

RECHT EN REALITEIT

Juridische normering en het therapeutisch proces

J. Legemaate

Rede EUR

1994

008

Bohn Stafleu Van Loghum

MEDISCHE BIBLIOTHEEK EUR



019600 0025 2522

~~1996 Rede 056 ext 1~~
Rede Erik 1994.008

Recht en realiteit

Recht en realiteit

Juridische normering en het therapeutisch proces

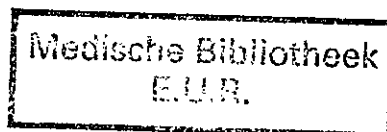
Rede

*in verkorte vorm uitgesproken bij de aanvaarding van het ambt van
hoogleraar gezondheidszorgbeleid en gezondheidsrecht aan de Faculteit
der Geneeskunde en Gezondheidswetenschappen (instituut Beleid en
Management Gezondheidszorg) van de Erasmus Universiteit Rotterdam
op donderdag 13 oktober 1994*

door

mr.dr. J. Legemaate

Bohn Stafleu Van Loghum
Houten/Zaventem 1994



© 1994 J. Legemaate, Maarssen

Alle rechten voorbehouden. Niets uit deze uitgave mag 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.

Voor zover het maken van kopieën uit deze uitgave is toegestaan op grond van artikel 16B Auteurswet 1912 j° het Besluit van 20 juni 1974, Stb. 351, zoals gewijzigd bij Besluit van 23 augustus 1985, Stb. 471 en artikel 17 Auteurswet 1912, dient men de daarvoor wettelijk verschuldigde vergoedingen te voldoen aan de Stichting Reprorecht (Postbus 882, 1180 AW Amstelveen). Voor het overnemen van gedeelte(n) uit deze uitgave in bloemlezingen, readers en andere compilatiewerken (artikel 16 Auteurswet 1912) dient men zich tot de uitgever te wenden.

Bohn Stafleu Van Loghum

De Molen 77
3995 AW Houten

Excelsiorlaan 18
1930 Zaventem

Mijnheer de Rector Magnificus,
Zeer gewaardeerde toehoorders,

Inleiding

Omwille van de kwaliteit van de hulpverlening, of deze nu van juridische of therapeutische aard is, is het verstandig het begrip vakliteratuur ruim te interpreteren. Het maandblad *Opzij* van november 1992 bevat een interview met de bekende televisiepersoonlijkheid Mies Bouwman. In dit interview praat zij openhartig over de ernstige ziekte die haar had getroffen. Het interview bevat de volgende passage over een onderzoek in het ziekenhuis tijdens het ziekteproces:¹

‘Ik lag daar en die artsen zeiden tegen elkaar: ‘Ja, het is er één’, nadat ze me met een wonderlijk apparaat onderzocht hadden. Als dat apparaat over die plek in mijn hoofd ging, maakte het een lawaai als van een gestoorde radiozender. ‘Het is er één’, hoorde ik dus. En ik dacht onmiddellijk: een tumor. Dat is het enige wat maar steeds in mijn hoofd bleef malen: een gezwel. Toen ik uiteindelijk vroeg of ik inderdaad een hersentumor had, zeiden ze: ‘Nee hoor, dat is het niet’. Ik was zo opgelucht dat ik de rest niet meer gehoord heb. Ze legden het allemaal keurig uit en later heb ik daar ook wel zo het een en ander van onthouden, maar die eerste keer wist ik beslist niet wat ik mankeerde. Dat er bij artsen altijd een soort doppen op mijn oren komen, heb ik opgelost door Leen (haar man – JL) altijd mee te nemen in de spreekkamer. Die legt me dan later uit wat ik heb.’

Dit citaat illustreert tal van aspecten van het hedendaags therapeutisch handelen: de angst, onmacht en afhankelijkheid van de patiënt, de invloed van de medische technologie, de mogelijke discrepantie tussen de rechten van de patiënt, waaronder het recht op informatie, en diens feitelijke toestand of bevattingvermogen en de betekenis van een vertegenwoordiger of ondersteuner van de patiënt. In deze casus worden, blijkens het vervolg van het interview met Mies Bouwman, geen medische fouten gemaakt. De praktijk leert echter dat de overgang tussen goed medisch handelen en verkeerde inschattingen of verwijtbare onzorgvuldigheid soms geruisloos verloopt. Doen zich fouten voor, of meent de patiënt dat daarvan sprake is, dan worden toch al complexe feitelijke situaties op scherp gesteld. Tot welke veranderingen in de sociale relaties tussen mensen

1 C. Dresselhuys, De blessuretijd van Mies Bouwman. *Opzij*, november 1992, p. 9.

dat kan leiden, werd duidelijk in de maand mei van dit jaar. In deze maand werden er op de Nederlandse televisie wekelijks vier programma's over medisch handelen uitgezonden. De programma's 'Chirurgenwerk' en 'Ingang Oost' gaven een beeld van de kundige wijze waarop artsen, verpleegkundigen en andere betrokken hulpverleners, vaak onder moeilijke omstandigheden, zich van hun taken kweten. Dat het niet altijd goed afloopt, in een aantal gevallen tot ontevredenheid van de patiënt, werd duidelijk uit de programma's met de voor zichzelf sprekende titels 'Dokter in de fout' en 'Medische missers'. In deze beide programma's waren het niet langer de hulpverlener en de patiënt die centraal stonden. Er deed een derde partij zijn intrede, de jurist, met als verschijningsvormen die van advocaat, juridisch adviseur van patiënten- of beroepsorganisatie en tuchtrechter. Overheerste in de programma's 'Chirurgenwerk' en 'Ingang Oost' het medisch jargon, tijdens 'Dokter in de fout' en 'Medische missers' was van een geheel ander taalgebruik sprake. Daar traden begrippen als 'overeenkomst', 'informatieplicht', en 'onzorgvuldigheid' op de voorgrond. Niet alleen technische fouten kwamen aan de orde, maar ook beschaamde verwachtingen. De naar voren gebrachte casuïstiek onderstreepte dat uiteenlopende visies kunnen bestaan op de grens tussen 'verwijtbaar handelen' en 'complicatie', tussen 'communicatie' en 'misverstaan' of tussen 'hoop' en 'realiteit'.

De wijze waarop hulpverlener en jurist op het televisiescherm tegenover elkaar stonden of werden gesteld vormde een treffende illustratie van het onderscheid tussen 'the uncertainties of the clinical perspective' en 'the alluring rationality of legal thought'.² Dit onderscheid reduceert de werkelijkheid, maar het duidt erop dat in de gezondheidszorg, en in het bijzonder waar het gaat om het therapeutisch proces, een spanningsveld bestaat tussen recht en realiteit. De implementatie van wetgeving met betrekking tot de hulpverlener-patiëntrelatie, zoals de Wet bijzondere opnemingen in psychiatrische ziekenhuizen (BOPZ)³, de recente regelgeving rond euthanasie, het wetsvoorstel geneeskundige behandelingsovereenkomst (WGBO)⁴, maar ook regelgeving op het vlak van de sociale zekerheid, zal dit spanningsveld naar verwachting verder accentueren. De normadressaten van deze regelingen zijn patiënten, hulpverleners en instellingen voor gezondheidszorg. Het zijn deze personen en instellingen die op de werkvloer van de gezondheidszorg de doelstellingen van de genoemde regelingen moeten realiseren.

2 P. S. Appelbaum en L.H. Roth, Clinical issues in the assessment of competency. *American Journal of Psychiatry* (1981) nr. 11, p. 1466.

3 Wet van 29 oktober 1992, Stb. 671, gewijzigd bij Wet van 7 juli 1993, Stb. 369 en Wet van 23 december 1993, Stb. 690.

4 Eerste Kamer, 1993-1994, 21561, nr. 286.

De spanning tussen recht en realiteit roept vragen op over zowel de legitimiteit als de effectiviteit van juridische interventies.⁵ Dat vereist een analyse van de voorwaarden waaraan moet zijn voldaan om het recht een zinvolle rol te laten spelen op het terrein van de gezondheidszorg, en wel zodanig dat de spanning tussen recht en realiteit wordt verminderd of in elk geval niet onnodig toeneemt. In het navolgende ga ik op zoek naar de aspecten die van invloed zijn op de verhouding tussen recht en realiteit in het kader van het therapeutisch proces, aan de hand van twee invalshoeken: de relatie tussen het gezondheidsrecht en het algemene recht en de verhouding tussen recht en praktijk. Met deze zoektocht beoog ik niet alleen het inzicht in de relevantie van deze aspecten te vergroten, maar ook in de rol die deze kunnen spelen in het kader van onderzoek vanuit zowel het gezondheidsrecht als de wetenschapsgebieden die daarmee in verbinding staan. In het kader van de relatie tussen het algemene recht en het gezondheidsrecht besteed ik aandacht aan de functies van het recht, rechtsbeginselen en grondrechten en de interactie tussen rechtsgebieden. De verhouding tussen recht en praktijk licht ik toe door de verwerkelijking van het recht, de uitgangspunten en doelstellingen van recht en hulpverlening en de verhouding tussen norm en feit onder de loep te nemen.

