeft in zoverre niets met een verminderd vertrouwen in de arts of de medische stand als zodanig te maken. Maar daardoor kan de medische stand omgekeerd deze ontwikkeling niet met een beroep op kwaliteit van eigen handelen tegengehouden.

1 Bericht in *De Volkskrant* van 18 mei 2006.

II.2 *Strafrechtelijke aansprakelijkheid*

II.2.1 *Het grondmodel*

In de grondslagen van de strafrechtelijke aansprakelijkheid is onmiskenbaar een verschuiving aan het optreden. Naar de vorm bekeken is het even zoeken naar die verschuiving omdat deze niet alleen of in de eerste plaats uit wijzingen van de wet betreffende de grondslagen van materieel-strafrechtelijke aansprakelijkheid te kennen is. Dat heeft te maken met het feit dat zelfs onze hoofdcodificatie van het materiële strafrecht – het Wetboek van Strafrecht – aan de grondslagen van die aansprakelijkheid nauwelijks of geen aandacht besteedt. Het Wetboek van Strafrecht bestaat eerst en vooral uit de strafbepalingen van Boek 2 en Boek 3 Sr met daarin de delictomschrijvingen van de verschillende misdrijven en overtredingen. Weliswaar is er ook een Boek 1 Sr, getiteld ‘Algemene bepalingen’, maar daarin is weinig of niets te vinden over grondslagen van strafrechtelijke aansprakelijkheid, zoals het antwoord op de vraag wanneer van daderschap, van opzet, van schuld, van causaliteit en dergelijke sprake is. Zelfs de ‘Algemene bepalingen’ van de hoofdcodificatie van het materiële Wetboek van Strafrecht bevatten geen dogmatische hoofdlijnen omtrent de grondslagen van strafrechtelijke aansprakelijkheid. De wetgever heeft zich altijd van het opnemen van dergelijke abstract-dogmatische bepalingen onthouden en ruimte gelaten voor ontwikkeling van dergelijke dogmatische leerstukken in literatuur en – met name – jurisprudentie.²

Deze karaktertrek van het Wetboek van Strafrecht komt bijvoorbeeld heel specifiek tot uitdrukking in artikel 51 Sr. Daarin wordt heel algemeen aangegeven dat een strafbaar feit ook door een rechtspersoon, zoals een ziekenhuis, kan worden begaan. De wet geeft echter geen begin van opheldering over de vraag *wanneer* dan een rechtspersoon geacht kan worden een strafbaar feit te hebben begaan (en wanneer niet) en aan de hand van welke criteria die vraag überhaupt moet worden beantwoord. Dat is door de wetgever aan de rechter overgelaten. Over de invulling van die opdracht door de Hoge Raad, bijvoorbeeld in zijn reeds binnen dertig jaar na de invoering van artikel 51 Sr gewezen overzichtsarrest van 21 oktober 2003, NJ 2006, 328 valt veel te zeggen. Zie nader hierna in IV.2 over het daderschap van het ziekenhuis.

Een dergelijk open model voor de vormgeving van strafrechtelijke aansprakelijkheid is niet op voorhand als positief of negatief te kwalificeren. Zo’n model stelt wel betrekkelijk weinig wettelijke grenzen aan een ontwikkeling in de richting van een versterkte nadruk op strafrechtelijke aansprakelijkheid. Het model ‘vangt’ zo’n ontwikkeling nauwelijks in goede en bruikbare criteria voor (de reik-

2 Zie voor de beschrijving van dit grondmodel met name Rozemond 2006.

wijdte van) strafrechtelijke aansprakelijkheid en het bevat ter zake ook geen goed en uitgewerkt model voor rechtsvorming. Die aspecten zijn relevant nu zich tegenwoordig nadrukkelijk een ontwikkeling naar versterkte strafrechtelijke aansprakelijkheid voordoet.

II.2.2 *Verschuiving: van daderschap ter zake van een gedraging naar aansprakelijkheid voor een gevolg*

In de vormgeving van de basis van de strafrechtelijke aansprakelijkheid heeft lange tijd de lichamelijke gedraging van de dader centraal gestaan. De idee is dat in de diverse materieel-strafrechtelijke delictsomschrijvingen een lichamelijke gedraging wordt aangeduid die strafbaar is. Wordt een dergelijke gedraging waargenomen, dan wordt tegen de burger die de betreffende gedraging stelt, ter zake van die specifieke delictsomschrijving strafrechtelijk onderzoek gedaan en wordt ter zake eventueel strafvervolging ingesteld. Hoewel lang niet alle delictsomschrijvingen in het Wetboek van Strafrecht, ook niet in de versie van 1886, aan deze te eenvoudige schets voldoen, kan toch in een beperkte, ideaaltypische schets worden gezegd dat in deze benadering het eerste oriëntatiepunt ligt in de handeling van de mogelijke dader. Is een lichamelijke gedraging gesteld die in een delictsomschrijving strafbaar is gesteld?

Deze benadering van de grondslag van strafrechtelijke verantwoordelijkheid wordt in recente tijden meer en meer en steeds nadrukkelijker verlaten. Ook weer te ideaaltypisch weergegeven kan de veranderde benadering als volgt worden geschetst.³ In deze nieuwe accentuering is niet zozeer een mogelijk strafbaar gestelde gedraging van een persoon de ingang naar en de basis voor strafrechtelijke verantwoordelijkheid, maar het resultaat, te weten een inbreuk op een rechtsgoed dat door het strafrecht wordt beschermd. Er is door een groep personen geweld gebruikt en daardoor is een andere persoon ernstig gewond geraakt. Dat resultaat accepteren we niet en daarom moet het strafrecht ter zake worden ingezet en wel tegen de meest gerede partij, bij een groep tegen alle leden van die groep. Er heeft een patiënt een verkeerde behandeling gekregen (een vermoeden daarvan rijst al als een behandeling niet het vooraf verwachte resultaat heeft gehad), en we wensen te onderzoeken of die uitkomst wel geheel vrij is van enig strafrechtelijk verwijt. Hoe weinig aanwijzingen er ook waren die wezen op een strafbare gedraging van de leiding van de vierdaagse, het enkele feit dat op de eerste – en laatste – dag van de editie 2006 twee doden vielen was, als resultaat, reeds voldoende aanleiding voor het OM om een weliswaar slechts oriënterend, maar wel strafrechtelijk onderzoek in te stellen.

3 Er bestaat over deze verschuiving betrekkelijk veel literatuur. Zeer verhelderend, ook in de schets van de consequenties van dergelijke ontwikkeling, is Wemes 1995. Zie ook Franken 2006 en Mevis 2000.

In deze benadering wordt, startend vanuit een ongewenst resultaat, de inzet van het strafrecht bepaald vanwege de gevoelde ongewenstheid van het resultaat waartegen 'uiteraard' demonstratief moet worden opgetreden. De lijn naar de aanwijzing van de 'dader' (de strafrechtelijk aansprakelijke) begint dan, denkend vanuit het resultaat, bij de aanname dat er uiteraard een strafrechtelijk verantwoordelijke is; er is immers een ongewenst resultaat (een dode, een gewonde, etc.). Het komt er dan in de concrete strafzaak alleen nog maar op aan om uit een mogelijk groter geheel van betrokkenen de meest gerede 'dader(s)' als aansprakelijke(n) aan te wijzen.

Voor het op deze wijze toedichten van het resultaat van een rechtsgoed-inbreuk aan een daarvoor strafrechtelijk verantwoordelijk te stellen persoon, is vervolgens minder dan ooit van belang welk soort bijdrage als grond voor deze toerekening in een concreet geval aanwezig is, zolang die grond de toerekening maar rechtvaardigt. In toenemende mate treden daarom naast de aloude lichamelijke gedraging, ook grondslagen op als 'onvoldoende toezicht gehouden hebbende' of 'een strafbaar feit niet voorkomen in een situatie waarin daartoe wel de mogelijkheid bestond'. De strafrechtelijke aansprakelijkheid voor het resultaat van groeps geweld is niet alleen gebaseerd op – en dus gericht op en daarmee beperkt tot – degene die gemept heeft. Er is, denkend vanuit het resultaat en zoekend naar de daarvoor verantwoordelijken, geen reden ter zake van de strafrechtelijke aansprakelijkheid voor het resultaat, halt te houden bij degene die het slachtoffer vasthield teneinde het slaan door anderen mogelijk te maken, maar ook niet bij degene die erbij stond en de daadwerkelijke dader aanmoedigde, en zelfs niet voor degene die er alleen maar bijstond maar zich niet heeft gedistantieerd of degene die, bij de uitvoering van het geweld of daaraan voorafgaand, te weinig getracht heeft de anderen te weerhouden. Recent besliste het OM tot vervolging van degene die, als moeder en echtgenote, te lang zonder ingrijpen toekijkte bij door de man en vader gepleegde incest. Voorts is ten tijde van de afsluiting van deze tekst blijkens mediaberichten enige commotie ontstaan omdat het OM besloten heeft om in de 'zaak-Savanna' niet alleen de moeder van het kind te vervolgen voor haar bijdrage aan de dood van Savanna, maar ook de betreffende gezinsvoogd om te onderzoeken of haar optreden, met name in de vorm van het *nalaten* van die hulp die redelijkerwijze juist van haar als professionele hulpverlener verwacht had mogen worden, tot strafrechtelijke (mede)aansprakelijkheid voor de dood van Savanna leidt. Van de zijde van de jeugdzorg is daarop de vraag opgeworpen of die jeugdzorg dan niet de Staat zou moeten aanklagen vanwege het onvoldoende ter beschikkingstellen van geldelijke middelen om gezinshulp voldoende adequaat vorm te kunnen geven.⁴ Via nogal verschillende ingangen wordt in dergelijke gevallen een medeverantwoordelijkheid voor het resultaat geformuleerd en dat is vervolgens reden de betreffende persoon niet langer van strafrechtelijke aansprakelijkheid uit te zonderen.

4 Meuwese in *De Volkskrant* van 12 december 2006.

Reeds in de gebruikte bewoordingen is de hier bedoelde verschuiving in benadering zichtbaar te maken. Daar waar de grondslag van strafrechtelijke verantwoordelijkheid berust op strafbaarstelling van in een delictomschrijving aangewezen gedraging, gaat het bij die grondslag van strafbaarheid om de dader van die in de wet aangeduide gedraging: 'de dader heeft het gedaan'. Strafrechtelijke aansprakelijkheid is dan gebaseerd op een min of meer direct uit de wet voortvloeiend daderschap ter zake van een lichamelijke gedraging. In de nieuwe benadering wordt eerder het resultaat (een inbreuk op een in het strafrecht beschermd rechtsgoed) toegedicht aan degene die, om enige reden, voor dat resultaat verantwoordelijk wordt gehouden en die daarmee (strafrechtelijk) aansprakelijk is voor dat resultaat. In die benadering wordt de grondslag voor de strafrechtelijke verantwoordelijkheid opgebouwd uit een *aansprakelijkstelling* voor het resultaat.

Dit verschil in bewoordingen illustreert belangrijke inhoudelijke verschuivingen. Het gaat niet meer om een uit de wet voortvloeiend daderschap, maar om een door de rechter toegedichte aansprakelijkheid. Aansprakelijk *stellen* is immers een actieve daad die, mede vanwege de geschetste structuur van ons materieel strafrecht, niet algemeen door de wetgever, maar – per strafzaak – door de rechter geschiedt.

Een fraai voorbeeld van de hier bedoelde aansprakelijkheidstelling als rechterlijke activiteit in een concrete strafzaak is de strafrechtelijke afhandeling van de Amercentrale-zaak door Rechtbank Breda 24 mei 2006, LJN AX4365, AX4375, AX 4430 en AX4435. Uit de bij de uitvoering van bouwwerken niet onbekende kluwen van ontwerper, opdrachtnemer, hoofdaannemer en onderaannemers moet eerst eens de i.c. strafrechtelijk verantwoordelijke worden gefilterd. Het siert de rechtbank dat zij zich van de impact van de aansprakelijkstelling bewust is en de betreffende vraag uitvoerig gemotiveerd beantwoordt.⁵

In de rechterlijke activiteit ligt dan ook eerst de afbakening van strafbare en niet-strafbare aansprakelijkheid. Dan hoeft niet te verwonderen dat veel burgers, getroffen door resultaten van handelingen van andere burgers en instanties, bij toenemende inzet van strafrecht als vorm van persoonlijke genoegdoening ter zake dóór willen procederen totdat *de rechter* die grens van strafrechtelijke aansprakelijkheid heeft getrokken. Het feit dat de grenzen van strafrechtelijke aansprakelijkheid op voorhand niet duidelijk zijn en het feit dat deze grenzen steeds minder gemakkelijk worden geaccepteerd, versterken elkaar. Om deze reden hoeft het ook niet te verwonderen dat het OM in een aantal categorieën van

5 Zie voor een bespreking van de zaak Leliveld 2006.

zaken, met name die betreffende dood en letsel door (vermoedelijke) schuld, steeds gemakkelijker tot strafrechtelijke vervolging van artsen zal beslissen.⁶

Deze bijna sluimerende verschuiving van daderschap naar aansprakelijkstelling in de grondslag van de vormgeving van strafrechtelijke verantwoordelijkheid kan, om diverse redenen en via diverse ingangen, onder kritiek worden gesteld. Enkele aspecten zijn hier relevant.

De verschuiving naar een model van aansprakelijkstelling is een open model waarin de beslissing tot toerekening van het resultaat aan degene die daarmee strafrechtelijk aansprakelijk wordt, belangrijk wordt. Vanuit het resultaat gedacht hanteren rechter en OM het strafrecht als een soort zoeklicht om de juiste aansprakelijke in het vizier te krijgen. De grondslag van strafrechtelijke aansprakelijkheid wordt daardoor vager en onvoorspelbaar. De rol van de rechter in de concrete strafzaak wordt, ook ten opzichte van de invloed van de wetgever, uitgegroot, zeker in het Nederlands strafrecht waar de rechter, bijvoorbeeld in een beperkte motiveringscultuur, nu niet bepaald uitblinkt in het acceptabel vormgeven van 'jurisprudentieel strafrecht'. Denkend vanuit het resultaat, wordt gemakkelijk tot in elk geval één strafrechtelijk aansprakelijke beslist, zulks terwijl in het strafrecht als vorm van publiekrechtelijke rechtshandhaving ook de mogelijkheid bestaat dat er niemand voor een bepaalde rechtsgoedinbreuk strafrechtelijk aansprakelijk is.⁷ Die optie verdwijnt snel uit het vizier.

Op dit punt is een vergelijking met het civiel recht verhelderend. De nieuwe strafrechtelijke benadering van toerekening van het resultaat wordt meer dan eens vergeleken met de 'redelijke toerekening' in het civiele recht. Zelfs de strafkamer van de Hoge Raad drukt zich soms uit in termen van 'redelijke toerekening' als het gaat om strafrechtelijke verantwoordelijkheid. Maar in de vergelijking van strafrecht met civiel recht schuilt een valkuil. Een essentieel verschil is het besef dat de redelijke toerekening in het privaatrecht eerst en vooral kwesties van redelijke toedeling van schade betreft. Van die schade staat vast dat zij er is en dat zij daarmee steeds in elk geval door een der partijen gedragen zal moeten worden. Het gaat dan bij de redelijke toerekening alleen om de vraag wie dat zal zijn (veroorzaker, gelaedeerde, verzekeraar, al dan niet deels en naar rato), gegeven de zekerheid dat iemand de schade zal dragen. In het publiekrechtelijke strafrecht staat nu juist, als gezegd, niet vast dat er

6 Hier kan een zekere spiraalwerking dreigen: het feit dat de vraag óf er strafrechtelijke aansprakelijkheid is eerder aan de strafrechter wordt voorgelegd, kan het beeld doen ontstaan dat er kennelijk ook meer gevallen zijn waarin er aanleiding is de vraag naar de strafrechtelijke aansprakelijkheid door het instellen van strafvervolging te stellen. Dat hoeft echter niet het geval te zijn.

7 Vgl. De Hullu 1993, p. 28.

aansprakelijkheid is. De wettelijke strafbepaling heeft ter zake eerst en vooral de belangrijke afbakeningsfunctie of er wel strafrechtelijke aansprakelijkheid is.

II.2.3 *Consequenties voor de medicus*

In het bovenstaande zijn de consequenties van de inhoudelijke verschuiving van 'strafbaarheid' naar 'aansprakelijkheid' voor de strafrechtelijke aansprakelijkheid van de medicus al terloops aan de orde geweest. De uitkomst van een medische behandeling die, in afwijking van de verwachting, leidt tot zwaar lichamelijk letsel of de dood van de betreffende patiënt, is een uitkomst waarbij thans eerder, gemakkelijker en nadrukkelijker ook de vraag naar een eventuele strafrechtelijke aansprakelijkheid wordt gesteld. Deze aansprakelijkheid is meer diffuus dan ooit, omdat ook op grond van nalaten, op grond van het betrachten van te weinig zorg of op grond van enige andere vorm van betrokkenheid aansprakelijkheid kan ontstaan. Dat leidt in voorkomende gevallen ook gemakkelijker tot meer discussie over de vraag wie aansprakelijk is, de dokter of het ziekenhuis. Ook de werkrelatie tussen arts en het onder zijn verantwoordelijkheid werkend medisch personeel is van belang. Het strafrecht zal zich gemakkelijk richten op de (eind)verantwoordelijkheid van de arts ter zake. Maar de relatie tussen arts en medisch personeel is complex. Deze wordt door formele protocollen en werkafspraken, maar ook door informele factoren van vertrouwen en autoriteitsaspecten gekenmerkt, terwijl die relatie ook weer door de meer algemene werkomstandigheden binnen een ziekenhuis kan worden beïnvloed. Probeer dan maar eens 'de' aansprakelijke aan te wijzen tegen wie de strafvervolgning zich zou moeten richten. Juist dan zal een eerste beslissing van arts, ziekenhuis, maar ook van het Openbaar Ministerie, te weten dat voor aansprakelijkstelling geen grond is, minder snel worden geaccepteerd. Dat leidt niet alleen tot een toename van het aantal artikel 12 Sv-procedures, maar kan (en behoort) voor het OM ook aanleiding zijn een dossier eerder als strafzaak aan de rechter voor te leggen. Die consequentie betekent echter dat het onderzoek in een concrete zaak eerder en nadrukkelijker in het teken staat van een opsporingsonderzoek, gericht op vervolging. Ook dat maakt de zaken er niet gemakkelijker op.

