



Universiteit
Leiden
The Netherlands

Aansprakelijkheid van artsen : juridische theorie en medische praktijk

Giard, R.W.M.

Citation

Giard, R. W. M. (2005, November 21). *Aansprakelijkheid van artsen : juridische theorie en medische praktijk*. Boom Juridische uitgevers, Den Haag. Retrieved from <https://hdl.handle.net/1887/3731>

Version: Corrected Publisher's Version

License: [Licence agreement concerning inclusion of doctoral thesis in the Institutional Repository of the University of Leiden](#)

Downloaded from: <https://hdl.handle.net/1887/3731>

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

Aansprakelijkheid van artsen

Aansprakelijkheid van artsen

Juridische theorie en medische praktijk

PROEFSCHRIFT

ter verkrijging van
de graad van Doctor aan de Universiteit Leiden,
op gezag van de Rector Magnificus Dr. D.D. Breimer,
hoogleraar in de faculteit der Wiskunde en
Natuurwetenschappen en die der Geneeskunde,
volgens besluit van het College voor Promoties
te verdedigen op maandag 21 november 2005
klokke 16.15 uur

door

Raimond Walthère Michel Giard

geboren te 's-Gravenhage
in 1950

Promotiecommissie:

Promotoren: Prof. mr. C.J.J.M. Stolker
Prof. mr. W.H. van Boom (Erasmus Universiteit Rotterdam)
Referent: Prof. mr. J.K.M. Gevers (Universiteit van Amsterdam)
Leden: Prof. mr. J.M. Barendrecht (Universiteit van Tilburg)
Prof. mr. A.C. Hendriks
Prof. dr. H.L.G.J. Merckelbach (Universiteit van Maastricht)
Prof. mr. J.H. Nieuwenhuis
Prof. dr. A.J.P.M. Overbeke (Radboud Universiteit Nijmegen)

Lay-out: Anne-Marie Krens – Tekstbeeld – Oegstgeest

© 2005 R.W.M. Giard / Boom Juridische uitgevers

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

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

No part of this book may be reproduced in any form, by print, photoprint, microfilm or any other means without written permission from the publisher.

ISBN 90-5454-633-6

NUR 822

www.bju.nl

Oorzaak en gevolg. – Vóór het gevolg gelooft men aan andere oorzaken dan er na.

Friedrich Nietzsche,
De Vrolijke Wetenschap [217]

Woord vooraf

Geïnterviewd door Bas Heijne zegt de Zwitsers-Engelse schrijver en filosoof Alain de Botton “Zo veel academische boeken zijn met zo weinig hartstocht geschreven, ze zijn zo abstract. Nergens krijg je een idee van wat de schrijver persoonlijk heeft bewogen om zijn boek te schrijven, waar het hem werkelijk om gaat”.¹ Wat heeft mij ertoe aangezet dit boek te schrijven?

Wie als arts werkzaam is, zal fouten maken en ontkomt niet aan de onaangename gevolgen daarvan. Soms moeten we ons daarvoor juridisch verantwoorden. Maar zelf geconfronteerd met de rechtspraktijk – gelukkig in de rol van deskundige – schrok ik van de wijze waarop die afhandeling plaatsvond. In het ‘toernooimodel’ worden door advocaten over en weer uitspraken gedaan die nauwelijks serieus genomen kunnen worden, het duurt voor alle betrokkenen onmenselijk lang, het kost schatten en de arme rechter moet – vooral pragmatisch en veelal op goed geluk – uiteindelijk een beslissing nemen. Zou ik willen dat mijn medische gedragingen op deze wijze afgehandeld zouden worden?

Wie dit terrein in ogenschouw neemt, wordt geconfronteerd met tal van vragen van wetenschappelijke, normatieve en praktische aard. Nemen artsen de patiëntveiligheid wel voldoende serieus? Staat het probleem hoog genoeg op hun agenda? Weten we eigenlijk wel hoe (on)veilig de Nederlandse geneeskunde is? En hoe gaan we om met onze misslagen? Zijn juristen bereid om kritisch afstand te nemen van hun praktijk en zich ook af te vragen waar ze mee bezig zijn? Niemand lijkt tevreden met de huidige situatie van medische aansprakelijkheid: het slachtoffer niet, de vermeende dader niet, de advocaat niet, de verzekeraar niet, juist de overheid niet.

Deze kwesties hebben een zoektocht in gang gezet. Een propedeusejaar rechten en ontmoetingen met kritisch ingestelde juridische onderzoekers die vanuit hun vak eveneens grote belangstelling toonden voor dit gemeenschappelijke terrein deed het plan ontstaan om een gecombineerde medisch-juridische analyse van dit onderwerp te verrichten, een constructief onderzoek van medische aansprakelijkheid met een tikkeltje filosofisch georiënteerde onderzaging van uitgangspunten en gehanteerde methoden in beide kampen. Dat sloot mooi aan bij het gegeven dat ik me al jarenlang bezig hield met norma-

1 Bas Heijne *Tafelgesprekken* (2004), Amsterdam: Prometheus.

tieve aspecten van het beoefenen van de geneeskunde via de medische beslis-
kunde en de klinische epidemiologie. Het kan niet alleen beter, nee, het moet
duidelijk anders zowel in het medische als in het juridische kamp. Dát zijn
mijn motieven en emoties.

Voorschoten, juli 2005

Raimond Giard

Inhoudsopgave

LIJST VAN AFKORTINGEN

XVII

1	MEDISCHE MISSERS EN DE MAATSCHAPPIJ	1
1.1	Een maatschappelijk vraagstuk	1
1.2	Normering en regulatie van gedrag	3
1.2.1	Recht: een normenwetenschap	3
1.2.2	Gedragbeïnvloeding van artsen	3
1.3	Een systeembeoordeling	5
1.3.1	Twee wetenschappen, drie vragen en twee motieven	5
1.3.2	Een model voor analyse	5
1.3.3	Doelstellingen van het aansprakelijkheidsrecht	6
1.4	Aansprakelijkheid van artsen in context	9
1.4.1	De medische context	9
1.4.2	De juridische context	11
1.4.3	De maatschappelijke context	14
1.4.4	Klachten, conflicten en geschiloplossing	15
1.4.5	Interacties tussen de verschillende belanghebbenden	15
1.4.6	Complexiteit	16
1.5	Onderzoek van medische aansprakelijkheid	17
1.5.1	Algemeen	17
1.5.2	Medische zorg: een risicosysteem	18
1.5.3	Drie niveaus van vragen	18
1.5.4	De uitkomsten van deze verkenning	19
1.6	De structuur van het onderzoek	20
1.6.1	Hoofdvragen	20
1.6.2	Algemeen: het aansprakelijkheidsrecht	20
1.6.3	Specifiek: medische aansprakelijkheid	20
1.6.4	Leren van fouten	21
1.6.5	Formuleren van het wenselijke recht	21
1.6.6	Het onderzoek: methoden en bronnen	21
1.7	Opbouw en leeswijzer	23
2	HET ANALYSEREN VAN AANSPRAKELIJKHEIDSRECHT	25
2.1	Een beoordelingskader	25
2.1.1	De rationaliteit van het systeem	26
2.1.2	De functionaliteit van het systeem	26

2.2	Fundamentele aspecten	27
2.2.1	Grondslagen van het aansprakelijkheidsrecht	27
2.2.2	Functies van het aansprakelijkheidsrecht	30
2.2.3	Repressiefunctie	30
2.2.4	Compensatiefunctie	31
2.2.5	Preventiefunctie	32
2.2.6	Overige functies	32
2.2.7	Verhouding tot strafrecht	32
2.2.8	Vormen van aansprakelijkheid	34
2.3	Conceptuele aspecten	34
2.3.1	Verantwoordelijkheid	35
2.3.2	Zorgvuldig beslissen: waarschuwingsplicht	36
2.3.3	Zorgvuldig handelen: zorgplicht	37
2.3.4	Schuld en risico	38
2.3.5	Gevaarzetting	39
2.3.6	Schade	39
2.3.7	Causaliteit	40
2.3.8	Slachtofferbescherming	41
2.3.9	Normatieve kaders	42
2.3.10	Welk type norm?	43
2.3.11	Van concept naar praktijk	44
2.4	Operationele aspecten	44
2.4.1	Mogelijkheden voor geschilbeslechting	44
2.4.2	Preprocessuele afhandeling	45
2.4.3	Processuele afhandeling	46
2.4.4	Alternatieve geschillenbeslechting	46
2.4.5	Cognitieve valkuilen bij oordeelsvorming	47
2.4.6	Maken rechters geen fouten?	48
2.5	Methodologische aspecten	50
2.5.1	Inleiding	50
2.5.2	Casusgerichtheid en onderzoek van het rechtssysteem	50
2.5.3	Verzamelen van casuïstiek	51
2.5.4	Descriptieve en prescriptieve methoden van onderzoek	52
2.6	Het wetenschappelijke tekort	53
2.6.1	Het epistemologische tekort	54
2.6.2	Het empirische tekort	55
2.7	Maatschappelijke aspecten	58
2.7.1	Wat zoeken de claimanten?	58
2.7.2	Kritiek op het functioneren van het aansprakelijkheidsrecht	58
2.7.3	De kosten van het systeem	59
2.8	Leren en controleren	59
2.9	Beroepsaansprakelijkheid	60
2.10	Slotsom	61

3	SYSTEEM BRENGEN IN MEDISCHE AANSPRAKELIJKHEID	63
3.1	Het systeem in actie	63
3.2	De pool van potentiële claimanten	66
3.2.1	Doel van het onderzoek naar de frequentie van medische fouten	66
3.2.2	Methodologische kwesties	66
3.2.3	Definitieproblematiek	66
3.2.4	Risicoschatting	67
3.2.5	Een grote pool van potentiële claimanten	67
3.3	De pool van feitelijke claimanten	68
3.3.1	Hoe vaak leidt een medisch incident tot een claim?	68
3.3.2	Motieven om te claimen	69
3.3.3	Claims: het historische perspectief	70
3.3.4	Claims: het psychologische perspectief	73
3.3.5	Twee verschillende perspectieven: het medische en het maatschappelijke	75
3.3.6	Klachtenstelsel	76
3.4	Beoordeling door de letselschadeadvocaat	77
3.4.1	De beoordeling van de feiten	78
3.4.2	Economische overwegingen	78
3.4.3	Expertise van het kantoor	79
3.4.4	De gedaagde partij	79
3.5	Aantal claims, schikkingen en het oordeel van de rechter	80
3.5.1	Aantallen onder de rechter	80
3.5.2	Hoe vaak leidt een claim tot een schadevergoedings-overeenkomst?	81
3.5.3	Hoe terecht is de veroordeling vanuit medisch oogpunt?	82
3.6	Schadevergoeding en appel	83
3.6.1	Schadevergoeding: hoogte en effecten	83
3.6.2	Appel	84
3.7	Doelen van het systeem: verantwoording en gedragsbeïnvloeding	85
3.7.1	Gedragsbeïnvloeding: via recht of moraal?	86
3.7.2	Legitimiteit van medische aansprakelijkheid	86
3.8	De preventiefunctie	88
3.8.1	Bepalende factoren voor een preventief effect	88
3.8.2	Empirische toetsing	90
3.8.3	Teveel preventie: defensieve geneeskunde	91
3.9	Compensatiefunctie	92
3.10	Slotsom	93
4	METHODOLOGISCHE KWESTIES BIJ MEDISCHE FOUTEN	95
4.1	Onzekerheid uit kennistekort: effect op oordelen en beoordelen	95
4.2	Het definiëren van medische incidenten	97
4.2.1	De noodzaak van normstelling	97
4.2.2	Definitieproblematiek	98
4.2.3	Het operationeel definiëren vanuit medisch perspectief	100
4.2.4	Het definiëren vanuit juridisch perspectief	103

4.3	Een taxonomie van medische incidenten	104
4.3.1	Behandelfouten	104
4.3.2	Materiaalgebonden fouten	104
4.3.3	Apparatuurgebonden fouten	105
4.3.4	Verwisselingsfouten	105
4.3.5	Diagnosefout	106
4.3.6	Ziekenhuisinfecties	106
4.3.7	Geneesmiddelenfouten	106
4.3.8	Ongevallen in het ziekenhuis	107
4.3.9	Communicatiefouten	107
4.3.10	Informed consent fouten	108
4.4	De anatomie van medische incidenten	108
4.4.1	Een conceptueel model	109
4.4.2	Een benadering vanuit het zorgsysteem	109
4.4.3	Een psychologische benadering	111
4.4.4	Het feitenonderzoek bij medische fouten	111
4.5	De epidemiologie van medische incidenten	112
4.5.1	Een beeld vormen	112
4.5.2	De frequentie van medische fouten	113
4.5.3	Resultaten van statusonderzoek naar medische incidenten	113
4.5.4	Bij welke omstandigheden meer kans op incidenten?	115
4.5.5	Een Bayesiaanse blik op onderzoek naar medische fouten	116
4.6	Juridische concepten bij medische aansprakelijkheid	117
4.6.1	De contractuele relatie	117
4.6.2	De schade	119
4.6.3	De toerekening	120
4.6.4	De causaliteitskwestie	121
4.6.5	Samenloop van toerekening en causaliteit	121
4.6.6	Bewijsproblematiek	123
4.6.7	Juridisch en medisch-wetenschappelijk bewijs	124
4.7	Slotsom	126
5	VAN CONCEPTUEEL NAAR OPERATIONEEL: DE ARTS-PATIËNTCOMMUNICATIE	127
5.1	De autonome patiënt	127
5.2	De verbintenisrechtelijke modellering van de arts-patiëntrelatie	130
5.2.1	Overeenkomst inzake geneeskundige behandeling (WGBO)	130
5.2.2	Informatieplicht en toestemmingsvereiste	130
5.3	Informatiemanagement: een complex proces	132
5.3.1	Informatiebronnen	132
5.3.2	Communicatieve vaardigheden	133
5.3.3	Cognitieve aspecten	133
5.4	De praktijk van geïnformeerde toestemming vooraf	134
5.4.1	De grondslag voor een informatieplicht	134
5.4.2	De rechtspraktijk	135
5.4.3	De redelijk goed geïnformeerde patiënt	138
5.4.4	Twee kampen: idealisten en realisten	140

5.4.5	Een bredere benadering: 'shared decision making' naast 'informed consent'	141
5.4.6	De medische praktijk: problemen rond risicocommunicatie	141
5.5	Goed omgaan met klachten en fouten	143
5.5.1	De praktijk van communicatie	143
5.5.2	De rol van de aansprakelijkheidsverzekeraars	144
5.5.3	Wat is de juridische status van een apologie?	144
5.5.4	Empirisch onderzoek naar effecten van het melden van fouten	146
5.6	Essentiële elementen van een goede communicatie tussen arts en patiënt	147
5.6.1	De drempelwaarde	147
5.6.2	De inhoud	148
5.6.3	De wijze waarop	148
5.6.4	De medische mentaliteit	149
5.7	Slotsom	149
6	VAN CONCEPTUEEL NAAR OPERATIONEEL: DE STANDAARD VAN ZORG	151
6.1	De noodzaak van een eenduidige norm	151
6.2	De kwalitatieve benadering: het proces	153
6.2.1	De professionele standaard: praktijkrichtlijnen	153
6.2.2	Doel van praktijkrichtlijnen	154
6.2.3	Inhoudelijke eisen te stellen aan praktijkrichtlijnen	156
6.2.4	Procedurele eisen te stellen aan praktijkrichtlijnen	157
6.2.5	Wat is de juridische status van praktijkrichtlijnen?	158
6.2.6	Gebruikt de rechter praktijkrichtlijnen?	159
6.3	De kwantitatieve benadering: de uitkomst	161
6.3.1	De gevaarzettingsleer	161
6.3.2	Juridisch doel en mathematische middelen	162
6.4	Descriptief onderzoek van medische incidenten	163
6.4.1	Cervixcytologische diagnostiek	163
6.4.2	Ziekenhuisinfecties	168
6.4.3	Een val uit bed	171
6.5	Hoe zou het wel moeten? Over allerlei prescriptieve problemen	172
6.5.1	De beschikbaarheid en de bruikbaarheid van data	172
6.5.2	De toepassing voor juridische doeleinden	173
6.6	Slotsom	175
7	VAN CONCEPTUEEL NAAR OPERATIONEEL: DE MEDISCHE DESKUNDIGE	177
7.1	Van juridisch concept naar medische praktijk	177
7.1.1	Zonder deskundigen geen medische aansprakelijkheid	178
7.1.2	Twee illustratieve casusposities	179
7.1.3	De deskundige en het juridische gevecht	181
7.1.4	Ethische dilemma's	182
7.1.5	De deskundige: conceptuele aspecten	183
7.1.6	Op de stoel van de rechter?	184
7.2	Deskundigen en hun deskundigenbericht	184
7.2.1	De persoon van de deskundige	185

