



Universiteit
Leiden
The Netherlands

Van maatman (m/v) naar maatwerk in het gezondheidsrecht

Hendriks, A.C.

Citation

Hendriks, A. C. (2008). Van maatman (m/v) naar maatwerk in het gezondheidsrecht. *Bw-Krant Jaarboek*, 24, 227-242. Retrieved from <https://hdl.handle.net/1887/36648>

Version: Not Applicable (or Unknown)

License: [Leiden University Non-exclusive license](#)

Downloaded from: <https://hdl.handle.net/1887/36648>

Note: To cite this publication please use the final published version (if applicable).

13 | Van maatman (m/v) naar maatwerk in het gezondheidsrecht

A.C. Hendriks[■]

1 INLEIDING

Wie is de maatman (m/v) in het gezondheidsrecht, het recht dat betrekking heeft op de gezondheidszorg? Een onderzoek naar de menselijke maatstaf in de zorg betekent al snel een studie naar het heersende beeld van de gemiddelde patiënt.¹ Gezondheidszorg is immers gericht op het 'goed zorgen' voor patiënten.² In het verlengde daarvan neemt het patiëntenperspectief een centrale plaats in binnen het gezondheidsrecht.³

Het gezondheidsrecht houdt zich evenwel met meer bezig dan het bestuderen van de (rechts)positie van patiënten. Gezondheidszorg veronderstelt immers ook de aanwezigheid van zorgaanbieders⁴ en zorgverzekeraars.⁵ Voor een goed begrip van de gezondheidszorg, en de wijze waarop patiënten daarvan gebruik kunnen maken, is voorts aandacht nodig voor (de rol en verantwoordelijkheid) van naasten/vertegenwoordigers, zaakwaarnemers,⁶ cliëntenraden, klachtenfunctionarissen, bestuurders van zorginstellingen, toezichthouders, degenen die zijn belast met het verstrekken van vergunningen voor nieuwe genees- en hulpmiddelen, geschilbeslechers *et cetera*.

Met betrekking tot sommige van deze actoren is grotendeels helder welke eisen aan hen worden gesteld, en daarmee ook wie als maatman fungeert.

■ A.C. Hendriks is bijzonder hoogleraar gezondheidsrecht, Universiteit Leiden, en ondervoorzitter van de Commissie gelijke behandeling (CGB) te Utrecht. Bij het schrijven van deze bijdrage is dankbaar gebruik gemaakt van het boek *Gezondheidsrecht* onder redactie van D.P. Engberts & L.E. Kalkman-Bogerd, Houten: Bohn Stafleu van Loghum 2006.

1 In het navolgende gebruik ik de term 'patiënt' ter aanduiding van personen met een zorgvraag. Deze term is niet optimaal, reden waarom in beleidsdocumenten in toenemende mate wordt gesproken over 'cliënten' en '(zorg)consumenten'. Ook aan deze begrippen kleven echter nadelen.

2 A. Mol, *De logica van het zorgen. Actieve patiënten en de grenzen van het kiezen*, Amsterdam: Van Gennep 2006, p. 7.

3 H.D.C. Roscam Abbing, *Zorgen voor de patiënt van morgen* (afscheidscollege UU), Houten: Bohn Stafleu van Loghum 2006, p. 1.

4 Natuurlijke en rechtspersonen die beroeps- of bedrijfsmatig zorg verlenen. In het navolgende worden de termen zorgaanbieder en hulpverlener door elkaar gebruikt.

5 Een verzamelterm voor aanbieders en uitvoerders van de Algemene wet bijzondere ziektekosten (AWBZ), de Zorgverzekeringswet (Zvw) en aanvullende ziektekostenverzekeringen.

6 Ktr. Haarlem 24 januari 2007, *LJN* AZ7471 en Ktr. Rotterdam 15 april 2008, *Gezondheidszorg Jurisprudentie* (hierna: *GJ*) 2008, 69, *LJN* BD0412.

Zo bepaalde de Hoge Raad in 1990, dat een hulpverlener de zorg moet betrachten die van een redelijk bekwaam en redelijk handelende vakgenoot mag worden verwacht.⁷ Deze standaard vormt de kern van de later in de wet neergelegde eis van het goed hulpverlenerschap (art. 7:453 BW). Aan de hand van dit criterium wordt onder andere de tucht- en civielrechtelijke aansprakelijkheid van hulpverleners onderzocht.⁸ Voor wat betreft de meeste andere bij de gezondheidszorg betrokken (natuurlijke en rechts)personen is doorgaans evenwel minder duidelijk wie als maatman fungeert, althans wat van die personen wordt verwacht,⁹ ondanks algemene wettelijke kwalificaties als ‘goed vertegenwoordiger’¹⁰ en de op deze beroepsbeoefenaren en zorginstellingen rustende verplichting tot het leveren van ‘verantwoorde zorg’.¹¹

Het zou interessant zijn voor al deze (natuurlijke en rechts)personen in de gezondheidszorg te onderzoeken of er sprake is van een maatman en, zo ja, wie de beoefenaars van het (gezondheids)recht dan voor ogen hebben. Mede vanwege de toegemeten omvang voor deze bijdrage beperk ik mij in het navolgende echter tot het analyseren van de ‘maatpatiënt’. Daarbij laat ik de niet onbelangrijke vraag waar nu de grens ligt tussen ziek en gezond, voor zover daartussen een heldere lijn valt te trekken, buiten beschouwing. Ook personen die thans gezond (menen te) zijn hebben op enig moment een zorgvraag.

Doel van dit artikel is te achterhalen of gezondheidsrechtjuristen en anderen die zijn betrokken bij de (normering van de) gezondheidszorg een bepaald beeld hebben van de zorgontvanger indien zij spreken over ‘de patiënt’. Hoe dient, om met Kluun te spreken, een dokter aan te kijken tegen een vrouw (of man) bij hem komt?¹² En hoe moet/mag die arts die patiënt dan behandelen? Afgaan op hetgeen die patiënt zegt of het eigen professionele oordeel volgend?

Ter beantwoording van die vragen ga ik als volgt te werk. Allereerst sta ik stil bij het dominante mensbeeld in het (gezondheids)recht over de patiënt en de wijze waarop het gezondheidsrecht aan de verwezenlijking hiervan tracht bij te dragen (§ 2). Aansluitend bespreek ik de belangrijkste rechten van de patiënt (§ 3), de zorg en behandelwijze waarop hij aanspraak maakt (§ 4) en enige recente ontwikkelingen (§ 5) om uiteindelijk tot beantwoording te komen

7 HR 9 november 1990, NJ 1991, 26, TvGR 1991, 18.

8 CTG 3 september 2007, nr. 2006/121, *Medisch Contact* (hierna: MC) 2007, p. 1998 en, m.b.t. de civielrechtelijke aansprakelijkheid, HR 28 september 2007, NJ 2007, 523, GJ 2007, 166, LJN BA4127 en HR 19 oktober 2007, LJN BB4770.