II.3 *Het culpose delict: dood respectievelijk zwaar lichamelijk letsel door schuld*

II.3.1 *Inleiding*

Men kan tegen het in de vorige paragraaf betoogde inbrengen dat de verschuiving in de grondslag van strafbaarheid (van gedraging naar aansprakelijkstelling) van minder betekenis is voor twee voor de medicus belangrijke strafbepalingen uit het Wetboek van Strafrecht, te weten die van dood door schuld respectievelijk zwaar lichamelijk letsel door schuld (artikelen 307 en 308 Sr). Immers, de constructie van het culpose delict is een andere dan de bovengeschetste, ideaaltypische. Er is in de delictsommschrijving geen sprake van een als strafbaarheid aangewezen gedraging. Er is 'slechts' sprake van de aanduiding van een bepaald

gevolg dat aan 'schuld' te wijten moet zijn. In dat bestanddeel 'schuld' liggen volgens de Hoge Raad alle onderdelen van strafbaarheid besloten, terwijl de inhoud van 'schuld' al van oudsher en welbewust ruimte laat om ook andere relevante gedragingen dan een actief handelen, zoals eerst en vooral nalaten of onvoldoende zorg betrachten, als grond voor 'schuld' aan te nemen. Des te interessanter is dat de versterkte punitiviteit van het materiële strafrecht dan precies bij deze delicten zichtbaar wordt in een verhoging van het bedreigde strafmaximum en misschien ook wel in een veranderde inhoud van 'schuld'.⁸

II.3.2 *De Wet herijking strafmaxima*

Voordat op 1 februari 2006 de Wet herijking strafmaxima⁹ in werking trad, kende het Wetboek van Strafrecht een maximale strafbedreiging ter zake van dood door schuld, respectievelijk zwaar lichamenlijk letsel door schuld van negen, respectievelijk zes maanden gevangenisstraf (of hechtenis), een sinds de invoering van het Wetboek van Strafrecht in 1886 nimmer gewijzigd maximum. De wet differentieerde in strafmaxima niet naar de mate van schuld; het was aan de rechter om binnen de genoemde maxima onderscheid te maken naar gevallen van min of meer aanmerkelijke schuld, dan wel gevallen waarin ronduit roekeloos was gehandeld. Door de genoemde wet zijn de bordjes per 1 februari 2006 niet onaanzienlijk verhangen.¹⁰ In de eerste plaats differentieert de wet nu wel naar de mate van schuld; de roekeloosheid is in een apart tweede lid van artikel 307 respectievelijk artikel 308 Sr van een ten opzichte van het gronddelict verhoogd strafmaximum voorzien. Die strafmaxima zelf zijn ook niet onaanzienlijk opgetrokken; op dood door schuld staat in plaats van voorheen negen maanden, thans twee jaren, in geval van roekeloosheid vier jaren gevangenisstraf; bij zwaar lichamenlijk letsel door schuld bedragen de maxima een jaar respectievelijk twee jaren gevangenisstraf.

Alleen reeds deze verzwaring van de strafmaxima vormt een uitdrukking van het feit dat de wetgever zwaarder tilt aan het toebrengen van zwaar lichamenlijk letsel of de dood, ook al is daarbij geen sprake van opzet. De wetgever beoogde niet alleen om in gevallen van risicovol, gevaarzettend gedrag met ernstige gevolgen vervolging ter zake van opzetsdelicten af te remmen (in dergelijke gevallen levert het bewijs van opzet via het zogenaamde 'voorwaardelijk opzet' altijd veel moei-

8 Zie voor een bespreking van de artikelen 307-309 Sr ook Sluyters 1989, p. 30-41; Beets 1989 en Smeehuijzen 2000, p. 362-374.

9 Wet van 22 december 2005, *Stb.* 2006, 11.

10 De reikwijdte van art. 307 Sr was en is tot zwaar lichamenlijk letsel door schuld beperkt. Soms kan de beschouwer van de ontwikkelingen een gevoel van verbazing bekruipt dat de wetgever bij de Wet herijking strafmaxima de reikwijdte van art. 307 Sr niet tevens tot 'gewoon' letsel door schuld heeft uitgebreid.

lijkheden op); de wetgever meende dat tegenwoordig ook zwaarder wordt getild, ook in strafrechtelijke zin, aan het – zij het dan slechts – culpose verwijt met bepaalde, in de artikelen 307 en 308 aangeduide gevolgen.¹¹ Was vroeger strafrechtelijke aansprakelijkheid ter zake van ‘schuld’ uitzondering (alleen in geval van betrekkelijk zware schuld met betrekkelijk zware gevolgen en dan nog bedreigd met een lage straf), deze wetswijziging getuigt ervan dat deze terughoudendheid is verlaten. Met name de niet onaanzienlijk verhoogde strafmaat van de ‘gewone’ schuld duidt erop dat de wetgever zwaarder tilt aan de strafrechtelijke aansprakelijkheid voor dood, respectievelijk letsel door schuld. Dat maakt dat ter zake ook eerder zal worden vervolgd; dat eerder naar het strafrecht zal worden gegrepen. Een slachtoffer, op zichzelf in de strafrechtspleging in recentere tijden van een versterkte rechtspositie voorzien, zal in voorkomende gevallen op daadwerkelijke inzet van dat strafrecht aandringen. Hij kan daartoe aan de intentie achter de hier besproken wetswijziging goede argumenten ontleen.

II.3.3 *De inhoud van ‘schuld’ en ‘roekeloosheid’*

Door de Wet herijking strafmaxima zijn weliswaar de strafmaxima verhoogd en is binnen de grondslag van de schuld als verwijtbaarheid nader onderscheid aangebracht tussen de roekeloosheid en vormen van schuld van minder ernstige aard; de strafrechtelijke inhoud van het begrip ‘schuld’ is bij die wet als zodanig niet gewijzigd. Door de terughoudendheid van de wetgever bij strafbaarheid ter zake van een culpoos misdrijf is niet elke vorm van verwijtbaar handelen met een door de strafwet aangeduid fataal gevolg meteen ook strafwaardige verwijtbaarheid. In het algemeen eist de jurisprudentie, ter invulling van de wet, een min of meer grove of aanmerkelijke schuld,¹² een (verwijtbare) aanmerkelijke onvoorzichtigheid, die bijvoorbeeld niet per se met een enkele beroepsfout of beroepsmatige handeling in strijd met een enkel procedurevoorschrift (zoals een enkele zorghandeling in strijd met de normen uit de Wet BIG) aanwezig hoeft te zijn.¹³ Het is niet ondenkbaar dat in een tijd waarin de punitiviteit, juist ook ter zake van het culpose delict, nader wordt geaccentueerd, eerder tot de aanwezigheid van een dergelijke minimumnorm van schuld zal worden geconcludeerd, met name door de lagere rechter bij wie een dergelijk fenomeen ook in de nogal eens

11 *Kamerstukken II 2001/02*, 28 484, nr. 3, p. 7; zie over dit punt uitdrukkelijk De Jong e.a. 2003, p. 265-266.

12 Dit is een voorbeeld van invulling van materieel strafrecht (schuld) uit de wet door jurisprudentie. Een voorbeeld waarin de Hoge Raad ‘schuld’ concreetiseert tot ‘min of meer grove of aanmerkelijke schuld’ levert HR 17 september 2002, *NJ 2002*, 549.

13 Den Harder 2006 en Van Kempen 2004. Zie ook de mooie overzichtsconclusie van A-G Vellinga voor HR 1 juni 2004, *NJ 2005*, 252.

te snelle aanname van het bewijs van voorwaardelijk opzet zichtbaar is.¹⁴ Het feit dat een bepaald (ernstig) gevolg is ingetreden (als gevolg van gevaarzettend handelen), maakt de stap naar de verwijtbaarheid soms iets te verleidelijk en te gemakkelijk.¹⁵ De Hoge Raad waakt ervoor dat het domein van het voorwaardelijk opzet te gemakkelijk uitdijt, maar het is onzeker of hij dat bij de invulling van 'schuld' ook zal willen (of als cassatierechter kunnen) doen. Een dergelijk gevaar ligt te meer op de loer als het OM er op basis van de nieuwe structuur van artikel 307 en artikel 308 Sr voor zou kiezen om in voorkomende strafzaken de roekeloze variant primair ten laste te leggen, gevolgd door de subsidiaire variant waarin hetzelfde gevolg op basis van (gewone) schuld aan de verdachte wordt verweten. De conclusie dat van roekeloosheid geen sprake is, maar dan toch zeker wel van gewone schuld, kan, als een soort compromis, te gemakkelijk afleiden van de vraag of aan het minimum aan verwijtbaarheid, noodzakelijk voor 'gewone' schuld wel voldaan is.¹⁶

II.3.4 *Afsluiting*

Hoewel dus de Wet herijking strafmaxima de structuur van het culpose delict niet heeft aangetast, is door deze wetswijziging de punitieve betekenis van de culpose misdrijven van artikel 307 en artikel 308 Sr versterkt. Juist waar deze beide delicten in medische zaken van groot praktisch belang zijn, kan het niet anders dan dat de dokter, maar ook het ziekenhuis met deze versterkte punitiviteit geconfronteerd zullen worden. Zoals eerder aangeduid moet men zich daarbij realiseren dat dan de afhandeling van een geval van dood of zwaar lichamelijk letsel al vanaf het eerste begin meer en sterker dan voorheen in het teken van strafrechtelijke afhandeling door opsporing, vervolging en mogelijke berechting zal staan. Dat maakt 'samenwerking' tussen justitie en arts, tussen politie en ziekenhuis er niet gemakkelijker op.

II.3.5 *Nog enkele opmerkingen over artikel 309 Sr*

In aanvulling op de artikelen 307 en 308 voorziet artikel 309 Sr nog in een aparte strafverhogende omstandigheid die van toepassing is als genoemde delicten door een arts in de uitoefening van het beroep of ambt worden begaan. Het artikel is bij de Wet herijking strafmaxima niet gewijzigd, maar de verhoging van de

14 Zie daarover bijvoorbeeld het overzicht van rechtspraak in Mevis 2004. Normaliter zal in medische zaken de grens tussen schuld, zelfs in de vorm van bewuste roekeloosheid, en voorwaardelijk opzet niet snel door het ten laste leggen van een doleus delict of poging daartoe overschreden worden.

15 Significant is dat de Hoge Raad in een arrest als HR 25 maart 2003, NJ 2003, 552 uitdrukkelijk de betrekkelijke evidentie moet vaststellen dat de kans dat een bepaald risico intreedt, niet bepaald wordt door de aard en de ernst van het gevolg.

16 Zie voor dergelijke consequenties nader bij De Jong e.a. 2003, in het bijzonder p. 261-274.

bedreigde maximale gevangenisstraf met 'een derde', heeft natuurlijk meer betekenis gekregen nu dat maximum zelf door genoemde wet flink is verhoogd. Door de werking van artikel 309 Sr kan aan een arts die schuldig wordt bevonden aan dood door schuld in het beroep of ambt begaan, na 1 februari 2006 een maximale gevangenisstraf worden opgelegd van twee jaar en acht maanden, in geval van roekeloosheid van vijf jaar en vier maanden. In geval van zwaar lichamelijk letsel door schuld bedragen deze maxima een jaar en vier maanden respectievelijk twee jaar en acht maanden.

In geval toepassing wordt gegeven aan artikel 309 Sr kunnen bovendien twee bijkomende straffen aan de te veroordelen arts worden opgelegd. Dat betreft de openbaarmaking van de uitspraak (op kosten van de veroordeelde: artikel 36 Sr) en de belangrijker ontzetting van de uitoefening van het beroep waarin het misdrijf is gepleegd. Hier treedt de ontzetting uit het beroep door de strafrechter naast de mogelijke ontzegging door de tuchtrechter. De duur van de ontzetting wordt door de rechter bepaald binnen de grenzen van artikel 31 Sr. Daaruit blijkt dat die duur ten minste twee jaren zal zijn, een binnen ons wettelijk sanctiestelsel tamelijk uitzonderlijk voorbeeld van een betrekkelijk hoog, bijzonder strafminimum. De maximale duur van de ontzetting op grond van artikel 309 Sr is, als men echt alles uit de kast wil halen (hetgeen in de praktijk zelden gebeurt), bij veroordeling ter zake van artikel 309 jo. 307 lid 2 Sr maximaal tien jaar en vier maanden (maximale gevangenisstraf van vijf jaar en vier maanden; de duur van de ontzetting mag deze termijn maximaal vijf jaren te boven gaan: artikel 31 lid 1 onder 2 Sr). Ontzetting uit het beroep voor het leven (artikel 31 lid 1 sub 1 Sr) is op grond van artikel 309 Sr niet mogelijk nu er tegen artikel 307 noch tegen artikel 308 Sr levenslange gevangenisstraf is bedreigd. Zo zwaar wilde de wetgever nu ook weer niet aan culpose delicten tillen. Levenslange ontzetting is dus alleen via de tuchtrechter te bereiken. Voor de tuchtrechter is de ontzegging of doorhaling van artikel 48 Wet BIG overigens de zwaarste straf waartoe niet licht wordt besloten. Dat zal ook voor de strafrechter (hebben te) gelden.

Opgemerkt kan nog worden dat volgens de leer die de Hoge Raad bij andere strafverhogende omstandigheden volgt, deze alleen in hun strafmaximumverhogende of strafuitbreidende werking kunnen worden toegepast, als zij door het OM – desnoods eerst mondeling ter terechtzitting – aan de verdachte ten laste zijn gelegd en door middel van wettige bewijsmiddelen zijn bewezen.¹⁷ Dat

17 Voor de bijzondere strafverhogende omstandigheid van art. 309 Sr is dat aan de orde geweest in HR 7 juni 1911, *W.* 9209 en HR 20 januari 1930, *W.* 12 098. Dat de Hoge Raad ook thans nog van deze opvatting uitgaat kan blijken uit HR 24 maart 1992, *DD* 92.287 (Nederlands recht) en HR 5 februari 2002, *NJ* 2003, 126, herhaald in HR 12 september 2006, *NJ* 2006, 511 (Antilliaans recht) inzake de toepassing van de algemene strafmaximumverhogende omstandigheid van herhaling van misdrijf (recidive).

gebeurt in de praktijk enerzijds slechts zelden. Anderzijds hoeft artikel 309 niet per se expliciet ten laste te worden gelegd. Het bijkomend verwijt kan ook impliciet uit het ten laste gelegde voortvloeien (“dat hij, als arts, ..”, etc.; “dat hij op 21 februari 2006 in het X-ziekenhuis te Y ten tijde van de operatie van de patiënt Z”, etc.). De rechter kan met de in artikel 309 Sr aangeduide omstandigheid dat het misdrijf door de arts in de uitoefening van ambt of beroep is begaan, in strafverhogende zin rekening houden binnen de niet verhoogde maxima van artikel 307 respectievelijk artikel 308 Sr, ook zonder dat deze omstandigheid ten laste is gelegd. (Toepassing der bijkomende straffen van artikel 309 Sr is dan niet mogelijk.) Steeds moet worden geëist dat deze omstandigheid wel ter terechtzitting voorwerp van onderzoek en discussie is gemaakt.

III. Medisch handelen in de regeling van het systeem van strafrechtelijke aansprakelijkheid

III.1 Inleiding

Als het strafrecht als vorm van aansprakelijkheidsstelling nadrukkelijker aan de deur van de medische praktijk klopt, is het zinvol aandacht te besteden aan de wijze waarop het feit dat het om medisch handelen gaat, in (de regeling van) die strafrechtelijke aansprakelijkheid wordt verwerkt. De vraag is of de regeling van (niet-)strafbaarheid nog steeds de vorm heeft van een met voldoende helderheid uitgewerkt, praktisch hanteerbaar model. Dat kan worden betwijfeld.

III.2 *Inhoudelijke beschouwing: elkaar versterkende elementen*

Als gezegd buigt ook het strafrechtelijk aansprakelijkheidsrecht al lang niet meer voor het uitgangspunt dat een als zodanig geregistreerd arts vermoed wordt volgens de regels van de kunst te hebben gehandeld, laat staan voor zijn machtswoord dat dit in een concrete zaak het geval zou zijn geweest. Het strafrecht permitteert zich in voorkomende gevallen van vermeende dood of zwaar lichamelijk letsel door schuld of ander delict steeds nadrukkelijker de controlerende rol om na te gaan of er wellicht reden is voor strafrechtelijke aansprakelijkheidsstelling. Die aansprakelijkstelling, of althans dat onderzoek daartoe, gebeurt op basis van het materiële strafrecht. De kern daarvan voor de hier beschreven problematiek bestaat in de eerste plaats uit de in onderdeel II beschreven verschuiving van ouderschap naar aansprakelijkheid, een verschuiving die de feitelijke en mogelijke grondslagen van strafrechtelijke aansprakelijkheid uitbreidt van de beperkte lichamelijke gedraging naar aansprakelijkstelling voor een resultaat (dood, zwaar lichamelijk letsel) van degene aan wie dat resultaat op enige grond (doen, nalaten, onvoldoende zorg en toezicht betrachten, etc.) redelijkerwijze (het meest) valt toe te rekenen.

De structuur van het materiële strafrecht wordt er vervolgens door gekenmerkt dat – als regel – de delictsomschrijving op de arts van toepassing is en dat (eerst) daarna de vraag aan de orde kan komen of de op zichzelf door een delictsomschrijving gedekte, en dus in principe strafbare gedraging wellicht door het medisch karakter van het handelen weer van zijn vermoeden van strafbaar handelen wordt ontdaan. Het medisch karakter van het handelen vormt aldus niet begin van strafrechtelijke beoordeling van de gedraging van de arts, maar komt pas in de tweede lijn van beoordeling aan de orde als uitzondering op een eerste beoordelingsstap die leidt tot een vermoeden van strafbaar gedrag. De indruk bestaat dat dit met het materieel-strafrechtelijk model van strafbaarheid en met het bijbehorend strafvorderlijk beslissingsschema samenhangende model in medische kring nogal eens op onbegrip stuit. Daarbij komt dat het medisch handelen niet expliciet als geschreven strafuitsluitingsgrond in het Nederlandse strafrecht voorkomt, terwijl de strafuitsluiting van medisch handelen op zichzelf

een doctrinair weinig uitgewerkte grondslag heeft in de toestemming van de patiënt dan wel in het feit dat door de arts *ex lege artis* gehandeld is dan wel in een grondslag waarin beide aspecten met elkaar zijn vervlochten.