Functies van het recht

De functies van het recht op het gebied van de gezondheidszorg liggen in het verlengde van de functies die het recht in het algemeen vervult. Binnen de gezondheidszorg kunnen een ordenende, een faciliterende, een beschermende en een conflictoplossende functie van het recht worden onderscheiden. Door middel van deze functies draagt het recht bij aan de normering en regulering van het therapeutisch proces.⁶ In dat proces staat de zorg voor de patiënt centraal, maar doen zich tegelijkertijd vele situaties voor waarin de positie van de patiënt, en de ruimte die hij heeft voor het nemen van weloverwogen en op juiste informatie gebaseerde beslissingen, onder druk komen te staan.⁷ Veelal gaat het daarbij

- 5 Onder juridische interventies versta ik ontwikkelingen, handelingen of interventies die een juridische achtergrond hebben of waaruit juridische gevolgen voortvloeien. Wetgeving valt hieronder, maar ook ontwikkelingen in de rechtspraak en bepaalde vormen van zelfregulering. Zie nader J. Legemaate, *Goed recht - De betekenis en de gevolgen van het recht voor de praktijk van de hulpverlening*. Preadvies Vereniging voor Gezondheidsrecht. Utrecht, 1994.
- 6 C.E. Schneider, *Bioethics in the language of the law*. Hastings Center Report (1994) nr. 4, p. 16-22.
- 7 Hierover uitvoeriger H.D.C. Roscam Abbing, *Beslissen door de patiënt* (oratie). Houten/Zaventem, 1994.

om beslissingen van zeer persoonlijke aard, en met ingrijpende gevolgen voor de gezondheid en het welzijn van de patiënt. De gezondheidszorg wordt hierdoor gekenmerkt, en dientengevolge ook het gezondheidsrecht. Door middel van sturing vanuit het recht wordt getracht een aantal intrinsieke waarden te bewaken en te bewaren.⁸ De reeds genoemde wetten en wetsvoorstellen, zoals de wet BOPZ en het wetsvoorstel geneeskundige behandelingsovereenkomst, geven daar uitdrukking aan.

De bijzondere aandacht die blijktens enkele van de genoemde televisieprogramma's bestaat voor de conflictoplossende functie van het recht, stelt de andere functies ten onrechte in de schaduw. Door toedoen van deze andere functies ontstaan normen voor goede zorg, worden partijen in de gezondheidszorg ondersteund bij de vormgeving van hun relaties en kan, in situaties waarin dat nodig is, aan de patiënt rechtsbescherming op maat worden gegeven. De conflictoplossende functie van het recht kan worden gezien als het noodzakelijke sluitstuk van dit geheel. In termen van zowel beleving als effectiviteit vormt de conflictoplossende functie tevens de achilleshiel van het recht. De traditionele procedurele wegen binnen het recht, en in het bijzonder de civiele procedure, zijn voor de oplossing van een belangrijk deel van de mogelijke klachten rond het therapeutisch proces niet of minder geschikt en hebben slechts beperkte mogelijkheden voor op preventie gerichte normontwikkeling. Dit vraagt voor het terrein van de gezondheidszorg een aanpassing van de handhavingmechanismen, en wel zodanig dat op onderscheiden manieren tegemoet kan worden gekomen aan de uiteenlopende rechtsbehoeften die bij patiënten en hulpverleners bestaan. Mede met het oog hierop is in 1993 bij de Tweede Kamer ingediend het wetsvoorstel klachtrecht cliënten zorgsector.⁹ Dit voorstel sluit echter nauwelijks aan bij de recente ontwikkelingen en opvattingen inzake het klachtrecht in de gezondheidszorg.¹⁰ Het wetsvoorstel is op veel kritiek gestuit, zowel in de Tweede Kamer als daarbuiten. De in art. 2 van het wetsvoorstel neergelegde verplichting om zorg te dragen voor 'een regeling voor de behandeling van klachten' wordt niet verder uitgewerkt en laat derhalve toe dat binnen instellingen voor gezondheidszorg grote verschillen ontstaan met betrekking tot de vormgeving van het klachtrecht. Daarnaast miskent het wetsvoorstel dat de rechtsbehoeften per patiëntengroep of per sector van de gezondheidszorg uiteen kunnen lopen. Zo wijzen de registratiegegevens van de Stichting Patiënten-

8 C.J.M. Schuyt, *Het recht als instrument van overheidssturing?*, in: C.J.M. Schuyt, *Op zoek naar het hart van de verzorgingsstaat*. Leiden/Antwerpen, 1991, p. 201.

9 Tweede Kamer, 1992-1993, 23040, nr. 2.

10 Zie voor een overzicht W.R. Kastelein, *Van klagen naar klachtrecht - Het klachtrecht van de patiënt in de gezondheidszorg*. Arnhem, 1994.

vertrouwenspersoon Geestelijke Gezondheidszorg bijvoorbeeld uit dat in het psychiatrisch ziekenhuis zowel vrijwillig als onvrijwillig opgenomen patiënten met vrijheidsbeperkingen en dwangmaatregelen worden geconfronteerd.¹¹ Dit is, gelet op de karakteristieken van beide groepen patiënten, niet altijd te voorkomen. Het wetsvoorstel klachtrecht cliënten zorgsector zal in de psychiatrie een systeem introduceren dat vrijwillig opgenomen psychiatrische patiënten met betrekking tot klachten over dwangtoepassing aanzienlijk minder rechtsbescherming geeft dan de, veelal op dezelfde afdelingen verblijvende, gedwongen opgenomen patiënten aan de wet BOPZ kunnen ontnemen. De principiële gelijkstelling van de rechtspositie van vrijwillig opgenomen psychiatrische patiënten met die van patiënten in de algemene gezondheidszorg kan hier een averechts effect hebben. Door, in de woorden van Van der Vlies, gelijk te maken wat niet gelijk is, komen de grenzen van rechtseenheid in zicht.¹² Daardoor kan de beschermende functie van het recht in het gedrang komen. Met betrekking tot het klachtrecht geeft de realiteit aanleiding tot differentiatie van beleid en maatregelen. In dit licht gezien verdient het wetsvoorstel klachtrecht cliënten zorgsector heroverweging.

Rechtsbeginselen en grondrechten

Binnen het gezondheidsrecht bestaat bijzondere aandacht voor de betekenis van rechtsbeginselen en grondrechten. Er is, zo stelt Burkens, sprake van toeneemende betekenis van grondrechten in de samenleving.¹³ Daarbij blijkt de onderlinge samenhang tussen de klassieke en de sociale grondrechten sterker te worden.¹⁴ De grondrechten voegen een dimensie toe aan de intrinsieke waarden van het recht. De gezondheidszorg verleent aan de grondrechten bijzondere schakeringen. De grondrechten hebben aspecten die voor de gezondheidszorg een eigen betekenis hebben.¹⁵ Vooral de klassieke grondrechten zoals deze zijn

11 Zie de jaarverslagen van deze stichting, waarin uitvoerige gegevens zijn te vinden over de klachten die jaarlijks aan de patiëntenvertrouwenspersonen worden voorgelegd.

12 I.C. van der Vlies, *Grenzen aan het recht* (oratie). Zwolle, 1993, p. 54.

13 M.C. Burkens, *Algemene leerstukken van grondrechten naar Nederlands constitutioneel recht*. Zwolle, 1989, p. 218.

14 H.D.C. Roscam Abbing, *Rechten van patiënten: individuele en sociale grondrechten in de gezondheidszorg*, in: I.D. de Beaufort en H.M. Dupuis (red.), *Handboek gezondheids-ethiek*. Assen/Maastricht, 1988, p. 207-216.