9 Bij hulpverleners is dat evenmin altijd duidelijk. Vgl. R.B. Baker, H.A. Washington, O. Olakanmi e.a., ‘Afro American Physicians and Organized Medicine’, *Journal of the American Medical Association* 10 juli 2008.

10 Zie bijv. art. 7:465 lid 5 BW inzake de eis van de goed vertegenwoordiger.

11 Art. 2 Kwaliteitswet zorginstellingen (KZI) en art. 40 Wet op de beroepen in de individuele gezondheidszorg (Wet BIG).

12 Kluun, *Komt een vrouw bij de dokter*, Amsterdam: Podium 2003.

van de vraag of het gezondheidsrecht uitgaat van één specifieke maatpatiënt en, zo ja, wie dat dan is (§ 6).

2 MENSBEELD

De opkomst van het gezondheidsrecht, in de tweede helft van de vorige eeuw, valt samen met de toegenomen belangstelling voor de (rechts)positie van de patiënt. Sinds de jaren zestig werd in toenemende mate de behoefte gevoeld de patiënt rechten toe te kennen. De wens om het recht in te zetten ter versterking van de positie van de patiënt gold in het bijzonder jegens diegenen die beroepshalve ‘goed zorgen’ voor patiënten, waaronder artsen. Illustratief in dezen is de (Leidse) oratie van Rang in 1973, getiteld: ‘Patiëntenrecht’. Rang, de eerste hoogleraar gezondheidsrecht in Nederland, riep tijdens zijn intrede op tot de systematische bestudering van het gezondheidsrecht, in het bijzonder het patiëntenrecht.¹³ Deze ontwikkelingen getuigen niet alleen van een nieuwe, bijna instrumentele visie op het recht, maar ook van een ander beeld van de patiënt. Gezondheidsrecht en mensbeeld lijken daarmee onlosmakelijk met elkaar verbonden.

De patiënt is door zijn hulpvraag en kennisachterstand kwetsbaar alsmede afhankelijk van zorgaanbieders. Hoe paradoxaal dit ook klinkt, dit verklaart in een notendop de gevoelde noodzaak de patiënt beter te beschermen tegen diezelfde zorgaanbieders. In plaats van paternalisme, zonder inspraak van de betrokkene, ontstond een roep om erkenning van het recht van de patiënt om zelf weloverwogen te kunnen beslissen¹⁴ (persoonlijke autonomie of individuele zelfbeschikking¹⁵). Het door middel van het recht bieden van ongelijkheidscompensatie werd voorts nodig geacht ter waarborging van de gelijke toegang tot zorg en het anderszins verzekeren van de fundamentele rechten van de patiënt. Het gevolg was een omvangrijke, welhaast revolutionaire wetgevingsoperatie,¹⁶ die onder meer heeft geresulteerd in de totstandkoming van de wettelijke regeling inzake de geneeskundige behandelingsovereenkomst¹⁷ (Titel 7, Afdeling 7 van Boek 7 van het BW, veelal en hierna aangeduid als WGBO¹⁸) en de Wet bijzondere opnemingen in psychiatrische

13 J.F. Rang, *Patiëntenrecht* (oratie UL), Leiden: Stafleu 1973.

14 H.D.C. Roscam Abbing, *Beslissen door de patiënt* (oratie UU), Houten: Bohn Stafleu van Loghum 1994.

15 Uitvoeriger hierover A.C. Hendriks, B.J.M. Frederiks & M.A. Verkerk, ‘Het recht op autonomie in samenhang met goede zorg bezien’, *Tijdschrift voor Gezondheidsrecht* 2008, p. 2-18.

16 F.C.B. van Wijmen, *Een kleine mooie ritselende revolutie* (afscheidsrede UM), Maastricht: Universiteit Maastricht 2006.

17 *Stb.* 1994, 834. In werking getreden op 1 april 1995.

18 Hartlief heeft natuurlijk volkomen gelijk dat het (blijven) spreken van WGBO ten onrechte suggereert dat we hier te maken hebben met een zelfstandige wet en dat de inbedding in het BW daardoor uit het oog dreigt te worden verloren, T. Hartlief, ‘De staat van het

ziekenhuizen (Wet BOPZ).¹⁹ Deze laatste wet diende overigens ter vervanging van de uit 1884 stammende Krankzinnigenwet, die zowel qua benaming als anderszins sterk was verouderd.

Welk mensbeeld gaat schuil achter deze wetgevingsoperatie en (de opkomst van) het gezondheidsrecht? De wetgever en het gezondheidsrecht gaan ervan uit dat de patiënt in beginsel voor zichzelf bepaalt, en wil bepalen, welke zorg bij hem past.²⁰ Deze keuzevrijheid, in de zin van het recht om vrijelijk keuzes te maken, houdt ook in dat de patiënt zorg mag weigeren, dat hij mag kiezen voor niet-reguliere behandelwijzen²¹ en dat hij (reguliere) gezondheidsadviezen mag negeren. De nadruk ligt daarmee op keuze als uiting van individualiteit en persoonlijke autonomie en niet op kwaliteit van zorg. Waarvoor de patiënt kiest en hoe de patiënt tot die keuze komt wordt van ondergeschikt belang geacht.

Naast zelfbeschikking wordt de patiënt geacht behoefte te hebben aan gelijke behandeling, in het bijzonder met betrekking tot de toegang tot de zorg, de beschikbaarheid van zorg en de (vergoeding van de) daarmee gemoeide kosten.²² Het recht op gelijke behandeling wordt ook van belang geacht met betrekking tot de kwaliteit van de zorg, de zorg en diensten waarvoor de patiënt rechtens of anderszins is verzekerd, de hoogte van de af te dragen premies, de toegang tot aan werk en aan gezondheid gerelateerde verzekeringen *et cetera*.

De patiënt werd voorts geacht belang toe te kennen aan adequate bescherming van andere fundamentele rechten, in het bijzonder het recht op privacy, het recht op lichamelijke integriteit en het recht op vrijheid (onder andere als waarborg tegen een onvrijwillige opname in een zorginstelling). De gedachte hierbij is veelal dat aan deze – primair klassieke – grondrechten ook betekenis toekomt, dan wel moet toekomen, in de horizontale arts-patiëntrelatie, al is het maar omdat deze relatie gekenmerkt wordt door een grote mate van ongelijkheid en afhankelijkheid. Zo wordt de WGBO in de gezondheidsrechtelijke literatuur aangemerkt als ‘een wettelijke regeling voor de [klassieke, AH] rechten van de mens in horizontale verhoudingen’.²³

De tussenconclusie luidt dat met de opkomst van het gezondheidsrecht, sinds de tweede helft van de vorige eeuw, het mensbeeld van de patiënt is

privaatrechtelijke gezondheidsrecht’, in: *Gezondheidsrecht: betekenis en positie* (Preadvies Vereniging voor Gezondheidsrecht 2007), Den Haag: Sdu uitgevers 2008, p. 53-121, (70-71).

19 *Stb.* 1992, 669. In werking getreden op 17 januari 1994.