Het is aangewezen op dit punt een beknopte uitwijding op te nemen die het bovenstaande in een iets breder perspectief kan plaatsen, hoewel de noodzakelijk beperkte omvang van dit preadvies geen ruimte laat voor meer dan een duiding.

In de eerste plaats is er onderzoek beschikbaar waarin expliciet aandacht wordt besteed aan de vraag of de strafrechtelijke beoordeling van de vraag of het handelen binnen of buiten de reikwijdte van een strafbepaling valt (waar en wanneer dus de vraag naar het medisch toelaatbare van het handelen aan de orde moet komen). Dit juist om te bezien of de arts niet reeds eerder van strafrechtelijke aansprakelijkheid kan worden gevrijwaard dan via een strafuitsluitingsgrond als uitzondering op een vermoeden van strafbaarheid. Reeds in 1978 concluderen De Doelder en 't Hart over de medicus en mishandeling dat een arts die binnen de grenzen van zijn beroep werkt, niet onder de reikwijdte van artikel 300 lid 1 Sr valt omdat hij aan een impliciet bestanddeel van wederrechtelijkheid niet voldoet.¹⁸ Wöretshofer¹⁹ concludeert ter zake van mishandeling dat de Hoge Raad in HR 21 oktober 1986, NJ 1987, 607 m.n. GEM op het medisch beroepsrecht als (ongeschreven) strafuitsluitingsgrond leunt. Beide publicaties laten echter ook zien hoezeer er – tot op de dag van vandaag – onduidelijkheid bestaat omtrent de toch betreffende simpele vraag naar de grondslag voor straffeloosheid voor de arts die binnen verantwoord medisch handelen aan een ander pijn en letsel toebrengt. Wöretshofer maakt verder duidelijk dat de erkenning van het beroepsrecht van de arts expliciet niet de basis is voor het vormgeven van straffeloosheid bij gevallen van abortus, euthanasie en hulp bij zelfdoding. Het juridisch en politiek gekrakeel rondom deze delicten moge bekend worden verondersteld. De conclusie van Wöretshofer ten aanzien van mishandeling, luidende: “De discussie over de verschillende juridische constructies die voor het bereiken van de straffeloosheid werden voorgesteld heeft niet geleid tot een gevoel van rechtsonzekerheid onder de medici”²⁰ gaat voor de constructies van straffeloosheid bij (aanvankelijk) abortus en thans nog euthanasie en hulp bij zelfdoding bepaald niet op.

Bij de misdrijven van dood c.q. zwaar lichamelijk letsel door schuld, lost de vraag naar de straffeloosheid van de arts gemakkelijker op in de vraag naar het (te bewijzen) daderschap van de arts; bij geaccepteerd medisch handelen is er van

18 De Doelder en 't Hart 1978, p. 57-68.

19 Wöretshofer 1992.

20 Wöretshofer 1992, p. 307.

‘schuld’ geen sprake en kan het ten laste gelegde niet bewezen worden. Maar juist door de oprukkende strafrechtelijke aansprakelijkheid bestaat niet de indruk dat de grenzen van strafrechtelijke aansprakelijkheid of van ‘schuld’ in dat model nu zoveel helderder zijn c.q. dat artsen geconfronteerd met een strafrechtelijk onderzoek ter zake van een dergelijk misdrijf zich in respect voor hun handelen als arts meer of eerder door justitie begrepen voelen. Juist de tegenwoordige accentuering van strafrechtelijke aansprakelijkheid doet daarom opnieuw de vraag rijzen of artsen niet met een te grote rechtsonzekerheid ten aanzien van strafrechtelijke aansprakelijkheid geconfronteerd worden.²¹ In elk geval kan worden vastgesteld dat de vormgeving van strafbaarheid en de ontwikkelingen van het materiele strafrecht weinig rechtszekerheid opleverende dammen in zich bergen voor goede en werkbare afgrenzing van strafrechtelijke aansprakelijkheid. Dat beeld wordt alleen nog maar versterkt als we er het formele strafrecht, het strafprocesrecht, bijhalen. Daarmee betreden we het terrein van de daadwerkelijke handhaving van het materiële strafrecht.

Men moet zich de consequenties van de oprukkende strafrechtelijke aansprakelijkheid van de arts goed realiseren. Zowel het feit dat de grondslag voor strafrechtelijke aansprakelijkheid steeds diffuser kan zijn, als de waarde die aan strafrechtelijke aansprakelijkheid wordt toegekend, maakt dat medische strafzaken eerder voor de rechter worden gebracht. ‘Berechting’ als symbool is van belang en aansprakelijkheid is eerder en meer omstreden waardoor eerder en nadrukkelijker een oordeel van de rechter wordt gevraagd en eerst met zijn oordeel genomen wordt genomen. Die nadruk betekent dan onvermijdelijk ook dat er in de fase voorafgaande aan de berechting nadrukkelijker opsporings- en vervolgingsactiviteiten ter waarheidsvinding en voor het nemen van verdere strafvorderlijke beslissingen zullen worden ondernomen, dat politie en justitie eerder en nadrukkelijker in een zaak zullen worden betrokken, dat de grens tussen strafrechtelijke en tuchtrechtelijke afdoening in voorkomende gevallen gemakkelijker richting strafrecht zal verschuiven, dat het OM medische zaken minder gemakkelijk zal seponeren of door middel van een transactie (of, in de toekomst, door middel van een OM-strafbeschikking) zal afdoen, etc. Kortom, versterkte betekenis van strafrechtelijke aansprakelijkheid heeft bepaald ook zijn weerslag op het daadwerkelijk optreden van politie en justitie in het kader van de strafvordering, met name in het kader van de waarheidsvinding ten einde een medische zaak op z’n merites voor strafrechtelijke aansprakelijkheid te kunnen beoordelen.

21 In de Aanwijzing Handelwijze gewelduitoefening militairen van het College van P-G’s (*Staatscourant* 2006, nr. 233, p. 11) staat: “De militair moet er op kunnen vertrouwen dat wanneer hij zich houdt aan de dienstvoorschriften, dienstbevelen en geweldsinstructies, hij in beginsel niet strafrechtelijk zal worden vervolgd, dan wel hij bij strafrechtelijk vervolging een beroep kan doen op een strafuitsluitingsgrond.” Geldt hetzelfde niet m.m. voor de arts? Zo ja, is deze ideaaltypische situatie bereikt?

In dat kader van die versterkte betekenis van de strafrechtelijke aansprakelijkheid is dan weer een aantal ontwikkelingen nader van belang. De betekenis van de dam die beroepsgeheim en verschoningsrecht van de arts kan vormen tegen een al te voortvarend strafrechtelijk optreden komt hierna onder VI.5. nog apart aandacht aan de orde. Minstens zo belangrijk is dat daadwerkelijke opsporing van strafbare feiten, juist met het oog op het beantwoorden van de vraag of er reden kan zijn voor strafrechtelijke aansprakelijkheid, een initiatief is van justitie en dat justitie ter zake ook de regie voert en beleidsbepalend is. Men beseffe goed dat strafrechtelijke rechtshandhaving publiekrechtelijke rechtshandhaving ex officio is, en dat grondslag en uitwerking daarvan in concrete zaken door politie en – eerst en vooral – justitie, het Openbaar Ministerie voorop, wordt geregisseerd.²² Natuurlijk moet voor uitwassen worden gewaakt en is justitie bij de uitvoering van haar taak aangewezen op samenwerking, ook in het kader van bredere convenanten met het medische veld, maar hoe, waar en in hoeverre er zal worden opgespoord en vervolgd wordt primair door justitie bepaald. En, voor alle duidelijkheid, dat is terecht.

Het is aangewezen ter zake van de strafrechtelijke aansprakelijkheid nader uit te wijden omdat de indruk bestaat dat in medische kring reikwijdte en betekenis van deze aansprakelijkheid en de toenemende operationalisering ervan niet altijd helemaal wordt beseft. Het tijdschrift van de Nederlandse Vereniging voor Vrijwillige Euthanasie (NVvVE) bevat met enige regelmaat het verslag van een arts die na een levensdodende handeling voorwerp is geworden van strafrechtelijk onderzoek. Het feit dat dit gebeurd is, en de wijze waarop de arts behandeld is, stuit nogal eens op groot, maar niet altijd geëxpliciteerd onbegrip bij de arts die zich miskend voelt. Er is soms sprake van 'kafkaeske ervaringen'. Het besef dat strafrechtelijk onderzoek in dergelijke gevallen op eigen beslissing en initiatief,

22 Binnen het OM is de regievoering in medische zaken inmiddels sterk verbeterd. Daartoe functioneert met name ook het Expertisecentrum medische zaken OM waarbinnen een *Handboek Medische Zaken* voor intern OM-gebruik ontwikkeld is. Dat handboek bedoelt ook officieren van justitie in den lande een handvat te geven voor medische zaken en aldus bij te dragen aan het verhogen van de kwaliteit in de OM-afdoening van dergelijke zaken. Op deze wijze wordt in elk geval gegarandeerd dat het typische en nogal eens van normale strafzaken 'afwijkende' karakter van medische zaken tijdig wordt onderkend. Tegelijkertijd hangt deze beleidsmatige accentuering ook samen met de eerder gesignaleerde accentuering van strafrechtelijke rechtshandhaving in medische zaken, waarin ook het eigen oordeel van het OM nadrukkelijker een rol speelt. Het handboek bevat overigens geen, door Feber ook wel bepleitte strafmaatrichtlijnen in medische zaken (Feber 1989). Het expertisecentrum kan natuurlijk wel voor een zekere stroomlijning van het strafvorderings- en (na de inwerkingtreding van de Wet OM-afdoening) strafopleggingsbeleid zorgen. Zie over het expertisecentrum ook Duijst 2005, p. 233-234.

met eigen methoden en gericht op een eigen, juridisch-strafrechtelijke beoordeling van de betreffende zaak, niet alleen logisch maar ook wenselijk voorkomt, lijkt nogal eens naar de achtergrond verdwenen. Ook in de beschrijving van het verloop van het strafrechtelijk onderzoek kan ik niet altijd die tekortkomingen ontdekken die als verwijtbare handelingen van politie en justitie worden beschreven. Natuurlijk is terughoudendheid hier (en elders) eerste gebod, maar het is toch goed om te zeggen dat het antwoord op de vraag hoe terughoudend justitie moet en kan zijn, in de eerste plaats en in de laatste plaats in handen van justitie ligt. Ter zake valt, als het er op aankomt, niet te onderhandelen.

Los van dergelijke concrete ervaringen van artsen kan het hier beschreven punt ook aan de hand van recente, meer abstracte studies worden geformuleerd. In feite komt het hier betoogde neer op een waarschuwing aan gezondheidsrechtjuristen de reikwijdte en operationaliteit van strafrechtelijke rechtshandhaving niet te onderschatten. Het gevoel dat dit wel gebeurt, kan een strafrechtjurist bekruipe als hij kennisneemt van de dissertatie van Giard.²³ Het boek is gericht op beschrijving van aspecten van theorie en functioneren van het aansprakelijkheidsrecht, maar lijkt, soms zonder dat de auteur dit lijkt te beseffen, vooral te handelen over de civielrechtelijke aansprakelijkheid. Functies van het aansprakelijkheidsrecht worden in het teken gezet van compensatie en preventie. Maar bij strafrecht spelen ook (negatieve) elementen als normhandhaving en publieke (demonstratieve) normbevestiging door vergelding en bestraffing een nadrukkelijke rol. De auteur bespreekt het aansprakelijkheidsrecht 'in verhouding tot strafrecht' en onderkent weliswaar de verschillen tussen strafrecht en civiel recht, maakt lijkt zich van de impact van die verschillen in een praktijk waarin de strafrechtelijke rechtshandhaving zwaarder wordt aangezet, niet bewust. Ook de inhoud van hetgeen hij betoogt over wenselijke veranderingen in het systeem van aansprakelijkheid wordt vanuit de ogen van een strafrechtjurist erg ingevuld door mogelijkheden en wenselijkheden in het systeem van civielrechtelijke aansprakelijkheid waartoe in een steeds gemakkelijker dwars daar doorheen lopend traject van strafrechtelijke rechtshandhaving, simpelweg geen of veel minder mogelijkheden bestaan.²⁴

Het bovenstaande geeft ook aanleiding aandacht te besteden aan de verhouding tussen tuchtrecht en strafrecht. Het tuchtrecht staat dicht bij het strafrecht omdat het net als het strafrecht is gericht op het opsporen, benoemen en sanctio-

23 Giard 2005.

24 Voor alle duidelijkheid: het bovenstaande is geen kritiek op de inhoud van het proefschrift van Giard, integendeel. De verwerking van strafrechtelijke rechtshandhaving is als zodanig geen onderdeel van zijn onderzoek geweest. Het ontbreken ervan valt alleen een strafjurist, vertrouwd met de betrekkelijke 'botheid' van het strafrechtelijk systeem, des te eerder op.

neren van wat mis is gegaan, zij het ook met een ander doel. In de zaken waarin ook strafrechtelijke aansprakelijkheid aan de orde is, kan de tuchtrechtelijke reactie in plaats treden van de strafrechtelijke; doordat tuchtrechtelijk wordt opgetreden is voor strafrechtelijke rechtshandhaving geen noodzaak meer. Maar ook daarbij moet niet de vergissing worden gemaakt dat tuchtrechtelijk optreden primaat heeft en strafrechtelijk optreden zou kunnen of zou moeten tegenhouden. In de eerste plaats kan ook het omgekeerde het geval zijn: het feit dat (reeds) strafrechtelijk wordt opgetreden, kan reden zijn van tuchtrechtelijk optreden af te zien. Van groter belang is dat, als gezegd, strafrecht door eigen doelen en belangen wordt gestuurd. Juist het aspect van publiekrechtelijke (zichtbare²⁵) rechtshandhaving is tegenwoordig van belang. Dat is een andere grond dan de ernst van de zaak of te verwachten straf. Ook in lichtere zaken kan daardoor eerder tot inzet van strafrechtelijke rechtshandhaving worden besloten. Ten slotte sluit het systeem een samenloop van tuchtrechtelijk en strafrechtelijke rechtshandhaving, zeker in de fase van het onderzoek, niet uit. Dit alles schreeuwt uiteraard om afstemming tussen OM en inspectie, ook om te voorkomen dat het feit dat tot tuchtrechtelijk onderzoek wordt besloten de aanleiding is om ook strafrechtelijk te gaan onderzoeken, waardoor, op hun beurt, de tuchtrechtelijke organen zich in hun beslissing tot reactie gesterkt voelen.²⁶ Het lijkt zo te zijn dat de accentuering van het strafrecht het noodzakelijk maakt om opnieuw en wellicht in hardere criteria door te denken over de afbakening met tuchtrechtelijke rechtshandhaving in gevallen waarin ook een vermoeden van een strafbaar feit bestaat. Daarbij zou richtinggevend kunnen zijn dat in geval het gaat om een verdenking ter zake van de toch betrekkelijk zware misdrijven van artikel 307 en artikel 308 Sr, de publiekrechtelijke reactie van het strafrecht voorgaat en eerst nadat de uitkomst daarvan vaststaat nader bezien wordt of – de uitkomst van het strafrecht in aanmerking nemend – nog aanleiding bestaat voor tuchtrechtelijke reactie. De mogelijkheid van tuchtrechtelijke reactie zou in dergelijke gevallen voorlopig kunnen worden geschorst of opgeschort. In andere gevallen zou het omgekeerde kunnen gelden.

Het systeem van publiekrechtelijke rechtshandhaving door opsporing, vervolging en bestrafing is een wezenlijk ander systeem dan dat van civielrechtelijke of tuchtrechtelijke aansprakelijkheid in medische zaken. Het functioneert in medische zaken ook anders, met andere doelen en mechanismen, met name veel lossers van enige invloed vanuit de medische wereld zelf, terwijl dat strafrechtelijk systeem

25 Dat is iets anders dan de openbaarheid van art. 70 Wet BIG.

26 Als men de beschrijving leest van de zaak-Vencken bij Legemaate 2006, kan men zich niet helemaal aan de indruk onttrekken dat tuchtrecht en strafrecht elkaar in die zaak eerder onderling versterkt hebben in het doorzetten van rechtshandhaving terwijl al duidelijk was dat daar inhoudelijk geen grond voor bestond, dan dat door adequate onderlinge afstemming en informatievoorziening tijdig van het verder doorzetten van procedures werd afgezien.

vanaf de eerste signalen dat er rondom een medische zorghandeling iets mis is gegaan, zijn werking kan laten voelen en in toenemende mate doet voelen. Maar accentuering van het strafrecht kan ook betekenen dat het strafrecht in die eigenheid nadrukkelijker wordt bevestigd en meer op zichzelf aangewezen is. Als en omdat in het strafrecht de verbetering van de kwaliteit van de zorg niet eerste en primaire doel is, kan van de medische wereld ook weinig medewerking worden verwacht. Het is goed dat de medische wereld zich van deze wat duale betekenis van de accentuering van het strafrecht bewust van is en er zich op instelt.

III.3 *De Antillen als leerschool?*

Uit het proces van hercodificatie van het Wetboek van Strafrecht in de Nederlandse Antillen en Aruba is een bepaalde ontwikkeling hier vermeldenswaardig. Als boven omschreven, rijst de vraag of er niet een uitdrukkelijker, of in elk geval uitdrukkelijker geformuleerde, grondslag voor straffeloosheid van de arts ter zake van medisch handelen moet worden geformuleerd. In een ten tijde van de afsluiting van dit preadvies uitgebrachte versie van een ontwerp-Wetboek van Strafrecht voor de Nederlandse Antillen en in het ontwerp voor Aruba, is deze vraag positief beantwoord. Voorgesteld wordt om een artikel inzake strafuitsluitingsgronden op te nemen op grond waarvan een gedraging niet strafbaar is (onder andere) als zij “gepleegd is volgens de algemeen aanvaarde regels van beroepsuitoefening”. In de strafbepalingen inzake onder andere euthanasie en hulp bij zelfdoding wordt reeds op het niveau van de delictsomschrijving meer ruimte gemaakt voor medisch handelen doordat alleen het opzettelijk en onrechtmatig benemen van het leven van een ander op diens uitdrukkelijk verzoek, respectievelijk alleen de opzettelijke en onrechtmatige hulp bij zelfdoding strafbaar zal zijn. Tegen een dergelijk model van explicatie bestaan ook bezwaren, maar dit voorstel roept wel de interessante vraag op of een dergelijke explicatie in de huidige tijd niet ook aan deze zijde van de oceaan zijn diensten zou kunnen bewijzen. Op z’n minst de discussie daarover in een wetgevingstraject zou meer duidelijkheid kunnen verschaffen omtrent de strafrechtelijke positie van de arts. De vereniging waarvoor dit preadvies wordt uitgebracht, zou daartoe een ontwerp kunnen maken.