15 E.A. Alkema, *Het Europees verdrag voor de rechten van de mens (EVRM) en het Nederlandse recht*, in: J.K.M. Gevers (red.), *Het EVRM en de gezondheidszorg*. Nijmegen, 1994, p. 25. In gelijke zin H.J.J. Leenen, *Handboek gezondheidsrecht - Rechten van mensen in de gezondheidszorg*. Alphen aan den Rijn, 1994, p. 31-34.

neergelegd in de Grondwet en de in de Nederlandse rechtsorde van kracht zijnde internationale verdragen hebben in sommige situaties een duidelijke meerwaarde ten opzichte van normen en procedures uit de traditionele rechtsgebieden.¹⁶ Het zijn ook de grondrechten die de verbinding leggen met de internationale ontwikkelingen. De patiëntenrechtenverklaring van de World Health Organization¹⁷ en het recentelijk binnen de Raad van Europa tot stand gebrachte ontwerp van een Bio-Ethiek-Conventionie¹⁸ trekken deze lijn door. Hetzelfde geldt voor art. F van het Verdrag van Maastricht, waarin de Europese Unie verklaart de grondrechten zoals deze zijn neergelegd in het EVRM te eerbiedigen als algemene beginselen van het Gemeenschapsrecht. De ontwerp-conventie van de Raad van Europa bevat onder meer een op de gezondheidszorg toegespitste concretisering van de in het EVRM neergelegde grondrechten. Discussie vindt plaats over toetreding van de Europese Unie tot het EVRM.¹⁹ Deze ontwikkelingen onderstrepen niet alleen een toenemende Europese integratie en een daaruit voortvloeiende internationalisering van de gezondheidszorg, maar ook de betekenis van de grondrechten in dat verband. Naar mijn mening zijn hiermee de noodzaak en wenselijkheid van een verdere oriëntatie op de inhoud en de betekenis van de grondrechten gegeven. Deze zal echter gepaard moeten gaan met een rechtstheoretische verdieping ten aanzien van de betekenis van rechtsbeginselen en grondrechten in de context van de gezondheidszorg, vooral ook ten aanzien van het recht op zelfbepaling.²⁰ Het komt mij voor dat in het gezondheidsrechtelijke discours over rechtsbeginselen en grondrechten deze verdieping nog niet voldoende is aangebracht. In zoverre kan ik mij de kritiek op de grondrechtenoriëntatie binnen het gezondheidsrecht voorstellen. Daarbij past overigens een scheiding tussen de grondslagen van het gezondheidsrecht

16 Zie ter illustratie de bijdragen in J.K.M. Gevers (red.), *Het EVRM en de gezondheidszorg*. Nijmegen, 1994.

17 Tijdschrift voor Gezondheidsrecht (1994) nr. 5, p. 275-281.

18 Tijdschrift voor Gezondheidsrecht (1994) nr. 6, p. 313-314 en p. 341.

19 Zie over de relatie tussen de Europese Unie en het EVRM de bijdragen in M.C. Burkens en H.R.B.M. Kummeling (red.), *EG en grondrechten - Gevolgen van de Europese integratie voor de nationale grondrechtenbescherming*. Zwolle, 1993.

20 Gangbaar in het gezondheidsrecht is de benaming recht op *zelfbeschikking*. Recentelijk hebben verschillende auteurs betoogd dat het beter is te spreken van een recht op *zelfbepaling*, onder meer vanwege het vermogensrechtelijke karakter van het begrip zelfbeschikking. Zie L.C.M. Meijers, Bijdrage van de gewone rechtspraak aan de ontwikkeling van het gezondheidsrecht, in: J.H. Hubben en H.D.C. Roscam Abbing (red.), *Gezondheidsrecht in perspectief*. Utrecht, 1993, p. 50 en E.Ph.R. Sutorius, *Manipuleren met leven*. Preadvies Nederlandse Juristenvereniging, Zwolle, 1993, p. 164-165. Ik ben het met deze auteurs eens.

enerzijds en een analyse van de betekenis en de reikwijdte van grondrechten anderzijds. Binnen het gezondheidsrecht en de gezondheidsethiek worden beide aspecten soms te gemakkelijk op één lijn gesteld.²¹ Rechtstheoretische verdieping kan een belangrijke bijdrage leveren aan de rechtsvorming, door discussies zoals die door gezondheidsjuristen en hulpverleners met betrekking tot het recht op zelfbepaling worden gevoerd, waar nodig van hun mythische aspecten²² te ontdoen. Hierdoor kan de sociale context van het recht op zelfbepaling beter uit de verf komen en kan overschatting van de betekenis van rechtsbeginselen en grondrechten²³ worden tegengegaan. Voorts zal op deze wijze een bijdrage kunnen worden geleverd aan het debat inzake de rechten van mensen die niet onder alle omstandigheden voldoen aan het beeld van de autonome, zelfbepalende burger, zoals wilsonbekwame en minderjarige patiënten. Ook hier ligt een mogelijkheid de spanning tussen recht en realiteit te verminderen.

Interactie tussen rechtsgebieden

Het hierboven gememoreerde gezondheidsrechtelijke debat kan niet los worden gezien van de opvattingen en ontwikkelingen binnen het recht in het algemeen. Het karakter van het gezondheidsrecht als horizontaal specialisme stelt voortdurend de verhouding tussen dit rechtsgebied en het algemene recht aan de orde. Beoefenaars van het gezondheidsrecht bedienen zich van begrippen, gedachten en procedures die afkomstig zijn uit het algemene recht. Vraagstukken betreffende grondrechtstheorieën, de reikwijdte en de horizontale werking van grondrechten, de implicaties van het Europese recht voor de nationale rechtsorde, de behoorlijkheid van besluitvorming door bestuursorganen en de normering van de behandelingsovereenkomst in het licht van de algemene bepalingen van het Burgerlijk Wetboek vergen een gedegen kennis van het gedachtengoed en de begrippenkaders van de betreffende rechtsgebieden. De beoefening van

21 Zie bijvoorbeeld W. van der Burg en H. Oevermans, Grondrechten in het gezondheidsrecht - Beperkingen van de gangbare grondslagenbenadering, in: W. van der Burg en P. Ippel (red.), *De siamese tweeling - Recht en moraal in de biomedische praktijk*. Assen, 1994, p. 187-202.

22 Aan gezondheidsjuristen wordt soms ten onrechte een geloof in een *absoluut* recht op zelfbepaling toegedicht. Zie bijvoorbeeld M.A.C. de Boer, *Zelfbeschikking en patiëntenrecht*, in: W.J. Witteveen et al. (red.), *Het bereik van de wet*. Zwolle, 1992, p. 159-170. Ook in ons rechtssysteem geldt de opvatting van de Canadese opperrechter Lamer C.J.C. 'that the scope of self-determination (...) in our society is never absolute' (Supreme Court of Canada 30 september 1993, 107 D.L.R. (4th), in de zaak *Rodriguez v. B.C.* inzake hulp bij zelfdoding).

23 Burkens, o.c., p. 223-224.

het gezondheidsrecht kan daarvan niet los worden gezien. De keerzijde is echter dat door de introductie van algemene juridische concepten en redeneringen op het terrein van de gezondheidszorg de spanning tussen recht en realiteit kan toenemen.

Een voorbeeld vormt de invloed van het aansprakelijkheidsrecht. In de literatuur wordt wel gesteld dat bijvoorbeeld in het wetsvoorstel geneeskundige behandelingsovereenkomst (WGBO) aan het onderwerp van de medische aansprakelijkheid te weinig aandacht is besteed.²⁴ Het is de vraag of de hulpverlener en de patiënt in de gezondheidszorg veel heil te verwachten hebben van een intensivering van de aansprakelijkheidsproblematiek. Uiteraard is het zo, dat in gevallen waarin een patiënt schade heeft geleden ten gevolge van onjuist of onzorgvuldig therapeutisch handelen, schadevergoeding op zijn plaats is. Daarmee is echter niet gezegd dat het huidige aansprakelijkheidsrecht het juiste middel is om dit doel op het gebied van de gezondheidszorg te bereiken. Het aansprakelijkheidsrecht heeft, om in medische termen te blijven, een aantal nadelige bijwerkingen. Ik wil er in dit verband twee noemen.