20 *Kamerstukken II* 2006/07, 28 439, nr. 18 (herdruk), p. 2. Zie ook CTG 19 april 2007, nr. 2006/166, *TvGR* 2007/20, *MC* 2007, p. 1227: ‘De autonomie staat voorop’.

21 Ook wel ‘alternatieve’ of ‘complementaire’ zorg genoemd. Vgl. KNMG, *Gedragsregel. De arts en niet-reguliere behandelwijzen*, Utrecht, 1 april 2008.

22 A.C. Hendriks, ‘Gelijke toegang tot zorg – van ideaal naar recht’, *Tijdschrift voor Gezondheidsrecht* 2001, p. 55-64 en J.K.M. Gevers, ‘Gelijke toegang tot zorg verzekerd?’, *Tijdschrift voor Gezondheidsrecht* 2005, p. 291-297.

23 H.J.J. Leenen, J.K.M. Gevers & J. Legemaate, *Handboek gezondheidsrecht. Deel I. Rechten van mensen in de gezondheidszorg*, Houten: Bohn Stafleu van Loghum 2007, p. 37.

veranderd. Werd de patiënt aanvankelijk gezien als object van (goed bedoelde) zorg, sindsdien wordt hij primair beschouwd zelf te willen beslissen over de zorg die hij ontvangt (individueel zelfbeschikkingsrecht) met waarborgen voor gelijke behandeling en het genot van andere klassieke mensenrechten. Het (gezondheids)recht is mede bedoeld om aan deze verwachtingen te kunnen voldoen.

3 DE PATIËNT EN ZIJN RECHTEN

Hoe heeft bovenstaand mensbeeld uitwerking gevonden in de gezondheids- en patiëntenwetgeving? En hoe worden die rechten uitgelegd en toegepast door de (medische tucht)rechter?

De patiëntenrechten zijn in Nederland primair gecodificeerd om de patiënt zelf te kunnen laten kiezen en beslissen over zijn behandeling.²⁴ Dit komt wellicht het duidelijkst naar voren in de WGBO. De patiënt is volgens deze regeling de opdrachtgever van de hulpverlener (art. 7:446 lid 1 BW). Deze laatste kan in de regel weinig anders dan de opdracht en alle daarbij behorende patiëntenrechten – geformuleerd in termen van verplichtingen voor de hulpverlener – aanvaarden. Hij doet dit onder het beding dat niet ten nadele van de patiënt van de in de WGBO neergelegde patiëntenrechten kan worden afgeweken (art. 7:468 BW) en hij de overeenkomst slechts in geval van gewichtige redenen kan opzeggen (art. 7:460 BW). Een bijzonder staaltje van contractdwang!²⁵

Het belang dat de wetgever toekent aan het zelfbeschikkingsrecht van de patiënt komt bovenal tot uitdrukking in de artikelen 7:448-7:450 BW. Het recht op vrije en geïnformeerde toestemming, kortweg *informed consent*, ligt besloten in de op de hulpverlener rustende verplichting de patiënt toestemming te vragen alvorens hem te behandelen (art. 7:450 BW). De voor de behandeling vereiste toestemming kan slechts worden gegeven nadat de hulpverlener de patiënt ‘op duidelijke wijze, en desgevraagd schriftelijk’ heeft ingelicht over de behandeling (art. 7:448 lid 1 BW). *Ergo*, zonder informatie, géén rechtsgeldige toestemming.²⁶ Hiermee wordt erkend dat de patiënt alleen adequaat zelf kan beschikken indien de hulpverlener hem voorziet van de voor het nemen van een behandelingsbeslissing benodigde informatie, waaronder informatie ‘ten aanzien van andere methoden van onderzoek of behandeling die in aanmerking komen’ (art. 7:448 lid 2 BW). Persoonlijke autonomie, veelal gepercipieerd als een afweerrecht, wordt aldus gekoppeld aan het begrip goede zorg.²⁷

24 *Kamerstukken II* 2006/07, 30 800 XVI, nr. 183, p. 2 (Beleidsbrief ethiek).

25 Uitvoerder, I.S.J. Houben, *Contractdwang* (diss. UL), Deventer: Kluwer 2005, p. 139-152.

26 De patiënt komt overigens ook het recht toe geen informatie te ontvangen (art. 7:449 BW).

27 Hendriks, Frederiks & Verkerk 2008.

Interessant is dat de hulpverlener zich bij het verstrekken van inlichtingen dient te laten leiden ‘door hetgeen de patiënt redelijkerwijs dient te weten’ (art. 7:448 lid 2 BW). In de tuchtrechtspraak is uitgemaakt dat de omvang van de informatieplicht samenhangt met de aard van de ingreep (meer of minder noodzakelijk), de ingrijpendheid van de behandeling, de mate waarin wetenschappelijke consensus bestaat over de behandeling en de frequentie en ernst van de risico’s.²⁸ De (veronderstelde) informatiebehoefte wordt voorts subjectief ingekleurd, in de zin dat de hulpverlener de informatievoorziening moet afstemmen op de individuele patiënt.²⁹ Deze afstemming betreft niet slechts de omvang van de informatie, maar ook de wijze van verstrekking. Zo heeft de regering bij de totstandkoming van de wet gesteld dat de hulpverlener bij het geven van informatie aan een patiënt ‘zich zoveel mogelijk moet bedienen van voor deze begrijpelijke bewoordingen.’³⁰ In het verlengde hiervan heeft de wetgever erkend dat de patiënt deze informatie, om voor hem moverende redenen, in schriftelijk vorm kan wensen te ontvangen (art. 7:448 lid 1 BW). Daarmee wordt onderkend dat het kennisniveau en de kennisbehoefte van patiënten verschillen, en daarmee ook de mogelijkheden voor hen om gebruik te maken van de persoonlijke autonomie.

Blijkens de wetsgeschiedenis brengt de eis van ‘op duidelijke wijze’ inlichten met zich dat de hulpverlener, in geval van patiënten die het Nederlands niet goed beheersen, bij het geven van informatie de hulp kunnen inroepen van iemand die de taal van de patiënt spreekt.³¹ Ingeval het Nederlands niet de moedertaal is van de patiënt (of zijn familie) rust er, aldus de tuchtrechter, een extra verantwoordelijkheid op de hulpverlener.³² De persoon wiens hulp wordt ingeroepen hoeft, blijkens de tuchtrechtspraak, overigens geen erkend tolk te zijn. Deze persoon mag ook een naaste of bekende van de patiënt zijn die het Nederlands voldoende beheerst.³³ Het niet inroepen van een erkend tolk wordt een hulpverlener dan ook niet tuchtrechtelijk verweten.³⁴ Voorts

28 CTG 24 augustus 2004, MC 2004, p. 1837 en CTG 12 juli 2005, GJ 2005, 83, TvGR 2005, 43, MC 2005, p. 1599.

29 CTG 19 april 2007, nr. 2005/189 en CTG 8 juli 2008, nr. 2006/344.

30 *Kamerstukken II* 1989/90, 21 561, nr. 3, p. 11.