Ten dienste van de discussie volgt thans de voorgestelde tekst voor beide wetboeken naar de stand van zaken per ultimo 2006.

Artikel 1.4.1

1. Niet strafbaar is een gedraging
 - a. waartoe de dader door noodtoestand wordt gedwongen;
 - b. geboden door de noodzakelijke verdediging tegen de ogenblikkelijke onrechtmatige aanranding van lijf, eerbaarheid of goed van de dader zelf of een ander;
 - c. gepleegd ter uitvoering van een wettelijk voorschrift;

- d. gepleegd ter uitvoering van een rechtmatig gegeven ambtelijk bevel;
- e. gepleegd volgens algemeen aanvaarde regels van beroepsuitoefening;
- f. gepleegd als algemeen aanvaard uitvloeisel van vrijwillige deelneming aan sport of spel;

Artikel 2.18.8

Hij die opzettelijk en onrechtmatig het leven van een ander op diens uitdrukkelijk en ernstig verlangen beëindigt, wordt gestraft met gevangenisstraf van ten hoogste twaalf jaren of geldboete van de vijfde categorie. 306 NASr (oud); 293 NSr

Artikel 2.18.9

Hij die opzettelijk en onrechtmatig een ander tot zelfdoding aanzet, hem daarbij behulpzaam is of hem de middelen daartoe verschaft, wordt, indien de zelfdoding volgt, gestraft met gevangenisstraf van ten hoogste drie jaren of geldboete van de vierde categorie. 307 NASr (oud); 294 NSr

De voor beide wetboeken gelijkkluidende MvT vermeldt voor zover hier relevant:

“Niettemin is er bij de artsen wel behoefte aan duidelijkheid in dezen aangezien zij begrijpelijkerwijs niet graag als verdachte worden behandeld wanneer zij een medisch noodzakelijk geachte ingreep op medisch oordeelkundige en verantwoordelijke wijze uitvoeren. Wij menen die duidelijkheid te kunnen verschaffen door de invoeging van een enkel woord in de wetstekst, dus zonder de Nederlandse tekst te kopiëren. Voorgesteld wordt de omschrijving van het strafbare feit te beginnen met de woorden: “opzettelijk en onrechtmatig”. Het woord “onrechtmatig” als bestanddeel heeft hier dan de functie van een extra waarschuwing aan de rechter, inhoudende dat deze zich ervan dient te vergewissen dat de concrete medische handeling onrechtmatig is uitgevoerd, dat wil zeggen in strijd met de eisen die binnen de beroepsgroep gelden en aan de beroepsgroep worden opgelegd. De rechtvaardigingsgrond ‘gehandeld volgens algemeen aanvaarde regels van beroepsuitoefening’ (artikel 1.4.1, sub e) biedt de arts in het algemeen de mogelijkheid van verweer ter zake van medisch handelen, welk verweer dan in gevallen van levensbeëindiging op verzoek extra nauwkeurig op de mogelijke onrechtmatigheid van het medisch handelen dient te worden onderzocht door de rechter”.

IV. Verdeling van aansprakelijkheid; arts of ziekenhuis?

IV.1 *Schets van de ontwikkelingen 1: schuld bij het ziekenhuis*

Zoals hiervoor uiteengezet, vertaalt de versterkte punitiviteit van het strafrecht zich onder andere in een uitbreiding van de reikwijdte van het materiële strafrecht. Los van gedraging kunnen ook andere vormen van betrokkenheid bij een strafbaar feit, inclusief verwijten van het onvoldoende voorkomen dat strafbare feiten worden begaan, tot grondslag voor strafrechtelijke aansprakelijkheid leiden. Bij culpose delicten als dood en zwaar lichamelijk letsel door schuld kunnen dergelijke verwijten een gemakkelijkere en bredere invulling van het te bewijzen bestanddeel 'schuld' vormen. In geval een arts in een zorgomgeving, zoals een ziekenhuis werkt, kan dan de vraag rijzen of de 'schuld' bij de individuele arts ligt, dan wel dat zijn handelen (ook) beïnvloed wordt door zijn werkomgeving voor de inrichting waarvan het ziekenhuis verantwoordelijk is. Die vraag kan ook steeds gemakkelijker voor de strafrechtelijke beoordeling van een medische zaak van belang zijn.²⁷

De medeverantwoordelijkheid van de zorginstelling komt wel heel direct tot uitdrukking in een opmerkelijke strafzaak, berecht bij vonnis van de Rechtbank Den Haag, 19 december 2002, LJN AF2320. Daarin wordt in de verhouding tussen arts en verpleegkundige de eerste terecht verantwoordelijk gemaakt voor een verkeerde injectie met dodelijke afloop. De betreffende arts is dan ook de verdachte. Maar tot een veroordeling komt het niet (let op de betekenis van de skivakantie):

“Naar het oordeel van de rechtbank levert het nalaten van voormelde controle(s) door [verdachte] in de operatiekamer in de gegeven, door zijn raadvrouw geschetste belabberde werkomstandigheden echter niet de voor bewezenverklaring vereiste aanmerkelijke schuld op. Het aan [verdachte] te maken schuldverwijf valt immers in het niet bij de verontrustende keten van onachtzaamheden en ernstige nalatigheden aan de zijde van de ziekenhuisorganisatie. Uit het verhandelde ter zitting inclusief alle stukken van het geding – in onderling verband beschouwd – concludeert de rechtbank dat deze voor [slachtoffer] noodlottige reeks van fouten van in het bijzonder de leidinggevenden van het AZL-LUMC destijds onder meer heeft bestaan uit:

- het in tegenstelling tot andere ziekenhuizen niet naar behoren opvolgen van de ten processe bedoelde dringende adviezen van de SNWLK uit 1998 naar aanleiding van eerdere dodelijke intrathecale injecties van vincristine in het buitenland en in Nederland;

27 Zie voor het begin van deze ontwikkeling Hubben 1989, waarin eerste, nog steeds relevante verkenningen rondom deze strafbaarheid worden uitgevoerd.

IV. VERDELING VAN AANSPRAKELIJKHEID; ARTS OF ZIEKENHUIS?

- het niet tijdig zorgen voor duidelijke en voor ieder kenbare protocollen en waarschuwingen aan dienstdoende verpleegkundigen en artsen op de afdeling en in de operatiekamer in dit verband, mede gelet op het twee weken voordien eveneens aantreffen van een spuit vincristine op de operatiekamer;
- het niet zorgen voor aanwezigheid van voldoende personeel en met name leidinggevende stafartsen-specialisten tijdens ingrepen als de onderhavige, dan wel het niet uitstellen van deze ingrepen bij afwezigheid in januari 2000 van zes van de zeven stafartsen door ziekte, ski-vakantie of andere bezigheden;
- het niet zorgen voor behoorlijke supervisie en begeleiding van onervaren basisartsen en in het bijzonder het niet verstrekken van eenduidige instructies aan arts-assistenten terzake van het uitvoeren van een intrathecale triple-therapie als de onderhavige, mede gelet op de ten processe bedoelde eerdere noodkreten van de arts-assistenten aan hun leidinggevend.

Deze conclusie van de rechtbank wordt bevestigd door de omstandigheid dat de ziekenhuisorganisatie na de dood van [slachtoffer] kennelijk wel direct in staat is geweest om de ten processe bedoelde, voor de hand liggende maatregelen te treffen om dit soort dodelijke injecties door onervaren artsen op de afdeling kinderoncologie zoveel mogelijk te voorkomen. Dat de leidinggevenden van het ziekenhuis in januari 2000 bij al hun overige bezigheden kennelijk uit het oog zijn verloren dat de patiëntenzorg voorop hoort te staan, kan [verdachte] niet worden verweten. Hij was destijds als arts-assistent niet in opleiding pas drie weken werkzaam op de afdeling kinderoncologie, hij moest op dat moment werken onder bijzonder grote werk- en tijdsdruk en in een onaangename sfeer op de operatiekamer, hij was terzake van deze specifieke ingreep nog onervaren en niet of nauwelijks, laat staan eenduidig geïnstrueerd door de verantwoordelijke specialisten – voorzover aanwezig –, en hij was ondanks eerdere incidenten bij gebreke van een duidelijk protocol ook niet of onvoldoende duidelijk gewaarschuwd voor het specifieke gevaar van een spuit intraveneuze vincristine in de operatiekamer gegeven de in dit opzicht volstrekt onverantwoorde werkwijze binnen het ziekenhuis. Ook in dit licht van ernstige fouten van anderen dan [verdachte] – welbeschouwd aanmerkelijk ernstiger dan die van de juist zo zorgvuldige en gedreven, maar toen nog als kinderoncoloog onervaren [verdachte] – kan de conclusie van de rechtbank bij gebreke van aanmerkelijke schuld van [verdachte] in de gegeven omstandigheden geen andere zijn dan vrij-spraak.”

In bovenstaande zaak vraagt de rechtbank zich nog net niet af waarom de arts wel, en het ziekenhuis niet wordt vervolgd. Het voorbeeld maakt indringend duidelijk dat de werkomgeving van de arts van groot, zelfs van doorslaggevend

belang kan zijn voor de beoordeling van de strafrechtelijke aansprakelijkheid ter zake van, bijvoorbeeld, de dood van een patiënt ten gevolge van een medische misser. Deze misser kan de schuld zijn van de arts (onder wiens verantwoordelijkheid ook het handelen van het onder hem werkend medisch personeel kan worden beoordeeld), maar het kan ook de schuld zijn van het ziekenhuis, en het kan de schuld zijn van allebei. Juist waar als basis voor strafbaarheid de concrete gedraging als grondslag terugtreedt en andere gronden de aansprakelijkheid voor een resultaat kunnen uitmaken (in het bijzonder het verantwoordelijk zijn voor een niet goed ingerichte zorgomgeving), kan deze vraag naar wie in een concreet geval eigenlijk aansprakelijk is, en dus de vraag wie in een concreet geval door justitie aansprakelijk moet worden gesteld, zich des te nadrukkelijker voordoen.

Tegen deze achtergrond leest een strafrechtjurist met belangstelling als uitkomst van onderzoek dat arts-assistenten gemiddeld 51 uur per week werken met uitschieters naar 70 tot 80 uur.²⁸ Het moge duidelijk zijn dat dergelijke omstandigheden (door de arbeidsinspectie als 'hardnekkig' omschreven) de deuren voor het binnendringen van het strafrecht ruim openzetten. Daar valt dan een oproep tot terughoudende inzet van strafrecht of de dijksbescherming van het verschoningsrecht (terecht) niet meer tegen in te brengen.

Alvorens de consequenties van deze ontwikkeling onder ogen te zien, moet nog een andere tendens in de ontwikkeling worden betrokken.

IV.2 *Schets van de ontwikkelingen 2: het ziekenhuis als strafbare rechtspersoon*

In de vorige paragraaf is uiteengezet dat een ziekenhuis tegenwoordig wellicht makkelijker als dader van een culpoos delict kan worden aangemerkt omdat ook het nalaten van het inrichten van een adequate zorgomgeving tot aansprakelijkheid kan leiden. In dat geval is er verwijtbaarheid en daarmee 'schuld' bij de betreffende zorginstelling. Deze is daarmee dader van het betreffende culpose misdrijf. Maar er is nog een tweede weg die kan leiden tot strafrechtelijke vervolging en aansprakelijkheid van het ziekenhuis. Dat is de weg van artikel 51 Sr betreffende het daderschap van de rechtspersoon. Een rechtspersoon kan onder omstandigheden dader zijn van een strafbaar feit dat door een andere, natuurlijke persoon is begaan. Voor de invulling van dat 'onder omstandigheden' heeft de Hoge Raad in 2003 een richtinggevend arrest gewezen.²⁹ Volgens de Hoge Raad kan een rechtspersoon dader zijn van een strafbaar feit dat door een ander is

28 Bron: *De Volkskrant* van 10 november 2006.

29 HR 21 oktober 2003, NJ 2006, 328 m.nt. PMe; zie voor een alleszins lezenswaardige analyse van het arrest Van Elst 2006.

begaan indien de gedraging redelijkerwijze aan de rechtspersoon is toe te rekenen. Bij die redelijke toerekening zijn volgens de Hoge Raad – in afwijking van voorheen gebruikte, meer normatieve criteria – vooral feitelijke criteria van belang. Een belangrijk oriëntatiepunt bij die toerekening is volgens de Hoge Raad namelijk eerst en vooral het antwoord op de vraag of de gedraging heeft plaatsgevonden dan wel is verricht in de sfeer van de rechtspersoon. Of sprake is van handelen in de sfeer van de rechtspersoon is dan weer van verdere omstandigheden afhankelijk. Onder die door de Hoge Raad benoemde omstandigheden bevinden zich meer normatieve omstandigheden zoals het antwoord op de vraag of de gedraging (of vergelijkbaar gedrag) door de rechtspersoon werd aanvaard of placht te worden aanvaard, waarbij aandacht kan worden besteed aan het eventueel niet betrachten van die zorg die in redelijkheid van de rechtspersoon kan worden gevergd met het oog op het voorkomen van de gedraging. Maar tot die nadere omstandigheden behoren ook meer feitelijk-objectieve omstandigheden, zoals de vraag of degene die de gewraakte gedraging beging werkt ten behoeve van de rechtspersoon, de gedraging past in de normale bedrijfsvoering van de rechtspersoon dan wel de gedraging de rechtspersoon in het door hem uitgeoefende bedrijf dienstig is geweest. Op basis van deze feitelijke criteria is het mogelijk een ‘dood door schuld’-geval tijdens een operatie in een ziekenhuis toe te rekenen aan dat ziekenhuis en deze instelling op basis van artikel 51 Sr als dader te vervolgen. Natuurlijk is ook in dat geval de vraag naar de verwijtbaarheid van het ziekenhuis nog aan de orde (verwijtbaarheid blijft, naast het daderschap, een uitdrukkelijke voorwaarde voor strafbaarheid; de Hoge Raad stelt zulks in genoemd arrest nadrukkelijk vast), maar die vaststelling krijgt dan toch eerder en gemakkelijker het karakter van ‘vaststellen dat er geen grond is om geen verwijt aan te nemen’, zodat deze weg gemakkelijker tot strafrechtelijke aansprakelijkheid kan leiden dan een rechtstreeks verwijt van ‘dood door schuld’, begaan door de rechtspersoon zelf.

Het gaat er in het kader van dit preadvies niet om de details van dit arrest te exploreren. Van belang is de constatering dat de beslissing bijdraagt aan een verruimde discussie wie in een concrete strafzaak nu precies de strafrechtelijk aansprakelijk te stellen persoon is. Over de consequenties van die verruimde discussie volgen thans nog enige nadere beschouwingen.

IV.3 Consequenties voor het materiële en het formele strafrecht

Het ziekenhuis kan aldus tegenwoordig gemakkelijker object worden van strafrechtelijke rechtshandhaving door opsporing, vervolging en berechting, in plaats van dan wel naast de arts. Die aansprakelijkheid kan ook ontstaan als er in een keten van hulpverlening onder verantwoordelijkheid van het ziekenhuis fouten zijn gemaakt die op zichzelf genomen te licht zijn (of onvoldoende causaal zijn) voor een strafrechtelijke verwijt, terwijl in de cumulatie van omstandigheden bij het ziekenhuis als instelling wel sprake van strafrechtelijke schuld kan zijn. In

deze constatering wordt in de eerste plaats zichtbaar de hiervoor onder II genoemde karaktertrek dat ons strafrecht in voorkomende gevallen meer en meer een aspect krijgt van aansprakelijkstelling dan van strafbaarheid. Wie in een bepaald geval de meest gereede partij is om door de zweepslag van justitie te worden getroffen, volgt niet langer zonder meer uit de wet, maar moet, aan de hand van de concrete omstandigheden van het geval, worden besloten. Aansprakelijkstelling is een activiteit. Het kan zijn dat de uitkomst daarvan is dat alleen de arts aansprakelijk is dan wel, omgekeerd, het ziekenhuis de enige aansprakelijke is. Het kan ook zijn dat er gronden zijn zowel de arts als het ziekenhuis strafrechtelijk aansprakelijk te houden. In dat geval rijst de nadere vraag of de strafvervolgning tegen beide moet worden ingesteld dan wel dat, ondanks strafrechtelijke aansprakelijkheid, er reden is de strafvervolgning tegen de een wel in de richting van vervolgen door middel van dagvaarden door te zetten, en tegen de ander niet. Dat kan wellicht het geval zijn als, zoals in bovenstaand vonnis van de Rechtbank Den Haag, het verwijt dat de een treft lijkt weg te vallen tegen de ernst van het verwijt dat de ander kan worden gemaakt. Er is ook nog de variant de ene aansprakelijke te vervolgen door hem voor de rechter te dagvaarden en de ander – in termen van komend recht gesproken – te vervolgen door aan hem bij OM-strafbeschikking (zie hierna onder VI.2) straf op te leggen.

Twee nadere constateringingen zijn nog relevant. De eerste is dat de vraag naar degene die in een bepaalde zaak (het meest) strafrechtelijk aansprakelijk is, uiteraard onderwerp kan zijn van discussie in de berechting. Een terechtstaande arts kan aanvoeren dat niet hij, maar het ziekenhuis de meest gereede aansprakelijke is. Deze vraag kan ook in andere gerechtelijke procedures dan die voor de zittingsrechter ter discussie worden gesteld. In geval van niet-vervolgen door dagvaarden bestaat voor de rechtstreeks belanghebbende de mogelijkheid van beklag tegen deze beslissing bij het gerechtshof (artikel 12 Sv). Denkbaar is dat een arts, die meent dat zijn aansprakelijkheid wegvalt tegen die van het ziekenhuis, aldus als rechtstreeks belanghebbende beklag doet tegen de beslissing om het ziekenhuis niet te vervolgen dan wel slechts te vervolgen door middel van een OM-strafbeschikking. De vraag tegen wie de strafvervolgning zich moet richten, kan aldus ook in een artikel 12-Sv procedure door arts of ziekenhuis aan de orde worden gesteld.