7.2.2	Wat wordt er van de deskundige gevraagd?	185
7.2.3	Praktische aspecten van het inschakelen van een deskundige	186
7.2.4	Kwaliteit van de deskundige	186
7.2.5	Eisen aan het deskundigenrapport	187
7.2.6	De deskundige te midden van doctrinair gewoel	187
7.3	Problemen bij het operationaliseren	188
7.3.1	De professionele norm: het gevaar van opdrijving	188
7.3.2	Gebrek aan eensluidendheid	189
7.3.3	Nogmaals: hindsight bias	190
7.3.4	Wetenschap in rechte	191
7.4	De uitwerking van de gedragstoetsing door de deskundige	191
7.4.1	De wetenschappelijke context	192
7.4.2	De klinische context	192
7.4.3	Procedurele toetsing	193
7.4.4	Uitkomsttoetsing	193
7.4.5	Objectiverende herbeoordeling	194
7.4.6	De organisatorische context	195
7.4.7	Is een daderprofiel van belang?	195
7.5	Wat gebeurt er met het deskundigenrapport?	196
7.6	Slotsom	196
8	STURING VAN HET SYSTEEM: LEREN EN CONTROLEREN	199
8.1	Gedragbeïnvloeding: terugkoppeling, reflectie en verantwoording	199
8.1.1	Verantwoording en vertrouwen	199
8.1.2	Van fouten kunnen leren	200
8.1.3	Verantwoording, controle en toezicht: spanningsvelden	201
8.1.4	Incidentele juridische sancties en systematische bevordering van kwaliteit	202
8.2	Twee voorbeelden van botsende belangen	202
8.3	Hoe bevorder je patiëntveiligheid?	204
8.3.1	Een verplichting tot verantwoording?	205
8.3.2	Noodzaak van het systematisch melden van (bijna) fouten	206
8.3.3	Organisatie van het systematisch rapporteren	206
8.3.4	Redenen om fouten niet te rapporteren	207
8.3.5	Het melden van fouten: hoe nuttig is het?	207
8.4	Schuld vinden en veiligheid bevorderen: twee tegenstrijdige belangen?	209
8.4.1	Juridische aspecten van 'veilig' melden	210
8.4.2	Bezwaren tegen 'veilig' melden	210
8.4.3	Oorzakenonderzoek inhoudelijk en procedureel versterken	212
8.5	De media als virtueel verantwoordingsforum	212
8.6	Een middenweg mogelijk maken	214
8.7	Slotsom	215
9	CONCLUSIES OVER HET SYSTEEM VAN MEDISCHE AANSPRAKELIJKHEID	217
9.1	Doelstellingen systeem zijn niet erg precies	217
9.1.1	Compensatie	218

9.1.2	Preventie	219
9.1.3	Gedragbeoordeling	219
9.1.4	Gedragbeïnvloeding	220
9.2	De aard van het systeem wordt onvoldoende begrepen	221
9.2.1	Geen reductionistische benaderingen	221
9.2.2	Onderzoek aansprakelijkheid als complex systeem	221
9.2.3	De valkuil van doctrinaire detaillering en meer regels	222
9.3	Geen goed overzicht over het systeem te krijgen	223
9.3.1	Grootte en ernst van het probleem van medische fouten	224
9.3.2	Geen totaalbeeld van frequentie klachten over medische fouten	224
9.3.3	Geen totaalbeeld van de effecten van (buiten)processuele geschilbeslechting	225
9.3.4	Geen inzicht in de totale kosten van medische aansprakelijkheid	226
9.3.5	De behoefte aan systeemonderzoek	226
9.3.6	Nog te weinig ontwikkeling van methoden voor onderzoek	227
9.3.7	Geen infrastructuur voor empirisch onderzoek	227
9.3.8	Geen adequate kennisinfrastructuur	228
9.4	De input van het systeem: te weinig gebruik of verkeerd gebruik	230
9.4.1	Groot reservoir van potentiële litiganten, kleine klachtenstroom	230
9.4.2	Het bestaande klachtenstelsel: onduidelijk en onvoldoende	231
9.5	Het informele systeem: buitengerechtelijke schikking	232
9.5.1	Te weinig empirisch onderzoek van de voorfase	232
9.5.2	Het voorkomen van escalatie	232
9.5.3	Een betere organisatie van de preprocesuele fase	233
9.6	Het formele systeem: de overheidsrechter	234
9.6.1	Het toernooimodel werkt te polariserend	234
9.6.2	Deskundigheid van de rechter: liever een medische kamer	235
9.6.3	Meer kwaliteitszorg van het rechtssysteem nodig	237
9.6.4	De rol van de medische deskundige	238
9.7	De output van het systeem	240
9.7.1	Gedragbeïnvloeding	240
9.7.2	De compensatiefunctie: te onduidelijk, te weinig en te onzeker	240
9.7.3	De preventiefunctie: een zorgvuldig gekoesterde mythe?	241
9.7.4	Overige functies	243
9.8	Sleutelen aan het systeem?	244
9.8.1	Verbeteren of veranderen?	244
9.8.2	Is risicoaansprakelijkheid een oplossing?	245
9.8.3	Alternatieve vergoedingssystemen: no-fault systemen als panacee?	245
9.8.4	De vergeten derde: aansprakelijkheidsverzekeraars	246
9.8.5	Schadefondsen	247
9.9	Agendapunten voor de medische wetenschap	247
9.9.1	De pretenties en de prestaties van de geneeskunde	247
9.9.2	Het noodzakelijke normatieve debat	248

9.9.3	Denk beter na over praktijkrichtlijnen	249
9.9.4	Interventies door toezichthouders	251
9.9.5	Organiseer actieve en betrokken tegenspelers	252
9.9.6	De interferentie tussen aansprakelijkheidsrecht en veiligheidsbevordering	252
9.9.7	Anticipeer op mogelijke juridische gevolgen	254
9.9.8	Implicaties voor de medische opleiding	255
9.9.9	Implicaties voor professionele organisaties	256
9.10	Agendapunten voor de rechtswetenschap	256
9.10.1	Meer observationele rechtswetenschap	256
9.10.2	Meer experimentele rechtswetenschap	257
9.10.3	Meer wetenschappelijkheid: maar hoe dan?	258
9.10.4	Implicaties voor de juridische opleiding	259
9.10.5	De twee werelden van het recht	260
9.11	Een gemeenschappelijk perspectief	261
SAMENVATTING		263
SUMMARY		273
LIJST VAN AANGEHAALDE LITERATUUR		279
TREFWOORDENREGISTER		307
DANKWOORD		313
CURRICULUM VITAE		315

Lijst van afkortingen

AA	Ars Aequi
ADR	Alternative dispute resolution
AJR	American Journal of Roentgenology
APLA	Australian Plaintiff Lawyers Association
BMJ	British Medical Journal
BW	Burgerlijk Wetboek
CMAJ	Canadian Medical Associations Journal
GJ	Gezondheidszorg Jurisprudentie
HR	Hoge Raad
IGZ	Inspectie voor de Gezondheidszorg
JAMA	Journal of the American Medical Association
JHPPL	Journal of Health Politics, policy and Law
KNMG	Koninklijke Maatschappij ter bevordering van de Geneeskunst
MC	Medisch Contact
MJA	Medical Journal of Australia
NEJM	New England Journal of Medicine
NJ	Nederlandse Jurisprudentie
NJB	Nederlands Juristenblad
NJV	Nederlandse Juristen Vereniging
NTBR	Nederlands Tijdschrift voor Burgerlijk Recht
PLOS	Public Library of Science
QSHC	Quality and Safety in Health Care
rov.	rechtsoverweging
Rv	Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering
RvdW	Rechtspraak van de Week
TPR	Tijdschrift voor Privaatrecht
TvGR	Tijdschrift voor Gezondheidsrecht
TVP	Tijdschrift voor Vergoeding Personenschade
WGBO	Wet Geneeskundige Behandelingsovereenkomst
WKCZ	Wet Klachtenrecht Cliënten Zorgverlening
WPNR	Weekblad voor Privaatrecht, Notariaat en Registratie
WRR	Wetenschappelijke Raad voor het Regeringsbeleid

1 Medische missers en de maatschappij

‘De lastigheid van het recht is immers juist dat telkens opnieuw voor de maatschappelijke problemen een goed antwoord moet worden gevonden.’¹

Medische fouten² zijn bedreigend voor iedereen en vormen een belangrijk maatschappelijk probleem (1.1). Op welke manieren krijgt de rechtswetenschap met dit probleem te maken (1.2)? Als je medische aansprakelijkheid als systeem wil onderzoeken, hoe dan (1.3)? Binnen welke context wordt zo’n onderzoek uitgevoerd (1.4)? Welke concrete vraagstukken dienen zich aan (1.5) en hoe wordt dit onderzoek verder gestructureerd (1.6)? Tenslotte de opbouw van en leeswijzer voor deze studie (1.7).

1.1 EEN MAATSCHAPPELIJK VRAAGSTUK

Berichten over medische fouten komen tot ons op verschillende manieren. Ten eerste zijn er de sensationele berichten waarin wordt gemeld hoeveel duizenden slachtoffers er op landelijke schaal jaarlijks vallen als gevolg van medisch tekortschieten. Een studie van het Amerikaanse Institute of Medicine, verricht in 2000, schatte dat er jaarlijks in de Verenigde Staten tussen de 44.000 en 98.000 mensen overleden ten gevolge van medische fouten en dat zo’n 1.000.000 personen nodeloos letsel opliepen.³ Deze cijfers werden direct omgerekend voor de Nederlandse situatie: ‘Dagelijks sterven er in de ziekenhuizen tien tot twintig mensen als gevolg van een fout. Dat zijn drie tot vijf keer zoveel doden als in het verkeer’, aldus een krantenbericht.⁴ Een vergelijkbaar Amerikaans onderzoek drie jaar later kreeg eveneens veel aandacht van de media. Daarbij werd het aantal doden ten gevolge van medische incidenten in de Verenigde Staten wat lager getaxeerd, op circa 32.600 per jaar, het aantal extra

1 Van der Vlies (1996).

2 Er zijn vele termen in omloop: medische incidenten, medische missers, medisch tekortschieten. Deze zijn allemaal inwisselbaar. Patiëntveiligheid heeft een bredere betekenis en omvat niet alleen medische fouten maar ook val uit bed, uitglijden in de gang van het ziekenhuis etc.

3 Zie Kohn et al. (1999), p. 23.

4 Veiligheid ziekenhuizen blijft achter. NRC Handelsblad 1 mei 2001.

ligdagen in ziekenhuizen door medische misslagen op 2, 4 miljoen en de extra kosten op ruim 9 miljard dollar.⁵

Een tweede soort is die van de misstanden in medische centra, zoals in Engeland, Australië of in ons land.⁶ Daarbij werd in de betreffende ziekenhuisafdelingen zorg van onvoldoende kwaliteitsniveau gegeven waardoor er meerdere slachtoffers konden vallen.

De derde categorie is die van berichten over individuele catastrofes, verhalen over het persoonlijke leed, bijvoorbeeld het verhaal van baby Joost. Het relaas van een ouderpaar dat hun enkele maanden oude gezonde zoontje naar het ziekenhuis brengt waar hij zal worden geopereerd vanwege een dubbelzijdige liesbreuk.⁷

Casus 1.1 Baby Joost is een gezonde en levenslustige baby. Hij blijkt een dubbelzijdige liesbreuk te hebben, waarvoor hij in twee fasen geopereerd zal moeten worden. Hij wordt, vier maanden oud, in het ziekenhuis opgenomen en achtereenvolgens eerst geopereerd door de ene chirurg en twee dagen later nogmaals door een andere. Gedurende zijn opname staat Joost tevens onder controle van een kinderarts. Er worden bij de (tweede?) operatie medische kunstfouten gemaakt – onduidelijk blijft wat er nu precies is voorgevallen – waardoor Joost ten gevolge van zuurstoftekort ernstige hersenbeschadiging oploopt. Daardoor is hij blijvend zowel geestelijk als lichamelijk zwaar gehandicapt. Joost is zwaar spastisch; hij kan niet zitten, lopen, iets oppakken of praten. Hij heeft volledige lichamelijke verzorging nodig. Zijn geestelijke vermogens zijn zeer beperkt en hij zal blijvend slechts functioneren op het niveau van een baby. De ouders gingen met een gezonde zoon van huis en krijgen een ernstig gehandicapt kind terug. Het leven van het gezin wordt hierdoor ingrijpend beïnvloed en er zijn diverse kostbare aanpassingen nodig om Joost te kunnen verzorgen en vervoeren.⁸

Deze verschillende typen berichten hebben één belangrijk thema gemeen: de vraag hoe het gesteld is met de patiëntveiligheid. Als er onveiligheid bestaat, hoe kan deze zoveel als mogelijk worden weggenomen?⁹

Het streven is dat door risicobeperking in de gezondheidszorg adequate veiligheid zal worden bevorderd, gehandhaafd of hersteld. Wanneer kwaliteit

5 Zie Zahn & Miller (2003).

6 De Bristol-affaire (hartchirurgie); daarover het rapport van Kennedy (2001). Voor Australië (diverse veiligheidskwesties in ziekenhuizen): zie Faunce & Bolsin (2004). Voor Nederland de kinderhartchirurgie in Utrecht: zie Staatstoezicht op de Volksgezondheid, Inspectie voor de Gezondheidszorg. Eindrapportage over de calamiteit op 1 maart 2001. Den Haag: Inspectie voor de Gezondheidszorg; 2002.

7 HR 8 september 2000, NJ 2001, 734. Zie verder ook Hartlief (2000b), p. 863 e.v. en Van Dam (2001), p. 1 e.v.

8 De betekenis van dit arrest heeft te maken met de juridische discussie op het gebied van smartengeld.

9 Vgl. Honoré (2002): "In certain areas of life where there is a special risk that what we do will have a harmful outcome, society insists on pressing our responsibility for outcomes to its limits."

en veiligheid van medische zorg vooral worden bepaald door de gedragingen van hulpverleners is het zaak hun gedrag te sturen. Dan rijst niet alleen de vraag *hoe* hun gedrag gunstig beïnvloed kan worden maar ook door *wie*.

In onze samenleving hebben burgers samen de rechtsstaat gecreëerd: wie problemen heeft, kan zich tot het recht wenden om hulp bij de oplossing van conflicten. Bij een belangrijke en zeer veel gebruikte maatschappelijke functie als gezondheidszorg zal er een rol voor het recht zijn weggelegd om problemen op te lossen en, waar mogelijk, ook om die te helpen voorkomen.

1.2 NORMERING EN REGULATIE VAN GEDRAG

1.2.1 Recht: een normenwetenschap

Het recht wordt aangeduid als een normenwetenschap.¹⁰ Waar interacties tussen mensen plaatsvinden, zijn voor ordening spelregels nodig (het voorkomen van leed; *ex ante*) en dient bij geschillen de onenigheid tussen mensen op een rechtvaardige wijze te worden opgelost (omgaan en opheffen van leed; *ex post*). Het doel van de juridische bemoeienis kan utilitaristisch worden geformuleerd. Door het gedrag van mensen te sturen, kan het groots mogelijke voordeel voor het grootst mogelijke aantal mensen worden bereikt.¹¹ Zo draagt de rechtswetenschap bij aan het doel van welzijn.¹² Het middel is normering van menselijk gedrag.

1.2.2 Gedragsbeïnvloeding van artsen

Voor gedragsbeïnvloeding van artsen dragen zowel de geneeskunde als de rechtsgeleerdheid in materieel-juridische zin verantwoordelijkheid (fig. 1.1).¹³

Regulering van patiëntveiligheid door artsen is vooral zelfregulering binnen het kader van hun professionele autonomie. De juridische bemoeienis met patiëntveiligheid kent verschillende vormen.¹⁴ Er is een uitgebreide publiek-rechtelijke sturing o.a. van medisch onderwijs, registratie van artsen, kwaliteitswetgeving, etc. Daarnaast is er de privaatrechtelijke sturing via het verbintenissenrecht: tussen patiënt en arts bestaat via een behandelingsovereenkomst een rechtsverhouding, waarbij aan partijen rechten worden verleend en plichten opgelegd. Dit alles kan aangeduid worden als de verzameling van juridische

10 Zie Kunneman (1991) over de rechtswetenschap.

11 Zie hiervoor bijv. Jeremy Bentham, *Introduction to the Principles of Morals and Legislation* (1822) en John Stuart Mill, *Utilitarianism* (1863).

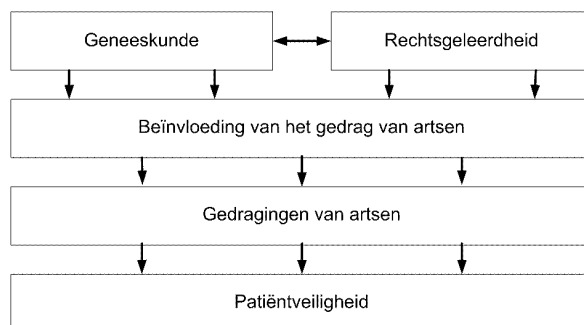
12 Vgl. Barendrecht (2002), p. 605 e.v.

13 Zoals later uiteengezet zal worden, zijn er veel meer disciplines bij deze beïnvloeding betrokken.

14 Vgl. Olsen (2000), p. 1018 e.v.

factoren die *ex ante* bijdragen tot garantie van (minimum) kwaliteit en veiligheid van medische zorg.