31 *Idem*, p. 11. Interessant hierbij is dat voetstoots wordt aangenomen dat de hulpverlener het Nederlands machtig is. Dit is in de praktijk niet altijd het geval. Of een dergelijke taaleis mag worden gesteld is onderwerp van discussie, al is het maar omdat dit het vrijpersonen-verkeer vanuit andere EU-lidstaten kan belemmeren.

32 RTG Amsterdam 13 mei 2008, GJ 2008, 86.

33 CTG 19 oktober 2006, nr. 2005/220. Opvallend is overigens dat de hulpverlener volgens het CTG blijkens de wetsgeschiedenis de hulp ‘moet inroepen’ van iemand die de taal van de patiënt machtig is, terwijl in het betreffende kamerstuk wordt gesproken over ‘kunnen’.

34 CTG 3 oktober 2006, nr. 2005/236. Interessant in dit opzicht is dat uit de rechtspraak van het EHRM blijkt, dat het niet waarborgen van goede communicatie door een taalbarrière tussen hulpverlener en patiënt soms een schending van het EVRM oplevert: EHRM 4 maart 2008, *Tastan t. Turkije*, nr. 63748/00, EHRC 2008, 60 (m.nt. J. van der Velde) en EHRM 12 februari 2008, *D. e.a. t. het VK* (ontv.besl.), nr. 38000/05, EHRC 2008, 72, GJ 2008, (m.nt. A.C. Hendriks). Zie ook Supreme Court of Canada 9 oktober 1997, *Eldridge v. British*

hecht de tuchtrechter eraan dat zoveel mogelijk met de patiënt zelf wordt gecommuniceerd, ook al is de patiënt het Nederlands slechts beperkt machtig.³⁵

Het recht van de patiënt op gelijke behandeling en bescherming tegen discriminatie wordt niet gewaarborgd door de WGBO. Het gelijkheidsbeginsel en het discriminatieverbod hebben evenmin uitwerking gevonden in de overige gezondheids- en patiëntenwetgeving. Hieruit kan niet de conclusie worden getrokken dat de patiënt zich iedere vorm van discriminatie moet laten welgevallen. Patiëntenrechten gelden immers in beginsel voor 'een ieder'. Hieruit volgt dat alle patiënten, in gelijke gevallen, aanspraak maken op dezelfde behandeling. Dit meer formele gelijkheidsbeginsel ligt besloten in zowel de WGBO als – in het bijzonder – de sociale- en ziektekostenverzekeringswetgeving. De sociale- en ziektekostenverzekeringswetgeving zijn daarnaast onder meer gericht op het (financieel) steunen van mensen met gezondheidsproblemen. *Ergo*, het waarborgen van materiële gelijkheid. Het formele en materiële gelijkheidsbeginsel zijn voorts neergelegd in artikel 1 van de Grondwet (Gw) en de algemene rechtsbeginselen en klinken door in de open normen van het civiele recht, waaronder de eis van het 'goed hulpverlenerschap'. Discriminatie bij het aanbieden van en het verlenen van toegang tot de gezondheidszorg levert ten slotte strijd op met het verbod van onderscheid zoals neergelegd in de Algemene wet gelijke behandeling (art. 7 lid 1 onder c AWGB). Bij dit laatste dient evenwel te worden aangetekend dat het verbod van onderscheid, zoals gewaarborgd door de AWGB, slecht bescherming biedt tegen discriminatie vanwege een limitatief aantal persoonlijke kenmerken³⁶ en niet – zoals bijvoorbeeld bepaald in artikel 11 van de Biogeneeskunde Conventie³⁷ – discriminatie op grond van 'genetisch erfgoed'.³⁸ Een patiënt wordt derhalve beschermd tegen discriminatie, maar zal zich daarbij vaak moeten beroepen op algemene beginselen, rechtsnormen en wettelijke bepalingen die niet expliciet erkenning hebben gevonden in de gezondheids- en patiëntenwetgeving.

Dat de patiënt naast zelfbeschikking en gelijke behandeling aanspraak maakt op bescherming van andere fundamentele rechten komt helder tot uitdrukking in de WGBO, de Wet BOPZ (onder andere regels inzake vrijheidsbeperkende maatregelen), de Wet op de medische keuringen (onder andere regels inzake keuringen die inbreuk maken op de privacy en lichamelijke integriteit) en de overige gezondheids- en patiëntenwetgeving. Zoals eerder

Columbia, [1997] 3 S.C.R. 624, een zaak die betrekking had op het niet verschaffen van een gebarentaaltolk aan een patiënt door een zorginstelling.

35 RTG Amsterdam 11 april 2006, nr. 05/234T.

36 Godsdienst, levensovertuiging, politieke gezindheid, ras, geslacht, nationaliteit, hetero- of homoseksuele gerichtheid of burgerlijke staat (art. 1 onder b AWGB).

37 Trb. 1999, 58.

38 A.C. Hendriks, 'Protection against Genetic Discrimination and the Biomedicine Convention', in: J.K.M. Gevers, E.H. Hondius & J.H. Hubben (red.), *Health Law, Human Rights and the Biomedicine Convention*, Leiden: Martinus Nijhoff Publishers 2005, p. 207-218.

opgemerkt ligt de nadruk hier op de bescherming van klassieke grondenrechten.

De tweede tussenconclusie luidt daarmee dat de idee dat de patiënt behoefte heeft aan wettelijke bescherming ter verzekering van zijn persoonlijke autonomie, de aanspraak op gelijke behandeling en waarborging van het genot van andere fundamentele rechten, stevige verankering heeft gevonden in de patiëntenrechten, zoals die sinds de jaren negentig van de vorige eeuw zijn gecodificeerd. De nadruk in de gezondheids- en patiëntenwetgeving ligt op zelfbeschikking en andere (klassieke) grondrechten. De bescherming tegen discriminatie komt onder meer tot uitdrukking via de AWGB.

4 DE PATIËNT EN (TOEGANG TOT) GOEDE ZORG

Ter bepaling van het antwoord op de vraag wie in het gezondheidsrecht als maatpatiënt fungeert is ook van belang na te gaan op welke zorg een patiënt aanspraak maakt. Daarin klinkt immers door, zo is althans de veronderstelling, welke persoon of personen men voor ogen heeft gehad bij het vaststellen van de zorgaanspraken van patiënten en hoe we als rechtsgemeenschap vinden dat een patiënt het best kan worden behandeld.

Deze vraag valt feitelijk uiteen in twee onderdelen. Allereerst dient te worden bekeken tegen welke gezondheidsrisico's de patiënt van rechtswege is verzekerd dan wel zich particulier kan verzekeren. In de tweede plaats verdient het aanbeveling te kijken naar de vraag aan welke (kwaliteits)eisen verstrekte zorg dient te voldoen.