Nog meer toegespitst op de vraag of de vervolging wel terecht is ingesteld tegen degene tegen wie een uitgebrachte dagvaarding zich richt, is de wat onderbelichte procedure van het bezwaarschrift tegen de dagvaarding.³⁰ In die procedure kan vooraf, en – wel zo belangrijk – buiten de openbaarheid van de zitting, de rechter de vraag worden voorgelegd of de strafvervolgning wel tegen

30 De procedure is geregeld in (art. 262 jo.) art. 250-252 Sv. Zie over inhoud en betekenis van deze procedure in medische zaken Beets 1989, p. 103 en p. 211-212.

de juiste persoon is gericht. Daarbij moet worden opgemerkt dat deze procedure alleen waakt tegen apert onredelijke beslissingen; alleen als de officier van justitie in redelijkheid niet heeft kunnen beslissen deze verdachte te vervolgen, zal de rechtbank door middel van een buitenvervolginstelling de gang naar de openbare terechtzitting blokkeren.³¹ Nochtans bestaat de indruk dat deze procedure in de praktijk te zeer uit het daglicht is verdwenen en haar mogelijkheden niet altijd worden benut. De arts in bovenstaande Haagse zaak had via deze procedure de martelgang van het terechtstaan kunnen worden bespaard. De procedure van het bezwaarschrift is in zoverre ook niet beperkt dat alle juridisch-technische vragen daarin ten volle aan de orde kunnen komen.³² Medici kunnen wellicht inspiratie putten uit twee beslissingen van de Hoge Raad van 28 april 1989, *NJ* 1990, 46 (m.nt. GEM) respectievelijk *NJ* 1990, 47. Beide beslissingen betreffen een arts die een ernstig lijdende, mongoloïde baby niet opereerde. De arts wordt op het bezwaarschrift tegen de dagvaarding buiten vervolging gesteld omdat er voor hem, binnen de specifieke omstandigheden van het concrete geval, volgens de strafrechter geen verplichting was tot medische behandeling van de baby door middel van een operatie. Wellicht dat de aandacht voor deze procedure weer wat opleeft nu de advocaat van de gezinsvoogd in de 'zaak Savanna' blijkens de media voornemens is de vervolgingsbeslissing van het Openbaar Ministerie via deze procedure eerst eens aan de rechter voor te leggen, alvorens de gezinsvoogd in het openbaar terecht zal staan.³³

De tweede consequentie van de geschetste gang van zaken betreft de inrichting van het voorbereidend onderzoek in medische strafzaken. Als op voorhand niet vaststaat tegen wie uiteindelijk de strafvervolgning zal worden ingesteld (arts of ziekenhuis of allebei en ten aanzien van het ziekenhuis: op 'eigen' ouderschap dan wel op grond van artikel 51 Sr), dan zullen in het voorbereidend onderzoek alle opties open moeten worden gehouden. Het opsporingsonderzoek zal zich dan moeten richten op de arts als verdachte, op het ziekenhuis als verdachte en op de arts c.q. het ziekenhuis als betrokkene (getuige wellicht) in de (mogelijke) strafzaak tegen de ander. Dan duiken aanvullende vragen op in hoeverre de arts (en ander medisch personeel) als werknemer van het ziekenhuis een van het ziekenhuis als verdachte afgeleid zwijgrecht heeft en hij daar ook door middel van de cautie op moet worden gewezen.³⁴ Elke betrokkene zal in geval van verhoor

31 Vgl. HR 11 april 2006, *NJ* 2006, 261.

32 De criteria voor de invulling van 'feitelijk leidinggeven' (art. 51 lid 2 sub 2 Sr) stammen in belangrijke mate uit jurisprudentie die op grond van deze procedure tot stand is gekomen. Zie vooral HR 19 november 1985, *NJ* 1986, 125 en 126 en HR 16 december 1986, *NJ* 1987, 321 (Slavenburg).

33 *De Telegraaf* van 8 december 2006.

34 Vgl. Hartmann en De Meijer 1996, p. 1768-1773. De materie speelt vooral bij bestuurlijke boetes tegen bedrijven, met name in de sfeer van de mededinging.

helderheid moeten worden gegeven over zijn status: worden hem vragen voorgelegd in verband met de beoordeling van de strafrechtelijke aansprakelijkheid van de ander, of (mede) met het oog op de vaststelling van de strafrechtelijke aansprakelijkheid van hemzelf en indien dat laatste: wordt hij al als verdachte gehoord? Hier liggen meer moeilijkheden dan in het kader van een preadvies kunnen worden besproken.

V. Ontwikkeling van enkele afzonderlijke delicten uit het Wetboek van Strafrecht

Naast de al besproken artikelen 307 en 308 Sr bevat het Wetboek van Strafrecht een aantal voor de arts relevante strafbepalingen. Het preadvies van Sluyters uit 1989³⁵ bevat een bespreking naar de toenmalige stand van zaken. Het loont in het kader van dit preadvies de moeite de wederwaardigheden van enkele van deze strafbepalingen sinds 1989 te schetsen.

De uit de Wet BIG afgeleide term ‘arts’ heeft de oude aanduiding ‘geneeskundige’ in de diverse strafrechtelijke bepalingen vervangen. De aanduiding ‘werkzaam in de gezondheidszorg’ in het in 1991 ingevoegde derde onderdeel van artikel 249 lid 2 Sr is ruim: de aard van de verrichting is beslissend en niet de registratie als bedoeld in artikel 3 Wet BIG.³⁶

In artikel 228 Sr is bij de Wet van 14 oktober 1993, *Stb.* 1993, 555 ook het opzettelijk afgeven van een valse verklaring omtrent een geboorte door een verloskundige of een arts strafbaar gesteld. De aanpassing hangt samen met het bepaalde in artikel 1:19e lid 8 BW. Telkens is alleen valsheid in een schriftelijke verklaring van belang.³⁷

Het valselijk opmaken van een verklaring van overlijden kan volgens HR 30 november 1999, *NJ* 2000, 216 niet worden gerechtvaardigd met een beroep op de werking van het nemo-teneturbeginsel in geval een meldingsplicht betreffende euthanasie van toepassing is; vervalsen is immers iets anders dan (niet) melden. Annotator Schalken laat zien dat deze op zichzelf logische conclusie toch tot vraagtekens kan leiden. Dit arrest kan van meer algemene betekenis zijn nu de meldplichten in opkomst zijn.

De strafbepaling van artikel 272 Sr bestrijkt de schending van de geheimhoudingsplicht van de arts uit – bijvoorbeeld – artikel 7:457 BW of artikel 88 Wet BIG (wettelijke voorschriften waar artikel 272 Sr naar verwijst). De geheimhoudingsplicht wordt gerelativeerd daar waar een wettelijke plicht bestaat tot het verschaffen van informatie. Strafvorderlijke dwangmiddelen behelzen nogal eens zo’n plicht, maar de arts wordt in dergelijke gevallen (meestal) door het verschoningsrecht van de plicht tot medewerking gevrijwaard. (De kring van verschoningsgerechtigden is overigens aanzienlijk kleiner dan de kring van geheimhouders.) Of de arts op dat verschoningsrecht ook een beroep moet doen is voorwerp van discussie.³⁸ Gevallen van noodtoestand kunnen tot het doorbreken van de geheimhoudingsplicht openen, bijvoorbeeld daar waar een arts kennis krijgt van gegevens

35 Sluyters 1989.

36 HR 17 januari 2006, *NJ* 2006, 89; zie t.a.v. de arts in art. 249 lid 2 sub 2 HR 30 september 2003, *NJ* 2004, 53 en Kool 2006, aant. 7h bij art. 249.

37 Verheul 2006, aant. 10 bij art. 228.

38 Zie bij Van Strien en Van Maurik 2006. Zie over het beroepsgeheim ook uitvoerig bij Leenen 2000, hoofdstuk IX, onderdeel 6.

op grond waarvan optreden ter behartiging van een zwaarder wegend belang dan de geheimhoudingsplicht en de daarmee samenhangende bescherming van de vrije toegang van gezondheidszorg openbaarmaking noodzakelijk maakt. Dat kan de arts in lastige belangenafwegingen brengen; wanneer wegen andere belangen zo zwaar dat afzien van een beroep op het verschoningsrecht c.q. verstrekken van informatie gerechtvaardigd is?

Van enig belang voor de toepassing van artikel 272 Sr is het arrest van de Hoge Raad van 8 april 2003, *NwbrSr* 2003, nr. 215. Het betreft een arts die medische informatie omtrent een patiënt heeft vermeld in correspondentie met derden, welke correspondentie mogelijk voor een deel is gevoerd in het kader van door de patiënt tegen de arts gevoerde klachtprocedures. De Hoge Raad overweegt nadrukkelijk dat het vermelden van dergelijke informatie op zichzelf een schending is van artikel 272 Sr; de arts valt onder het bereik van de delictsomschrijving. Juist daarom is vervolgens de vraag aan de orde of de gedraging van de arts gerechtvaardigd was op de grond dat het belang dat met zijn verdediging in de desbetreffende procedures was gediend, i.c. zwaarder weegt dan het belang dat artikel 272 Sr beoogt te beschermen. Dat zal bij wijze van verweer kunnen worden aangevoerd en behoeft, bij verwerping door de rechter, een uitdrukkelijk gemotiveerde beslissing (artikel 358 lid 3 jo. 359 lid 2 Sv). Inhoudelijk betekent deze beslissing dat de arts zich aan zijn geheimhoudingsplicht zal moeten houden tenzij en totdat dat in het kader van de verdediging van zichzelf in een strafrechtelijke of tuchtrechtelijke procedure niet meer van hem kan worden gevraagd. Met name in een strafrechtelijke procedure zal die grens snel bereikt worden als de strafvervolgning zich (mogelijk) tegen de arts zelf richt. In geval de strafvervolgning zich (ook) tegen het ziekenhuis richt, kan de situatie complexer liggen. Een afweging van belangen in de concrete strafzaak is dan aan de orde. Met name de aard en de ernst van het delict kan daarbij van belang zijn. Het schema dat de Hoge Raad in zijn beslissing uiteenzet is overigens een voorbeeld van de wijze waarop in het materiële strafrecht de eigen positie van de arts vorm krijgt; niet reeds bij de vraag of de delictsomschrijving op hem van toepassing is, maar eerst bij de vraag of, gegeven de toepasselijkheid van de delictsomschrijving, er reden is voor strafuitsluiting.

De strafwet heeft altijd mede gewaakt tegen vrijheidsbeneming zonder dat de betreffende wettelijke titel daartoe voldoende vaststaat. Met name de overtreding van artikel 464 Sr getuigt van die waakzaamheid. Het is in dat kader merkwaardig dat tegen de arts die opzettelijk meewerkt aan een onvoldoende onderbouwde opname in een BOPZ-inrichting niet het zware maximum van artikel 282 Sr, maar het vijf jaren lichtere maximum van artikel 69 Wet BOPZ aan de orde is. Waarschijnlijk is daarbij sprake van een *lex specialis* zodat het justitie en rechter op grond van het bepaalde in artikel 55 lid 2 Sr niet vrijstaat in voorkomende gevallen voor artikel 282 Sr te vervolgen c.q. te veroordelen. Is geen sprake van opzet, maar van schuld, dan is de strafbepaling van artikel 69 Wet BOPZ niet van toepassing, maar volgt strafbaarheid uit artikel 283 Sr, van welk delict bij de Wet herijking strafmaxima de maxima van de bedreigde gevangenis-

straffen per 1 februari 2006 nog zijn verhoogd. De verschillen tussen Wet BOPZ en WvSr zijn des te opmerkelijker omdat bij de strafrechtelijke bescherming tegen een dwangbehandeling de straf van artikel 69 lid 3 Wet BOPZ hoger is dan die bedreigd tegen artikel 284 Sr (dwang). Tussen laatstgenoemde delicten bestaat geen logische specialisverhouding. Verdedigd zou kunnen worden dat van een systematische specialis sprake is.³⁹

Zoals bekend wordt door de Wet BIG niet meer uitgegaan van een integraal verbod van de uitoefening van de geneeskunst zonder toelating tot het beroep. De strafbaarheid is in artikel 96 en artikel 97 Wet BIG gericht op bescherming tegen optreden (verrichte handelingen) van anderen dan daartoe deskundigen. Aangezien de strafbaarheid zich richt op het handelen en niet meer afhangt van de toelaatbaarheid tot een medisch beroep, heeft artikel 436 Sr ter zake geen betekenis meer.⁴⁰

De strafbepaling van artikel 195 Sr maakt het tot een misdrijf als iemand de geneeskunst uitoefent terwijl hij bij rechterlijke beslissing uit het recht tot uitoefening is ontzet. In discussie is of een ontzegging of doorhaling door de tuchtrechter heeft te gelden als ontzetting bij 'rechterlijke' beslissing. Verdedigd kan worden dat dit niet het geval is. In het publiekrecht, bijvoorbeeld in de Grondwet, wordt de tuchtrechter in het algemeen niet vanzelfsprekend onder 'rechter' of 'rechterlijke macht' begrepen, al is de term 'rechterlijke uitspraak' van artikel 195 Sr weer een wat andere uitdrukking. Een aanwijzing voor de hier verdedigde opvatting is te vinden in het voormalige artikel 6 van de Wet van 2 juli 1928, *Stb.* 222, houdende nadere voorschriften ten aanzien van de uitoefening der geneeskunst betreffende het tuchtrecht. Daarin wordt artikel 195 Sr uitdrukkelijk van overeenkomstige toepassing verklaard op degene die door de tuchtrechter geschorst of uit het recht ontzet is en toch de geneeskunst uitoefent. Zo'n bepaling zou niet nodig zijn als de tuchtrechter onder de rechter als bedoeld in artikel 195 Sr moet worden begrepen. Daarop wijst ook de huidige aparte strafbaarstelling van artikel 99 Wet BIG. Aparte strafbaarstelling en strafrechtelijke in plaats van tuchtrechtelijke rechtshandhaving is op z'n plaats omdat op degene die reeds door de tuchtrechter is geschorst, wiens bevoegdheid is ontzegd of wiens registratie door de tuchtrechter is doorgehaald en die toch, buiten noodzaak, medische handelingen verricht de tuchtrechtspraak op grond van artikel 47 Wet BIG niet (meer) van toepassing is.

Aan een van de zeer weinige bepalingen in het Wetboek van Strafrecht die de arts in zijn medisch handelen uitdrukkelijk straffeloosheid garandeerde is onlangs, bij de Wet herijking strafmaxima een uitdrukkelijk einde gekomen. Door het schrappen van de gehele Titel VI van Boek 2 Sr inzake het tweegevecht is immers ook artikel 156 lid 1 Sr vervallen dat luidde: "Getuigen en artsen die een

39 Anders Sluyters 1989, p. 24 noot 51.

40 Zie uitvoerig Leenen 2002, p. 59-67. In strafrechtelijke teksten lijkt wel eens anders te worden beweerd, onder andere in Wedzinga 2006.

tweegevecht bijwonen, zijn niet strafbaar". De MvT uit 1886 meldt: "De straffeloosheid van genees- en heelkundigen, die het tweegevecht bijwonen, zonder eenige daad van deelneming te verrichten, zoude, al zweeg de wet, behooren te worden aangenomen. Hunne aanwezigheid toch valt niet in de termen van eenige daad van deelneming".⁴¹ Dit is een gedachte uit lang vervlogen romantische tijden. Niet alleen denken wij tegenwoordig anders over tweegevecht, het enkele bijwonen van een dergelijke daad kan volgens de tegenwoordige stand van zaken in de jurisprudentie wel degelijk tot strafbare deelneming leiden, bijvoorbeeld in geval de omstander geacht kan worden zich van de gedraging te distantiëren, of in elk geval wanneer hij geacht kan worden deze te voorkomen.⁴² Als zulks al van de gewone omstander kan worden verwacht, dan geldt dat zeker ten aanzien van de arts.

41 H.J. Smidt 1881, deel 2, p. 113-114.

42 Zie voor een uitgesproken voorbeeld in deze richting HR 12 april 2005, *NJ* 2005, 577.

VI. Daadwerkelijke handhaving, het onderzoek in medische strafzaken en het strafrechtelijk verschoningsrecht

VI.1 Inleiding

Zoals hiervoor aangestipt leidt een versterkt accent op materieel-strafrechtelijke aansprakelijkheid onvermijdelijk ook tot accentuering van de operationalisering van dat materiële strafrecht in de bij uitstek zichtbare en voelbare reeks van opsporing, vervolging en berechting. In het onderstaande volgen enige opmerkingen over een aantal facetten van opsporing en vervolging in medische strafzaken.

VI.2 De OM-strafbeschikking

De mogelijkheid voor het OM om een strafzaak door middel van een definitieve strafoplegging af te doen is inmiddels als wijzigingswet van het Wetboek van Strafvordering in het Staatsblad verschenen (Wet van 7 juli 2006, *Stb.* 2006, 330). De inwerkingtreding is overigens niet voor eind 2007 te verwachten.⁴³ De OM-strafbeschikking kan worden gekarakteriseerd als een besluit, houdende strafoplegging; de straf die wordt opgelegd geldt als onherroepelijk tenzij de verdachte daartegen verzet doet. Omdat sprake is van strafoplegging door het OM blijft het uitvaardigen van een strafbeschikking ‘vervolgen’. Er is uitdrukkelijk geen sprake van ‘berechting’; de verdachte houdt daarop te allen tijde aanspraak, maar kan die aanspraak alleen door eigen initiatief (verzet doen tegen de strafbeschikking) realiseren. Het is hier niet de plaats over reikwijdte en betekenis van deze wijziging, noch over de details van de regeling uit te wijden.⁴⁴ Twee opmerkingen zijn wellicht relevant. De voor medische strafzaken belangrijke strafbepalingen van de artikelen 228 lid 1, 255, 294, 307 en 308 Sr worden bedreigd met een gevangenisstraf van zes jaar of minder waardoor op zichzelf het afdoen van medische strafzaken ter zake van deze delicten door middel van het uitvaardigen van een OM-strafbeschikking mogelijk is (artikel 257a Sv). Ter zake van artikel 228 lid 2, ter zake van moord en doodslag en ter zake van euthanasie is een OM-strafbeschikking reeds door de wet uitgesloten. Tegelijkertijd zullen medische strafzaken al snel van een dermate uniek en gevoelig, ten aanzien van aansprakelijkheid en aangewezen straftoemeting ook complex karakter zijn dat het OM nogal eens tot vervolgen door dagvaarden ter berechting in plaats van tot vervolgen door uitvaardigen van een strafbeschikking zal besluiten. En als het OM daartoe al niet besluit, dan zal de verdachte arts in veel zaken door middel van

43 Mededeling van de minister van Justitie op het EUR-congres over de OM-afdoening op 13 december 2006. Verschillende onderdelen van de wet kunnen overigens op verschillende tijdstippen in werking treden. Daardoor kunnen bestaande modaliteiten als de transactie nog wel even blijven bestaan.