Figuur 1.1: Patiëntveiligheid en gedragsbeïnvloeding



Wanneer een medische interventie verkeerd afloopt met letsel- of overlijdensschade als gevolg dan kan de gedraging van de hulpverlener in een procedure worden beoordeeld. Daarvoor staan civiel-, tucht- of strafrecht ter beschikking. Daarbij gaat het om formele erkenning van het slachtoffer, de benoeming van de onrechtmatigheid en/of onrechtvaardigheid veroorzaakt door de dader, het zorgen voor rechtshandhaving, bestraffing van de dader en genoegdoening voor het slachtoffer, kostenallocatie en tenslotte – via afschrikking – van potentiële daders de preventieve functie.¹⁵

Waar het om draait, is te beoordelen of er een onnodige situatie van onveiligheid bestond waarvan de patiënt het slachtoffer werd. Via een juridische sanctie (tucht-, straf- of civielrechtelijk) wordt dan aan de dader en zijn beroepsgenoten kenbaar gemaakt dat maatregelen ter voorkoming van herhaling van het voorval genomen moeten worden, regulering *ex post*.

Wat verwachten geneeskunde en rechtswetenschap aan de veiligheid van medische zorgverlening te kunnen bijdragen? Hoe effectief blijken dergelijke inspanningen in de dagelijkse praktijk? Gebeurt alles ook efficiënt? Hoe is de onderlinge relatie daarbij tussen recht en geneeskunde en hoe beïnvloeden ze elkaar? Al deze vragen kijken naar het functioneren van een *systeem*. Als we de vraag stellen “Worden alle goede bedoelingen om de medische zorg zoveel als mogelijk van menselijke fouten te zuiveren in de praktijk ook gerealiseerd?”, dan vellen we over dat bestel een oordeel. Wij richten ons in deze studie vooral op het systeem van de medische aansprakelijkheid. Daarnaast is er ook het tucht- en strafrecht, maar deze vormen van rechtspleging hebben andere doelen en middelen.

¹⁵ Zie bijvoorbeeld Du Perron (2003), p. 108 e.v.

1.3 EEN SYSTEEMBEOORDELING

1.3.1 Twee wetenschappen, drie vragen en twee motieven

Hoe gaat het recht om met de gevaren van medisch handelen? Bij het probleemgebied van schade door medische fouten hebben we te maken met twee verschillende stelsels van maatschappelijke dienstverlening, het juridische en het medische, en de interactie daarvan. Als we een publieke functie – dus een systeem – als de civiele rechtspraak of medische zorg willen beoordelen, kunnen we drie verschillende soorten vragen stellen:¹⁶

1. worden de beoogde doelstelling(en) van het systeem ook in de praktijk gerealiseerd?
2. hoe is het gesteld met de functionele competentie van organisaties en individuen binnen het systeem?
3. hoe is acceptatie van de effecten van het systeem in de samenleving?

Dit zijn achtereenvolgens de bestudering van de wetenschappelijke, bedrijfskundige en democratische aspecten van het systeem. Bij de eerste twee vragen ligt de nadruk op het beoordelen van prestaties, de laatste vraag onderzoekt vooral de publieke perceptie.

De drijfveren om deze vragen te stellen én te beantwoorden zijn in de eerste plaats *toetsing*, een beoordeling van de kwaliteit van het systeem, en het tweede motief is dat van *sturing*, de bestuurlijk-organisatorische en/of bedrijfskundige kant.¹⁷ Het resultaat van dit (zelf)onderzoek zal verbeteringen van het systeem opleveren. Die vooruitgang wordt bereikt door een permanent proces van terugkoppeling en bijsturing. In deze studie zal vooral de eerste vraag over het bereiken van de doelstellingen centraal staan.

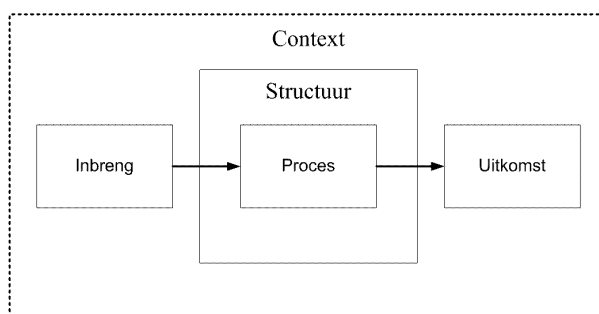
1.3.2 Een model voor analyse

Hoe pakken we een dergelijke beoordeling nu aan? Schetsmatig kunnen we dat doen als weergegeven in de volgende figuur (fig. 1.2). Hierin zijn de belangrijkste elementen aangegeven. Het systeem bestaat achtereenvolgens uit een inbreng, een bewerkingsproces en het resultaat daarvan. Dat proces speelt zich af binnen een bepaalde structuur en het gehele systeem functioneert weer binnen een bepaalde context.

¹⁶ Zie Rapport Royal Statistical Society (2004).

¹⁷ Het rapport van Asser, Vranken en Groen (2003) onderscheidt drie invalshoeken van waaruit men naar de praktijk van de civiele procedure kan kijken: (1) professioneel (juridisch inhoudelijk), (2) rechtstatelijk en (3) bestuurlijk-organisatorisch (bedrijfskundige aspecten). Zie daarover ook Barendrecht & Klijn (2004).

Figuur 1.2: De bepalende elementen van een systeem, nodig ter beoordeling van het functioneren ervan



Bij beoordeling van de *inbreng* (de 'aanloop' of 'input') wordt onderzocht wie zich tot het systeem van de medische aansprakelijkheid wenden en waarom. Bij beschouwing van de *processen* wordt niet alleen beschreven hoe ze verlopen maar tevens beoordeeld of ze inhoudelijk en organisatorisch in staat zijn hun veronderstelde functies te verrichten. De processen spelen zich af binnen een fysieke en organisatorische *structuur*. De *uitkomsten* (de 'afloop', de 'output') kunnen op verschillende manieren, waaronder getalsmatig, worden beschreven en daarbij ook beoordeeld op hun kwaliteit. Dit hele systeem functioneert altijd binnen een *context* en veranderingen daarvan zullen hun weerslag op een systeem hebben.

Niet alleen de samenstellende elementen en processen van het systeem van medische aansprakelijkheid zijn van belang. Een normatief oordeel in de zin van de drie hierboven geformuleerde vragen (1.3.1) kan alleen worden gegeven als het *doel* of de *doelen* van het systeem van aansprakelijkheid van artsen expliciet zijn gemaakt en met tussenpozen wordt gecontroleerd of ze worden bereikt. Waar gereede twijfel ontstaat of men er wel in slaagt de doelen te realiseren, bestaat er reden voor reflectie en actie.

1.3.3 Doelstellingen van het aansprakelijkheidsrecht

Op welke functies dient het aansprakelijkheidsrecht te worden geëvalueerd? De hoofdfuncties zijn het verhalen van schade (compensatie) en het voorkomen van medische letselschade (preventie). Er zijn er echter meer te noemen.¹⁸

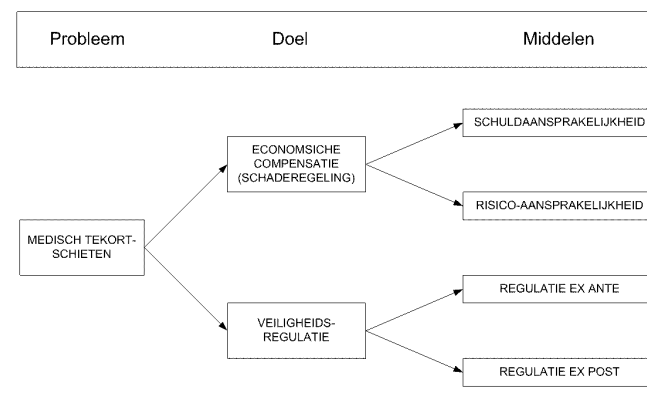
¹⁸ Juist vanuit de letselschade-advocatuur worden veel functies genoemd. Zo beschrijft bijvoorbeeld de Australische APLA (2002) als functies: *compensation, deterrence, punishment*,

Bij letselschade ontstaan door een medisch incident kunnen er qua richting van de tijd twee verschillende soorten activiteiten worden onderscheiden:

- *Retroactief*: het vestigen van aansprakelijkheid, vervolgens het treffen van een schadevergoedingsregeling voor de gelaedeerde patiënt als bewezen wordt dat de zorgverlener anders – beter – had kunnen en moeten handelen;
- *Proactief*: het treffen van maatregelen – waar mogelijk én nodig – om herhaling van een incident te voorkomen en daarmee dus de veiligheid van zorgverlening bij volgende patiënten te vergroten.¹⁹

Het is de vraag welke juridische middelen er nodig zijn voor de doelen van respectievelijk compensatie van schade en regulering van patiëntveiligheid en hoe ze zich onderling verhouden; zie het volgende schema (fig. 1.3):

Figuur 1.3: Aansprakelijkheid en veiligheidsregulering



Voor het doel van economische compensatie van schade is het juridische middel het aansprakelijkheidsrecht. De mogelijkheden daarbij zijn of aansprakelijkheid op basis van schuld²⁰ (fout), of omdat de verwerkelijking van een risico door menselijk handelen al direct schadevergoeding als gevolg heeft (risico-aansprakelijkheid). Voor het doeleinde van veiligheidsregulering zijn er twee wegen die qua ideologie, qua juridische sturing en qua uitvoering sterk verschillend zijn.

discouraging recourse to personal retribution, loss distribution, easing burdens on the taxpayer, cost internalisation, enhancing consumer confidence, encouraging competitive quality of goods and services.

¹⁹ Men spreekt graag hierbij van de 'preventieve' functie: feitelijk gaat het echter om reparatie!

²⁰ Voor het huidige Nederlandse recht is dat een schuldaansprakelijkheid, voortvloeiend uit hetzij niet nakomen van de behandelovereenkomst (art. 7:453 jo. 6:74 BW), hetzij een verbintenis uit de wet, de onrechtmatige daad gebaseerd op toerekenbaar verwijtbaar tekortschieten van de arts (art. 6:162 BW).

Ten eerste is er de geijkte weg van de *individuele* verantwoording van een arts via het aansprakelijkheidsrecht. Wanneer de zorgverlener door de rechter wordt veroordeeld tot het vergoeden van de personen- of overlijdensschade als gevolg van onjuist en onzorgvuldig medisch handelen gaat hiervan een waarschuwend signaal naar de beroepsgroep uit. Onder invloed van deze *malpractice pressure* worden vervolgens maatregelen genomen om herhaling te voorkomen. Zo is er dan sprake van veiligheidsregulering *ex post*. Deze vorm van kwaliteitsverbetering heeft een grotendeels individueel en incidenteel karakter.

Ten tweede is er de binnen de geneeskunde nog tamelijk nieuwe weg van de *collectieve* kwaliteitsverbetering van medische zorg (In de Angelsaksische literatuur aangeduid als de *patient safety movement*).²¹ Een gemaakte fout wordt niet als schandvlek aangeduid maar juist als kans voor verbetering gezien.²² Door – al dan niet verplichte – foutmelding met immuniteit tegen eventuele juridische procedures wordt het bestaanbaar zoveel mogelijk fouten te verzamelen en te analyseren, daarin patronen te ontdekken teneinde kennistekort, organisatorische en/of technische zwakheden op te sporen. Aanvullend worden zorgsystemen doorgelicht op mogelijke risicoscheppende situaties en aangepast (risicomanagement); voorkomen is beter dan procederen en zo is er sprake van veiligheidsregulatie *ex ante*. Deze weg van kwaliteitsverbetering is collectief en structureel van aard.

Er bestaat tussen deze twee wegen naar meer patiëntveiligheid echter een polaire spanning.²³ De *ex ante* benadering vergt het systematisch registreren van *alle* fouten en bijna fouten om die vervolgens te analyseren en de uitkomsten daarvan te rapporteren.²⁴ De beschikbaarheid van die data in een juridisch onbeschermd gegevensbestand vergemakkelijkt echter het feitenonderzoek in het kader van een aansprakelijkheidsprocedure door letselschadeadvocaten. Door die dreiging neemt vervolgens de bereidheid af om die gegevens beschikbaar te maken (zie daarover hfdst. 5).²⁵

Het formuleren van het meest geschikte recht voor enerzijds regeling van compensatie van letselschade en anderzijds veiligheidsregulatie vraagt om een coherente en integrale analyse van de verschillende vraagstukken rond medische incidenten. Daarbij concentreren we ons in deze studie op de civielrechtelijke aansprakelijkheid. Van de drie mogelijke juridische wegen, civiel-, tucht- of strafrecht, vormt civiele aansprakelijkheid het kanaal waarlangs de meeste problemen worden afgehandeld.²⁶ Bij de normatieve beoordeling van

21 Zie Bovbjerg (2001), p. 241.

22 Zie Singer (2001), p. 1236.

23 Zie Mello & Brennan (2002), Mello (2003), Studdert, Mello & Brennan (2004).

24 Geen enkele incident mag de aandacht ontsnappen; bovendien zal systematisch onderzoek beter duidelijk kunnen maken wat de effecten van maatregelen zijn.

25 Zie Giard (2003a) en Weissman et al. (2005).

26 Naar schatting worden er zo'n 2500 claims per jaar in ons land via advocaten ingediend.

medisch handelen verschillen tucht- en civiele recht nauwelijks, wel qua doelen en sanctiemogelijkheden. De vraagstukken die we bij onze 'ontleding' tegenkomen – zowel binnen als buiten rechte – stellen vervolgens weer meer fundamentele juridische kwesties aan de orde, ook de wetenschappelijke status van het recht.

1.4 AANSPRAKELIJKHEID VAN ARTSEN IN CONTEXT

Zoals hierboven al gesteld, kan een beoordeling van medisch aansprakelijkheidsrecht niet zonder de complete en tegelijk complexe context waarbinnen het systeem functioneert daarbij te betrekken. Deze toenemende invloed van de configuratie waarbinnen het recht gestalte krijgt, beperkt zich niet tot de concrete casus maar betreft het hele rechtssysteem.²⁷ Dit impliceert dat we te maken hebben met een *open* systeem van responsief recht. Het recht staat in dienst van de samenleving, waarvan het invloeden ondergaat en vice versa. De onderstaande opsomming laat zien hoe de context tegelijk veelomvattend, ingewikkeld én dynamisch is. Die wisselwerking tussen context en rechtspraktijk is een tweerichtingverkeer.

1.4.1 De medische context

Vooraf in de tweede helft van de vorige eeuw is de geneeskunde zowel vakinhoudelijk als qua organisatie sterk veranderd en die omslag heeft op verschillende manieren ook juridische gevolgen.

Medisch-technische vooruitgang

Vanaf de 19e eeuw is er sprake van een meer en meer wetenschappelijk gefundeerde geneeskunde en in de tweede helft van de twintigste eeuw raakt die ontwikkeling in een versnelling.²⁸ Die sprong voorwaarts bood de samenleving weliswaar belangrijke voordelen: mensen leven nu langer en gezonder, veel chronische kwalen zijn beter te behandelen met toename van kwaliteit van leven. De keerzijde is echter dat de geneeskunde ook het slachtoffer werd van haar eigen succes. Verwachtingen die werden gewekt, bleken niet altijd te realiseren. In een stemming waarin alles technisch mogelijk lijkt, wordt een foute diagnose of een mislukte behandeling eerder als persoonlijk falen van

27 Dit is de 'law in context movement', zoals beschreven door o.a. door Twining (1991), Cane (2003), p. 279 en Loth & Gaakeer (2003), p. 15 e.v. en 38 e.v.

28 Zie voor een uitvoerige en goed gedocumenteerde studies hierover Jetter (1994) en Porter (1997).

de arts dan als domme pech gezien. De medische vooruitgang werd zo dan ook de motor achter de toename van het aantal claims (zie verder 2.3).²⁹

Explosieve ontwikkeling

De medisch-technische vooruitgang ging gepaard met een sterke groei van de vraag naar zorg en leidde tot dramatische organisatorische veranderingen. Door de toename van de mogelijkheden van de geneeskunde moest de capaciteit van de zorg voortdurend proportioneel worden uitgebreid. Die wijziging is op een aantal punten merkbaar: een toename van de schaalgrootte van medische zorg,³⁰ een sterke stijging van de kosten van medische verzorging, afname van de individuele zorgverlening ten gunste van teambehandeling, een cultuuromslag wat betreft de organisatie van de zorg naar 'managed care' en alsmaar verder toenemende specialisatie.³¹ Zo ontstonden er ook grotere verwachtingen wat betreft de mogelijkheden van medische zorg.³²

Die toename van schaalgrootte en de intensivering van zorg blijft niet zonder juridische gevolgen: een grotere activiteit betekent eenvoudig stijging van het absolute aantal beroepsfouten, meer kans op systeemfouten, meer mogelijkheden voor (sluipende) massaschade door grootschalige toepassing van medicamenten of bloedproducten (bijvoorbeeld DES, medicamenten ter beïnvloeding van de vetstofwisseling, HIV- of hepatitis-C-infecties via bloedtransfusies of het recente voorbeeld van toegenomen sterfte aan hart- en vaatziekten bij gebruik van een pijnstillend middel³³), meer productaansprakelijkheid voor gebrekkige medische apparatuur.