4.1 Toegang tot zorg

Het recht op gezondheid, zoals neergelegd in artikel 22, eerste lid, Gw en soortgelijke bepalingen in verdragen waarbij Nederland partij is, veronderstelt vanouds een grote mate van staatsbemoeienis met zaken die verband houden met de gezondheid van mensen, waaronder de het waarborgen van de toegang tot de gezondheidszorg. Met het oog op de financiële toegankelijkheid van de zorg kennen veel landen wetten en lagere regelgeving. In Nederland zijn wat dit betreft in het bijzonder de Algemene wet bijzondere ziektekosten (AWBZ) en de Zorgverzekeringswet (Zvw) van belang.³⁹

De wetgever heeft in de AWBZ en de Zvw vastgelegd op welke zorg ingezetenen aanspraak (kunnen) maken. Het is, mede gelet op de met de zorg gemoeide kosten, niet mogelijk om ingezetenen een onbeperkt recht op collec-

39 De Wet maatschappelijke ondersteuning (Wmo), een wet die in plaats is gekomen voor de Wet voorzieningen gehandicapten, de Welzijnswet en onderdelen van de AWBZ laat ik hier buiten beschouwing.

tief gefinancierde zorg toe te kennen. De van bovenaf georganiseerde saamhorigheid met anderen ('solidariteit'), waaraan Nederlanders met betrekking tot de zorg overigens veel waarde toekennen,⁴⁰ komt onder druk te staan indien de lasten ter bekostiging van het zorgsysteem te hoog worden. Dit vraagt dus om regulering van de zorgaanspraken.

Dit roept de vraag op met betrekking tot welke gezondheidsrisico's of, voor ons onderwerp, bij welk type patiënten, de overheid in ieder geval verplicht is de (financiële) toegankelijkheid van de zorg te waarborgen. In navolging van de Commissie Keuzen in de zorg (of: Commissie Dunning) wordt in Nederland algemeen aangenomen dat de overheid de omvang van het 'zorgpakket' dient te bepalen aan de hand van de criteria: noodzakelijkheid, werkzaamheid en doelmatigheid van de zorg plus de vraag of die zorg voor eigen rekening en verantwoording dient te komen van de betrokkene.⁴¹ Meer recent heeft de Raad voor de Volksgezondheid en Zorg (RVZ) ervoor gepleit de noodzaak om zorg uit de collectieve middelen te financieren afhankelijk te stellen van de effectiviteit en de kosten van de behandeling in relatie tot de opbrengst van de behandeling, uitgedrukt in *quality adjusted life years* (QUALY's).⁴² In beide gevallen betreft het ogenschijnlijk objectieve criteria, aan de hand waarvan op rechtvaardige,⁴³ althans transparante, wijze wordt bepaald welke zorg uit collectieve middelen wordt bekostigd. Het is in beide rapporten niet goed duidelijk of de opstellers een bepaalde maatpatiënt voor ogen hebben gehad. Ook bij bestudering van de relevante bepalingen van de AWBZ, de Zvw en de uitvoeringsregelingen wordt niet duidelijk of de overheid is uitgegaan van een bepaalde patiënt. Een en ander wordt versterkt, doordat de 'noodzaak' van behandeling in een individueel geval objectief dient te worden vastgesteld aan de hand binnen de beroepsgroep ontwikkelde criteria ('medische' of 'professionele indicatie'), rekening houdend met de eisen van 'de stand van de wetenschap en praktijk' en de wetenschappelijke onderbouwing (*evidence based*) van behandelingsalternatieven.

Hierbij passen toch enkele kritische kanttekeningen. Het was reeds de Commissie Dunning die het criterium 'noodzakelijkheid' in verband bracht met de in Nederland dominante opvattingen: 'die zorg [is] noodzakelijk die individuen in staat stelt, *met inachtneming van normen en waarden die in Nederland gelden*, het gemeenschappelijk bestaan met andere leden van die samenleving te delen, in stand te houden en zo mogelijk te verbeteren' [curs. AH].⁴⁴

40 P.P.T. Jeurissen, *Houdbare solidariteit in de gezondheidszorg* (signalement 05/02), Zoetermeer: RVZ april 2005.

41 A.J. Dunning e.a., *Kiezen en delen; advies in hoofdzaken van de commissie Keuzen in de zorg*, Rijswijk: ministerie van WVC 1991, p. 39.

42 RVZ, *Zinnige en duurzame zorg* (advies 06/06), Zoetermeer: RVZ 2006.

43 Vgl. M.A. Verkerk, 'Zorg moet niet nuttig zijn, zorg moet ethisch zijn' (opinie), *NRC Handelsblad* 26 juli 2006. Zie ook RVZ, *Rechtvaardige en duurzame zorg* (advies 07/04), Zoetermeer: RVZ 2007.

44 Dunning 1991, p. 38.

Dit kan verklaren waarom bepaalde vormen van zorg wel zijn verzekerd (bijvoorbeeld op het terrein van de voortplantingsgeneeskunde) en andere vormen van zorg niet (bijvoorbeeld traditionele vormen van zorg en vormen van mantelzorg die volgens bepaalde culturen niet door een man of vrouw kunnen worden geboden). In onze diverse samenleving wordt de roep om erkenning – en financiering – van ‘andere’ behandelvormen steeds luider. Het rekenen in QUALY’s veronderstelt een waardering van de kwaliteit van leven van een ander, en kan al snel negatief uitpakken voor mensen met een handicap en ouderen.⁴⁵ In het verlengde hiervan kan worden betwijfeld of het altijd wel goed mogelijk is de omvang van het zorgpakket zodanig vast te stellen dat daadwerkelijk en in gelijke mate recht wordt gedaan aan de belangen van allen die zich in Nederland bevinden.

4.2 Goede zorg

Dit brengt ons bij de vraag hoe, redenerend vanuit het gezondheidsrecht, een patiënt in een concreet geval dient te worden behandeld, *casu quo* welk patiëntbeeld hierbij voor ogen stond.

Zoals opgemerkt wordt primair belang toegekend aan de persoonlijke autonomie van de patiënt: het is de patiënt die beslist of en, zo ja, hoe hij wordt behandeld op basis van door de hulpverlener te verstrekken relevante informatie (*informed consent*). Deze modaliteit van het zelfbeschikkingsrecht impliceert nog niet dat een patiënt recht heeft op iedere door hem gewenste behandelwijze. De hulpverlener is namelijk volgens de WGBO verplicht

‘bij zijn werkzaamheden de zorg van een goed hulpverlener in acht nemen en handelt daarbij in overeenstemming met de op hem rustende verantwoordelijkheid, voortvloeiend uit de voor hulpverleners geldende standaard’ (art. 7:453 BW).

Van deze eis mag een hulpverlener ter bescherming van de (gezondheids)-belangen van de patiënt niet afwijken. Dit geldt eveneens indien een patiënt expliciet verzoekt om af te wijken van de professionele standaard. In de literatuur is wel gesteld dat deze eis tevens is bedoeld om tegenspel te bieden tegen een ‘overvragende patiënt en tegen medisch “consumentisme” in negatieve zin.’⁴⁶ Het laten prevaleren van wensen van de patiënt boven deze standaard zou strijdig zijn met de medisch-professionele autonomie van hulpverleners, dat wil zeggen de vrijheid en eigen verantwoordelijkheid van de leden

45 A.C. Hendriks, ‘Een juridische beschouwing over de (on)toelaatbaarheid van kosten-effectiviteitsanalyses in de gezondheidszorg’, in: A. Wagemakers, P. van der Wijk & P. Francissen (red.), *Wanneer is het leven te kostbaar? Leeftijd en kosten-effectiviteit in de gezondheidszorg*, Amsterdam: Boom 2000, p. 67-80.