44 Zie voor enige uitleg bijvoorbeeld Mevis 2006, hoofdstuk 14.

verzet tegen de strafbeschikking (artikel 257e Sv (nieuw)) de strafzaak alsnog ter berechting aan de strafrechter willen voorleggen, dan wel zullen slachtoffers of hun nabestaanden als rechtstreeks belanghebbenden via het beklag als bedoeld in artikel 12 Sv de zaak alsnog ter berechting aan de strafrechter willen voorleggen, bijvoorbeeld met het oog op de vaststelling van eventuele civielrechtelijke aansprakelijkheid, maar wellicht ook met het oog op het ter terechtzitting kunnen uitoefenen van het spreekrecht dat hen aldaar als slachtoffer of als nabestaande toekomt (artikel 302 Sv; na inwerkingtreding van wetsvoorstel 30 143 artikel 51e Sv). Het spreekrecht is overigens tot bepaalde delicten beperkt.⁴⁵ Het beklag van artikel 12 Sv is uitdrukkelijk ook tegen afdoen door middel van een OM-strafbeschikking opengesteld, terwijl juist medische strafzaken ‘artikel 12 Sv-gevoelig’ zijn. Het hoeft daarom niet te verbazen als het Expertisecentrum medische zaken van het OM als beleid zou kiezen dat in medische strafzaken als uitgangspunt niet voor vervolgen door middel van het uitvaardigen van een OM-strafbeschikking wordt gekozen, ook al laat de wet ter zake van bepaalde delicten een dergelijke afdoening toe. Nochtans: eerder is opgemerkt dat er aanleiding is in de toekomst nadrukkelijker aandacht te besteden aan de afbakening tussen tuchtrechtelijke en/of strafrechtelijke afdoening van zaken. In die aandacht zal deze nieuwe modaliteit moeten worden verwerkt.

VI.3 *Strafrechtelijk onderzoek in medische zaken*

Hiervoor in III.2 en in IV.3 is reeds aandacht besteed aan de consequenties van accentuering van het materiële strafrecht voor het onderzoek in medische zaken. Berechting, en daarmee opsporing en vervolging, worden steeds belangrijker. Opsporing en vervolging vormen voor betrokkenen tegelijkertijd een zeer zichtbaar en voelbaar onderdeel van de strafrechtspleging; je zult als arts ter zake van een medische zaak maar worden gearresteerd en je zult als ziekenhuis maar met dreigende inbeslagname van medisch-vertrouwelijke informatie worden geconfronteerd.

Een gemeenschappelijk kenmerk van opsporing en vervolging is dat het onderzoek betreft, gericht op waarheidsvinding, op het boven tafel brengen van alle, voor de (verdere) strafrechtelijke beoordeling van de zaak relevante feiten en omstandigheden, ten voor- en ten nadele van de (mogelijke) verdachte(n). Dit proces van waarheidsvinding wordt ingezet vanaf het moment dat er een enigszins redelijk vermoeden bestaat dat aan een medische behandeling en haar gevolgen strafrechtelijke aspecten kleven. Het strafrecht is dus van begin af aan aanwezig en waarheidsvinding moet plaatsvinden uit dezelfde bronnen van informatie die ook worden ingezet in het kader van disputen over civielrechtelijke en tuchtrechtelijke aansprakelijkheden, interne meldingsprocedures om fouten tot verbeteringen te

45 Het misdrijf van art. 255 Sr behoort daartoe niet, de misdrijven van de artikelen 307 en 308 Sr wel.

kunnen laten leiden, en welke andere doelen en mechanismen er ter reactie op medische missers ook bestaan.

Voorts is relevant dat dit opsporingsonderzoek naar waarheidsvinding plaatsvindt door en onder leiding van de officier van justitie. De specialisatie van medische zaken binnen het OM zal er – net als op andere terreinen – toe leiden dat er in medische zaken voor zelfstandig opsporingsonderzoek door de politie nauwelijks meer ruimte is.⁴⁶ Het is de OvJ die zelfstandig (los van inspectie, arts, ziekenhuis, etc.) kan beslissen of er wordt opgespoord, ter zake van welke delicten er wordt opgespoord; wat er in dat kader wordt opgespoord en welke dwangmiddelen er zullen worden ingezet. Dat laatste natuurlijk binnen de grenzen van de wet en met inachtneming van de grenzen die het verschoningsrecht stelt, maar toch. Inrichting en omvang van het strafrechtelijk onderzoek, inclusief de inzet van dwangmiddelen, hoeft dus niet per se of altijd door een groot respect en grote terughoudendheid bij het OM ten opzichte van medische handelingen te worden gekenmerkt. Ter zake van de inrichting van het strafrechtelijk onderzoek is er ook niet altijd gelegenheid voor arts, ziekenhuis en/of inspectie voor overleg met het OM teneinde bij die inrichting van het onderzoek, in onderling overleg en overeenstemming, rekening te houden met negatieve bijeffecten van de inzet van strafrechtelijke dwangmiddelen, de inzet van het strafrecht af te stemmen op andere procedures waarmee op een incident wordt gereageerd en die door strafrechtelijke interventie verstoord zou kunnen worden, etc. Ook ik wil het belang van een terughoudend optredend OM, gelet op alle op het belangstaande belangen, graag benadrukken. Het OM ziet het belang van terughoudend optreden zelf natuurlijk ook. Maar vastgesteld moet worden dat de formele verhoudingen niet door een plicht tot afstemming of overleg gekarakteriseerd worden. Juist in een tijd dat de strafrechtelijke rechtshandhaving geaccentueerd wordt, zullen eerder de formele verhoudingen op de voorgrond treden. Strafrechtelijke rechtshandhaving betekent publiekrechtelijke rechtshandhaving, met eigen, op publieke normhandhaving en -bevestiging gerichte doelen en eigen, verstreckende middelen, in te zetten op de beslissing van het OM; het enige orgaan dat niet alleen bevoegd is, maar zelfs tot taak heeft in voorkomende gevallen de strafrechtelijke rechtshandhaving door te zetten, ook daar waar in medische zaken de betrokkenen om voor de hand liggende redenen de neiging zullen hebben tegen te sputteren.⁴⁷

46 Anderzijds is het door Feber (Feber 1989) nog in alle medische strafzaken aanbevolen gerechtelijk vooronderzoek (feitenonderzoek door een rechter), geheel uit de mode. Wel kan de verdachte de loop van het onderzoek door de OvJ beïnvloeden door van de RC onderzoekshandelingen gedaan te krijgen; art. 36a Sv.

47 Als gezegd, kan in de vorming van het Expertisecentrum medische zaken van het OM enerzijds een gewenste specialisatie worden gezien waardoor binnen het OM voldoende kennis van het typische van medische zaken aanwezig kan worden geacht, anderzijds is de concentratie van strafrechtelijke rechtshandhaving bij gespecialiseerde leden van het OM natuurlijk ook een accentuering van het instrumentele, rechtshandhavende karakter van strafrechtelijke rechtshandhaving.

Is men zich in de gezondheidsrechtelijke wereld voldoende van deze dominante eigenheid van het strafrecht bewust? Dat lijkt niet altijd het geval. Hiervoor is in onderdeel III.2 de dissertatie van Giard aan de orde geweest. Het viel daarbij op dat het typische van de strafrechtelijke aansprakelijkheid, de van buiten komende, door het OM, geregisseerde publiekrechtelijke aansprakelijkheid, in zijn benadering te weinig lijkt te worden onderkend als een vorm van aansprakelijkheidstelling in medische zaken die niet of minder kan worden beschouwd als onderdeel van een groter geheel van wenselijk aansprakelijkheidrecht en -regeling als object van beschouwing of van praktische inzet ergens tussen patiënt, arts, ziekenhuis, verzekeraar en andere betrokkenen in.

In vergelijking met Giard gaat het op het strafrecht gerichte proefschrift van Duijst veel meer uit van de botte werkelijkheid die het opsporen van strafbare feiten heden ten dage kan betekenen. Dat leidt ertoe dat zij er terecht op wijst dat de meldingsplicht van artikel 4a Kwaliteitswet zorginstellingen veel te weinig op strafrechtelijke consequenties is doordacht.⁴⁸ Met name in het hoofdstuk 'Naar nieuwe verhoudingen' wordt voor de lezer duidelijk hoezeer het belang van de opsporing van strafbare feiten al in de medische wereld is doorgedrongen, met het gelijktijdig terugdringen van de betekenis en reikwijdte van geheimhoudingsplicht en verschoningsrecht. Haar indringende beschouwing bevat een sterk pleidooi voor heroverweging van de verhoudingen tussen beide en met name ook voor een aangepaste wettelijke regeling.⁴⁹ In dat kader relateert zij de betekenis van convenanten als een weliswaar praktische manier om afspraken over optreden te maken, maar de status en de mogelijkheden van dit instrument acht zij te gering om de voor haar noodzakelijke nieuwe verhoudingen, rekening houdend met alle op het spel staande belangen op adequate wijze vorm te kunnen geven. Er zal meer en eerder naar wettelijke regeling moeten worden gegrepen.

Ten slotte is er het rapport van het onderzoek naar de randvoorwaarden inzake systemen voor het melden van incidenten in de gezondheidszorg, uitgevoerd door de beleidsafdeling van de KNMG, in opdracht van ZonMw uit september 2006. Het rapport is getiteld *Melden van incidenten in de gezondheidszorg*.⁵⁰ Het melden van incidenten staat in dat onderzoek in het teken van patiëntveiligheid. Om de daartoe noodzakelijke meldingsbereidheid van de grond te krijgen, acht het rapport niet minder dan een cultuuromslag ten aanzien van de bereidheid tot het melden van incidenten noodzakelijk. Er moet een cultuur komen waarbinnen incidenten 'veilig' kunnen worden gemeld. Een belangrijk onderdeel

48 Duijst 2005, p. 146-149.

49 Zie ook Duijst 2003. Haar pleidooi verhoudingen nieuw te doordenken spreekt aan, al wil dat niet zeggen dat ik al haar inhoudelijke voorstellen voor wetswijziging en voor nieuwe verhoudingen onderschrijf.

50 Het rapport leidde op de valreep van de afsluiting van dit preadvies tot het 'Beleidsdocument veilig melden'.

van die veiligheid kan zijn dat de informatie uit het meldingssysteem niet in andere procedures kan worden gebruikt. Wettelijke regeling daarvan achten de onderzoekers niet noodzakelijk. Tegen de achtergrond van de werking van het strafrechtelijk handhavingssysteem, kunnen bij die laatste conclusie wel enige vraagtekens worden gezet. Het is goed erop te wijzen dat een dergelijke formele afgrenzing, afgezien van de werking van het beroepsverschoningsrecht, ten opzichte van het strafrecht niet bestaat. Onderzoekers stellen vast dat de informatie door het ziekenhuis bijvoorbeeld niet aan derden mag worden gemeld, tenzij de wet of de rechter daartoe verplicht. Die verplichting kan echter reeds op basis van betrekkelijk simpele bevoegdheden als inbeslagneming en het vorderen van gegevens bestaan. De onderzoekers vertrouwen ter zake op hun sterke aanbeveling dat politie en OM in beleidsregels het gebruik van dergelijke bevoegdheden uitsluiten dan wel zich tot zeer uitzonderlijke gevallen beperken.⁵¹ Ook in dit rapport lijkt daarmee soms het uitgangspunt van denken te zijn dat strafrechtelijke rechtshandhaving en de toepassing ervan door politie en justitie in goed overleg ondergeschikt kunnen worden gemaakt aan de belangen en doelen die gediend zullen zijn met een adequaat functionerend systeem van meldingen. Als gezegd is de vraag of een dergelijk uitgangspunt, als het er echt op aan komt, werkelijk basis voor benadering van het oprukkend strafrechtelijk systeem kan zijn. Verdient de conclusie dat wetgeving ter zake niet noodzakelijk is dan wellicht geen heroverweging, hoezeer dat ook kan leiden tot een zekere formalisering en proceduralisering? Voor tegenstanders van formalisering kan het strafrecht een wolf in schaapskledij blijken te zijn. Dat is geen verwijt aan het strafrecht; zijn betrekkelijk 'bot' rechtshandvend karakter is er nu eenmaal onvermijdelijk en terecht een wezenlijk onderdeel van. Het gaat er eerder om de consequenties daarvan onder ogen te zien.

VI.4 *De Wet bevoegdheden vorderen gegevens*

Enige aparte aandacht vraagt de Wet bevoegdheden vorderen gegevens, een wijzigingswet van het Wetboek van Strafvordering waarbij voor justitie de mogelijkheid is gecreëerd om het verstrekken van bepaalde gegevens te vorderen.⁵² Omdat sprake is van een wettelijke vordering is de gegevenshouder verplicht aan de vordering te voldoen. Bij het niet voldoen aan de vordering is hij strafbaar.

51 In een reactie op het Beleidsdocument veilig melden lijken minister van Justitie en College van PG's tot nadere beleidsregels omtrent vervolgingsbeleid en vorderen van gegevens bereid. Wellicht kunnen bestaande beleidslijnen voor journalisten hier deels inspiratie bieden.

52 Wet van 16 juli 2005, *Stb.* 2005, 390, in werking getreden op 1 januari 2006. De wet gaat terug op een voorstel daartoe van de Commissie strafvorderlijke gegevensvergaring in de informatiemaatschappij waarvan auteur dezes voorzitter was.

Aan de gegevenshouder komt geen eigen oordeel toe over de rechtmatigheid van de vordering. Omgekeerd is hij voor het verstrekken van gegevens niet aansprakelijk, ook niet jegens degene op wie de gegevens betrekking hebben. Tegen de vordering of het gebruik van de gevorderde gegevens kan op grond van artikel 552a Sv beklag worden gedaan bij de rechtbank. Dat kan geen preventieve toets opleveren, al kan het OM toestaan dat van verstrekte gegevens geen kennis wordt genomen of de gegevens niet worden gebruikt zolang de rechter nog niet op het beklag beslist heeft, een praktijk die thans bij inbeslagneming ook wel voorkomt. Het OM zal daartoe alleen besluiten als het belang van het onderzoek het daarmee gepaard gaande uitstel toelaat.⁵³

De wetswijziging is om diverse redenen relevant. De verschuiving in voor de opsporing noodzakelijke gegevensvergarings van een model waarin de gegevenshouder afweegt en beslist of de door justitie gevraagde gegevens verstrekt kunnen worden naar een model waarin justitie het verstrekken van gegevens dwingend kan vorderen, onderstreept andermaal hoe belangrijk strafvorderlijke gegevensvergarings heden ten dage is. Dat deze nieuwe bevoegdheden in het aloude model passen dat voor de opsporing relevante informatie – binnen wettelijke grenzen! – door justitie op grond van strafvorderlijke bevoegdheden vergaard kan worden, doet daar niet aan af. Aan de inbeslagneming van voorwerpen en het afluisteren van communicatie voegt deze wetgeving thans de voor het vergaren van gegevens noodzakelijke vorm van verkrijging (vorderen) toe.

Voorts is van belang dat deze wet uitdrukkelijk het beroepsverschoningsrecht van de medicus erkent. De erkenning is bij deze bijzondere opsporingsbevoegdheden ook wat ruimer en klassieker dan overigens bij de Wet BOB gebruikelijk is. Ingevolge een verwijzing naar artikel 96a lid 3 Sv is bepaald dat elke vordering tot het uitleveren van gegevens, al betreft die vordering ook alleen maar zogenaamde NAW-gegevens, weliswaar tot de beroepsverschoningsgerechtigde van artikel 218 Sv kan worden gericht, maar dat deze niet verplicht is aan het bevel te voldoen voor zover het verstrekken van gegevens met zijn plicht tot geheimhouding in strijd zou zijn. De MvT⁵⁴ merkt op dat gegevens die onder het verschoningsrecht vallen, niet bij justitie terecht behoren te komen, ook niet door de vordering in voorkomende gevallen tot anderen dan beroepsverschoningsgerechtigden te richten. Deze erkenning van het beroepsverschoningsrecht maakt niet aan alle onduidelijkheden en twijfelgevallen een eind. Voor zover immers het verstrekken van gegevens niet met de geheimhoudingsplicht in strijd is, is de arts verplicht de gevorderde gegevens te verstrekken. Over de reikwijdte van de geheimhoudingsplicht en het verschoningsrecht kan echter nogal eens verschil van mening bestaan, bijvoorbeeld over de vraag welke in een ziekenhuis aan-

53 Zie voor een adequate beschrijving van de plaats, reikwijdte, betekenis en de inhoud van de wet Jongeneel-Van Amerongen 2005. Zie ook Duijst 2005, i.h.b. p. 37-38 en p. 105 en Duijst 2006.

54 *Kamerstukken II* 2001/02 29 441, nr. 3, p. 22.

wezige gegevens eronder vallen of over het antwoord op de vraag of de plicht tot geheimhouding wordt opgeheven door de toestemming tot het leveren van gegevens door de patiënt. Impliceert de vordering dat de arts om die toestemming zal moeten gaan verzoeken? Voorts is de arts niet verplicht aan het bevel te voldoen, maar hij mag dat wel doen. Naar welke criteria zal zijn afweging zich ter zake richten? Alleen maar op de eventuele toestemming van de patiënt, of kan het belang van het voorkomen of opsporen van strafbare feiten hem tot een afweging brengen om de gegevens te verstrekken, bijvoorbeeld in de gevallen waarin hij bij eventuele vervolging ter zake van artikel 272 Sr een beroep op overmacht in de zin van noodtoestand zou kunnen doen? Bestaat binnen de medische en gezondheidsrechtelijke wereld overigens voldoende inzicht en overeenstemming wanneer zich een dergelijk geval voordoet?