Die sterke groei en ontwikkeling is er ook verantwoordelijk voor dat de ordenende functie van het recht in de gezondheidszorg noodzakelijker en dus prominenter werd: het regelen van de toegang tot de zorg, de kwaliteit van zorg, regulering van medische en specialistische opleidingen etc. Verandering van de manier van werken en toename van de schaalgrootte nopen de geneeskunde tot andere manieren van bewaking en bevordering van de kwaliteit en de patiëntveiligheid.

Evidence-based medicine

De geneeskunde heeft de afgelopen decennia te maken gehad met twee belangrijke knelpunten. Ten eerste werd gezien de begrensde financiële ruimte aan

²⁹ Zie hierover Sage (2003), p. 7-12.

³⁰ Volgens gegevens van het CBS (over 2002) ruim 1,2 miljoen ziekenhuisopnames, 1,4 miljoen dagverplegingen, 22 miljoen polikliniekbezoeken en 62 miljoen huisartsenbezoeken.

³¹ Interessant is de vraag wat de invloed is van specialisatie op de kans op het maken van fouten. Vgl. Hashem et al. (2003), p. 61 e.v.

³² Sommigen zoals Sage (2003) spreken van een proces van industrialisatie. Inmiddels werkt in Nederland bijna 8% van de beroepsbevolking in de gezondheidszorg en bedragen de totale kosten 50 miljard Euro (komt overeen met 9% van het BNP).

³³ Het middel Vioxx, zie Jüni et al. (2004), p. 2021 e.v. Hierover dreigen enorme schadeclaims, die het farmaceutische bedrijf Merck kunnen ruïneren.

het alsmaar oplopen van de kosten van gezondheidszorg een halt toegevoegen door de invoering van strikte budgettering. Daardoor moesten maatregelen genomen worden om ervoor te zorgen dat zoveel mogelijk kwalitatief goede zorg voor dat bedrag kon worden geleverd. Ten tweede bleek bij onderzoek naar de manier waarop geneeskunde werd bedreven er sprake van gebrekkige kwaliteit. Zo constateerde men grote variatie in het gebruik van diagnostische en therapeutische middelen evenals sterk wisselende uitkomsten van medische interventies: er was te weinig wetenschappelijke fundering en veel te weinig standaardisering.³⁴

De beroepsgroep moest zich niet alleen economisch maar daarnaast ook inhoudelijk verantwoorden.³⁵ Die feiten maakten de bodem bouwrijp voor het oprichten van het complex van de *evidence-based medicine*,³⁶ waarbij op grond van methodisch verantwoord wetenschappelijk onderzoek de beste handelwijze bij een omschreven medisch probleem wordt geformuleerd.³⁷ De regisseur van dit proces is de medische beroepsgroep zelf, gesteund door de overheid.

1.4.2 De juridische context

Vermaatschappelijking van het recht

Er heeft een ontwikkeling plaatsgevonden waarbij de manier waarop het recht wordt beoefend duidelijk beïnvloed wordt door ontwikkelingen in de maatschappij: de gang van autonoom naar responsief recht.³⁸ Dit impliceert een toenemende betekenis van de context waarin het recht gestalte krijgt. Deze vermaatschappelijking is het meest manifest in het aansprakelijkheidsrecht.

Aansprakelijkheidsrecht voortdurend in beweging

In de rechtspraktijk wordt men geconfronteerd met tekortkomingen en/of onbillijkheden van het aansprakelijkheidsrecht waarvoor aanpassingen noodzakelijk blijken.³⁹ Uitspraken van hoogste rechtscolleges – in ons land de Hoge

34 Het boeiende hiervan is dat geneeskunde en recht op verschillende tijdperken met hetzelfde probleem worden geconfronteerd!

35 Bepalend hiervoor was het hoofdredactionele artikel van de toenmalige hoofdredacteur van de *New England Journal of Medicine*, de Amerikaan Relman over de derde medische revolutie; zie Relman (1988).

36 Deze EBM heeft dus een sterk normatief karakter. Voor een goed overzichtswerk: zie Mayer (2004).

37 De praktijkrichtlijnen, hierover bijv. Kastelein (2003).

38 Vgl. Loth & Gaakeer (2003), hoofdstuk 1.

39 In Nederland is het preadvies van Bolt & Spier (1996) een mijlpaal in de discussie over het aansprakelijkheidsrecht, dat nu acht jaar later nog niet aan actualiteit heeft ingeboet. Zie verder ook de periodieke kronieken over vermogens- en aansprakelijkheidsrecht in het NJB en het NTBR. Voorts het boek van Hartlief & Klosse met de veelzeggende titel 'Einde van het aansprakelijkheidsrecht?' Ook Vrankens preadvies 'Springen met lemen

Raad – resulteren in een doctrinaire evolutie.⁴⁰ Al decennialang wordt getracht probleemkwesities rond aansprakelijkheid te analyseren en de doctrine regelmatig aan conceptuele schoonmaak- en opknapbeurten te onderwerpen. Van het American Law Institute bijvoorbeeld verschijnen periodiek studies over de grondslagen van *tort law*.⁴¹ Daarnaast is er de discussie over de claimcultuur: er wordt een ontwikkeling verondersteld waarbij de burger eerder en vaker naar de overheidsrechter stapt en waarbij frequenter en royaler schadevergoeding wordt toegekend.⁴² Ook is er een toenemende ontplooiing van slachtofferbescherming merkbaar.⁴³

Ontwikkeling van schuld- naar risicodenken

In een maatschappij die organisatorisch ingewikkelder wordt en die qua technologie meer gevaren biedt, is een verandering merkbaar in de wijze waarop met die risico's wordt omgegaan en hoe de verantwoordelijkheid daarvoor moet worden toebedeeld.⁴⁴ Dit is een van de factoren die in de juridische wetenschap een ontwikkeling in gang heeft gezet waarbij een verschuiving optreedt van schuldtoebedeling naar risicodenken.⁴⁵

Hoe wetenschappelijk is het recht?

Er bestaat een in de juridische literatuur steeds weerkerende vraag of het recht zich wel voldoende als een 'echte' wetenschap ontwikkelt. Deze discussie maakt enerzijds deel uit van de altijd voortdurende algemene discussie binnen de wetenschapsfilosofie wat nu criteria voor wetenschappelijkheid zijn.⁴⁶ Anderzijds is er de meer specifieke vraag naar de wetenschappelijkheid van het recht zoals in Nederland ondermeer gesteld door Barendrecht en recent door Stolker.⁴⁷ De Geest heeft onlangs de discussie toegespitst op de kwestie dat er binnen de rechtswetenschap te weinig aandacht is voor methoden en technieken. Er bestaat ruim aandacht voor grondslagen en beginselen van het recht, maar juristen die daar teveel de nadruk op leggen, verliezen het contact

voeten' (2003) mag in dit verband niet onvermeld blijven. Zie tevens Hartlief (2004), p. 106 e.v.

40 Zie bijvoorbeeld Gardner (2002).

41 Zie de Third Restatement of Torts: dit stuk geeft aanleiding tot intense wetenschappelijke polemieken in de VS.

42 Vgl. de brief van de Minister van Justitie aan de Tweede Kamer nr. 26 630/1, 1998-1999. Het recent verschenen WODC-rapport (2004) over de geschilbeslechtsdelta biedt daarvoor voor ons land echter weinig aanwijzingen.

43 Zie Loth & Gaakeer (2003), p. 333-335.

44 Zo goed signaleerd en uitgewerkt door de Duitse socioloog Ulrich Beck (1986).

45 Zie voor verdere uitwerking van dit onderwerp Loth & Gaakeer (2003), p. 335 e.v. en voorts Gardner (2005).

46 Zie bijvoorbeeld Chalmers (2002).

47 Zie Barendrecht (1996), Cliteur (2002) en Stolker (2003).

met de werkelijkheid.⁴⁸ Juist bij een onderwerp als de omgang met en preventie van medische incidenten staat het bepalen van optimaal recht centraal.

De maatstaven van wetenschappelijkheid groeien mee met wetenschappelijke vorderingen en dat leidt tot het regelmatig (her)formuleren van algemene en meer vakspecifieke criteria van wetenschappelijkheid waarmee vervolgens de gangbare juridische praktijk kan worden getoetst en, waar nodig, aangepast. In deze studie wordt dit toegepast op de medische aansprakelijkheid.

De twee gezichten van het recht

Cliteur hield in 2003 een college over rechten onder de titel *Rechten als wetenschap en rechten als geleerdheid*.⁴⁹ Rechten is een wetenschapsgebied met een zekere tweeslachtigheid: er bestaat een kloof tussen de facultaire geleerdheid en de rechtspraktijk. De vraag is wat de doorwerking van dat dualisme is op de praktijk van medische aansprakelijkheid en of dit nu een wenselijke situatie is of niet.⁵⁰

Fragmentatie door specialisatie

Toenemende specialisatie binnen de juridische wetenschap is ook een belangrijke ontwikkeling. De generalist ('eenpitter') is daardoor een uitstervende soort aan het worden en dat leidt tot verdere opsplitsing van het vak met een groei van steeds meer gespecialiseerde tijdschriften. De samenleving is juridisch complexer geworden en door de ontwikkelingen van wetenschap en technologie zijn er nieuwe risico's gekomen die tot personenschade kunnen leiden. Er is meer vraag naar juridische afhandeling van personenschadeclaims en dat ligt ten grondslag aan de opkomst, groei en professionalisering van de letselschadeadvocatuur waarbinnen vervolgens weer superspecialisatie optreedt voor verschillende gebieden waaronder die van de medische aansprakelijkheid.

Effectiviteit en efficiëntie van juridische dienstverlening

Bezien vanuit het perspectief van bedrijfsmatigheid valt er aan de juridische dienstverlening wat betreft effectiviteit en efficiëntie beslist het een en ander te verbeteren.⁵¹ Wie wil klagen over medische incidenten krijgt bij de overheidsrechter te maken met een hoogdrempelig systeem dat traag, duur, onvoorspelbaar en weinig toegankelijk is.⁵² Het afwikkelen van een personenschadeclaim is niet alleen tijd- en kostenintensief maar daardoor ook voor alle betrokkenen frustrerend.⁵³

48 Zie Bruinsma (2003).

49 Cliteur (2003).

50 Dat dualisme wordt ook gesignaleerd door Loth & Gaakeer (2003), p. 321.

51 Zie Barendrecht (2003).

52 Zie Studdert, Mello & Brennan (2004).

53 Zie Weterings (1999).

Alternatieven voor het aansprakelijkheidsrecht

Voor het terrein van de personenschade bestaan naast het aansprakelijkheidsrecht een tweetal andere vergoedingssystemen: de sociale zekerheid en de schadeverzekering. Wat betreft de sociale zekerheid is er sprake van een duidelijke inperking daarvan door de overheid, vooral om budgettaire redenen. De directe schadeverzekering wint aan populariteit. In de medische sfeer wordt in veel landen momenteel gestudeerd op invoering van een 'no-fault' verzekering als alternatief voor de foutaansprakelijkheid van artsen en in de Scandinavische landen is zo'n systeem reeds ingevoerd.

1.4.3 De maatschappelijke context

De risicomaatschappij

In de samenleving zijn twee ontwikkelingen merkbaar. Ten eerste is er een verandering in de omgang met onheil. Er is een tijd geweest dat alles wat een mens aan ongeluk overkwam als de wil van God werd beschouwd. De toenemende secularisatie en het groeiende wetenschappelijke inzicht hoe allerlei ziekten en catastrofes kunnen ontstaan maar ook kunnen worden behandeld en zelfs voorkomen, maakt dat mensen zich steeds minder willen neerleggen bij het onheil dat hen is overkomen. Het woordje 'pech' verdwijnt daarmee uit de vocabulaire en slachtoffers zoeken meer en meer actief naar de 'schuldigen' om de schade te verhalen. Het aansprakelijk stellen bezweert deze angst voor de risico's van het bestaan.

Ten tweede leven we nu in een tijd waarin wetenschap en technologie enerzijds allerlei menselijke beproevingen hebben weten te overwinnen maar anderzijds ook nieuwe risico's, hebben geïntroduceerd. De toenemende complexiteit van de Westerse samenlevingen en de nieuwe gevaren van de moderne tijd vragen om een aangepaste wijze van omgang met en spreiding van risico's.⁵⁴

Deze twee ontwikkelingen liggen ook ten grondslag aan de toegenomen vraag naar schadevergoeding voor zaak- en personenschade, de claimcultuur.⁵⁵

Meer verantwoordingsfora

Er is sprake van verbreding van de maatschappelijke verantwoording.⁵⁶ Het vertrouwen in medische professionals is niet langer vanzelfsprekend maar een te verwerven kwaliteit. Daarom moeten artsen zich in toenemende mate

54 Baanbrekend hiervoor was het boek van de Duitse socioloog Ulrich Beck (1986) over de risicomaatschappij.

55 Zie bijv. de brief van de Minister van Justitie over de claimcultuur 1999, Tweede Kamer der Staten Generaal, 1998-1999, 26 630, nr. 1.

56 Vgl. WRR-rapport (2004), p. 185 e.v.

voor hun doen en laten verantwoorden voor uiteenlopende verantwoordingsfora. Een belangrijk forum voor medische fouten wordt gevormd door de media: een virtueel verantwoordingsforum van het publiek.

De overheidsrechter is bij uitstek een verantwoordingsinstelling, waar dan ook in toenemende mate gebruik van wordt gemaakt bij medische fouten.

1.4.4 Klachten, conflicten en geschiloplossing

Als er binnen het systeem van medische hulpverlening iets misgaat, zal de gedupeerde patiënt zich op een af andere wijze moeten kunnen beklagen of, in het geval van een geschil, een oplossing daarvoor moeten worden gevonden. De problemen die men hierbij tegenkomt, zijn veelsoortig en daarnaast bestaan er verschillende oplossingsstrategieën. Is er een integraal overzicht hoe vaak problemen voorkomen, welke dat zijn en op wat voor manier die worden opgelost?⁵⁷

Medische aansprakelijkheid vormt een onderdeel van mogelijke gerechtelijke en buitengerechtelijke procedures in de omgang met medische fouten en bijna-ongevallen. Het functioneren van dit systeem van beroepsaansprakelijkheid wordt mede bepaald door de toegankelijkheid en de kwaliteit van procedures voor klachtenafhandeling en geschiloplossing. Een analyse van de medische aansprakelijkheid kan dus niet zonder deze functie te bezien in de gehele geschilbeslechtingsdelta.⁵⁸ Het klachtenstelsel komt in 3.3.6 aan bod.

1.4.5 Interacties tussen de verschillende belanghebbenden

Op het strijdtoneel van de civiele medische aansprakelijkheid komen verschillende acteurs in actie. In de eerste plaats natuurlijk het slachtoffer, de gelaedeerde patiënt. Vervolgens de dader, de arts wiens gedragingen ter discussie staan, de juridische vertegenwoordigers van elk der partijen in het geschil en tenslotte de aansprakelijkheidsverzekeraar. Bij dit alles speelt de overheid een belangrijke, maar per partij wisselende, rol.⁵⁹

Al deze betrokkenen bekijken de materie vanuit verschillend perspectief en hebben uiteenlopende en vaak tegenovergestelde belangen. De letselschadeadvocaat van de patiënt en de advocaat van het ziekenhuis dienen verschillende opdrachtgevers maar hebben dezelfde professionele achtergrond en kunnen

57 In algemene zin werd die vraag onderzocht in de studie Geschilbeslechtingsdelta 2003 van het WODC. Zie Van Velthoven & Ter Voert (2004).

58 In het al eerder genoemde WODC-rapport (Van Velthoven & Ter Voert, 2004) wordt het woord delta gebruikt omdat hierbij wordt weergegeven dat burgers een veelheid aan stromen kunnen bevaren om hun geschil aan te pakken.

59 De overheid is financier van de zorg, regelt de toegang tot die zorg, stelt eisen aan de kwaliteit, gaat over zowel de medische als de juridische studie, maakt wetgeving et cetera.

uitsluitend opereren binnen de wetenschappelijke, professionele en ethische beroepskaders.

Zorgverlening kent verschillende soorten hulpverleners: dat zijn niet alleen artsen maar ook bijvoorbeeld verpleegkundigen en fysiotherapeuten.⁶⁰ Deze BIG-beroepen kunnen langs (tucht)rechterlijke weg ter verantwoording worden geroepen voor bijvoorbeeld het toedienen van verkeerde medicijnen of, het verwisselen van patiëntenmateriaal in een laboratorium.

Daarnaast worden er meer verantwoordelijkheden gelegd bij uitvoerders van zorg. Het in toenemende mate inschakelen van *nurse practitioners*, die betrekkelijk eenvoudige routinetaken van artsen in ziekenhuizen overnemen, zal stellig juridische gevolgen krijgen.

Niet alleen de rol van de verschillende betrokken personen maar ook de wijze waarop een geschil wordt afgehandeld is van belang. Slechts een klein deel van de medische incidenten belandt uiteindelijk bij de civiele rechter, het overgrote deel wordt buitengerechtelijk afgehandeld. Een formele juridische procedure leidt vaak tot een polarisatie tussen partijen. Alternatieve vormen van geschilbeslechting zijn in opkomst.