46 J.G. Sijmons, *De stimulerende middelen van de wetgever* (oratie UU), Den Haag: Sdu Uitgevers 2008, p. 19.

van de medische beroepsgroep, uitgaande van deskundigheid en professionaliteit.⁴⁷

De civielrechtelijke eis van het 'goed hulpverlenerschap' komt overeen met de in de eerste paragraaf aangehaalde bestuursrechtelijke verplichting tot het bieden van 'verantwoorde zorg'.⁴⁸ Ook van deze norm mag niet worden afgeweken, evenmin op verzoek van de patiënt.

Wat wordt nu precies verstaan onder 'verantwoorde zorg', een criterium dat inhoudelijk overeenkomt met de eis van het goed hulpverlenerschap?⁴⁹ En is hierbij mede van belang met welke patiënt zorgaanbieders te maken hebben?

Het begrip verantwoorde zorg is in de KZI als volgt omschreven: 'zorg van goed niveau, die in ieder geval doeltreffend, doelmatig en patiëntgericht wordt verleend en die afgestemd is op de reële behoefte van de patiënt' (art. 2 KZI). De eisen van doeltreffendheid en doelmatigheid gaan bovenal uit van objectieve standaarden. Tegelijkertijd worden de patiëntgerichtheid van de zorg en de behoeften van de patiënt benadrukt. Hieruit klinkt, nogmaals, dat een zorgaanbieder bij het verstrekken van zorg rekening moet houden met de individuele patiënt en zijn wensen.

De zorg en bijbehorende behandelingsvormen dienen derhalve zoveel mogelijk aan te sluiten bij de persoon van de patiënt. Uit de wetsgeschiedenis valt niet op te maken welke persoon of personen de wetgever bij dit alles voor ogen had. De wet laat ruimte voor een gevarieerd, op het individu afgestemd zorgaanbod, mits 'verantwoord'. De zelfbeschikking van de patiënt wordt door deze laatste eis begrensd.

De derde tussenconclusie luidt dat niet duidelijk is welke 'zorgconsument' de wetgever voor ogen had bij het bepalen van de zorgaanspraken van de patiënt. De wetgever heeft aan de hand van zoveel mogelijk objectieve criteria bepaald tegen welke gezondheidsrisico's de patiënt rechtens verzekerd is. Wenst de patiënt, om hem moverende redenen, ook tegen andere gezondheidsrisico's te zijn verzekerd, dan kan hij zich daarvoor trachten aanvullend te verzekeren. Niet de patiënt maar de wetgever bepaalt dus tegen welke risico's een niet nader geduide patiënt rechtens is verzekerd.

Met betrekking tot de soort zorg die een patiënt kan claimen geldt eveneens dat de maatpatiënt niet nader is geduid. De persoonlijke autonomie van deze patiënt is overigens niet onbeperkt. De patiënt kan kiezen tussen niet behandeld worden dan wel een keuze maken tussen behandelalternatieven, voor zover vanuit professioneel oogpunt verantwoord.

47 KNMG-manifest *Medische professionaliteit*, Utrecht: KNMG 2007.

48 Art. 2 Kwaliteitswet zorginstellingen (KZI) en art. 40 Wet op de beroepen in de individuele gezondheidszorg (Wet BIG).

49 De Die concludeert op basis van de wetsgeschiedenis dat beide normen 'op gelijke hoogte staan'. A.C. de Die, 'Gewaarborgde kwaliteit', *De toekomst van de Wet BIG* (Preadvies Vereniging voor Gezondheidsrecht 2008), Den Haag: Sdu uitgevers 2008, p 110-111.

5 ANALYSE EN RECENTE ONTWIKKELINGEN

In onze zoektocht naar de maatman (m/v) in het gezondheidsrecht vallen tot nu toe enkele zaken op. In de eerste plaats wordt de patiënt bovenal gezien als autonoom wezen (5.1). De achtergrond en omgeving van de patiënt blijven onderbelicht (5.2). In de derde plaats blijft de relatie tussen individuele zelfbeschikking en het bieden van bescherming tegen gezondheidsschade door het mislopen of weigeren van goede zorg complex (5.3). Met betrekking tot alle drie deze aspecten vallen inmiddels ontwikkelingen waar te nemen.

5.1 Autonomieconcept

In het gezondheidsrechtelijk mensbeeld wordt veel waarde toegekend aan individuele zelfbeschikking en keuzevrijheid. Dit getuigt van een autonomieconcept gestoeld op een (zelf)beeld van de patiënt, waarin vrijheid, individualiteit, rationaliteit en onafhankelijkheid centraal staan. De patiënt bepaalt geheel zelf welke zorg hij (niet) wil. In deze perceptie wordt meer gewicht toegekend aan zelf beschikken dan de kwaliteit van de uiteindelijke zorg.

De wetgever heeft erkend dat deze opvatting niet consequent kan worden doorgetrokken en soms tot onwenselijke uitkomsten leidt. In de eerste plaats veronderstelt individuele zelfbeschikking in de gezondheidszorg, zoals opgemerkt, goede informatie. In de tweede plaats zijn er groepen die niet (goed) in staat zijn om te bepalen welke zorg zij (niet) willen of die deze bevoegdheid op grond van de wet (nog) niet toekomt. Hierbij kan worden gedacht aan minderjarigen, meerderjarige wilsonbekwamen en personen die anderszins (tijdelijk of langdurig) niet in staat zijn hun wil kenbaar te maken, zoals comateuze patiënten. Om die reden bevat de WGBO bepalingen inzake de toestemmingsverlening bij deze groepen. Hoofddregel is hier dan, dat er alleen kan worden behandeld in geval van plaatsvervangende toestemming door een vertegenwoordiger van de betrokkene. Deze vertegenwoordiger dient als 'goed vertegenwoordiger' te handelen (art. 7:465 lid 5). Hieruit volgt dat de vertegenwoordiger de patiënt zoveel mogelijk bij de beslissing dient te betrekken en de wensen van de patiënt zo goed mogelijk moet vertolken. Aldus wordt alsnog optimaal recht gedaan aan de zelfbeschikking van de patiënt, wiens verzet tegen verrichtingen van ingrijpende aard slechts kan worden gepasseerd indien de verrichting kennelijk nodig is om ernstig nadeel voor de patiënt te voorkomen (art. 7:465 lid 6 BW). Ook anderszins zien we bij deze categorie patiënten dat de wetgever eerder geneigd is het verstekken van goede zorg te laten prevaleren boven de veronderstelde of toegeschreven zelfbeschikking van patiënten met feitelijke of juridische wilsgebreken. Zo kan de hulpverlener in voorkomende gevallen ook behandelen zonder toestemming, indien dat kennelijk nodig is teneinde ernstig nadeel voor de patiënt te voorkomen (art. 7:450 lid 2 BW en art. 7:466 lid 2 BW), of indien het honoreren van de

wensen van de vertegenwoordigers anderszins strijdig is met de zorg van een goed hulpverlener (art. 7:465 lid 4 BW).