Separaat duikt ter zake nog een ander probleem op. De vordering tot het verstrekken van gegevens kan niet worden gericht tot de verdachte (artikel 126nc lid 3, artikel 126nd lid 2 en artikel 126nf lid 2 Sv). De bescherming van de verdachte gaat dus nog een stap verder dan die van de beroepsverschoningsgerechtigde. Deze laatste kan geconfronteerd worden met een vordering, maar hoeft er niet aan te voldoen. De verdachte mag zelfs niet met een dergelijke vordering geconfronteerd worden. Het is onnodig te zeggen dat hier aparte gronden voor complicaties liggen ingeval de arts ook (mogelijke) verdachte is, dan wel in geval een vordering wordt gericht tot een arts in het kader van een zaak waarin het ziekenhuis waarin de arts werkzaam is, (mogelijk) verdachte is. In geval de arts verdachte is kunnen zwaarwegende omstandigheden er bovendien toe leiden dat onder het verschoningsrecht vallende informatie bij derden wordt gevorderd. Zijdelings speelt daarbij dan ook nog een rol dat materiaal dat bij justitie is gekomen als gevolg van het naleven van de arts/nog niet verdachte van op grond van medische regelgeving bestaande meldplichten in geval van incidenten of als gevolg van vorderingen tot het vergaren van gegevens, problemen kan opleveren onder het zogenaamde *nemo tenetur*-beginsel. Dat beginsel is vooral door het EHRM ontwikkeld; wie de laatste stand van zaken praktisch hanteerbaar kan schilderen, moet van heel erg goede huize komen.⁵⁵

Over een adequate inzet van deze bevoegdheden in medische strafzaken zal het laatste woord nog niet gezegd zijn. Ook hier kan gericht overleg tussen een gespecialiseerd OM en ter zake deskundigen uit de medische wereld over de eventuele uitvoering van deze bevoegdheden onnodige irritatie en onbegrip voorkomen.

55 Al geeft A-G Knigge in zijn conclusie voor HR 19 september 2006, LJN AV1141 in onderdeel 43-88 (geen medische zaak) een goed overzicht van de stand van zaken.

VI.5 *Het verschoningsrecht*VI.5.1 *Inleiding*

Het verschoningsrecht is al heel lang in discussie,⁵⁶ is heden ten dage voortdurend object van een steeds langer wordende lijst van jurisprudentie waarin nogal eens nieuwe, niet altijd bestendige ontwikkelingen te ontdekken zijn en is dientengevolge ook in recente literatuur volop voorwerp van beschouwing.⁵⁷ Tegen die achtergrond kunnen er hier slechts enkele aspecten van worden aangestipt.

VI.5.2 *Stand van zaken*

Het bestaan en de erkenning van het verschoningsrecht als een door de bescherming van hogere belangen ingegeven beperking op strafvorderlijke waarheidsvinding rondom een vermeend strafbaar feit (en daarmee op strafrechtelijke rechtshandhaving), is als zodanig onomstreden. Niemand wil het verschoningsrecht afschaffen. Wel is de druk tot beperking van de reikwijdte ervan toegenomen, juist omdat strafrechtelijke rechtshandhaving zo is geaccentueerd. Die druk wordt zichtbaar in een korte verkenning van aspecten van de reikwijdte van het verschoningsrecht. Hoewel dat niet per se vanzelfsprekend is, gelden volgens de jurisprudentie (in navolging van de parlementaire geschiedenis) brieven en geschriften als bedoeld in artikel 98 lid 2 en artikel 96a lid 4 Sv (brieven en geschriften welke het voorwerp uitmaken van het strafbare feit of tot het begaan daarvan hebben gediend), niet als vallend onder het verschoningsrecht.⁵⁸ Wellicht heeft dat ook te gelden voor gegevens van dezelfde aard die op grond van de Wet bevoegdheden vorderen gegevens door justitie kunnen worden gevorderd. Door de Wet BOB is de mogelijkheid van toepassing van dwangmiddelen tegen verschoningsgerechtigden niet meer uitgesloten, maar slechts van de intentie van terughoudende toepassing voorzien. Worden dwangmiddelen tegen derden toegepast en wordt daarbij onder het verschoningsrecht vallende informatie vergaard, dan permitteert justitie zich de onder het verschoningsrecht vallende, te vernietigen informatie zelf daarop te selecteren. Dit uitgangspunt komt met de ratio en het wezen van het verschoningsrecht in strijd, maar is – voor velen onbegrijpelijk – zelfs in Straatsburg niet afgekeurd.⁵⁹ De hang naar ‘maatschappelijke veiligheid’ baart een drang naar meldingsplichten; ook die plichten kunnen op gespannen voet staan met een volwaardige erkenning van het verschoningsrecht.

56 Vgl. het nog steeds lezenswaardige Hazewinkel-Suringa 1959. Dit boekje is getiteld *De doolhof van het beroepsgeheim*; een doolhofgevoel kan ook de huidige lezer nog gemakkelijk bekruipe.

57 Om het overzichtelijk te houden noem ik er drie: Duijst 2005, Brants en Spronken 2006 en Van Veen, De Jong en Kastelein 2004. Al deze geschriften bevatten nadere literatuuropgaven.

58 Zie voor een bespreking van dit punt Vellinga-Schootstra 1982, p. 172-176.

59 EHRM 25 november 2004, Aalmoes e.a. tegen Nederland, waarover Blom 2005.

Het arrest HR 15 oktober 1999, *NJ* 2001, 42 m.nt. Van Wijmen, roept vragen op over de bescherming onder het verschoningsrecht van gegevens nadat die zijn gemeld. Voorts heeft de Hoge Raad gemeend dat er jurisprudentiële ruimte is om onder 'zeer bijzondere omstandigheden' het belang van de strafrechtelijke waarheidsvinding te doen prevaleren boven de bescherming van het verschoningsrecht, waarover hierna nog enige opmerkingen volgen. Doen die omstandigheden zich voor, dan is het ook niet langer de verschoningsgerechtigde zelf die bepaalt welke informatie onder het verschoningsrecht valt. Aan medische zijde gezien speelt bovendien nog de vraag wanneer een arts voor zodanig zwaarwegende belangen kan komen te staan dat hij zich gedwongen ziet zijn geheimhoudingsplicht opzij te zetten en justitie in kennis te stellen van bepaalde informatie die hem ter oren is gekomen. De oprukkende meldingsplichten en de categorie 'bijzondere omstandigheden' maakt de druk op de arts om gebruik te maken van meldingsrechten ongemerkt groter. In deze categorie is het dilemma dat een arts die van zijn meldrecht gebruikmaakt met artikel 272 Sr in aanraking kan komen, en de arts die niet meldt in extreme gevallen bij een daardoor niet voorkomen ernstig strafbaar feit betrokken kan raken. In geval de arts zelf in de verdediging wordt gedrukt, kan het hiervoor onder V al genoemde arrest HR 8 april 2003, *NwbrSr* 2003, 215 de vraag oproepen of het verdedigingsrecht van de verdachte arts werkelijk alleen via een beroep op een strafuitsluitingsgrond bij artikel 272 Sr aan de orde kan komen. Bovendien speelt in medische kring de vraag naar de precieze grondslag van het verschoningsrecht in verband met de vraag of dat eerst en vooral aan de arts dan wel aan de patiënt toekomt, waarmee het antwoord op de vraag samenhangt of de patiënt de arts kan ontslaan van gebruik van het verschoningsrecht, hetgeen dan uiteraard onmogelijk is als de patiënt overleden is. De indruk bestaat dat in medische kring de opvatting domineert dat het verschoningsrecht in dergelijke gevallen van 'dood door schuld' niet meer op te heffen is omdat de patiënt immers overleden is, nabestaanden op dit punt niet in diens rechten kunnen treden en de arts daarom ook niet zelf kan beslissen het verschoningsrecht op te geven, zeker ook omdat hij daartoe zonder toestemming van de patiënt niet zou hoeven te beslissen. Men kan zich afvragen of het verschoningsrecht in dergelijke gevallen werkelijk zo ver reikt. Voor zover in het dossier brieven of geschriften zitten die het voorwerp van het strafbare feit uitmaken of tot het begaan daarvan hebben gediend, vallen die – als gezegd – niet onder het verschoningsrecht, hetgeen ook voor gegevens van dien aard zou kunnen gelden. In hoeverre wordt in dergelijke gevallen afbreuk gedaan aan de essentie van het verschoningsrecht als na overlijden, in de gevallen waarin daartoe aanleiding bestaat, de absolute werking ervan mede afhankelijk is van de interpretatie van de reikwijdte ervan door de arts? Het ligt erg voor de hand om te menen dat het verschoningsrecht niet in het leven is geroepen om strafrechtelijk onderzoek te ontwijken,⁶⁰ maar zo'n opvatting moet enigszins worden gerela-

60 In die zin Duijst 2005, p. 226: "Een medisch hulpverlener die een levensdelict pleegt tegen zijn patiënt kan geen beroep doen op het verschoningsrecht."

tiveerd: deels is het verschoningsrecht daarvoor namelijk nu juist wel in het leven geroepen. Belangrijker is dat de grenzen van het verschoningsrecht niet afhankelijk moeten zijn van te zeer verschillende opvattingen ter zake. Hedendaagse opvattingen maken voorts dat in dergelijke gevallen ook de categorie van de 'zeer bijzondere omstandigheden' onder welke het verschoningsrecht moet wijken, dichterbij komt. De enkele verdenking dat een dergelijk misdrijf aan de orde is, is, blijkens HR 9 mei 2006, NJ 2006, 622 weliswaar onvoldoende om het verschoningsrecht opzij te zetten ook al is inbeslagneming van het dossier de kortste weg naar opheldering van relevante feiten, maar in die zaak ging het ook niet om een verdachte arts. Nu zegt het feit dat de verschoningsgerechtigde zelf verdachte is ook niet alles omdat een van artikel 307-verdachte arts niet in de zwaarste categorie delicten valt. Maar te voorspellen is wel dat in geval van strafrechtelijk onderzoek naar 'zwaar lichamelijk letsel door schuld' de toestemming van de zwaar gewonde patiënt een beroep het verschoningsrecht opzij kan zetten, het niet zo kan zijn dat in geval van 'dood door schuld' het verschoningsrecht dat onderzoek blokkeert, enkel omdat de patiënt geen toestemming meer kan geven. Voor gevallen als hier bedoeld is overigens nog relevant dat, als eerder opgemerkt, de rechten van de arts als verdachte wellicht even beperkend voor de opsporing kunnen zijn als het verschoningsrecht.

Het is hier niet de plaats deze discussie in den brede te voeren.⁶¹ De vraag is alleen of de bestaande situatie rechtens voldoende helder is om praktisch werkbaar te kunnen zijn en of we erop kunnen vertrouwen dat we dergelijke klunen van regels en belangen via de jurisprudentie kunnen oplossen. Dat lijkt niet het geval.

VI.5.3 De Hoge Raad en de 'zeer bijzondere omstandigheden'

Het is met name de al aangestipte door de Hoge Raad geopende mogelijkheid dat het belang van de strafvordering onder 'zeer bijzondere omstandigheden' prevaleert boven het verschoningsrecht, die in medische kringen (en daarbuiten) de wenkbrouwen heeft doen fronsen. Vooral het eerste geval waarin de Hoge Raad op grond van deze redenering het verschoningsrecht van een arts (een psychiater-directeur) opzij zette (HR 29 juni 2004, NJ 2005, 273 m.nt. Knigge) is op kritiek gestuit. Of het feit dat de Hoge Raad onlangs het verschoningsrecht juist weer – en anders dan de lagere rechter – voorrang verleende boven het belang van de opsporing (HR 9 mei 2006, NJ 2006, 622 m.n. J. de Boer) de kritiek zal doen verstommen, waag ik te betwijfelen. Toch is dat tweede arrest van belang. Het valt

61 Ten tijde van de afsluiting van de tekst zijn bij de Rb. Rotterdam in het kader van de procedure van bezwaarschrift tegen inbeslagneming twee zaken ahangig waarin ter discussie staat hoever het verschoningsrecht reikt in geval van dood door schuld. De beslissing van de rechtbank is eerst te verwachten na de afsluiting van deze tekst, maar ruim voor de datum van de vergadering. Wordt vervolgd dus.

op dat de lagere rechter meende aanleiding te zien het verschoningsrecht opzij te zetten. De lezer kan zich niet aan de indruk onttrekken dat voor de rechtbank vooral doorslaggevend is geweest dat de inbeslagneming van het dossier de kortste weg naar adequate waarheidsvinding is. Maar dat zijn geen zeer bijzondere omstandigheden. Met zijn benadering vervult de rechtbank de verwachting van Knigge dat 'zeer bijzondere omstandigheden de neiging hebben zich te vermenigvuldigen'.⁶² De Hoge Raad brengt de zaak terecht terug tot de hoge eisen die aan 'zeer bijzondere omstandigheden' mogen worden gesteld, en meent dat rechtbank ontoereikend heeft gemotiveerd dat daarvan sprake was. De Hoge Raad let vooral op het feit dat de betreffende verschoningsgerechtigde zelf geen verdachte was, op de aard van het delict (artikelen 307-309 Sr zijn niet de zwaarste misdrijven) en toch met name op het feit dat de rechtbank er onvoldoende blijk van heeft gegeven te hebben onderzocht of de betreffende informatie niet langs andere weg kon worden verkregen. Afweging van belangen is dus noodzakelijk, hetgeen goed aansluit bij de steeds sterkere wordende proportionaliteitstoets van het EHRM die recent ook ter zake van het verschoningsrecht in stelling is gebracht.⁶³

Men kan dit tweede arrest toejuichen omdat de Hoge Raad daarin de lagere rechter grenzen stelt en de mogelijkheid dat het verschoningsrecht ten behoeve van de strafvordering moet wijken, terecht tot een uitzondering beperkt. Nochtans moet worden geconstateerd dat het bestaan van die uitzondering zelf alleen bestaat bij de gratie van het feit dat de Hoge Raad deze uitzondering toelaat. Zij steunt niet op een in de wet geregelde uitzondering. Men kan tegen de achtergrond van het bepaalde in artikel 1 Sv de vraag stellen of deze uitzondering zonder wettelijke grondslag wel bestaanbaar is. Daarmee dringt zich, ook tegen de achtergrond van de schets van de stand van zaken omtrent het verschoningsrecht in de vorige subparagraaf, de vraag op of de regeling van het verschoningsrecht aan heroverweging toe is.

VI.5.4 Heroverweging van wettelijke regeling?

Als de reikwijdte en de grenzen van het verschoningsrecht door een veelheid van factoren onduidelijk zijn en in de toepassing in de praktijk steeds vaker tot discussies en procedures leidt, dan kan dat aanleiding zijn de wettelijke regeling ervan te heroverwegen. Aan de beantwoording van die vraag kleven vele aspecten. Tegen een positieve beantwoording van die vraag pleit dat het verschoningsrecht als zodanig niet ter discussie staat; het gaat eerder om de uitwerking ervan. Nochtans bestaat daaromtrent zoveel onduidelijkheid dat nadere verheldering aangewezen is. Met name het feit dat de categorie van de 'zeer bijzondere omstandigheden' in de praktijk dermate actueel is, levert extra reden op de vraag naar herbezinning en regeling onder ogen te zien. Deze categorie verdient tegen de achtergrond van artikel 1 Sv wettelijke regeling. Waar en wanneer verscho-

62 Noot onder HR 29 juni 2004, NJ 2005, 273.

63 EHRM10 oktober 2006, EHCR 2006, afl. 12, nr. 142 m.nt. H. Janssen.

ningsrecht wel of juist niet voor strafrechtelijke rechtshandhaving moet wijken, raakt immers aan verhouding en afweging van fundamentele belangen. Binnen het strafrecht is dan de wetgever primair aan zet. Bij die gelegenheid kan de wetgever dan ook (opnieuw) duidelijk maken welke de grondslag van het verschoningsrecht is, wie erover kan beschikken in de hulpverlener-cliëntrelatie en welke waarde de wetgever nu precies aan de bescherming van het verschoningsrecht toekent. Ook procedures van (rechterlijke) toetsing en bescherming van het verschoningsrecht van derden ingeval inbreuk op het verschoningsrecht toegelaten is, kunnen worden heroverwogen. De betrokken beroepsgroepen zouden in dat proces van heroverweging een inbreng kunnen hebben.⁶⁴ Men kan de vrees tegenwerpen dat de wetgever bij een herziening de poorten voor inbreuken op het verschoningsrecht nog verder openzet dan de jurisprudentie thans doet.⁶⁵ Daarbij moet worden bedacht dat, anders dan de rechter, de democratisch gekozen wetgever daartoe gelegitimeerd is.

64 Ook Duijst komt in haar dissertatie tot de conclusie dat heroverweging noodzakelijk is, zij het iets meer uit een oogpunt van betere bescherming van het verschoningsrecht dan uit een oogpunt van algehele heroverweging.

65 In die zin Baaijens - van Geloven en Simmelink 2002, p. 583.

VII. Slotbeschouwing; gezondheidsrecht en strafrecht

De titel van deze jubileumbijeenkomst is 'Betekenis en positie van het gezondheidsrecht' en in dit preadvies gaat het dan in het bijzonder om 'de relatie tussen gezondheidsrecht en strafrecht'. Is er tussen die twee wel een relatie? In elk geval geen warme. Het strafrecht rukt op in medische zaken. Dat betreft zowel het materiële als het formele strafrecht. Vanuit het gezondheidsrecht wordt deze oprukkende beweging met zorg en vaak ook met ergernis gadeslagen. Deels is dat onvermijdelijk. De eigen aard van het strafrecht, gericht op publiekrechtelijke, strafrechtelijke rechtshandhaving staat in feite in te veel gevallen in zijn werking bijna tegenover het gezondheidsrecht, met name als daarin, ter bescherming van andere belangen, eerder wordt gedacht vanuit meldingsplichten ter verbetering van kwaliteit, patiëntenrechten en maximale toegankelijkheid van zorg. Grote vrienden zullen ze daarom wel nooit worden. Dat is op zichzelf geen reden tot zorg; het strafrecht heeft nu eenmaal weinig vrienden. Toch is er meer aan de hand. Te vaak leidt de 'ontmoeting' tussen strafrecht en medische wereld tot botsingen. Allerlei strafzaken van soms principieel karakter en de geërgerde commentaren op strafrechtelijke beslissingen uit gezondheidsrechtelijke hoek, duiden erop dat er thans geen voldoende werkbaar model voorhanden is om, met erkenning van elkaars belangen en doelen, juist ook in de tegenstrijdigheid daarvan, de ontmoeting tussen strafrecht en gezondheidsrecht voldoende harmonieus te doen verlopen. Dat is zowel voor strafrecht als voor gezondheidsrecht, maar zeker ook voor de gezondheidszorg zelf, geen goede zaak.