1.4.6 Complexiteit

Wie al deze contextuele factoren beziet, ontkomt niet aan de complexiteit van het vraagstuk van de medische aansprakelijkheid: een ingewikkeld geheel van diverse doelen, belangen en partijen. Een dergelijk systeem is echter niet rigide maar zal reageren op veranderingen van zowel de contextuele als de constituerende factoren ervan.⁶¹

Het is niet eenvoudig een goede definitie van complexiteit te geven: een complex systeem laat zich door zijn aard moeilijk in zijn totaliteit kennen, ook al kent men alle samenstellende elementen en functies ervan en daardoor is het gedrag van zo'n stelsel moeilijk te voorspellen.

Deze contextuele factoren spelen een belangrijke rol bij de verwachtingen die men zowel van de geneeskunde als de rechtswetenschap heeft: ze zijn bepalend voor zowel de inbreng, de processen als de uitkomsten van het systeem van het aansprakelijkheidsrecht.

60 Zie de opsomming in art. 3 van de Wet op de beroepen in de individuele gezondheidszorg (Wet BIG).

61 Het gaat om complexe adaptieve maatschappelijke systemen. Dat staat tegenover simpele mechanische systemen zoals een uurwerk met radertjes. Zie hierover Chu e.a. (2003), p. 19 e.v.

1.5 ONDERZOEK VAN MEDISCHE AANSPRAKELIJKHEID

1.5.1 Algemeen

Het *vertrekpunt* voor deze studie is onvrede over het functioneren van het aansprakelijkheidsrecht in het algemeen⁶² en de medische aansprakelijkheid in het bijzonder: de politiek is bang voor de economische gevolgen van een autonoom voortwoekerende ontwikkeling van het aansprakelijkheidsrecht, juristen zijn praktisch en/of doctrinair ontevreden, gedupeerde patiënten voelen zich in de steek gelaten wanneer de juristerij hen niet uit de nood kan helpen en dokters voelen zich bedreigd door de juridische inmenging in hun beroepsuitoefening die zij als onwenselijk en contraproductief beoordelen.

Het *trefwoord* is onzekerheid, vooral hoe daarmee moet worden omgegaan. De dokter en de rechter moeten beiden casus oplossen: soms zijn die eenvoudig, vaak echter verkeren ze allebei in het ongewisse. Wat is hier nu precies aan de hand? Hoe moet ik de feiten interpreteren? Neem ik wel de juiste beslissing? Wat zijn de mogelijke effecten van wat ik doe? De rechter wordt bij medische incidenten vaak gedwongen een pragmatische beslissing te nemen. Ook bij de deskundige beroepsgenoot, die stevast bij de medische aansprakelijkheid wordt ingeschakeld, is onzekerheid troef: wat wordt er nu precies van mij verwacht? Wat richt ik aan met mijn oordeel? Al die onzekerheid is dus niet zozeer psychologisch maar primair epistemologisch van aard. Wat kan er gedaan worden om dat kennistekort te verminderen? We inventariseren bronnen van onzekerheid en onderzoeken mogelijkheden om het kennistekort en daardoor de onzekerheid te verminderen.

Er is bestaat dus grote behoefte aan *verheldering* van de gesignaleerde problematiek, een pleidooi daarom voor een onderzoek vanuit filosofisch perspectief.⁶³ Dit type benadering van ‘critical inquiry’ vraagt dus om het expliciet maken van aannames, grondslagen, motieven, methoden en veronderstelde en waargenomen effecten van medisch en juridisch handelen om die daarna aan een epistemologisch kruisverhoor te onderwerpen en op de empirische testbank te onderzoeken.

Het *niveau* tenslotte waarop dit onderzoek zich afspeelt is dat van het totale systeem van het aansprakelijkheidsrecht, niet dat van casuïstiek. Het systeem wordt vanuit fundamenteel, conceptueel en operationeel standpunt bezien.

62 Zie bijvoorbeeld het boek van Hartlief & Klosse (2004) ‘Einde van het aansprakelijkheidsrecht?’.

63 “Philosophy is a way of thinking, not a body of facts to be learnt. Indeed it can call into question what we may assume to be firmly established facts. Yet the purpose is not to destroy our confidence in our beliefs, but to question our reasons for holding them. Philosophy encourages critical inquiry. This may sometimes be of a sceptical kind, but we may also obtain through it a renewed confidence in what we already think.” Aldus de Britse filosoof Roger Trigg (2002), p. vii.

1.5.2 Medische zorg: een risicosysteem

Medische zorgverlening is te beschouwen als een risicosysteem.⁶⁴ In dit onderzoek worden we geconfronteerd met problemen rond kwaliteit, doelmatigheid en professionaliteit van de gezondheidszorg. Er zijn daarbij twee samenhangende juridische thema's te identificeren die gerelateerd zijn aan de ordenende en geschilbeslechtende functies van het recht. De verbindende factor tussen deze is hoe aan de hand van gedragsbeïnvloeding *ex ante* of *ex post* de patiëntveiligheid geoptimaliseerd kan worden. Is daarbij een hoofd- of een bijrol voor het aansprakelijkheidsrecht weggelegd? Zijn de pretenties en de prestaties van medische aansprakelijkheid voldoende met elkaar in evenwicht? Bij het verantwoord omgaan met dit risicosysteem van medische zorgverlening wordt dus tegelijkertijd gestreefd naar zowel bepaling van de optimale geneeskunde als van het optimale recht.

1.5.3 Drie niveaus van vragen

Bij de verkenning van dit vraagstuk en op zoek naar een meer optimale werkwijze voor zowel de medische als de juridische wetenschap zijn er dus op het niveau van de *processen* (zie fig. 1.2) drie hiërarchische niveaus van vragen te onderscheiden: fundamenteel, conceptueel en operationeel.⁶⁵

Het eerste niveau, dat van de *fundamentele vragen*, stelt ons in het tweestromenland van de medische aansprakelijkheid voor de volgende kwesties. Wat zijn de doelstellingen van elk van deze twee disciplines? Om die kerndoelen te realiseren, zullen de volgende normatieve vragen worden gesteld: (1) hoe zouden artsen geneeskunde behoren te beoefenen en (2) hoe zouden juristen het recht inzake vermeend tekortschieten van artsen moeten praktiseren?⁶⁶

Op het tweede plan komen de *conceptuele vragen* zoals: hoe is het aansprakelijkheidsrecht opgebouwd? Van welke concepten bedient men zich? Is het begrippenkader wel helder en voldoende 'uitgezuiverd'? Bestaan er alternatieven voor het aansprakelijkheidsrecht? Wat is die 'evidence-based medicine'? Wat zijn er de funderende concepten van?

Op het derde niveau komen de vragen die zich bezighouden met het in praktijk brengen van de doelstellingen en de concepten, dat zijn de *operationele vragen*. Voor de medische aansprakelijkheid zijn dat bijvoorbeeld de vragen die de praktische uitwerking over stelplicht, bewijslast, deskundigenonderzoek

64 Door de schaalgrootte van geneeskundige zorg kunnen we dit beschouwen als een industrieel risicosysteem. Zie daarover bijvoorbeeld Dommering (2004), p. 75.

65 Zie de filosofische verkenning van de evidence-based medicine van Schon & Stanley (2003).

66 Het steeds weer boeiend te zien hoe de problematiek waar juristen en artsen mee worstelen in essentie elkaars spiegelbeelden zijn. Zie bijvoorbeeld de filosofische beschouwing over evidence based medicine van Schon & Stanley (2003).

et cetera betreffen. Voor de geneeskunde hoe men de beste behandelwijze voor een bepaalde aandoening moet opstellen.

Bij deze analyse hebben we niet genoeg aan theoretische beschouwingen maar dringend behoefte aan uitkomsten van empirisch onderzoek: kenmerken van bepaalde groepen, effecten van interventies, zoeken naar mogelijke oorzaken etc. Het is de stap van casus naar populatie. Met deze epidemiologische benadering is de geneeskunde meer vertrouwd dan de rechtsgeleerdheid. Juist als we een analyse van medische aansprakelijkheid als systeem uitvoeren, zullen we de casuïstische schaapjes bijeen moeten drijven, de kudde tellen en op alle mogelijke manieren eigenschappen en dynamische processen ervan vastleggen. Dat vraagt het oplossen van zowel logistieke als methodologische problemen voor een dergelijke manier van onderzoek.

Wie zochten er hulp? Waarvoor? Werden de moeilijkheden van patiënten en cliënten op een voor hen bevredigende wijze opgelost? En hoe dan? Werd dat wat theoretisch beoogd was ook praktisch gerealiseerd? Hoe kijken artsen hier tegenaan? En wat zijn de ongewenste effecten? Zonder nauwkeurige vragen en grootschalig en deugdelijk uitgevoerd empirisch onderzoek zijn er geen betrouwbare antwoorden op al die vragen. Zo worden de fundamentele, conceptuele en operationele concepten op de pijnbank van de realiteit gelegd. Die toetsing wordt vanuit zowel wetenschap als samenleving gevraagd. We zoeken naar niets minder dan *evidence-based justice*!

1.5.4 De uitkomsten van deze verkenning

Wat mag er van deze medisch-juridische verkenning verwacht worden? Als we vragen formuleren over fundamentele, conceptuele en operationele aspecten van medische aansprakelijkheid dan stuiten we soms op oplossingen, soms op antwoorden. Het vinden van praktische oplossingen betekent dat daarna het probleem niet langer bestaat.⁶⁷ Bij vragen zoals “wat is rechtvaardigheid?” of “wat is zorgvuldig medisch handelen?” proberen we weliswaar antwoorden te formuleren maar het antwoord doet de vraag echter niet verdwijnen. Voortschrijdend inzicht en veranderingen van de maatschappelijke context dwingen ons soms de vragen te herformuleren en steeds naar nieuwe – eveneens voorlopige antwoorden – te zoeken. Het is vanuit dit reflexieve perspectief essentieel om vragen te stellen, onszelf te helpen om vragen te blijven stellen en om steeds scherpere vragen te formuleren om preciezere antwoorden te krijgen.⁶⁸ Daarmee leggen we verantwoording af en streven we voortdurend naar verbetering, naar een hogere kwaliteit.

Een tweede vrucht is dat we met deze verkenning kennislacunes in kaart zullen brengen. De problemen waar we tegenaan lopen, berusten deels op

⁶⁷ Bij een lekkende kraan is het euvel verholpen na vervanging van een leertje.

⁶⁸ Aldus de Spaanse filosoof Savater (2004), p. 11 e.v.

een epistemologisch tekort, dat is immers een belangrijke bron van onzekerheid. Die *terra incognita* wacht op avontuurlijk ingestelde ontdekkingsreizigers.

1.6 DE STRUCTUUR VAN HET ONDERZOEK

1.6.1 Hoofdvragen

Zoals hierboven al uiteengezet, gaat het om de volgende vragen:

1. Hoe functioneert het systeem van medische aansprakelijkheid en worden daarbij de beoogde taken zoals compensatie en preventie effectief en efficiënt vervuld?
2. Welke positie neemt medische aansprakelijkheid in ten opzichte van andere mogelijke bronnen van gedragsbeïnvloeding van artsen bij de regulering van patiëntveiligheid? Belemmert medische aansprakelijkheid pogingen vanuit de geneeskunde om tot een betere en veiligere zorg te komen?

De beantwoording van deze hoofdvragen valt uiteen in de volgende onderdelen met bijbehorende subvragen.

1.6.2 Algemeen: het aansprakelijkheidsrecht

Eerst is een meer algemene beschouwing van voor deze studie relevante vraagstukken rond de aansprakelijkheid van personen voor door hen toegebrachte schade nodig, dan volgt toespitsing op de beroepsaansprakelijkheid van artsen. Kernvragen zijn: wat zijn de doelen van het (medische) aansprakelijkheidsrecht? Stuiten we bij het zoeken naar antwoorden op lacunes in de kennis? Zijn er gegevens van empirisch onderzoek voorhanden die vragen van effectiviteit en efficiëntie kunnen helpen beantwoorden? Daarnaast is er ook aandacht voor de sociale, cognitieve en filosofische kwesties die spelen bij het vellen van een normatief oordeel. Wat is de morele en juridische rol van persoonlijke verantwoordelijkheid? Hoe kunnen we achteraf verantwoord oordelen over de intentionaliteit en zorgvuldigheid van handelen? Zijn er ook ongewenste neveneffecten van medische aansprakelijkheid empirisch aantoonbaar? Ook is van belang: wie wenden zich tot dit systeem en waarom? Beantwoordt het systeem aan hun verwachtingen?

1.6.3 Specifiek: medische aansprakelijkheid

Vervolgens komen de vraagstukken rond het definiëren van een incident en het feitelijk onderzoek van medisch handelen aan bod. Dit blijkt het kernprobleem te zijn. Wanneer is medisch handelen in juridische zin te kwalificeren als toerekenbaar tekortschieten? Essentieel daarvoor is het door de beroeps-

groep formuleren van een standaard van zorg. Bij medische aansprakelijkheid – zowel preprocesueel als procesueel – is de inbreng van een deskundige beroepsgenoot onmisbaar. Wat wordt er van hem verwacht en hoe is de procedurele en inhoudelijke invulling van dat deskundigenonderzoek? Juridisch zijn er twee belangrijke ‘ankers’ voor foutaansprakelijkheid: het tekortschieten bij het medisch handelen of *informed consent* fouten. Dat laatste punt heeft alles te maken met de arts-patiënt communicatie als conflictbron. Wanneer er iets mis is gegaan, is een belangrijk punt hoe de arts dat naar de patiënt communiceert.

1.6.4 Leren van fouten

Een cruciaal punt is het handhaven en waar mogelijk verbeteren van de patiëntveiligheid. Wanneer het medisch handelen niet aan de gestelde eisen voldoet, is *leren* nodig om de prestaties te verbeteren. Gemaakte fouten kunnen indicatief zijn voor zwakke plekken in de organisatie of tekortschieten van de arts qua vaardigheden of kennis. Fouten herkennen, erkennen en analyseren zou moeten kunnen helpen om de patiëntveiligheid te verbeteren. Is dat de taak van het aansprakelijkheidsrecht? Of hebben we daar een gescheiden juridisch kader voor nodig? Krijgen we hier niet te maken met tegenstrijdige belangen tussen recht en geneeskunde?

1.6.5 Formuleren van het wenselijke recht

Uiteindelijk zoeken we naar betere wegen voor de omgang met medische incidenten, het formuleren van het optimale recht. Als er zoveel discussie rond het aansprakelijkheidsrecht is, in het bijzonder rond de medische aansprakelijkheid, en er voortdurend gepleit wordt voor – soms radicale – veranderingen staan we voor een principiële keuze: willen we het bestaande stelsel rigoureus veranderen of liever de bestaande mogelijkheden beter benutten en ook meer op elkaar afstemmen? Of functioneert het aansprakelijkheidsrecht misschien toch beter dan we veronderstellen?⁶⁹

1.6.6 Het onderzoek: methoden en bronnen

Centraal staat de *critical enquiry* van de gangbare praktijk van de medische aansprakelijkheid: een zodanige benadering is echter meer ‘diagnostisch’ dan ‘therapeutisch’. Wie naar deze specifieke rechtspraktijk kritisch wil kijken, heeft

69 Zie hiervoor bijvoorbeeld het boek van Koenig & Rustad (2003), ‘In defense of tort law’.

het meeste baat bij een multidisciplinaire en metajuridisch georiënteerde aanpak. Er zijn vele invalshoeken denkbaar met als belangrijkste de juridische, de medische en de (wetenschaps)filosofische. Daarnaast zijn cognitieve⁷⁰ en sociale psychologie, (rechts)economie en communicatie- en informatieleer van belang. Binnen elke invalshoek zijn er vervolgens weer verschillende facetten en zo ontvouwt zich een brede waaier van gezichtspunten. Juist in het aansprakelijkheidsrecht wordt de rechter steeds vaker geconfronteerd met kwesties van niet-juridische wetenschappelijke aard⁷¹ en de vraag is dan ook of de jurist voldoende is toegerust om met voldoende kennis van zaken over wetenschappelijke kwesties te oordelen. Zo worden mogelijkheden en grenzen van het recht verkend.⁷²

Zoals al aangegeven, is het *doel* van het onderzoek te analyseren of en op welke wijze het aansprakelijkheidsrecht de bedoelde functies van compensatie en preventie weet te realiseren en ook of die voor verbetering vatbaar zijn. Qua *methoden* van onderzoek worden verschillende componenten gemengd: een conceptuele analyse van de doelstellingen van het aansprakelijkheidsrecht, rechtsvergelijkend onderzoek, wetenschapsfilosofische problematiek zoals definitiekwesties, juist empirisch onderzoek voor meting van effecten, en analyse van methoden voor borging van de kwaliteit van zowel medisch als juridisch handelen.

De belangrijkste *bronnen* van deze studie zijn publicaties: wetenschappelijke artikelen, boeken, rapporten van verschillende medische, juridische, maatschappelijke en wetenschappelijke organisaties. Juist in landen waarin medische aansprakelijkheid 'bloeit' zoals in de Verenigde Staten (de 'litigation society' bij uitstek), Australië, Groot-Brittannië en Ierland, is niet alleen veel praktische ervaring met deze materie opgedaan maar bestaat ook zeer veel goede wetenschappelijke meer fundamenteel gerichte literatuur.⁷³ Belangrijk is erop attent te zijn dat de situaties waarbinnen de rechtspleging zich afspeelt, de rechtscultuur, van land tot land sterk kan verschillen. Systemen van *common law* en *civil law* tonen op het gebied van aansprakelijkheidsrecht overeenkomsten maar ook verschillen.⁷⁴ Verder is gezocht naar empirische gegevens over de kwaliteit en de effecten van de juridische interventies. Relevante jurisprudentie

70 De mens is een informatieverwerkend wezen. De cognitieve psychologie houdt zich observationeel en experimenteel bezig met hoe mensen waarnemen, denken en beslissen.