De eerste is dat procedurele regels uit het aansprakelijkheidsrecht hulpverleners ertoe kunnen 'dwingen' handelingen te verrichten die verder gaan dan nodig is in het kader van een zorgvuldige hulpverlening aan patiënten. De ontwikkelingen in de jurisprudentie ten aanzien van de bewijslastverdeling in zaken van medische aansprakelijkheid wijzen in deze richting.²⁵ In een recente aansprakelijkheidsprocedure tussen een patiënte en een oogarts legde het Gerechtshof Amsterdam de bewijslast bij de arts.²⁶ De oogarts gaf te kennen dat hij de patiëntenkaart, zoals gebruikelijk, had vernietigd tien jaren na het laatste patiëntencontact en voordat de patiënte haar claim had ingediend. Het Gerechtshof oordeelde dat het vernietigen van de patiëntenkaart voor het procesrisico van de oogarts kwam. Hoezeer ook dergelijke rechterlijke overwegingen te billijken zijn vanuit de optiek van het zoeken naar een rechtvaardige oplossing voor de patiënt, het risico bestaat dat een verstoring optreedt van het evenwicht tussen hulpverlening en rechtsbescherming.

Het tweede bezwaar ligt in het verlengde hiervan, en betreft de motiverende aspecten die aan het aansprakelijkheidsrecht ten grondslag liggen. Deze motiverende factoren vinden geen oorsprong in de zorg voor de patiënt, maar in het

24 Dit stelt bijvoorbeeld C.J.J.M. Stolker, *De nieuwe Wet geneeskundige behandelingsovereenkomst en het juridische belang van de Modelregeling arts-patiënt*. *Nederlands Tijdschrift voor Burgerlijk Recht* (1994) nr. 6, p. 115.

25 Zie nader Legemaate, o.c., in het bijzonder p. 67-76.

26 Gerechtshof Amsterdam 28 april 1994. *Tijdschrift voor Gezondheidsrecht* (1994) nr. 7, p. 441-444.

belang van de hulpverlener zelf. De motiverende factor is immers gelegen in het streven aansprakelijkheid te voorkomen, hetgeen niet noodzakelijkerwijs hetzelfde is als het verlenen van goede zorg.²⁷ De taal van het aansprakelijkheidsrecht is bepaald geen 'language of aspiration'.²⁸ Het verschuiven van het perspectief van het belang van de patiënt naar dat van de hulpverlener kan er gemakkelijk toe leiden dat het recht 'zichzelf in de voet schiet'.²⁹ Rechtsbescherming kan hierdoor in het tegendeel verkeren. De inmiddels ingetrokken ontwerp-Europese richtlijn inzake de aansprakelijkheid voor diensten, met de daarin opgenomen gedeeltelijke omkering van de bewijslast, zou hier zeker toe hebben bijgedragen. Onder aansprakelijkheidsverzekeraars vallen reeds sterke aarzelingen te bespeuren. Deze kunnen worden versterkt door de mogelijke negatieve gevolgen van de voorgenomen wettelijke uitbreiding van het regresrecht in de volksverzekeringen, waaronder de AWBZ.³⁰

Er is naar mijn mening geen reden voor een intensivering van de aansprakelijkheidsproblematiek, zoals in andere jurisdicties het geval is, maar veeleer voor het zoeken, in de woorden van Bloembergen, naar oplossingen 'voorbij het aansprakelijkheidsrecht'.³¹ Hier ligt een uitdaging voor juristen die, al dan niet in een wetenschappelijke betrekking, in de gezondheidszorg werkzaam zijn. Oplossingen kunnen onder meer worden gevonden in het ontwikkelen van de relatie tussen riskmanagement en kwaliteitsbeleid en in het stimuleren van normontwikkeling en protocollering³² binnen de beroepsgroep. Het laatste is onlangs ook door de Europese Commissie betoogd.³³ Het rechtssysteem moet openstaan voor interactie tussen de regels die door de wetgever en de rechter worden gecreëerd en de normen die binnen de onderscheiden beroepsgroepen tot ontwikkeling komen. Dit vereist een flexibele benadering vanuit het recht,

27 Schneider, o.c., alsmede R.F. Schopp en D.B. Wexler, Shooting yourself in the foot with due care: psychotherapists and crystallized standards of tort liability. *Journal of Psychiatry and Law* (1989) p. 163-203.

28 Schneider, o.c., p. 18.

29 Schopp en Wexler, o.c.

30 In juli 1994 stemde de ministerraad in met een wetsvoorstel ter zake (Nederlands Juristenblad (1994) nr. 29, p. 1024).

31 A.R. Bloembergen, Het SER-rapport over regresrechten: een fout verhaal. *Nederlands Juristenblad* (1994) nr. 4, p. 117-123.

32 Een mooie beschouwing hierover geeft K.M. Brouwer, Professionele autonomie en protocollaire geneeskunde, in: *Gezond met recht en rede (liber amicorum Prof. mr H.D.C. Roscam Abbing)*. Alphen aan den Rijn, 1994, p. 73-86.

33 Commission of the European Communities, Communication from the Commission on new directions on the liability of suppliers of services. COM(94) 260 final. Brussel, 1994, p. 5.

een benadering die zowel de normatieve positie en de eigen verantwoordelijkheid van het recht erkent als de inbreng vanuit andere professies en disciplines. Met betrekking tot tal van onderwerpen, waaronder de criteria voor medische beslissingen rond het levenseinde, is deze interactie reeds zichtbaar.³⁴ Van belang daarbij is de verhouding tussen de tuchtrechtspraak en de jurisprudentie van de civiele rechter. Onlangs oordeelde het Centraal Medisch Tuchtcollege over een zaak waarin een patiënt niet was geïnformeerd over de mogelijke negatieve gevolgen van het toedienen van contrastvloeistof. Op basis van de beschikbare wetenschappelijke gegevens stelde het tuchtcollege vast dat ernstige reacties voorkomen bij 1 op de 3.000 tot 1 op de 14.000 patiënten. Naar het oordeel van het tuchtcollege is dit een zo gering risico dat de arts 'in redelijkheid niet gehouden was de patiënt voor het begin van het onderzoek daarover te informeren'.³⁵ Het verdient aanbeveling dat de burgerlijke rechter, bij zijn interpretatie van het recht van de patiënt op informatie zoals neergelegd in art. 1653b WGBO, aansluiting zoekt bij de tuchtrechtelijke normontwikkeling op dit punt. Ontstaan discrepanties tussen de tuchtrechtelijke en de civielrechtelijke jurisprudentie, dan neemt de spanning tussen recht en realiteit toe. Door convergentie van beide vormen van rechtspraak kan dit worden tegengegaan.

Nadelen kunnen eveneens voortvloeien uit regelgeving die erop gericht is of tot gevolg heeft dat de primaire rol van de hulpverlener onder druk komt te staan. De op 1 januari 1994 in werking getreden wetgeving inzake de terugdringing van het ziekteverzuim³⁶ en de wettelijke regeling inzake de afgifte door een arts van een geboorte-attest³⁷ zijn voorbeelden van besluiten en maatregelen die een negatief effect kunnen hebben op de positie van de hulpverlener en op diens mogelijkheden op een verantwoorde wijze te participeren in het therapeutisch proces. De hulpverlener wordt als het ware losgemaakt van zijn oorspronkelijke taak en ingezet voor doelen die zich niet altijd met zijn primaire

34 Legemaate, o.c., p. 25-49.

35 Centraal Medisch Tuchtcollege 3 februari 1994, Medisch Contact (1994) nr. 36, p. 1125-1127. Zie meer in het algemeen over deze problematiek J. Legemaate en F. Moss, De juridische aansprakelijkheid van arts en apotheker bij het gebruik van geneesmiddelen. Geneesmiddelenbulletin (1994) nr. 10, p. 78-83.

36 Zie J.K.M. Gevers, Arbodienst en ziekteverzuimbegeleiding, Tijdschrift voor Gezondheidsrecht (1994) nr. 5, p. 258-265 en R.M.S. Doppegieter, Arts en ziekteverzuim. Medisch Contact (1994) nr. 38, p. 1183-1184.