Uit het bovenstaande blijkt voorts dat zelfbeschikking in de arts-patiëntrelatie nog niet automatisch leidt tot toegang tot de door de patiënt gewenste zorg. Dit heeft met betrekking tot de gezondheidszorgwetgeving geleid tot initiatieven om de verzekeringsaanspraken meer door middel van vraagsturing dan aanbodsregulering tot stand te laten komen.⁵⁰ Voor wat betreft de rechten van de patiënt binnen een behandelingsrelatie heeft het kabinet het voornemen de rechtspositie van de patiënt (verder) te versterken.⁵¹ Door middel van het onlangs gepubliceerde programma 'Zeven rechten van de cliënt in de zorg: Investeren in de zorgrelatie' wil het kabinet de patiënt meer mogelijkheden bieden om invloed uit te oefenen 'in de zorg'.⁵² Patiënten moeten niet alleen invloed uit kunnen oefenen, en daarmee gebruik kunnen maken van hun zelfbeschikking, binnen een behandelingsrelatie maar *in* de gehele zorg. Dit laatste blijkt bijvoorbeeld uit de omstandigheid dat één van de zeven door het kabinet geproclameerde rechten betrekking heeft op het recht op medezeggenschap en goed bestuur. In de optiek van het kabinet moeten deze zeven leiden tot goede zorg die aansluit op de behoefte van de patiënt.

5.2 De patiënt als sociaal wezen in de maatschappij

Op het gezondheidsrechtelijke autonomieconcept, en daarmee het gezondheidsrechtelijke mensbeeld, valt de afgelopen tijd kritiek te beluisteren. Dat de (althans meeste) patiënten sociale wezens zijn, voor wie relaties met anderen van belang zijn om te kunnen floreren, wordt grotendeels genegeerd, aldus de critici. Zo heeft een patiënt vaak een ander (naaste of hulpverlener) nodig om te kunnen beslissen⁵³ en zal een patiënt bij het geven van toestemming voor een behandeling veelal ook rekening houden met de gevolgen voor anderen.⁵⁴

Dat patiënten hun keuzes niet in (sociaal) isolement maken en dat voorkeuren door de tijd heen en door externe factoren kunnen veranderen is onlangs aangetoond door de Raad voor maatschappelijke ontwikkeling (RMO).⁵⁵ Nog los van de omstandigheid dat het uitoefenen van persoonlijke autonomie voor

50 J.M. van der Most, 'Vraaggestuurde zorg als recht vanuit het verzekeringsperspectief (ZFW en AWBZ)', *Tijdschrift voor Gezondheidsrecht* 2003, p. 160-173.

51 *Kamerstukken II* 2006/07, 30 800 XVI, nr. 138.

52 *Kamerstukken II* 2007/08, 31 476, nr. 1, p. 1.

53 D.P. Touwen, *Voor een ander. Beslissingsverantwoordelijkheden in de verpleeghuisgeneeskunde* (diss. UL), Amsterdam: Aksant 2008.

54 Hendriks, Frederiks & Verkerk, 2008.

55 RMO, *Levensvraagstukken. De sociale contexten van ongewenste zwangerschappen en van ondrage-lijk en uitzichtloos lijden* (werkdokument 15), Den Haag: RMO, juli 2008.

sommige groepen problematisch is,⁵⁶ zijn er daarom goede redenen om persoonlijke autonomie en goede zorg in nauwe samenhang te zien.⁵⁷

Een andere opmerkelijkheid is dat in het gezondheidsrechtelijke mensbeeld (gezondheids)verschillen als gegeven worden beschouwd en (vrijwel) uitsluitend aan constitutionele verschillen tussen mensen worden toegeschreven. Dit beeld behoeft dringend bijstelling. De oorzaken van gezondheid zijn bovenal gelegen in omgevingsfactoren, zoals inkomens- en opleidingsniveau, etnische herkomst en andere culturele omstandigheden, milieu en verkeersdeelnamen *et cetera*.⁵⁸ Deze omstandigheden zijn voor 70 procent verantwoordelijk voor de gezondheid van een persoon; slechts 30 procent valt toe te schrijven aan erfelijke constitutie en het niveau van gezondheidszorg.⁵⁹

In het verlengde hiervan is het opvallend dat etnische en culturele verschillen in het gezondheidsrechtelijke mensbeeld vooralsnog weinig aandacht hebben gekregen. Ten onrechte. Bij allochtone en autochtone landgenoten is niet alleen sprake van substantiële verschillen in zorggebruik,⁶⁰ maar ook van risicofactoren, effectiviteit van therapeutische interventies, morbiditeit en mortaliteit.⁶¹ Zelfbeschikking kan niet alleen individueel worden opgevat, maar impliceert ook dat rekening wordt gehouden met de identiteit en eigenheid van de groep⁶² – waaronder de waarde die wordt toegekend aan (familie)relaties. Er is daarom alle reden om in de gezondheidszorg en het gezondheidsrecht aandacht te gaan besteden aan etnische en culturele verschillen, althans voorzover relevant.⁶³

5.3 Zelfbeschikking en/of goede zorg

Uit het voorgaande bleek reeds dat de maatpatiënt in grote mate in staat wordt geacht zelf te beschikken, maar dat tegelijkertijd de vrees bestaat dat hij daardoor goede en noodzakelijke zorg misloopt. De wetgever heeft gemeend

56 Vgl. L. Geldof van Doorn & R. Oostland, 'Het Gehandicaptenverdrag: een verdrag met implicaties voor Nederland', *NJB* 2008, p. 1715-1719.

57 Hendriks, Frederiks & Verkerk, 2008.

58 K. Stronks, *Maatschappij als medicijn* (oratie UvA), Amsterdam: Universiteit van Amsterdam 2007.

59 Ch. Grosel et al., *Health and Health Care 2010. The Forecast, The Challenge* (2e druk), Princeton, NJ: The Institute for the Future 2003, p. 23.

60 N. Dahhan, *Gezondheidszorg & etnische diversiteit in Nederland*, Amsterdam: PaceMaker in Global Health 2007.

61 B.J.C. Middelkoop, 'Public health, in het bijzonder de gezondheid van groepen in achterstandsituaties' (oratie UL), *Epidemiologisch Bulletin* 2008, nr. 2/3, p. 2-12.

62 A. Struijs, 'Culturele eigenheid en zelfbeschikking van allochtone zorgvragers', in: Centrum voor ethiek en gezondheid, *Signalering Ethiek en Gezondheid – RVZ 2003*, Den Haag/Zoetermeer: Gezondheidsraad/RVZ 2003, p. 47-63.