71 Zie de artikelen van Newman (2000) en Beecher-Monas (2000).

72 Zie hiervoor het essay van Pauline Newman (2000).

73 Zeer veel wetenschappelijke publicaties, nota's, rapporten en rechterlijke beslissingen bleken – soms met enig doorzettingsvermogen – op internet te vinden.

74 Juist op het punt van het aansprakelijkheidsrecht zijn er tussen beide veel overeenkomsten. Vgl. Van Dam (2000), nr. 501 (met aanvulling op internet).

werd gezocht op internet,⁷⁵ in gespecialiseerde medisch-juridische tijdschriften⁷⁶ en verder via verwijzingen in publicaties.

1.7 OPBOUW EN LEESWIJZER

Dit proefschrift is primair juridisch van aard maar richt zich op juristen én artsen. Na dit algemeen inleidende hoofdstuk wordt in hoofdstuk 2 het aansprakelijkheidsrecht tegen het licht gehouden. Hebben we daarvoor een geschikt beoordelingskader? Wat zijn de fundamentele, conceptuele en operationele aspecten ervan? De begrippen die hier aan de orde komen, zullen voor de jurist wel bekend zijn maar het is nodig ze voor niet-juristen te behandelen.

In hoofdstuk 3 wordt het systeemmodel zoals geschetst in 1.3.2 verder uitgewerkt voor analyse van medische aansprakelijkheid als systeem. Vanuit de modellering van inbreng-proces-uitkomst worden de onderdelen en functies beschreven.

In hoofdstuk 4 komen meer methodologische kwesties rond medische incidenten aan de orde. Centraal in dit hoofdstuk staat het scherp kunnen definiëren van een incident. Een rechtvaardig normatief oordeel vraagt om een expliciete en reproduceerbare begripsbepaling. Er wordt voorts een overzicht gegeven van soorten medische incidenten.

Dan volgt een serie van drie hoofdstukken die de problematiek van het operationaliseren ten behoeve van geschilbeslechting bij medische fouten van juridische concepten behandelt. Hoofdstuk 5 behandelt de communicatie, waarbij dit onderdeel uiteenvalt in de *pre-error* en de *post-error* contacten tussen arts en patiënt. Juridisch ideaal en psychologisch bepaalde praktijk blijken – soms ver – uiteen te liggen. Bij die *post-error* communicatie zien we het probleem hoe dat praktisch moet gebeuren en hoever de arts daarbij van de schadeverzekeraar mag gaan. Hoofdstuk 6 houdt zich bezig met de formulering van de standaard van zorg waarbij zowel de kwalitatieve en kwantitatieve mogelijkheden voor het vaststellen ervan worden verkend.

Een bij aansprakelijkheid van artsen onmisbaar persoon is de deskundige beroepsgenoot, die de in de voorafgaande hoofdstukken besproken problemen aan den lijve ondervindt. Hier gaat het bij uitstek om de juridische concepten in een concrete situatie te operationaliseren en dat wordt in hoofdstuk 7 behandeld.

Als het noodzakelijk is het gedrag van artsen bij te sturen voor een betere en veiligere zorg, komt in hoofdstuk 8 de vraag aan de orde: hoe kan er van

75 Voor Nederland www.rechtspraak.nl en verder in diverse buitenlandse juridische sites (zie hiervoor: www.globalcourts.com).

76 M.n. Tijdschrift voor Gezondheidsrecht en de Gezondheidszorg Jurisprudentie GJ die in september 2004 van start is gegaan. Verder werd in medische tijdschriften naar casus gezocht.

fouten geleerd worden? Hier lijken we te stuiten op tegenstrijdige belangen tussen schuld vinden en veiligheid bevorderen. Toch is een middenweg wel degelijk mogelijk.

In het laatste onderdeel van deze studie wordt eerst de balans opgemaakt: is het wel mogelijk het probleem goed in kaart te brengen? Dan worden verschillende aspecten van het systeem gezien en aanbevelingen gedaan. Dokters en rechters hebben bij het nemen van beslissingen meer problemen gemeen dan op het eerste gezicht lijkt.

2 | Het analyseren van aansprakelijkheidsrecht

‘Het recht boekt vooruitgang daar waar als onrecht wordt aangemerkt: onverdiend en vermijdbaar leed dat door menselijk ingrijpen wordt veroorzaakt.’¹

Hoe kan het systeem van juridische aansprakelijkheid worden beoordeeld? Daarvoor is een toetsingskader nodig (2.1). Wat zijn de fundamentele aspecten van het aansprakelijkheidsrecht (2.2)? Welke juridische concepten worden er bij aansprakelijkheid gehanteerd (2.3)? Hoe staat het met de operationalisering daarvan (2.4)? Welke methoden worden er in de dagelijkse praktijk gehanteerd en in welke mate vindt er reflectie daarover plaats (2.5)? Als vanzelf komt men terecht in de discussie over de wetenschappelijkheid van het recht (2.6). Wie het aansprakelijkheidsrecht wil analyseren, kan niet om de maatschappelijke aspecten ervan heen, vooral de vraag of het systeem wel behoorlijk functioneert (2.7). Als men zoekt naar wegen tot verbetering van de bestaande situatie stuit men op de dynamiek tussen leren en controleren (2.8). Ten slotte: wat is er nu zo speciaal aan beroepsaansprakelijkheid dat we dat apart willen onderzoeken (2.9)?

2.1 EEN BEOORDELINGSKADER

Recht houdt zich bezig met interacties tussen mensen en de regulatie daarvan. Naar zijn aard gaat het aansprakelijkheidsrecht over schade die door de ene mens in het maatschappelijke verkeer is aangericht bij de ander. Het draait steeds om onverhoedse, ongewenste, onverdiende materiele of immateriële ellende. De beroepsaansprakelijkheid van artsen gaat over wat zij aan onheil bij hun patiënten en diens naasten aanrichten. Maar hoe functioneert het stelsel van het aansprakelijkheidsrecht?

Een waardering van het aansprakelijkheidsrecht als systeem vraagt om een daartoe geëigend beoordelingskader. Voor ons land heeft Barendrecht een mogelijk analytisch raamwerk in vooralsnog grote lijnen geschetst.² De vragen van de bestudering van aansprakelijkheidsrecht zijn: wat is het doel ervan?

1 Nieuwenhuis (1999), p. 2132.

2 Zie Barendrecht (2002), p. 605 e.v. en het vervolg daarop in de NJB-artikelen van 2003 en 2004.

Wat zijn er de theoretische grondslagen van, hoe is de daaruit voortvloeiende praktische invulling en wat zijn de gevolgen voor de direct betrokken justitiabelen en de effecten voor de gehele samenleving? De twee kernvragen zijn feitelijk: waarvoor bestaat het systeem (rationaliteit) en hoe functioneert het (functionaliteit).

2.1.1 De rationaliteit van het systeem

Wie het systeem van de medische aansprakelijkheid wil beschouwen, veronderstelt dat aan dit bestel een rationaliteit ten grondslag ligt. Maar welk soort rationaliteit? Van de tot socioloog uitgroeide Duitse jurist Max Weber (1864 - 1920) is het onderscheid tussen instrumentele en substantieve rationaliteit afkomstig.³ De eerste wil zeggen dat de rationaliteit van een systeem vooral wordt afgemeten aan de resultaten ervan, de andere legt de nadruk op de normen en waarden waar het systeem voor staat. Beide vormen van rationaliteit zijn in het aansprakelijkheidsrecht aan de orde.

Als men de medische aansprakelijkheid vanuit de optiek van instrumentele rationaliteit beschouwt, onderzoekt men of de gekozen middelen zorgdragen voor het bereiken van het gestelde doel. Daarvoor is het nodig om de doelstellingen helder te formuleren, de uitkomsten te onderzoeken en te relateren aan deze taakstellingen.

Vanuit het oogpunt van de substantieve rationaliteit onderzoekt men hoe dit systeem doctrinair in elkaar steekt: op welke beginselen beroept men zich, van welke concepten maakt men gebruik en hoe wordt dit alles toegepast?

De vraag is vervolgens welke instrumenten men ter beschikking heeft om deze twee aspecten te onderzoeken. Welke eisen worden er aan het systeem gesteld?

2.1.2 De functionaliteit van het systeem

Voor de praktische resultaten van dit rechtssysteem zullen moeten worden gespiegeld aan de doelstellingen ervan om te zien of en in hoeverre deze worden gerealiseerd. Deze evaluatie omvat drie onderling samenhangende vragen:⁴

1. Onderzoek naar de algemene 'werkzaamheid' van het aansprakelijkheidsrecht.
2. Hoe is de functionele competentie van individuen en organisaties die dit type recht beoefenen?

³ Weber (1984).

⁴ Zie het rapport van de Royal Statistical Society Working Party on Performance Monitoring in the Public Services (2004).

3. Hoe kunnen we publieke verantwoording voor dit systeem afleggen?

De eerste vraag onderzoekt of de intenties ook in objectiveerbare praktische resultaten worden omgezet.⁵ De tweede kwestie is die van de beoordeling van de geleverde kwaliteit. De derde vraag betreft de effectiviteit en de efficiëntie van dit rechtsgebied. Bij al deze vraagstellingen hebben we een mix van wetenschappelijke, bedrijfsmatige en maatschappelijke aspecten.

Het in hoofdstuk 1 al genoemde trias fundamenteel – conceptueel – operationeel is van wezenlijk belang als we de processen binnen het systeem onderzoeken. Deze drie facetten zijn onderling nauw verbonden maar zullen toch steeds apart moeten worden gezien. In de meeste beschouwingen over dit onderwerp wordt die onderscheiding echter onvoldoende gemaakt. Het belang van fundamentele aspecten wordt binnen de rechtsgeleerdheid zeker erkend maar daar blijft het vaak bij.⁶ Juristen zijn vooral meesters in het werken met concepten. Als normatieve discipline zijn die beginselen en concepten natuurlijk uitermate belangrijk, maar ze moeten gestructureerd en reproduceerbaar worden geoperationaliseerd en die kant wordt in het juridisch-wetenschappelijke onderzoek verwaarloosd.⁷ We zullen deze drie nu eerst bespreken.

2.2 FUNDAMENTELE ASPECTEN

2.2.1 Grondslagen van het aansprakelijkheidsrecht

Waardoor wordt het juridische bouwwerk van het aansprakelijkheidsrecht gefundeerd?⁸ Het aansprakelijkheidsrecht wordt in de context van een bredere normatieve theorie geplaatst. Een zodanige theorie kan verschillend zijn geformuleerd: in termen van moraalfilosofie of economie.⁹

De moraalfilosofische benadering gaat uit van het ethische principe dat men verplicht is om een bij een ander door eigen toedoen aangericht nadeel te vergoeden, dat is een rechtsplicht.¹⁰ Bij aansprakelijkheid wordt het bestaan

5 Zie daarover Fitz-Gibbon (2004), p. 1 e.v.: "... there are numerous examples where good intentions have not translated into good outcomes. There may be good subjective responses ('e.g. it kept me away from crime'), but not well-substantiated outcomes."

6 Vgl. Hartlief (1997), p. 16: "Waarin is de grond voor het aansprakelijkheidsrecht gelegen? Bij mijn weten wordt die vraag zelden expliciet in de Nederlandse literatuur aan de orde gesteld."

7 Daarover uitvoerig De Geest (2004), p. 58 e.v.

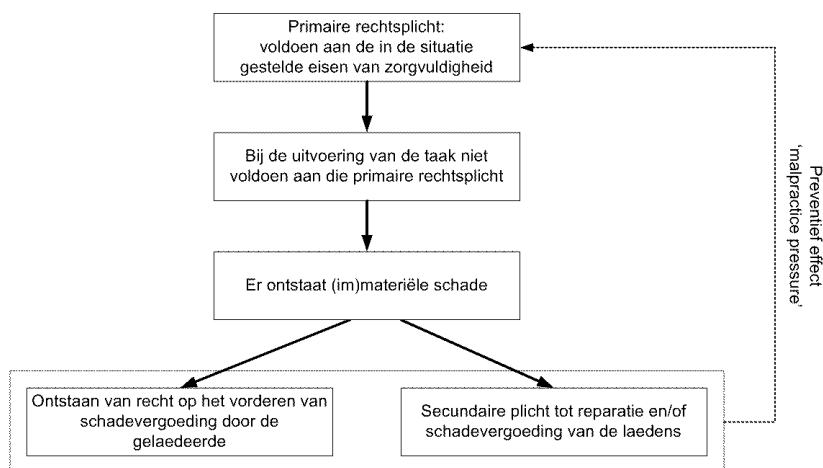
8 Hartlief citeert in de tekst van zijn Leidse oratie (1997) de omschrijving van Nieskens-Ipshoring: "De grond is de factor die de verbintenis rechtvaardigt."

9 Vgl. Wells (2001), p. 1455.

10 Het gaat dus om de vaststelling van de wijze waarop men zich dient te gedragen, ook aangeduid met *deontologie* (Jeremy Bentham) of *imperatief* (Kant). "In law, negligence consists of failure to take reasonable precautions against foreseeable risks of injury." (Vergelijk Cane, 2002, p. 97.)

van zelfs twee opeenvolgende rechtsplichten onderscheiden.¹¹ Er is de primaire rechtsplicht (*primary legal obligation*) om in een gegeven situatie te voldoen aan de daaraan gestelde eisen van zorgvuldigheid. Wordt niet aan die conditie voldaan, dan ontstaat het recht bij de gelaedeerde om schadevergoeding te vorderen en bij de laedens ontstaat de secundaire rechtsplicht tot herstel en/of compensatie (*secondary legal obligation*; zie figuur 2.1). De gronden van het aansprakelijkheidsrecht zijn dus zorgplicht en (meestal) handhaving van de status quo.¹²

Figuur 2.1: Twee rechtsplichten (naar Gardner [2003])



De verplichting tot herstel van de oude situatie op grond van handhaving van de status quo impliceert *volledige* vergoeding van de schade. Dat is de *raison d'être* van het aansprakelijkheidsrecht. Bij herstel van de oude situatie is de zaak overzichtelijk: repareren of vervangen. Maar als dat nu niet mogelijk is, zoals bij letselschade? Wat wordt er dan precies gecompenseerd? Waarop heeft de uit te keren som dan betrekking? En hoe ver reikt de aansprakelijkheid?¹³ Het zedelijke groundbeginsel van schaderegeling lijkt eenvoudig, de

11 Zie de essays van Gardner over *tort law* (2003) en (2004).

12 Zie Hartlief (2004), p. 111.

13 Zie hierover Wright (2003): "... we must first understand the grounds of legal responsibility: as has often been stated, the reasons for creating liability should also govern the extent of that liability. We therefore need to know how compensatory damages promote the basic purposes of the law in general and of the relevant specific areas of law in which compensatory damages are awarded. Backtracking further, we need to know what those purposes are."

juridische praktijk dienaangaande is echter complex en weerbarstig en daarnaast voortdurend in beweging.

Het beginsel dat men rekening dient te houden met de gerechtvaardigde belangen van de wederpartij en daarbij de zorgvuldigheid in acht dient te nemen die volgens ongeschreven recht jegens de ander betaamt¹⁴ vindt men in het systeem van *civil law* van ons land bijvoorbeeld toegepast in het Lindenbaum/Cohen arrest¹⁵ en in de *common law* in het Engelse Donoghue v. Stevenson.¹⁶ In het Nederlandse civiele recht is de *primary legal obligation* gecodificeerd in art. 6:162 lid 2 BW¹⁷ terwijl de *secondary legal obligation* uit lid 1 voortvloeit.¹⁸ De onzorgvuldige gedraging vormt een inbreuk op de rechtsplicht.¹⁹

Naast deze moraalfilosofische opvatting bestaan er ook meer instrumentalistisch georiënteerde theorieën die de rechtspraktijk vanuit economisch perspectief bezien.²⁰ De schade is immers op geld waardeerbaar en dus kan voor individuen en ook voor de samenleving winst en verlies worden begroot en aldus beoordeeld aan wie de kosten van de schade het best kunnen worden toegerekend. Deze economische benadering is meer pragmatisch dan juridisch-principieel van aard.²¹

De vraag is, als deze grondbeginselen zo belangrijk zijn voor een waardering van het aansprakelijkheidsrecht, of er een toereikende en samenhangende *expliciete* fundering van het aansprakelijkheidsrecht te vinden is en wat daar praktisch mee gebeurt. Stutterheim constateert erosie van de constituerende elementen van de aansprakelijkheid uit onrechtmatige daad.²² Hier worden echter door hem fundamentele en conceptuele zaken onvoldoende gescheiden. Er ligt een eenvoudig fundament onder het aansprakelijkheidsrecht: de ethisch

14 Zie Nieuwenhuis (1999), p. 2131.

15 HR 31 januari 1919, NJ 1919, 161 (Lindenbaum/Cohen).

16 Donoghue v. Stevenson (1932) AC 562, All ER 1 (HL). Zie hierover ook Hondius (2004), p. 239 e.v.

17 Men pleegt inbreuk op een recht, men houdt zich niet aan een wettelijk voorschrift of er wordt gehandeld in strijd met wat in het maatschappelijke verkeer betaamt.