37 Wet van 14 oktober 1993, Stb. 555, tot herziening van Titel 4 van Boek 1 BW. Het gaat om het nieuwe art. 1:19e lid 8 BW. De regering wilde aanvankelijk op grond van dit artikel voor de arts een verplichting tot het opmaken van een geboorte-attest creëren. Tijdens overleg met de Tweede Kamer in september 1994 nuanceerde de regering dit standpunt.

taak laten verenigen.³⁸ Overigens kunnen ook juridische ontwikkelingen in het buitenland leiden tot een oneigenlijk beroep op de Nederlandse arts, zoals in 1993 duidelijk werd door een wijziging van de Marokkaanse huwelijkswetgeving. Krachtens deze wetgeving moeten huwelijkspartners een geneeskundige verklaring overleggen, waaruit blijkt dat zij niet lijden aan een besmettelijke ziekte.³⁹ Dergelijke ontwikkelingen kunnen overleg en afstemming op internationaal niveau noodzakelijk maken.

Vanuit het ene rechtsgebied worden maatregelen getroffen die binnen het andere rechtsgebied tot problemen aanleiding kunnen geven. Interactie tussen rechtsgebieden is zinvol en onvermijdelijk, maar de medaille heeft een keerzijde. Waar maatregelen uit het ene rechtsgebied de ontwikkelingen op het andere dreigen te frustreren, zijn onderzoek, afstemming en zo nodig het ontwikkelen van alternatieven geboden.

De verwerkelijking van het recht

Op deze plaats maken we de overstap van de relatie tussen het gezondheidsrecht en het algemene recht naar de verhouding tussen recht en praktijk.

Met betrekking tot de eerder genoemde functies van het recht kan de vraag worden gesteld op welke wijze deze het beste kunnen worden gerealiseerd. De aandacht voor de mogelijke variaties binnen het juridisch instrumentarium is de laatste jaren sterk toegenomen, zowel op het niveau van de overheid als binnen de rechtswetenschap zelf. Onder meer de gewijzigde opvattingen over de taak en de beperkingen van de wetgever en de aandacht voor de mogelijkheden van al dan niet geconditioneerde zelfregulering illustreren dit. Hoewel de motieven niet altijd helder zijn, en deze in sommige gevallen een eenzijdig financieel of instrumenteel karakter hebben, is het een goede zaak dat een systematische reflectie plaatsvindt op de effecten en gevolgen van het juridisch instrumentarium. Een proeftuin op dit terrein wordt gevormd door de begin dit jaar in werking getreden Wet bijzondere opnemingen in psychiatrische ziekenhuizen (BOPZ). De doelstelling van deze wet is tweeledig: het beschermen van de samenleving tegen gevaarlijk gedrag dat mensen ten gevolge van een geestelijke stoornis kunnen vertonen, en het versterken van de rechten van hen die op grond van de wet onvrijwillig in een psychiatrisch ziekenhuis worden opgeno-

38 Roscam Abbing, o.c., p. 18-20 maakt duidelijk dat hierdoor ook de beslissingsvrijheid van de patiënt onnodig onder druk kan komen te staan.

39 L. Jordens-Cotran, Enkele wijzigingen van de Marokkaanse familiewetgeving. Migrantenrecht (1993) nr. 10, p. 211-217.

men. Teneinde de laatstgenoemde doelstelling te realiseren bevat de wet BOPZ een uitvoerig stelsel van normen en procedures. Een recent onderzoek van het Nederlands centrum Geestelijke volksgezondheid laat duidelijk zien dat er een groot verschil bestaat tussen de letter van de wet en de praktijk zoals deze in 1993 bestond.⁴⁰ Aangenomen mag worden dat de inwerkingtreding van de wet BOPZ op zichzelf onvoldoende is om die kloof te overbruggen. Berichten uit de praktijk geven aan dat de implementatie van bepaalde onderdelen van de wet BOPZ moeizaam verloopt.⁴¹ De eerste bevindingen van een onderzoek naar het klachtrecht van de wet BOPZ, dat wordt verricht binnen de juridische sectie van het instituut Beleid en Management Gezondheidszorg, bevestigen dit. Het voorgenomen evaluatie-onderzoek met betrekking tot de wet BOPZ zal antwoord moeten geven op de vraag of het hier gaat om opstartperikelen dan wel om problemen van meer structurele aard. De implementatie van omvangrijke wetgevingsprojecten als de wet BOPZ behoort door voldoende informatie en toegespitst onderzoek te worden begeleid. Zo niet, dan komt onvermijdelijk de legitimiteit van het recht ter discussie te staan. Dit kan er niet alleen toe leiden dat de rechtsbescherming die in de wet is neergelegd een papieren instrument blijft, maar ook dat het therapeutisch proces onnodig wordt geschaad.

Onderzoek naar de vraag of een juridische interventie, in de vorm van wetgeving of anderszins, aan de doelstellingen voldoet, vergt een gestructureerde aanpak. In het preadvies dat ik dit jaar heb uitgebracht aan de Vereniging voor Gezondheidsrecht heb ik ervoor gepleit in onderling verband te wegen: de motieven voor een juridische interventie, de vorm en inhoud ervan, de aard en structuur van het terrein waarop de interventie is gericht en de gevolgen van de interventie.⁴² De Amerikaanse juristen Wexler en Winick dringen er terecht op aan in dat verband uitdrukkelijk aandacht te besteden aan de eventuele anti-therapeutische effecten van juridische interventies. Zij propageren daartoe een interdisciplinaire benadering, door henzelf 'therapeutic jurisprudence' genoemd.⁴³ Onder meer gebruikmakend van principes en ervaringsregels uit de

40 M. Franchimont en H. van de Klippe, *Op de drempel van de BOPZ - De interne rechtspositie van psychiatrische patiënten vóór invoering van de wet BOPZ*. Utrecht, 1994.

41 'Klachtenregeling BOPZ nog maar in 14 psychiatrische ziekenhuizen gerealiseerd', *PVP-Krant*, september 1994, p. 1.

42 Legemaate, o.c., p. 15-22.

43 Zie onder meer D.B. Wexler en B.J. Winick, *Therapeutic jurisprudence and criminal justice mental health issues*. *Mental and Physical Disability Law Reporter* (1992) nr. 2, p. 225-231 en B. Winick, *The right to refuse mental health treatment: a therapeutic jurisprudence analysis*. *International Journal of Law and Psychiatry* (1994) nr. 1, p. 99-117. Wexler en Winick hebben hun benadering ontwikkeld in de context van de 'mental health law', maar deze is evenzeer toepasbaar op andere sectoren binnen de gezondheidszorg.

sociale wetenschappen ontwikkelen zij een kader voor de normering van juridische interventies en voor het beoordelen van de effecten ervan. Anders dan de benaming 'therapeutic jurisprudence' wellicht suggereert, gaat het daarbij niet om het ondergeschikt maken van het recht aan therapeutische overwegingen: 'Therapeutic jurisprudence (...) seeks to focus attention on an often neglected ingredient in the calculus necessary for performing a sensible policy analysis of (...) law and practice'.⁴⁴ Of de juridische interventie na gebleken negatieve therapeutische effecten aanpassing behoeft, vergt in hun optiek een aparte afweging, in het licht van de overige relevante factoren, waaronder de van toepassing zijnde rechtsbeginselen en grondrechten.

Uitgangspunten en doelstellingen van recht en hulpverlening

Een analyse van juridische interventies aan de hand van de door Wexler en Winick omschreven benadering omvat mede de verhouding tussen de doelstellingen van recht en hulpverlening, en relativeert de vermeende tegenstelling tussen beide professies. Het beeld van de tegenstelling tussen hulpverleners en juristen wordt door sommige vertegenwoordigers van deze professies met een zekere hardnekkigheid in ere gehouden. Deze tegenstelling houdt doorgaans verband met de uiteenlopende visies op de aard en de vormgeving van de beschermingsfunctie van het recht, in het bijzonder in rechtsverhoudingen waar door de aard van de situatie de positie van de patiënt sterk onder druk kan komen te staan.⁴⁵ Hier zijn tal van aspecten aan de orde die, mede in het licht van de toepasselijke internationale rechtsregels, het creëren van rechtswaarborgen noodzakelijk maken. Het achterwege laten daarvan kan leiden tot een bestanding van ongelijke posities en situaties van ontoereikende rechtsbescherming.⁴⁶

Een zekere spanning tussen de juridische en de therapeutische invalshoek is hiermee gegeven. Vaak is echter onduidelijk waar deze spanning uit voortvloeit: uit de doelstellingen of uit de methoden en technieken om deze doelstellingen te bereiken. Ik heb de indruk dat het veelal gaat om het laatste. Vooral op het punt van de methoden en technieken lopen de normatieve benadering van de

44 Wexler en Winick, o.c., p. 226.

45 M.A. Somerville, Changes in mental health legislation as indicators of changing values and policies, in: M. Roth en R. Bluglass (ed.), *Psychiatry, human rights and the law*. Cambridge, 1985, p. 125-128.