Dat gezegd zijnde, is het nog niet zo eenvoudig aan te geven in welke richting remedies zouden kunnen worden gezocht. De ongewisheid die het diffusere materiële strafrecht, met zijn verschuiving in de richting van aansprakelijkheid en aansprakelijkstelling, kenmerkt, is een algemeen punt van zorg dat niet typisch de medische stand treft. Toch is teveel onzekerheid over grenzen van strafrechtelijke aansprakelijkheid juist voor dergelijke beroepsgroepen niet gewenst; de dogmatische helderheid over wanneer, in welke gevallen en op welke gronden de medicus van strafvervolging wordt gevrijwaard, zou daarom kunnen worden versterkt. Voor wat betreft het formele strafrecht valt te constateren dat met name de grondslag en de reikwijdte, en in verband daarmee eerst en vooral de grenzen en beperkingen van het verschoningsrecht van de arts, aan een nieuwe doordenking en waarschijnlijk ook betere wettelijke regeling toe lijken te zijn. Hier ligt een taak voor het strafrecht. Maar bij het uitdenken van een nieuwe inhoud van een model om strafrechtelijke aansprakelijkheid verantwoord vorm te geven, alsmede bij de invulling van het verschoningsrecht, hebben de medische stand en de beoefenaars van het gezondheidsrecht zelf nadrukkelijk een rol. Een te afwerende, vanuit de loopgraaf van het beroepsrecht en het verschoningsrecht ingegeven houding, moet hen daarbij niet worden aangeraden. Ontmoeting, uitwisseling van gedachten in gezamenlijke projectgroepen en meer van dergelijke, over en weer elkaar de hand reikende activiteiten zouden hier kunnen helpen. Strafrechtjuristen en beoefenaren van het gezondheidsrecht zouden daarbij eveneens de taak op zich moeten nemen om meer dan thans ook contacten en uitwisselingen tussen beroepsbeoefenaren op beide terreinen tot stand te brengen en te intensiveren.

Literatuurlijst

Y.G.M. Baaijens - van Geloven en J.B.H.M. Simmelink, 'Normering van de opsporing', in M.S. Groenhuijsen en G. Knigge (red.), *Dwangmiddelen en rechtsmiddelen. Derde interimrapport Strafvordering 2001*, Kluwer, Deventer 2002.

H.M. Beets, *Aesculaap in de greep van Themis*, Gouda Quint, Arnhem 1989.

T. Blom, 'Afluisteren van een advocaat. De zaak Aalmoes & 112 anderen tegen Nederland', *NJCM Bulletin. Nederlands Tijdschrift voor de Mensenrechten* 2005, p. 591-603.

C.H. Brants en T.M. Spronken, 'Het professionele verschoningsrecht: de arts, de advocaat en de journalist in de Nederlandse strafrechtpraktijk', in *Verschoningsrecht in het strafrecht van België en Nederland. Preadviezen voor de Nederlands-Vlaamse Vereniging voor Strafrecht*, Wolf Legal Publishers, Nijmegen 2006.

H. de Doelder en A.C. 't Hart, 'Medicus en mishandeling', *Tijdschrift voor Gezondheidsrecht* 1978, p. 57-68.

W.L.J.M. Duijst, 'Convenanten tussen politie en ziekenhuizen', *Tijdschrift voor Gezondheidsrecht* 2003, p. 444-458.

W.L.J.M. Duijst-Heesters, *Boeven in het ziekenhuis : een juridische beschouwing over de verhouding tussen het medisch beroepsgeheim en de opsporing van strafbare feiten*, Sdu Uitgevers, Den Haag 2005.

W.L.J.M. Duijst, 'Bijzondere opsporingsmethoden onder bijzondere omstandigheden. De Wet inzake de regeling van bevoegdheden tot het vorderen van gegevens en de positie van de medisch hulpverlener besproken', *Tijdschrift voor Gezondheidsrecht* 2006, p. 205-211.

R. van Elst, 'Daderschap van rechtspersonen na het Zijpe-arrest', in C.P.M. Cleiren e.a. (red.), *Jurisprudentie strafrecht select*, Sdu Uitgevers, Den Haag 2006, p. 407-438.

H.R.G. Feber, 'Het beleid van het openbaar ministerie bij de behandeling van strafzaken met medische aspecten', in *De gezondheidszorg en het strafrecht: preadvies voor de Vereniging voor Gezondheidsrecht*, Vereniging voor Gezondheidsrecht, Leiderdorp 1989.

A.A. Franken, 'Casuïstiek en legaliteit in het materieel strafrecht', *Delikt en Delinkwent* 2006, p. 949-958.

R.W.M. Giard, *Aansprakelijkheid van artsen: juridische theorie en medische praktijk* (diss. Leiden), Boom Juridische uitgevers, Den Haag 2005.

W. den Harder, *Aanmerkelijk onvoorzichtig. De ondergrens van de schuld in het verkeersstrafrecht* (diss. Rotterdam), HAVEKA, Alblisserdam 2006.

A.R. Hartmann en M.E. de Meijer, 'De personele werkingsfeer van het zwijgrecht en de cautie-verplichting bij de verdachte rechtspersoon', *Nederlands Juristenblad* 1996, p. 1768-1773.

D. Hazewinkel-Suringa, 'De doolhof van het beroepsgeheim', Tjeenk Willink, Deventer 1959.

J.H. Hubben, *Het ziekenhuis als strafbare rechtspersoon* (oratie Nijmegen), De Tijdstroom, Lochem 1989.

J. de Hullu, *Zijn er grenzen aan de strafrechtelijke aansprakelijkheid?*, Gouda Quint, Arnhem 1993.

D.H. de Jong, M. Kessler, M. Otte en H.D. Wolswijk, 'Verhoging van strafmaxima op culpose misdrijven', *Delikt en Delinkwent* 2003, p. 258-280.

M. Jongeneel-Van Amerongen, 'Wet bevoegdheden vorderen gegevens', *Ars Aequi* 2005, p. 954-961.

P.H.P.H.M.C. van Kempen, 'De ondergrens van culpa. Opmerkingen over de eis van "grove schuld" bij artikel 6 WvW 1994 mede in relatie tot de wederrechtelijkheid en de verwijtbaarheid', rubriek rechtspraak *Delikt en Delinkwent*, 2004, p. 996-1014.

R.S.B. Kool, Commentaar bij art. 249, in C.P.M. Cleiren en J.F. Nijboer (red.), *Tekst & Commentaar Strafrecht*, zesde druk, Kluwer, Deventer 2006.

H.J.J. Leenen, bewerkt door H.J.J. Leenen en J.K.M. Gevers, *Handboek Gezondheidsrecht, deel I; Rechten van mensen in de gezondheidszorg*, vierde druk, Bohn Stafleu Van Loghum, Houten 2000.

H.J.J. Leenen, bewerkt door J.K.M. Gevers; m.m.v. M.C.I.H. Biesart, *Handboek Gezondheidsrecht, deel II; Gezondheidszorg en recht*, vierde druk, Bohn Stafleu Van Loghum, Houten 2002.

J. Legemaate, 'Symptoombestrijding en palliatie versus levensbeëindiging; een terugblik op de zaak-Vencken', *Nederlands Tijdschrift voor Geneeskunde* 2006, p. 1689-1692.

J.T.C. Leliveld, 'Dood door schuld in de bouw', *Bouwrecht* 2006, p. 796-801.

P.A.M. Mevis, 'Introductie: de betekenis van het legaliteitsbeginsel in de rechtsontwikkeling naar een eigentijds strafrecht', in P.C. Bogert en T. Kooijmans (red.), *Over de grens van het legaliteitsbeginsel*, Gouda Quint, Deventer 2000, p. 1-35.

P.A.M. Mevis, 'De openheid van het daderschap en de strafbaarheid, de geslotenheid van het opzet; rechtsvorming door rechter en wetgever', rubriek rechtspraak *Delikt en Delinkwent* 2004, p. 336-351.

P.A.M. Mevis, *Capita strafrecht*, vijfde druk, Ars Aequi Libri, Nijmegen 2006.

K. Rozemond, *De methode van het materiële strafrecht*, Ars Aequi Libri, Nijmegen 2006.

H.J. Smidt, *Geschiedenis van het Wetboek van Strafrecht*, Tjeenk Willink, Haarlem 1881.

B. Sluyters, 'De delicten; bewijsproblemen', in *De gezondheidszorg en het strafrecht: preadvies voor de Vereniging voor Gezondheidsrecht*, Vereniging voor Gezondheidsrecht, Leiderdorp 1989.

J.L. Smeehuijzen, 'Strafrechtelijke vervolging van medisch beroepsbeoefenaren wegens dood of zwaar lichamelijk letsel door schuld: uiterste terughoudendheid gepast', *Tijdschrift voor Gezondheidsrecht* 2000, p. 362-374.

A.L.J. van Strien en H. van Maurik, 'Inleidende opmerkingen bij Boek II, Titel XVII', in C.P.M. Cleiren en J.F. Nijboer (red.), *Tekst & Commentaar Strafrecht*, zesde druk, Kluwer, Deventer 2006, p. 1074.

E-B. van Veen, E.J.C. de Jong en W.R. Kastelein, *Het beroepsgeheim, continuïteit en verandering. Preadvies Vereniging voor Gezondheidsrecht*, Sdu Uitgevers, Den Haag 2004.

F. Vellinga-Schootstra, *Inbeslagneming en huiszoeking: de dwangmiddelen ter inbeslagneming*, Tjeenk Willink, Alphen aan den Rijn 1982.

J.M. Verheul, Commentaar bij art. 228 Sr, in C.P.M. Cleiren en J.F. Nijboer (red.), *Tekst & Commentaar Strafrecht*, zesde druk, Kluwer, Deventer 2006.

W. Wedzinga, Commentaar bij art. 436 Sr, in C.P.M. Cleiren en J.F. Nijboer (red.), *Tekst & Commentaar Strafrecht*, zesde druk, Kluwer, Deventer 2006.

L.T. Wemes, 'Civilisering van het materiële strafrecht', in A.M. Hol en C.J.J.M. Stolker (red.), *Over de grenzen van strafrecht en burgerlijk recht*, Kluwer, Deventer 1995. p. 67-78.

J. Wöretshofer, *Volgens de regels van de kunst*, Gouda Quint, Arnhem 1992.

PREADVIEZEN VERENIGING VOOR GEZONDHEIDSRECHT (1968-2006)
(1968 t/m 2003 indien voorradig tegen kostprijs en verzendkosten beschikbaar via VGR-secretariaat, tel. 030 – 28 23 322, e-mail: vgr@fed.knmg.nl, vanaf 2004 te bestellen via Sdu Klantenservice te Den Haag, tel. 070 – 378 98 80, e-mail: sdu@sdu.nl).

- 1968 H.J.J. Leenen: Gezondheidsrecht – een poging tot plaatsbepaling.*
Verder het rapport van de Commissie herziening interne rechtspraak van de KNMG *
- 1969 C.J. Goudsmit: Voordracht over problemen rond de wetgeving van geestelijk gestoorden. Daaraan werd nog een tweede vergadering gewijd.*
- 1970 J.M.M. Maeijer: De aansprakelijkheid voor handelingen van een medisch team.*
- 1971 W.B. van der Mijn: Wetgeving medische beroepsuitoefening.*
- 1972 J.Ch. Cornelis en A.S. Frowijn: De ontwikkeling van de wetgeving op het gebied van de organisatie van de gezondheidszorg.*
- 1973 B. Sluyters: Medische aansprakelijkheid in Amerika en Nederland.*
Tijdens deze vergadering werd ook het rapport van de werkgroep juridische aspecten van de relatie ziekenfondsmedewerkers – verzekerde o.l.v. T.J.S. Postma besproken.*
- 1974 M. Rood-de Boer: De positie van de minderjarige in de gezondheidszorg.*
- 1975 J. ter Heide: Dwang en drang in de medische behandeling.*
- 1976 H.J.J. Leenen: Milieuhygiënerecht.*
- 1977 H.P. Utermark: Medisch Tuchtrecht.*
- 1978 A.E. Leuftink en N. de Jong: De rechtspositie van de keurling.*
- 1979 Advies inzake registratie van medische en psychologische gegevens en de bescherming van de persoonlijke levenssfeer (privacy) van de Gezondheidsraad, commentariseerd door F. Kuitenbrouwer, L. Kortbeek en E. Dil-Stork.*

- 1980 Het selectievraagstuk in de gezondheidszorg; het selecteren van patiënten bij schaarste van behandelingsmogelijkheden voorbereid door vier personen, te weten S.A. de Lange, H.E. Nicolai, P.C. Sporken en H.F. Visser-'t Hooft.
Werkgroep richtlijnen keuringen: Wat mag en wat moet bij een aanstellingskeuring.
- 1981 M.N.G. Dukes: De toelating van geneesmiddelen in Nederland.*
- 1982 P.J.W. de Brauw: Beschouwingen over samenwerking in de geneeskundige behandeling en verzorging van patiënten.
Co-referaat van een medische werkgroep bij het preadvies; Beschouwingen over samenwerking in de geneeskundige behandeling en verzorging van patiënten.
- 1983 H.A. Brasz en D.W.P. Ruiters: Het plansysteem van de Wet voorzieningen gezondheidszorg.*
- 1984 H.D.C. Roscam Abbing: Overheid en het recht op gezondheidszorg.
- 1985 C. Kelk: Klagen of kwijnen. De rechten van verpleeghuispatiënten en de behandeling van hun klachten.*
- 1986 J.C.M. Leyten: Welzijn, vrijheid en dwang.
- 1987 J.K.M. Gevers: Juridische aspecten van erfelijkheidsonderzoek en -advies.
- 1988 J.P. Kasdorp: Grenzen aan het recht op gezondheidszorg.
- 1989 B. Sluyters en H.R.G. Feber: De gezondheidszorg en het strafrecht.
- 1990 F.C.B. van Wijmen: Driehoeksverhoudingen. Gezondheidsrechtelijke beschouwingen over vertegenwoordiging van meerderjarige onbekwamen.
- 1991 J.H. Hubben: Kwaliteit en recht in de gezondheidszorg.
- 1992 Jubileumcongres 25 jaar Vereniging voor Gezondheidsrecht: J.H. Hubben en H.D.C. Roscam Abbing (red.), Gezondheidsrecht in perspectief. De Tijdstroom Utrecht 1993.*
- 1993 H.D.C. Roscam Abbing: Patiënt en gezondheidszorg in het recht van de Europese Gemeenschap.*

- 1994 J. Legemaate: Goed recht. De betekenis en de gevolgen van het recht voor de praktijk van de hulpverlening.
- 1995 E.T.M. Olsthoorn-Heim en L. Bergkamp: Medisch wetenschappelijk onderzoek: Lichaamsmateriaal voor de wetenschap en het wetsvoorstel medische experimenten.*
- 1996 E.W. Roscam Abbing en J.K.M. Gevers: Voorspellend Medisch Onderzoek: Mogelijkheden, verwachtingen en toegang; Rechtsbescherming.*
- 1997 H.J.J. Leenen: Recht op zorg voor de gezondheid.*
- 1998 C. Kelk: Gezondheidszorg voor gedetineerden.*
- 1999 P.J. Hustinx: Informatietechnologie in de gezondheidszorg.*
- 2000 F.C.B. van Wijmen: Richtlijnen voor verantwoorde zorg. Over de betekenis van standaardisering voor patiënt, professional en patiëntenzorg.
- WGBO en bedrijfsarts: Advies uitgebracht aan de besturen van de Vereniging voor Gezondheidsrecht en de Nederlandse Vereniging voor Arbeids- en Bedrijfsgeneeskunde. Werkgroep WGBO en bedrijfsarts. VGR-najaarsvergadering 2000.
- 2001 Th.A.M. te Braake en L.E. Kalkman-Bogerd: Procreatietechnologie en recht. Toelaatbaarheid en regulering van IVF-onderzoek; Van kinderwens tot ouderschap.
- 2002 H.D.C. Roscam Abbing, J. Legemaate en G.R.J. de Groot: Zorg, schaarste en recht.
– Solidariteit en individuele vrijheid; vrijheid in gebondenheid
– De (dubbel)rol van de arts
– Verantwoordelijkheid en aansprakelijkheid voor tekorten in de zorg.
- Jubileumbundel: Omzien naar de toekomst, 35 jaar preadviezen Vereniging voor Gezondheidsrecht. Redactie: J.C.J. Dute, J.K.M. Gevers en G.R.J. de Groot.
- 2003 T.P. Widdershoven en K. Blankman: Psychiatrie en Recht.
– De Wet Bopz en de psychiatrie. Kanttekeningen bij een regeling
– Rechtsbescherming bij vrijheidsbeneming in de sectoren verstandelijk gehandicaptenzorg en psychogeriatric.

- 2004 E.-B. van Veen, E.J.C. de Jong en W.R. Kastelein: Het beroepsgeheim, continuïteit en verandering.
– Het beroepsgeheim in de individuele gezondheidszorg
– Het beroepsgeheim en derdenbelangen
– Het beroepsgeheim in rechte. Zwijgen: recht of plicht?
ISBN-13: 978-90-12-09999-8 (ISBN-10: 90-12-09999-4) Sdu
- 2005 W. van den Ouwelant en J.C.J. Dute: Preventieve Gezondheidszorg.
– Heilzame wetten. Historie, karakter, plaats en vorm van de publieke gezondheidszorg
– Infectieziekten, dwang en drang
ISBN-13: 978-90-12-10757-0 (ISBN-10: 90-12-10757-1) Sdu
- 2006 J.A. Lisman, M.F. van der Mersch en C. Velink: Geneesmiddelen en Recht.
– De toelating van geneesmiddelen. Hoe effectief is ons systeem?
– Het recht op geneesmiddelen. Hoe kosten de zorg beheersen
ISBN-13: 978-90-12-11313-7 (ISBN-10: 90-12-11313-X) Sdu

* niet meer voorradig