18 Hij die jegens een ander een onrechtmatige daad pleegt, welke hem kan worden toegerekend, is verplicht de schade die de ander dientengevolge lijdt, te vergoeden (6:162 lid 1 BW). Voor een rechtsvergelijkende beschouwing hierover, zie verder Van Dam (2000), p. 15 e.v. en Nieuwenhuis (2003).

19 Over de onrechtmatigheidscategorie 'inbreuk op een recht' zijn de juridische opvattingen verdeeld te noemen. Zie Van Dam (2000), nr. 832 e.v., Sieburgh (2000) p. 61 e.v. Nieuwenhuis (2003) stelt dat rechtsinbreuk steeds een constitutief vereiste is voor onrechtmatigheid, p. 26.

20 Zeer uitgebreide teksten hierover zijn te vinden in de op internet te raadplegen *Encyclopedia of law & economics* onder redactie van Bouckaert & De Geest (2000). Vooral de bijdrage van Schäfer in deze encyclopedie bevat een zeer uitvoerige literatuurlijst over dit onderwerp. Zie tevens Schäfer & Ott (2004).

21 Zie het themanummer van het NJB (2004, nr. 37) over de betekenis van rechtseconomie (i.h.b. voor het strafrecht).

22 Zie zijn bijdrage in de bundel *Wie draagt de schade?* (1998).

gefundeerde plicht tot zorgvuldig handelen.²³ Dit zal vervolgens in juridische *concepten* vertaald moeten worden die op hun beurt weer operationeel gemaakt worden. Dat is niet een zaak voor de rechtswetenschap alleen: iedere maatschappelijk handelen vraagt om zorgvuldigheid. De medische wetenschap zal diezelfde imperatief moeten conceptualiseren en operationaliseren en zich qua gedragingen moeten kunnen verantwoorden in een juridische procedure.

2.2.2 Functies van het aansprakelijkheidsrecht

Het aansprakelijkheidsrecht vervult met het regelen van schadevergoeding primair een *ex post facto* – functie en voorts worden er effecten aan toegeschreven die het gedrag van rechtssubjecten moeten beïnvloeden, *ex ante facto* – functies. Dit aansprakelijkheidsrecht vormt een onderdeel van het vermogensrecht en binnen dit rechtsgebied bestaan verschillende sanctiemogelijkheden wanneer er schade is ontstaan. Dat de rechter eraan te pas moet komen, is omdat partijen geen onderlinge oplossing voor het geschil kunnen vinden.

Barendrecht plaatst de activiteit van het aansprakelijkheidsrecht in een breder kader, namelijk om een grotere bijdrage te leveren aan het welzijn van individuele mensen.²⁴ Zo geformuleerd is dat een te weinig specifieke functie, immers tal van andere wetenschapsgebieden en politieke stromingen zien voor zichzelf eenzelfde taak weggelegd. Van Maanen formuleert het anders: “Meer in het algemeen is de vraag wat we met juridische maatregelen kunnen bijdragen aan het verminderen van menselijk leed”.²⁵ Vergroting van welzijn tegenover vermindering van leed. Het aansprakelijkheidsrecht bestaat juist voor door de ene mens bij de ander aangerichte pijn. Daarin zijn de belangrijkste functies: repressie, compensatie van de aangerichte schade om daarmee een signaal naar de samenleving af te geven om zich in een vergelijkbare situatie zo zorgvuldig mogelijk te gedragen, de preventieve functie.

2.2.3 Repressiefunctie

De repressiefunctie wordt vooral aan het strafrecht toegekend. Toch schuilt dit element ook in het civiele recht en verdient meer aandacht.²⁶ Er is, net zoals in het strafrecht, een slachtoffer, een gekwetste. De gelaedeerde wil (vaak) ook genoegdoening, erkenning van het aangedane leed en de toewijzing van schadevergoeding is daartoe een middel. Juist in de medische aansprakelijkheid blijkt dit een belangrijk element.

23 In de common law: de *duty of care*.

24 Barendrecht (2002), p. 605.

25 Van Maanen, (2003), p. 1.

26 Zie daarvoor de NJV-bundel *Het opstandige slachtoffer* (2003).

2.2.4 Compensatiefunctie

Aansprakelijkheid dient dus primair voor de civielrechtelijke afhandeling van schade (of soms: de dreiging daarvan²⁷). Er wordt in de doctrine een contractuele²⁸ en een buitencontractuele aansprakelijkheid²⁹ onderscheiden maar in de rechtspraktijk wordt er vaak samenloop van deze twee aangenomen, want in beide gevallen moet de vraag beantwoord worden over de ontstane schade aan de dader toegerekend kan worden zodat de weg naar schadevergoeding wordt geëffend.³⁰

De kernvraag is steeds naar de allocatie van schaderisico's: wie draagt de schade?³¹ Het antwoord op die vraag wisselt niet alleen van geval tot geval maar ook met de tijd.³² Er bestaat een polaire spanning tussen enerzijds de bescherming van de rechten en belangen van mensen en anderzijds hun vrijheid van handelen: die kunnen nooit gelijktijdig volledig worden gewaarborgd.³³ Die persoonlijke verantwoordelijkheid voor de schade ligt steeds ergens op een continuüm met als uitersten nimmer of altijd aansprakelijk voor schade. Wanneer doctrinair niet voor één van deze twee uitersten wordt gekozen, zal van geval tot geval moeten worden beoordeeld of iemand wel of niet (deels) verantwoordelijk is voor de sof. Dat behelst een menselijke en niet een mechanische beoordeling van de situatie. Bij responsief recht worden de overwegingen die leiden tot het wel of niet aansprakelijk stellen deels ook maatschappelijk bepaald en zijn daardoor in de tijd aan verandering onderhevig.³⁴

De plicht tot schadevergoeding heeft economische consequenties: wie voor de kosten van schadeloosstelling op moet draaien, zal geprikkeld kunnen worden tot het nemen van preventieve maatregelen.³⁵

27 Bijvoorbeeld het verbieden van publicaties of TV-uitzendingen vanwege geanticipeerde onterechte reputatieschade.

28 D.i. het niet nakomen van een contractuele verplichting ex art. 6:74 BW e.v.

29 D.i. aansprakelijkheid uit onrechtmatige daad ex art. 6:162 BW.

30 Zie Asser-Hartkamp III (2002), nr. 8 en Spier et al. (2003), nr. 4.

31 Zie hierover de bundel *Wie draagt de schade?*, Van Manen & Stutterheim, red. (1998).

32 Reeds eerder werd gewezen op de rol van veranderende religieuze, maatschappelijke en juridische opvattingen dienaangaande (zie § 1.4).

33 Zie o.a. Hartlief (1997), p. 11 e.v., Van Dam (2000) p. 1 e.v. en Sieburgh (2000), p. 1 e.v. De consequenties van de vrijheid van menselijk handelen worden indringend besproken in het boek van de Duitse filosoof Safranski over het kwaad (1998).

34 Vgl. de paragraaf *Aansprakelijkheidsrecht op dreuf* in Loth & Gaakeer (2003), p. 333 e.v.

35 Hartlief (2003), p. 11.

2.2.5 Preventiefunctie

Aan het aansprakelijkheidsrecht wordt tevens een preventiefunctie toegekend.³⁶ Voor veel juristen lijkt deze werking een uitgemaakte zaak, het geeft bovendien extra betekenis aan hun professie. Maar hoe zeker kunnen ze zijn van die preventiefunctie? De vraag is tevens hoe die functie van preventie zich verhoudt tot die van compensatie.

Welke theoretische argumenten maken zo'n preventief effect plausibel? Aan welke voorwaarden moet voldaan worden, wil er een preventieve werking uitgaan van uitspraken over aansprakelijkheidskwesties? En wat is er in de praktijk van te merken? Is de uitkomst van de rechterlijke beslissing voorspelbaar? Juridische molens malen traag:³⁷ is een rechterlijke beslissing na een juridische strijd van jaren nog een werkelijke preventieprikkel? En wat is het effect om er nog een schepje bovenop te doen met *punitive damages*?³⁸ Zet dat het preventieargument werkelijk kracht bij?

2.2.6 Overige functies

Er worden nog andere functies genoemd, die deels van algemeen juridische aard zijn (rechtsbescherming, het voorkomen van eigenrichting), van economische aard (schade niet ten laste laten komen van de belastingbetaler, kosteninternalisatie, economische herverdeling van verliezen), consumentenbescherming (door bestraffing van slechte diensten en producten) en tenslotte van politieke aard (*distributive justice*).³⁹

2.2.7 Verhouding tot strafrecht

Het strafrecht vervult maatschappelijk bij uitstek de functies van vergelding, preventie en uiteindelijk rehabilitatie van de dader. In Westerse landen valt een tendens te bespeuren dat het strafrecht vaker wordt toegepast bij medische fouten met ernstige – veelal dodelijke – gevolgen.⁴⁰ Fouten van anesthesiologen komen verhoudingsgewijs vaak bij de strafrechter terecht.⁴¹

36 De Angelsaksische term 'deterrence' (afschrikking) is gepaster dan onze term 'preventie' (soms moeten ondeugdelijkheden in diensten of producten worden weggenomen is dus de term 'reparatie' meer van toepassing dan preventie).

37 De jurist Tjittes gebruikte in een interview de metafoor van een slak in een emmer stroop!

38 Vgl. Polinsky & Shavell (2000) en Van der Heijden (2001), p. 1749 e.v.

39 Zie APLA (2000).

40 Zie hierover Annas (1995), Ferner (2000) en Holbrook (2003).

41 Zie Ferner (2000) en Reason (2005) Voor een Nederlands voorbeeld: zie Rechtbank Arnhem 11 maart 1999, LJN-nummer AA8371 Zaaknr. 05/079014-00. Een ander voorbeeld is de zaak tegen een anesthesist die in slaap viel waardoor de patiënt overleed; zie Merry &

Strafrechtelijke sancties komen bij de medische professie nog harder aan dan civielrechtelijke. Een voorbeeld daarvan is de (voorwaardelijke) gevangenisstraf voor een arts in Engeland vanwege het intrathecaal⁴² toedienen van een kankergeneesmiddel dat intraveneus had moeten worden gegeven.⁴³ De patiënt overleed aan de gevolgen hiervan. Artsen willen herhaling van incidenten voorkomen door strengere controles en betere protocollen, niet door straffen. Deze casus was het 23^{ste} in de medische literatuur bekende geval van dit probleem. Het was dus een bekende kwestie en het gaat hier niet om een bijwerking van een geneesmiddel maar om een foute wijze van toediening. Waarom kon het dan toch gebeuren? Geeft een strafrechtelijke sanctie een meer effectieve prikkel tot preventie? Als het doel preventie is en de mogelijke middelen niet-juridisch (betere werkwijze) of juridisch (schadevergoeding, bestraffen) zijn, zal hun effect empirisch onderzocht en vergeleken dienen te worden.

Civiele rechtspraak gebeurt uitsluitend op initiatief van slachtoffers of hun nabestaanden. Bij het strafrecht kan het Openbaar Ministerie of de Inspectie het initiatief nemen ook zonder dat de gelaedeerde een aanklacht indient. Criminele artsen buiten beschouwing latend⁴⁴ komen zaken als bewuste roekeloosheid of grove schuld (bijv. in staat van dronkenschap praktiseren) in de praktijk toch incidenteel voor. In Nederland zijn veroordelingen door de strafrechter voor medische fouten (nog?) zeldzaam.⁴⁵

Soms is er bij één casuspositie sprake van samenloop van strafrecht met andere procedures, bijvoorbeeld tuchtrechtelijk en/of civielrechtelijk. Legemaate vindt dit ongewenst en onrechtvaardig en stelt dat de klachtwaardige gebeurtenis beoordeeld moet worden of hier van een typisch strafrechtelijke (ernst van de gebeurtenis, opzet/grove schuld, geschokte rechtsorde etc.) dan wel tuchtrechtelijke problematiek sprake is.⁴⁶

McCall Smith (2001), p. 22 en 30.

42 D.w.z. via een ruggenmergprik.

43 Zie Berwick (2001) en Holbrook (2003). Ook de Nederlandse rechtspraak kent een voorbeeld hiervan: zie Rechtbank 's-Gravenhage 20 december 2002 LJN-nummer AF2320 Zaaknr. 09-028145-00.

44 Denk bijvoorbeeld aan de geruchtmakende zaak van de Engelse dr. Shipman ('doctor death'), die tenminste 250 patiënten vermoordde al vanaf het moment dat hij ging praktiseren. Zie www.the-shipman-inquiry.org en BMJ 2005, vol. 330, p. 271.

45 De Wet BIG kent ook strafrechtelijke mogelijkheden (art. 96-101 wet BIG). Van die mogelijkheid wordt nog maar zeer weinig gebruik gemaakt. Zie hierover Hubben (2003b) en het evaluatierapport van ZonMw over de wet BIG, sectie 4.7. e.v. Cuperus-Bosma et al. (2002).

46 Zie Legemaate (2005), p. 836 e.v.

2.2.8 Vormen van aansprakelijkheid

De aansprakelijkheidsfunctie kent twee hoofdvormen: risico-aansprakelijkheid en aansprakelijkheid voor eigen gedrag.⁴⁷ Deze twee onderscheiden zich ondermeer wat betreft de juridische afhandeling en de rol van persoonlijke verantwoordelijkheid.⁴⁸ Risico-aansprakelijkheid is juridisch ‘simpeler’ dan persoonlijke: als er een causale relatie bestaat tussen de gedraging van de dader en het schadegevolg is daarmee de aansprakelijkheid gevestigd. Bij risico-aansprakelijkheid zal bij het optreden van schade de plicht tot schadevergoeding bestaan ongeacht of men wel of niet persoonlijk verantwoordelijk tewerk was gegaan.

Aansprakelijkheid voor eigen gedrag vraagt een bredere – en dus complexere – aanpak; er moet voor vestiging van aansprakelijkheid aan meer voorwaarden voldaan zijn dan bij risico-aansprakelijkheid.⁴⁹ De medische aansprakelijkheid in ons land kent alleen de vorm van aansprakelijkheid voor eigen gedrag, terwijl enkele andere Westerse landen, vooral de Scandinavische, een vorm van risico-aansprakelijkheid hebben ingesteld (z.g. ‘no-fault’ systemen).⁵⁰

Bij dit onderzoek van medische aansprakelijkheid beperken we ons tot dat deel van het aansprakelijkheidsrecht dat zich bezighoudt met de *persoonlijke* verantwoordelijkheid⁵¹ voor de gevolgen voortvloeiende uit rechtsbetrekkingen tussen individuen onderling, dus tussen patiënten en zorgverleners. Voor die taak van de juristerij zullen de juridische concepten moeten worden omschreven: de termen, de werkwoorden en de methoden van het aansprakelijkheidsrecht.

2.3 CONCEPTUELE ASPECTEN

Wanneer we analyseren hoe op dit algemene fundament aan de hand van *juridische* concepten het aansprakelijkheidsrecht specifiek vorm wordt gegeven: om welk begrippenkader gaat het dan? En zijn deze ideeën gevalideerd en ‘uitgezuiverd’ op hun betekenis? Centraal staat het begrip *verantwoordelijkheid*: iemand wordt binnen een juridisch kader gevraagd om rekenschap af te leggen

47 In *common law* landen wordt het onderscheid ‘strict liability’ en ‘fault-based liability’ gehanteerd.

48 Vgl. Gardners uiteenzetting in *Obligations and outcomes in the law of torts* (2001).

49 Antwoorden op de volgende vier beslispen: is er aansprakelijkheid? Is er causaal verband? Wat is de omvang van de schade? Is er eigen schuld van het slachtoffer?

50 Zie Vansweevelt & Lierman (2000), Studdert & Brennan (2001) en Dute et al. (2002). Feitelijk is bij ‘no-fault’ er geen sprake meer van aansprakelijkheid!

51 De aansprakelijkheid voor eigen gedrag; daarnaast bestaat er aansprakelijkheid voor personen, producten, motorrijtuigen, werknemers etc., de z.g. *verbintenissen uit de wet*. Zie het standaardwerk van Spier et al. (2003).

over zijn gedragingen. Het volgende kernbegrip is zorgvuldigheid. Deze rechtsplicht is van toepassing bij het nemen van beslissingen, de *waarschuwingsplicht*, en het uitvoeren van handelingen, de *zorgplicht*. Een waardeoordeel geven over (on)zorgvuldigheid vraagt om een *normatief kader* waaraan de gedragingen getoetst kunnen worden en normschending kan worden vastgesteld. Draagt de laedens *schuld* aan het gebeurde? Verwant hiermee is het begrip risico: was er sprake van *gevaarzetting*? Zonder (dreigende) *schade* geen noodzaak tot aansprakelijkheid. Wat is nu precies 'schade'? Ten slotte moet er een nauw verband bestaan tussen de normschending en de opgetreden schade, de *causaliteit*.