46 H.D.C. Roscam Abbing, *Wetgeving(s)beleid gezondheidszorg*, in: H.D.C. Roscam Abbing en F.C.B. van Wijmen (red.), *Wetgeving gezondheidszorg in perspectief*. Deventer, 1989, p. 11.

jurist en de deterministische aanpak van de hulpverlener niet altijd synchroon. De jurist redeneert als het ware van 'algemeen' naar 'individueel', van gezondheid naar ziekte, aan de hand van het postulaat van de autonome mens, terwijl de hulpverlener veel meer geneigd is het omgekeerde traject te volgen. Laten we echter de abstractie van de autonome mens voor wat deze is, en kijken we naar de uitingsvormen van autonomie, dan lijkt het met de tegenstelling tussen recht en hulpverlening wel mee te vallen. De patiënt die geïnformeerd wil worden en keuzen maakt, past niet alleen in het juridische beeld van de burger die gebruik maakt van zijn recht op zelfbepaling om de beslissingen te nemen die hij verantwoord acht, maar voldoet tevens aan een aantal elementaire vereisten voor het welslagen van een therapeutische interventie.

De literatuur over het verband tussen informatie en therapietrouw geeft inzicht in de psychologische en therapeutische betekenis van het maken van een geïnformeerde keuze door de patiënt, zelfs al zijn de keuzemogelijkheden door de aard van de situatie soms beperkt.⁴⁷ 'Patient choice in favor of treatment (...) appears to be an important determinant of treatment succes', zo stelt Winick⁴⁸. Ook Donker heeft daar in haar oratie op gewezen.⁴⁹ Hierbij sluit aan de sociaal-wetenschappelijke literatuur over het belang van de informatie voor de communicatie in de relatie patiënt-hulpverlener.⁵⁰ De ratio van regels die het recht van de patiënt op informatie normeren, heeft derhalve naast een juridisch-normatieve ook een psychologische en een therapeutische kant. Het spiegelbeeld wordt gevormd door de veronderstelling dat regels en situaties waarin de mogelijkheden van zelfbepaling door de patiënt ten onrechte worden beperkt, negatieve gevolgen zullen hebben, zowel voor de hulpverlener-patiëntrelatie als voor de uitkomsten van de therapeutische interventie. Het door hulpverleners in de psychiatrie vaak bekritiseerde recht van de onvrijwillig opgenomen psychiatrische patiënt om behandeling te weigeren, moet nadrukkelijk in dit licht worden gezien. Het is de vraag of een verruiming van de mogelijkheden voor dwangtoepassing, bijvoorbeeld door het introduceren van ambulante dwangbehandeling⁵¹, winst zal opleveren in termen van motivatie en effectiviteit. Winst

47 Zie bijvoorbeeld A.M. Broekhuysen et al., Therapietrouw: bepalende factoren en mogelijkheden ter verbetering. *Nederlands Tijdschrift voor Geneeskunde* (1994) nr. 17, p. 850-854 en J.P. Kassirer, Incorporating patients' preferences into medical decisions. *New England Journal of Medicine* (1994) p. 1895-1896.

48 Winick, o.c., p. 100.

49 M.C.H. Donker, In de trechter, door de mangel? - Kosteneffectiviteit en zorg op maat in de geestelijke gezondheidszorg (oratie). Utrecht, 1994, p. 23-24.

50 Zie hierover J. Bensing, De rotonde van lichaam en geest (oratie). Utrecht, 1994, p. 25-29.

51 L.H.J. de Turck en A.M. van den Berg, Een pleidooi voor ambulante dwangbehandeling. *Maandblad Geestelijke volksgezondheid* (1994) nr. 10, p. 1067-1083.

op korte termijn zou wel eens verlies op de lange duur kunnen blijken te zijn. Zelfs als de effectiviteit van meer dwang zou komen vast te staan, zal nog moeten worden nagegaan of evenredigheid bestaat tussen de aard van de dwangmaatregel en de inbreuk op de persoonlijke vrijheid en de lichamelijke integriteit van de patiënt. Overigens gaat het er niet alleen om patiënten te beschermen tegen hulpverleners die meer waarde zouden hechten aan florissante therapeutische perspectieven dan aan de gevoelens, normen en waarden van de patiënt. Evenzeer kan het noodzakelijk zijn de patiënt in bescherming te nemen tegen de rigiditeit van juridische attitudes en benaderingen. In een te zeer door rechtszekerheid, uniformiteit en vaste grenzen gekenmerkte aanpak kan de individuele patiënt gemakkelijk worden gemangeld. De op vaste leeftijdsgrenzen gebaseerde regeling van de rechtspositie van minderjarigen in de WGBO en de aantasting van de vooronderstelling van bekwaamheid in art. 454 lid 1 van de wet mentorschap ten behoeve van meerderjarigen kunnen als voorbeeld worden genoemd.⁵²

Accentuering van de tegenstelling tussen de therapeutische en juridische benadering is een accentuering van professionele karakteristieken. Deze accentuering gaat voorbij aan de sociale werkelijkheid, waarin veel meer relevante factoren een rol spelen. Voor een schematisering van de discussie en voor het in kaart brengen van onderzoeksvragen kan een dergelijke vorm van reductionisme nuttig zijn, maar uiteindelijk wordt de analyse van het spanningsveld tussen recht en realiteit er eerder door gehinderd dan bevorderd.

Norm en feit

Met het relativeren van het onderscheid tussen de juridische en de therapeutische benadering zijn we er bepaald nog niet. Een volgende barrière wordt gevormd door verschillen tussen norm en feit. Op vele plaatsen en binnen vele instituties in onze samenleving doet zich het fenomeen voor dat de feitelijke gang van zaken de norm stelt.⁵³ Het onderscheid tussen het juridische niveau en de feitelijke context is op dergelijke plaatsen non-existent of op zijn minst diffuus. Verschillen tussen norm en feit worden aangevoerd als argument tegen veranderingen die vanuit het recht worden voorgesteld. In dit verband kan bijvoor-

52 Zie over het laatste K. Blankman, *Curatele voor personen met een geestelijke stoornis en bescherming op maat* (proefschrift). Zwolle, 1994, p. 205-208.

53 C. Kelk, *Recht voor gedetineerden* (proefschrift). Alphen aan den Rijn, 1978, p. 26 e.v. (over 'de macht der feiten') alsmede C. Kelk, *Recht voor geïnstitutionaliseerden* (oratie). Arnhem, 1983.

beeld worden gewezen op de bezwaren van hulpverleners tegen juridische regels inzake het verkrijgen van het informed consent van een patiënt.⁵⁴

Het in de inleiding weergegeven citaat van Mies Bouwman illustreert welke problemen kunnen rijzen in een individueel geval. Tegelijkertijd reikt het citaat een mogelijke oplossing aan: Mies Bouwman neemt haar man mee naar een gesprek met de dokter. Hij legt haar later uit wat de arts precies verteld heeft. De echtgenoot van Mies Bouwman overbrugt als het ware het verschil tussen norm en feit, in een situatie waarin dat verschil voortvloeit uit patiëntgebonden factoren. In andere gevallen zijn het hulpverlenergebonden factoren die het overbruggen van het verschil in de weg staan. Het lijkt er wel eens op dat hulpverleners aan juristen of juridische interventies meer 'macht' en 'invloed' toekennen dan deze in werkelijkheid hebben en dat zij de betekenis miskennen van andere relevante factoren, die voor een belangrijk deel binnen hun eigen invloedssfeer liggen. De relatie tussen norm en feit is geen bilaterale, die door het recht, of de effecten daarvan, wordt gedomineerd. Een tegenovergestelde opvatting komt dicht in de buurt van een overschatting van de mogelijkheden van het recht. Gebrekkige communicatie, angst, onmacht, onvoldoende deskundigheid of vaardigheden, desinteresse, onheuse bejegening, taalproblemen, gebrek aan tijd: al deze problemen en factoren kunnen, op zichzelf of in combinatie met elkaar, tot de conclusie leiden dat norm en feit uiteenlopen. Een argument voor het achterwege laten van juridische normering levert dat naar mijn mening niet op. Veel van de genoemde problemen kunnen worden opgelost zonder dat de legitimiteit of de vormgeving van de juridische interventie ter discussie hoeft te staan.⁵⁵