63 A.C. Hendriks, 'Ethnic and Cultural Diversity: Challenges and Opportunities for Health Law', *European Journal of Health Law* 2008, nr. 2 [in druk].

deze spanning te kunnen verminderen door het leggen van verplichtingen op hulpverleners, meer in het bijzonder de informatieplicht (art. 7:448 BW) en de eis te handelen als een goed hulpverlener (art. 7:453 BW). Ook anderen bij de zorgverlening betrokken partijen zijn aan regels gebonden. Hierbij kan worden gedacht aan de op zorgaanbieders rustende eis tot het leveren van verantwoorde zorg (art. 2 KZI en art. 40 Wet BIG), het verbod tot het aanbieden van bepaalde voor de gezondheid risicovolle behandelingen,⁶⁴ en regels waaraan de aanbieders van goederen en diensten zich moeten houden, waaronder het verbod van misleidende reclame (art. 6:194 BW), het verbod van (misleidende) reclame voor geneesmiddelen (art. 84 Geneesmiddelenwet) en de algemene regels inzake de koopovereenkomst. De achterliggende gedachte hierbij is dat patiënten goede zorg willen en zij, indien zij beschikken over adequate informatie, uiteindelijk ook hiervoor zullen kiezen.⁶⁵

Wat nu indien een tot het uitoefenen van zelfbeschikking in staat geachte patiënt kiest voor een behandelingsvorm waarvan de effectiviteit wetenschappelijk niet is vastgesteld (zoals bij niet-reguliere behandelwijzen) of welbewust goede zorg weigert? Dit dilemma wordt in toenemende mate gevoeld en heeft geleid tot een nieuwe, meer terughoudende lijn in de tuchtrechtspraak.⁶⁶ Ook is er een roep tot aanscherping van de beroepenwetgeving om 'kwakzalvers' beter aan te kunnen pakken.⁶⁷ Onderkend wordt dat een aanzienlijke groep patiënten in hun zoektocht naar bij hen passende zorg kiest voor niet-reguliere behandelwijzen en er mensen zijn, al dan niet onder invloed van een psychische stoornis, die geen gebruik maken van het behandelingsaanbod. Voor de omgeving, waaronder naasten, is het niet zelden onbegrijpelijk dat de wet slechts in uitzonderlijke situaties voorziet in de mogelijkheid over te gaan tot behandeling zonder toestemming van de betrokkenen. Tegelijkertijd moet worden onderkend dat onvrijwillige vormen van behandeling, los van de mensenrechtelijke implicaties, voor de betrokkene uiterst ingrijpend zijn en de effectiviteit daarvan kunnen verstoren.⁶⁸ Kortom, ingezien wordt dat persoonlijke autonomie niet mag worden verabsoluteerd, maar dat het transformeren van het recht op goede zorg in een plicht tot het accepteren van goede zorg op andere problemen stuit. Gezocht moet derhalve worden naar een goede balans.⁶⁹

64 O.a. d.m.v. de Wet op het bevolkingsonderzoek, de Wet op bijzondere medische verrichtingen en de Wet medisch wetenschappelijk onderzoek met mensen.

65 *Kamerstukken II* 2007/08, 31 476, nr. 1, p. 1.

66 E.S.I.A. Stevens & A.C. Hendriks, 'Beroepsuitoefening niet-regulier werkende artsen aan banden gelegd', *NJCM-Bulletin* 2008, p. 659-671.

67 Hierover o.a. De Die 2008.

68 RVZ, *Beter (z)onder dwang?* (advies 97/06), Zoetermeer: RVZ 1997 en 'Dwang en drang in de Hulpverlening', *Justitiële Verkenningen* 2008, nr. 3.

69 *Kamerstukken II* 2007/08, 22 894, nr. 179.

6 CONCLUSIES

Wat zijn nu de veronderstelde karakteristieken van een vrouw (of man) die bij de dokter komt? In het bovenstaande is getracht te achterhalen wie, gezondheidsrechtelijk gezien, in dergelijke situaties als maatpatiënt fungeert.

Geconstateerd is dat vanuit het gezondheidsrecht bovenal aandacht bestaat voor de rechtspositie van de patiënt. De patiënt wordt gezien als de zwakkere contractspartij, wiens rechtspositie moet worden versterkt opdat de patiënt zelf kan beschikken (§ 2). Dit dominante mensbeeld, waarbij de nadruk ligt op het waarborgen van de persoonlijke autonomie, heeft in de loop van de afgelopen jaren ook vertaling gevonden in de patiënten- en gezondheidswetgeving. Hoewel deze regelingen mede zijn bedoeld ter verzekering van andere (met name klassieke) mensenrechten, staat de zelfbeschikking van de patiënt hierbinnen voorop (§ 3).

De beoordeling van de gezondheid en de bijbehorende, passende behandelingswijzen worden aan de beroepsgroep overgelaten. Hierbij past een professioneel oordeel. In dezelfde lijn wordt aangenomen dat aan de hand van objectieve factoren kan worden vastgesteld op welke zorg de patiënt aanspraak moet kunnen maken (§ 4.1) en welke zorg in concrete situaties verantwoord is (§ 4.2).

Dit alles leidt tot een diffuse maatpatiënt. Niet zozeer de persoonlijke karakteristieken van de patiënt staan centraal, als wel de mate waarin hij – met behulp van het recht – zelf kan beschikken. Het recht lijkt zelfs te suggereren dat aan zelfbeschikking meer waarde toekomt dan aan goede zorg, althans bij personen die niet wilsonbekwaam zijn. Dit autonomieconcept, dat de maatpatiënt wordt toegeschreven, is in het bovenstaande bekritiseerd (§ 5.1). In het verlengde hiervan zijn kritische kanttekeningen geplaatst bij het negeren van de invloed van de omgeving op gezondheidsverschillen en de uitoefening van het recht zelf te beslissen (§ 5.2) en is geconstateerd dat juridische zelfbeschikking niet gelijk staat aan een keuze voor medische goede zorg (§ 5.3). Voorzover de maatpatiënt daadwerkelijk behoefte heeft aan gebruikmaking van persoonlijke autonomie, moet derhalve worden erkend dat hij niet alleen een andere keuze kan maken met betrekking tot de wijze van behandelen maar dat ook de manier waarop die beslissing tot stand komt verschillend kan zijn. Een goed hulpverlener zal bij de zorgverlening daarom aandacht moeten besteden aan de persoonlijke situatie van de patiënt en de context waarin deze zich bevindt. Bij preventie, diagnose en therapie zal in toenemende mate aandacht moeten worden besteed aan de etnische achtergrond van de patiënt. Dit leidt dan al snel tot de conclusie dat de maatpatiënt niet bestaat in de gezondheidszorg, maar dat in plaats daarvan moet worden gestreefd naar maatwerk. Deze opdracht gaat verder dan het rekening houden met taalverschillen opdat de patiënt de informatie op duidelijke wijze krijgt aangeleverd (§ 3). Hoe dergelijk maatwerk moet worden geleverd is een mooie opdracht voor het (gezondheids)recht.