De spanning tussen recht en realiteit wordt vergroot door het stellen van regels die het onmogelijke verlangen of die slechts kunnen worden gerealiseerd op een wijze die afbreuk doet aan de doelstelling van de regel. Een voorbeeld uit de laatste categorie biedt art. 41 lid 6 van de wet BOPZ, op grond waarvan de in deze bepaling geregelde klachtencommissie binnen twee weken na ontvangst van de klacht een bindende uitspraak moet doen. Het is de vraag of deze termijn lang genoeg is om complexe klachten op een zorgvuldige manier te onderzoeken. Betrekken we daarbij het gegeven dat in een aantal gevallen door de patiënt geklaagd zal worden over situaties die ten tijde van het indienen van de klacht reeds beëindigd zijn, dan komt de vraag op of zorgvuldigheid niet ten on-

54 Zie T.P.J.C. Widdershoven, *Het informeren van de patiënt: juridische normen, opvattingen van hulpverleners en knelpunten uit de praktijk*. Amsterdam, 1990 en I. Bolt, *Informed consent: de patiënt wikt, de arts beschikt?* Amsterdam, 1991.

55 H.J.J. Leenen, *Mensen, rechten, instituties en de staat in de gezondheidszorg (afscheidscollege)*. Alphen aan den Rijn, 1990, p. 15 (noot 14).

rechte wordt opgeofferd aan snelheid. Een dergelijke situatie is in het belang van patiënt noch hulpverlener.

Rigide en gedetailleerde regelgeving moet waar mogelijk worden vermeden. Daarnaast zal vanuit het recht naar zorgvuldige regulering van maatschappelijk overwegend als positief ervaren situaties moeten worden gestreefd. Wat er kan gebeuren als de aansluiting tussen het recht en de maatschappelijke realiteit onvoldoende wordt gerealiseerd, blijkt bijvoorbeeld uit de ontwikkelingen in de afgelopen drie jaar betreffende het wetgevings- en vervolgingsbeleid inzake medische beslissingen rond het levenseinde.⁵⁶ Het vertrouwen van artsen in het recht is door deze ontwikkelingen negatief beïnvloed. Dit voorbeeld illustreert dat van wetgeving die op paradoxale wijze een complexe medische praktijk tracht te reguleren, weinig heil te verwachten valt. Hoewel het huidige kabinet recentelijk enige uit de regeling voortvloeiende problemen heeft weggenomen⁵⁷, moet naar mijn mening worden gevreesd voor het bestendige karakter van de op 1 juni j.l. in werking getreden regelgeving inzake actieve levensbeëindiging. Voorkomen moet worden dat de feiten in bepaalde situaties ten onrechte de norm gaan stellen. Evenzeer moet echter worden voorkomen dat door het stellen van een norm een kunstmatige juridische situatie in stand wordt gehouden, die onrecht doet aan de wijze waarop patiënten, hulpverleners en instellingen voor gezondheidszorg omgaan met dilemma's en complexe vraagstukken.

De verhouding tussen norm en feit is voorts aan de orde bij het onderbouwen van juridische regels en het motiveren van rechterlijke uitspraken. Acceptatie van het recht zal worden vergroot door de afnemers ervan inzicht te geven in de juridische argumentatie en motivering. Een verwijzing naar 'de omstandigheden van het geval' en een niet nader toegelicht beroep op de 'redelijkheid en billijkheid' vormen klassieke voorbeelden van ontoereikende motivering. De rechter die in 1992 een omkering van bewijslast ten nadele van de arts baseerde op 'de aard van de relatie tussen A. als arts en D. als patiënt', stelt de acceptatie van zijn oordeel in de waagschaal.⁵⁸ De recente uitspraak in kort geding betreffende de vergoeding van een harttransplantatie op basis van een Belgische second opinion, is in dat opzicht bevredigender. In deze zaak zette de rechter met een gemotiveerd beroep op de redelijkheid en billijkheid de polisvoor-

56 J. Legemaate, *Legal aspects of euthanasia and assisted suicide in the Netherlands 1973-1994*. Cambridge Quarterly of Healthcare Ethics (1995): in druk.

57 Brief van de minister van Justitie, mede namens de minister van Volksgezondheid, Welzijn en Sport aan de Tweede Kamer d.d. 16 september 1994 (Tweede Kamer, 1993-1994, 23877, nr. 1).

58 Rechtbank Arnhem 4 juni 1992, Nederlandse Jurisprudentie 1992, 614.

waarden van een zorgverzekeraar aan de kant.⁵⁹ Waar het recht verzuimt te argumenteren en te motiveren, verworden open normen en criteria tot toverformules.⁶⁰ Wanneer rechterlijke uitspraken op het punt van de motivering niet 'narekenbaar' zijn⁶¹, verliezen open normen als 'redelijkheid en billijkheid', 'de zorg van een goed hulpverlener' en 'verantwoorde zorg' hun potentie voor de hierboven bepleite interactieve uitwisseling tussen de regels van de wetgever en de normen uit de hulpverlening.

Synthese

Het therapeutisch proces is de laatste jaren meer en meer juridisch ingekaderd. Gezien vanuit de functies van het recht bestaan voor deze inkadering goede gronden. De kern van het therapeutisch proces wordt gevormd door de deskundigheid van de hulpverlener en de interactie in de hulpverlener-patiëntrelatie. De juridische normering laat deze kern onverlet, maar beïnvloedt deze uiteraard wel. Het spanningsveld tussen recht en realiteit bestaat uit complexe verhoudingen tussen het 'abstract-juridische' en het 'concreet-sociale'.⁶² Het normeren van het therapeutisch proces met behulp van juridische instrumenten vereist dat op deze verhoudingen acht wordt geslagen. Is dit niet of onvoldoende het geval, dan kunnen de legitimiteit en de effectiviteit van de juridische normering ter discussie komen te staan. Het recht zal er naar moeten streven instrumenten en mechanismen te ontwikkelen die een optimale verhouding mogelijk maken tussen doelstellingen van het recht en die van de hulpverlening. Waar het gaat om vraagstukken inzake de verhouding tussen norm en empirie, vormt de juridische normering van het therapeutisch proces, in het bijzonder door de patiëntenrechten, binnen het gezondheidsrecht bepaald geen afgesloten hoofdstuk. Er moet een onderscheid worden gemaakt tussen het normatieve en het

59 President rechtbank 's-Gravenhage 31 augustus 1994, Nederlands Juristenblad (1994) nr. 32, p. 1120 (met commentaar van W.R. Kastelein en G.J.A. Hamilton in Nederlands Juristenblad (1994) nr. 33, p. 1136-1140). Uiteraard kan men het met de rechterlijke motivatie, die uit twee elementen bestaat, oneens zijn. Het ene element (de conclusie dat een mogelijkheid voor een Nederlandse second opinion zou ontbreken, overweging 3.2. van de uitspraak) overtuigt mij niet. Het andere element (gebaseerd op een uitgljider ter zitting van de advocaat van de zorgverzekeraar, overweging 3.3.) daarentegen wel

60 In deze zin over het gevaars criterium in de psychiatrie: J. de Boer, De Hoge Raad en de Krankzinnigenwet III. Nederlands Juristenblad (1987) nr. 38, p. 1213-1220.

61 A.M. Hol, Beredeneerd toeval - Over grenzen van de juridische argumentatie, in: E.T. Feteris et al. (red.), Met redenen omkleed. Nijmegen, 1994, p. 178. Zie voorts de bijdrage over de 'redelijkheid en billijkheid' van H.J.R. Kapteijn in deze bundel.

62 Schuyt, o.c., p. 200.

communicatieve bereik van juridische interventies.⁶³ Door een te sterke oriëntatie op het normatieve aspect kan veel van de energie die de afgelopen jaren door alle betrokkenen is geïnvesteerd in de ontwikkeling van patiëntenrechten in de fase van de implementatie verloren gaan. De hierboven aangekaarte invalshoeken en aspecten van het spanningsveld tussen recht en realiteit moeten in dit licht worden gezien. Deze aspecten vragen om een nadere analyse, maar evenzeer om een herijking van de verhouding tussen de juridische en de therapeutische professie, uiteraard met behoud van de eigen verantwoordelijkheid. Dit vergt niet alleen een bijdrage vanuit het recht, maar ook uit andere disciplines. Interdisciplinaire samenwerking, gericht op zowel theoretische verdieping als empirisch onderzoek, is hier onontbeerlijk. Ook binnen de verantwoordelijke ministeries zal voor deze problematiek aandacht moeten bestaan. Mede met het oog op het vraagstuk van de wetsevaluatie pleitte de Algemene Rekenkamer onlangs voor een explicitering van de taakafbakening tussen de wetgevingsafdeling en de beleidssector.⁶⁴

Voor het gezondheidsrecht levert dit een agenda op die in elk geval de volgende vragen bevat:

- 1 Wat zijn de gevolgen van de implementatie van juridische interventies inzake het therapeutisch proces, zoals wetgeving? Worden de doelstellingen bereikt? Doen zich ongewenste neveneffecten voor, en zo ja, kunnen deze door aanpassing van de juridische interventie worden verminderd?
- 2 Biedt de thans gerealiseerde of op stapel staande regelgeving een volledige regeling van de hulpverlener-patiëntrelatie of doen zich nog lacunes voor?
- 3 Hoe staat het met de verhouding tussen deze regelingen op punten als consistentie en samenhang?
- 4 Op welke wijze kunnen ten behoeve van de actoren in het veld globale juridische normen worden verduidelijkt?
- 5 Welke mogelijkheden zijn er om de wet- en regelgeving aan te vullen of te ondersteunen door middel van zelfregulering?

Bij het onderzoek naar en de analyse van deze vragen zal zo nodig aandacht moeten worden gegeven aan de rechtstheoretische en de internationale context. Onderzoek naar de genoemde vraagpunten vergt een behoedzame aanpak.

63 Het onderscheid is ontleend aan C.J.M. Schuyt, Twee dimensies in het bereik van de wet, in: W.J. Witteveen et al. (red.), o.c., p. 107-114. In deze bijdrage werkt Schuyt het onderscheid, en de verhouding tussen beide aspecten, uit aan de hand van de ontwikkelingen met betrekking tot euthanasie.

64 Algemene Rekenkamer, Wetgeving: organisatie, proces en produkt. Tweede Kamer, 1993-1994, 23710, nr. 2, onder meer p. 30.

Daarvoor zijn minstens drie redenen, die grotendeels in elkaars verlengde liggen. De eerste is dat het buitengewoon moeilijk is een bepaalde juridische interventie, bijvoorbeeld een wet, in zijn geheel te evalueren, niet in het minst omdat causale relaties tussen de interventie en de ontwikkelingen in de sector waarop de interventie betrekking heeft lang niet altijd eenvoudig zijn vast te stellen. Het is dan verstandiger te kiezen voor enkele belangrijke en saillante onderdelen.⁶⁵ De tweede reden vloeit voort uit het gegeven dat in de hulpverlener-patiëntrelatie veel niet-juridische factoren een rol spelen. De rechtssociologie leert ons dat het sturen van het gedrag van individuele of groepen burgers dat is ingebed in vastliggende gedragspatronen en instituties een gecompliceerde onderneming is.⁶⁶ Als middel om 'hoop' in 'realiteit' te vertalen, is de waarde van het recht beperkt.⁶⁷ De derde reden betreft het belang van het recht, in relatie tot de mogelijkheden. In een rechtsstaat als de onze is het belang van het recht, en de daaraan ten grondslag liggende waarden, boven elke twijfel verheven. Het recht kan op meer en minder subtiele manieren bijdragen tot normering en sturing van menselijk handelen. De mogelijkheden van het recht kunnen echter gemakkelijk worden overschat. Sturen met recht vereist grote stuurmanskunst, zo stelt Schuyt terecht⁶⁸, en ik zou daaraan willen toevoegen: het nodige relativiseringsvermogen. Het doel van het gezondheidsrecht, door mijn voorganger op deze leerstoel in zijn afscheidsrede omschreven als het bereiken van rechtvaardige en eerlijke verhoudingen in de gezondheidszorg⁶⁹, zal hierdoor dichterbij kunnen worden gebracht.

Dankwoord

Graag wil ik het College van Bestuur van deze universiteit danken voor mijn benoeming en het daarbij in mij gestelde vertrouwen.

De Koninklijke Nederlandsche Maatschappij tot bevordering der Geneeskunst ben ik zeer erkentelijk voor de bereidheid mijn dienstverband met 50% te verminderen, teneinde mij in de gelegenheid te stellen een bijdrage te leveren aan het overbruggen van de afstand tussen praktijk en wetenschap. De inkrimping van mijn werktijd heeft de werkdruk van enkele van mijn collega's bij de

65 Zie in dit verband de notitie uit november 1992 van de (toenmalige) staatssecretaris van WVC over de voorgenomen evaluatie van de wet BIG (Tweede Kamer, 1992-1993, 19522, nr. 56).

66 Schuyt (1991), o.c., p. 198-199. Vgl. Kelk (1983), o.c.

67 Schneider, o.c., p. 20.

68 Schuyt (1991), o.c., p. 200.

69 W.B. van der Mij, De wet van weten en geweten (afscheidscollege). Z.pl., 1991, p. 20.

KNMG doen toenemen. Ik hoop maar dat de meerwaarde van mijn Rotterdamse activiteiten dat in voldoende mate compenseert. Ik ervaar de combinatie van werkzaamheden als een verrijking.

Het bestuur en de medewerkers van het instituut Beleid en Management Gezondheidszorg (BMG) wil ik danken voor de plezierige wijze waarop zij mij in hun 'huiskamer' hebben opgenomen. De multidisciplinaire opzet van het instituut vormt een voortdurende prikkel om over de grenzen van het eigen vakgebied heen te kijken. Ik vind dat zeer stimulerend. De mogelijke gevolgen van de recente verhuizing van het instituut naar Woudestein vervullen ons soms met enige zorg, maar evenzeer biedt deze verhuizing een stimulans voor nieuwe en hernieuwde samenwerking, zowel binnen de Faculteit der Geneeskunde en Gezondheidswetenschappen als, waar het mijn vakgebied betreft, met de Juridische Faculteit. De eerste stappen zijn reeds gezet.

Uit de contacten met de studenten van de studierichting Beleid en Management Gezondheidszorg is mij belangstelling en enthousiasme voor het gezondheidsrecht gebleken. Dat doet mij uiteraard deugd. Vanuit mijn vakgebied zal ik graag bijdragen aan de brede deskundigheid die de studenten in de studie BMG verwerven.

Hooggeleerde Leenen, beste Henk. Hooggeleerde Kelk, beste Constantijn. Ik wil jullie bedanken voor de vele inspirerende contacten die ik sinds het begin van de jaren tachtig met jullie heb gehad. Bij het zoeken van mijn weg op het grensvlak van recht en realiteit heb ik deze contacten als bijzonder vruchtbaar ervaren.

Hooggeleerde Donker, beste Marianne. Het is al weer twaalf jaar geleden dat wij elkaar bij de Stichting Patiëntenvertrouwenspersoon voor het eerst professioneel tegen het lijf liepen. Wie had toen kunnen denken dat wij nog eens gezamenlijk zouden oreren? Het was mij een genoegen.

Tonny en mijn ouders dank ik voor hun steun, goede zorgen en nuchterheid. Myrte en Tijmen hebben moeten wennen aan de gedachte dat ik nu weliswaar hoogleraar ben, maar geen uitvinder. In hun ogen voldoe ik op dat punt niet aan de verwachtingen die zijn gewekt door de van de televisie bekende professor Alsvanouds van de Universiteit van Harderwijk.⁷⁰ Als ik het echter goed begrepen heb, weegt voor hen het feit dat ik nu zo'n gek petje mag dragen daar ruimschoots tegenop.

Zeer gewaardeerde toehoorders, ik dank u voor uw aanwezigheid en aandacht. Het ga u allen goed.

Ik heb gezegd.

70 Een rol van de acteur Aart Staartjes in het televisieprogramma 'Het klokhuis' (NOS).