2.3.1 Verantwoordelijkheid

Verantwoordelijkheid impliceert volgens Van Dale de verplichting tot reken-schap, iedereen draagt steeds de verantwoordelijkheid voor zichzelf en zijn daden. In het aansprakelijkheidsrecht heeft men te maken met de schadelijke effecten van menselijke gedragingen. Verantwoordelijkheid is een fundamenteel juridisch concept.⁵²

Een belangrijk uitgangspunt voor verantwoordelijkheid is de vrije wil van de mens. De vraag is steeds of degene die verantwoordelijk wordt gehouden voor de ontstane (letsel)schadesituatie anders had kunnen en moeten handelen. Om dat te kunnen toetsen⁵³ is het concept van de redelijke mens ('*reasonable person*') door juristen in het leven geroepen: hoe zou een voorbeeldige persoon in diezelfde situatie verantwoordelijk gehandeld hebben? Uiteindelijk zal de rechter een afweging maken of de gedaagde *werkelijk* verantwoordelijk gehouden kan worden voor het gebeurde. In dat verband speelt ook de eigen verantwoordelijkheid van de gelaedeerde een rol.

Menselijk gedrag wordt door factoren bepaald die deels wel en die deels niet in hun macht liggen. Zowel een gunstige als een ongunstige afloop van ons handelen, kan een kwestie van geluk of toeval zijn. Een rechtssysteem dat onderzoekt hoe een schadelijke afloop heeft kunnen gebeuren, zal dus die toevalsfactor in ogenschouw moeten nemen.⁵⁴

Gezien vanuit het perspectief van de tijd kan verantwoordelijkheid op verschillende manieren worden gezien.⁵⁵

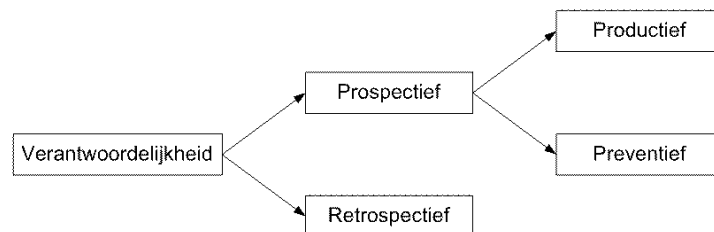
52 Een doorwrochte en uitstekende monografie over dit onderwerp is die van de Engelse jurist Peter Cane (2002) en in hetzelfde jaar verscheen over dit onderwerp ook een monografie van Tony Honoré.

53 Men noemt dit, vreemd genoeg, *objectieve* toetsing. Dat staat dan tegenover de subjectieve toetsing, het vaststellen van de persoonskenmerken van de dader. Zie Van Dam (2000), nr. 908-911.

54 Zie Cane (2002), p. 65 e.v. en Honoré (2002), hoofdstuk 2.

55 Cane (2002), p. 31.

Figuur 2.2: Verantwoordelijkheid in het perspectief van de tijd (zie Cane, 2002)



Bij de prospectieve verantwoordelijkheid kan men acties ondernemen om goede uitkomsten te bevorderen ('productive' responsibilities) en slechte te voorkomen ('preventive' responsibilities). Beiden zijn voor het aansprakelijkheidsrecht relevant. Bij geschilbeslechting zal steeds achteraf de verantwoordelijkheid voor het gebeurde moeten worden vastgesteld.⁵⁶ Het gaat om de verantwoordelijkheid voor de afloop (outcome responsibility). Deze verantwoordelijkheid is in eerste instantie vooral maatschappelijk bepaald en pas in tweede moreel of juridisch.⁵⁷

Of iemand verantwoordelijk gehouden kan worden, hangt af van zijn capaciteiten en competentie. Iemand, die onder de gegeven omstandigheden anders had kunnen handelen, is moreel verantwoordelijk en kan, indien nodig, juridisch ter verantwoording worden geroepen.⁵⁸ Hoe geeft iemand blijk van zijn verantwoordelijkheid? Door zorgvuldig te handelen en voor de juridische context impliceert dit toetsbaarheid van dat gedrag.

2.3.2 Zorgvuldig beslissen: waarschuwingsplicht

In het maatschappelijke verkeer kunnen zich risico's verwezenlijken. Als gevaar voor schade of verlies bekend is, dan is waarschuwing op zijn plaats: iemand kan daarna een afweging maken en beslissen. Die waarschuwingsplicht doet zich op twee manieren voor. In de eerste plaats bij de totstandkoming van verbintenissen zorgen voor een juiste voorstelling van zaken. Pas als contract-

56 Vaak hanteert men daarvoor de term 'verwijtbareheid': dat begrip is een conclusie en geen norm. Zie daarover Van Dam (2000), nr. 901. Hij pleit ervoor de termen verwijt en verwijtbareheid liever niet te gebruiken.

57 De jurist geeft immers aan: de zorgvuldigheid zoals die in het maatschappelijke verkeer betaamt. Zie ook Honoré (2002), p. 27.

58 De filosoof De Visscher (2004) plaatst hierbij de volgende kanttekening: "Kunnen wij bij alles wat wij doen en laten ons van een motief bewust zijn, een uitleg of een verklaring geven? Neen. We willen wellicht weten waarom we iets doen, maar meer dan eens stellen we vast dat een en ander ons ontsnapt en dat we helemaal niet inzien wat ons heeft bewogen." Zie p. 85-86.

partijen elkaar over en weer voldoende hebben geïnformeerd, weten ze wat ze mogen verwachten. Dit is het leerstuk van de dwaling.⁵⁹ De tweede mogelijkheid is het waarschuwen voor gevaar, bijvoorbeeld i.v.m. werkzaamheden, gevaarlijk terrein of kans op verwonding bij toeschouwen. De jurisprudentie laat daarvan tal van voorbeelden zien met als standaard het Kelderluikarrest⁶⁰ en voorts Veenbroei maar ook recent bijvoorbeeld het Jetblasarrest.⁶¹

Om juist te kunnen beslissen, zijn twee elementen van belang: (1) weten welk gevaar er kan dreigen (kennis) en (2) het gedrag afstemmen op die kennis (handelen of beslissen uit inzicht). Deze twee elementen zijn ook in de medische aansprakelijkheid van groot belang en zullen verder aan de orde komen bij het leerstuk van de *informed consent* (hoofdstuk 5).

2.3.3 Zorgvuldig handelen: zorgplicht

Het aansprakelijkheidsrecht zet vrijheid van handelen van de ene mens tegenover de bescherming van rechten en belangen van de ander.⁶² Het is niet de ongewenste afloop die het handelen van een mens kwalificeert, maar diens productieve en preventieve gedragingen die voorafgaan aan de uitkomst. Werd er in de gegeven situatie wel zorgvuldig genoeg gehandeld?⁶³

Als de onrechtmatigheid van een gedraging moet worden vastgesteld, zullen steeds twee factoren tegen elkaar afgewogen moeten worden namelijk zorg en risico. Die kunnen elk onderverdeeld worden: zorg in aard en nut van de gedraging en bezwaarlijkheid van voorzorgsmaatregelen, risico in ernst en waarschijnlijkheid van de schade.⁶⁴ Dit zijn dus de vier onrechtmatigheidsfactoren.

Iedere aansprakelijkheidskwestie is dus een afweging van zorg en risico. Voor dat afwegingsproces zijn in de rechtspraak concepten ontwikkeld, waarbij het handelen van zowel de dader als de gelaedeerde op de punten van zorg

59 Vgl. Hijma et al. (2004), par. 160 e.v.

60 Zie ook: De Mot et al. (2004).

61 HR 5 november 1965, NJ 1966, 136 (Kelderluik); HR 27 mei 1988, NJ 1989, 29 (Veenbroei); HR 28 mei 2004, RvdW 2004, 76 (Jetblast). Ook: Rechtbank Haarlem 23 december 2004, LJN AR8072 (verongelukte motorrijder) Zie verder het artikel *Kelderluik revisited*, Hartlief (2004).

62 Zoals Van Dam stelt (2000; nr. 001) "In het aansprakelijkheidsrecht gaat het om het afwegen van de vrijheid van handelen tegen de bescherming van rechten en belangen. Het beginsel hierbij is dat ieder jegens anderen *verantwoordelijk* [curs. RG] is voor zijn eigen gedragingen en voor gedragingen van personen en zaken tot wie hij in een speciale relatie staat. Ieder behoort zich ten opzichte van de ander tenminste zorgvuldig te gedragen." Zie hierover ook Sieburgh (2000), p. 9 e.v. en Schut (1997), p. 33 e.v.

63 Werd er voldaan aan de zorgvuldigheidsplicht? Tegenover zorgvuldig staat onzorgvuldig. In de *common law* wordt de term "negligence" gebruikt. Vgl. Honoré (2002), p. 16: "Negligence refers to civil liability, in whatever system, for unintended harm, where this is caused by someone's failure to meet the required standard of competence."

64 Van Dam (2000), nr. 801.

en risico worden getoetst.⁶⁵ In dergelijke arresten wordt echter eerder een denkmodel gepresenteerd dan een praktische oplossing want hoe moet elke factor nu geoperationaliseerd worden?⁶⁶

2.3.4 Schuld en risico

Traditioneel berust de toerekening van de schade aan de dader op basis van schuld.⁶⁷ Er is echter een verandering merkbaar: een omslag van het denken van schuld naar risico.⁶⁸ Daarvoor zijn verschillende factoren aan te wijzen. In onze dynamische en complexe samenleving zijn schadegevallen lang niet altijd te herleiden tot één auctor. De compensatiefunctie bij civiele aansprakelijkheid is primair economisch – en dus niet moreel – van aard. Met de introductie van directe schadeverzekeringen werd schadevergoeding niet van de laedens aan de gelaedeerde uitgekeerd maar ontstond er een collectief van *risicodragers*. In een rechtssysteem dat als responsief wordt gekenschetst, zullen veranderingen inzake opvattingen over schade van invloed zijn op de risico-toebedeling. Vooral in het verkeersrecht komt dit het beste tot uiting waarbij bepaalde categorieën weggebruikers op voorhand risicodragend zijn.

Het besef dat in het maatschappelijke verkeer altijd gevaren zullen dreigen, impliceert dat risico's een onlosmakelijk onderdeel van ieders bestaan vormen. Dit vraagt om een realistische stellingname waarbij van mensen geen absolute foutloosheid wordt verlangd, maar het gedrag van de gemiddelde mens – de virtuele maatman – de maatstaf is. Deze benadering is daarmee ook onpersoonlijker: het gaat om de wijze van handelen en niet om de dader zelf. Wordt er onnodig een gevaarlijke situatie geschapen?

De juristerij gaat op ambivalente wijze om met genoemde ontwikkeling. Vanuit de positie van de eisende partij bij medische aansprakelijkheid voert het schulddenken vaak nog de boventoon in de dagvaardings- of rekeststukken.

65 Bekend is de uitspraak in de VS van *Learned Hand* (*United States v. Carroll Towing Co.* [1947] 159 F. (2d) 169, 173) in het Nederlandse *Kelderluik* arrest (HR 5 november 1965, NJ 1966, 136).

66 Boeiend is bovendien dat de werkwijze in het *Learned Hand* arrest zowel door de geestelijke vader als door andere rechtsinstanties in de VS nauwelijks verder is toegepast. Zie daarover *Wright* (2003b), p. 1 e.v.

67 Er zijn verschillende toerekeningsgronden (art. 6:162, lid 3 BW): toerekening buiten schuld (a) krachtens de wet of (b) krachtens verkeersopvatting. Zie ook Asser-Hartkamp 4-III, nr. 77 en 86-92.

68 Vgl. Loth & Gaakeer (2003), p. 335 e.v.

2.3.5 Gevaarzetting

Als consequentie van de ontwikkeling van schuld- naar risicodenken ontstond het leerstuk van de gevaarzetting: één van de belangrijkste soorten van onzorgvuldig gedrag is de onrechtmatige gevaarzetting.⁶⁹ Dit impliceert dat iemand aan een groter gevaar werd blootgesteld dan in die omstandigheden nodig was. Er is dus altijd een minimumrisico dat niet voor compensatie in aanmerking komt. Toerekening geschiedt als nagelaten werd redelijkerwijs maatregelen te nemen om het risico tot dit basisrisiconiveau te beperken.

Dit concept heeft belangrijke operationele gevolgen. Het aantonen van gevaarzetting heeft niet alleen een kwalitatieve maar ook een kwantitatieve kant. Risico's zijn kwantificeerbaar. Als het basisrisiconiveau is omschreven en het feitelijke risico geschat, kan kansverhoging statistisch worden aangetoond. Die uitwerking zal verder in hoofdstuk 6 worden gegeven.

Niet iedere situatie van gevaarzetting loopt uit op een ongeluk. De verwijtbaarheid van het handelen van de dader zou dus niet alleen af mogen hangen van de gevallen van 'pech' die opgevallen zijn. Schade is een kernvoorwaarde voor aansprakelijkheid (2.3.6) en het vóórkomen van gevolgschade duidt op het bestaan van risico's. Als men de preventieve werking van het aansprakelijkheidsrecht als een belangrijke functie beschouwt, is het scheppen van gevaar dan al niet als schadelijk te beoordelen?⁷⁰ Zowel in het civiele als het strafrecht kan de dreiging van schade rechtsgevolgen hebben. Hoe moet daarover worden gedacht als het gaat om de risico's van medische zorgverlening?

2.3.6 Schade

Een duidelijke juridische definitie van schade is er niet, noch in de wet, noch in de parlementaire geschiedenis.⁷¹ Veeleer wordt er gewerkt met verschillende *schadeposten*. Vermogensrechtelijk is schade conceptueel een vermindering in waarde van een object, materiële schade dus. Schadeposten die voor vergoeding in aanmerking komen, staan in BW afdeling 10, boek 6, titel 1. Alleen die schade wordt vergoed die causaal in verband staat met de schadeveroorzakende gebeurtenis (art. 6:98 BW).

Soms doet zich een situatie voor waarbij men de kans op een gunstige(r) afloop misloopt door bijvoorbeeld een afgebroken onderhandeling, of in de sfeer van de beroepsaansprakelijkheid een verzuim van een advocaat of een notaris⁷² of wanneer een arts in eerste instantie een verkeerde diagnose stelt.

69 Vgl. Hartlief (2004), p. 866 e.v.

70 Vgl. het essay *Is risk a harm?* van Finkelstein (2003).

71 Zie Spier et al. (2003), nr. 199-201.

72 Bijv. HR 6 oktober 2000, nr. C98/383HR.

Dat is de doctrine van verlies van een kans.⁷³ Dit is natuurlijk als theorie plausibel, maar het is praktisch meestal erg lastig aan te geven hoe het zou zijn afgelopen als wel juist was gehandeld. Deze problematiek komt soms ook aan de orde vermomd als causaliteitsvraagstuk.⁷⁴

Bij letsel- en overlijdensschade doet zich nog een speciale situatie voor: immateriële of ook wel ideële schade. Daarbij heeft men niet alleen met het directe slachtoffer te maken maar ook met diens naasten, verwanten of zelfs met omstanders. De gebeurtenis leidt in een dergelijke situatie niet alleen tot directe personenschade maar ook tot veelal langdurige psychische reacties bij zowel het slachtoffer als degenen die de gebeurtenis mee maken en/of daarna voor het slachtoffer zorg moeten dragen. Alleen de gekwetste heeft recht op smartengeld. Vergoeding van de schrik- (schok-) of affectieschade is in het Nederlandse privaatrecht nog niet aan de orde maar een (beperkte) regeling daarvoor is in voorbereiding.

2.3.7 Causaliteit

Een weerbarstig onderdeel van het aansprakelijkheidsrecht is de causaliteitskwestie: een tweestapsproces van eerst het aantonen van een oorzakelijk verband tussen gedrag en ontstane schade (art. 6:162 BW) gevolgd door de toerekening van de schadetoebrengende gedraging aan de dader (art. 6:98 BW).⁷⁵ Als de causaliteit is vastgesteld, levert dat de rechtvaardiging van het opleggen van een juridische sanctie aan de dader. Het bepaalt wie waarvoor verantwoordelijk was.

Een belangrijk punt is dat we in de juridische context van geschilbeslechting steeds te maken hebben met de Siamese tweeling causaliteit en normativiteit: die twee zijn zo nauw met elkaar vergroeid dat ze maar moeilijk operatief te scheiden zijn.⁷⁶ Dat er door een actie schade werd toegebracht (causaliteit) is feitelijkheid en daarmee eenvoudiger vast te stellen dan duidelijk te maken dat daarbij onzorgvuldig werd gehandeld (normativiteit).

Als juridische causaliteit zo belangrijk is, hoe komen we tot de kern ervan? Over juridische causaliteit is eindeloos – en misschien ook wel ontmoedigend veel – gepubliceerd.⁷⁷ Helpt het als we ons druk maken over het onderscheid tussen wetenschappelijke en juridische causaliteit?⁷⁸ Er zijn dus twee verschil-

73 Daaruit vloeit het leerstuk voor de proportionele aansprakelijkheid voort. Zie daarover ondermeer Akkermans (1997) en Faure (2003).

74 Zie hierover o.a. Nieuwenhuis (2003), p. 56-58.

75 Zie voor een (rechtsvergelijkende) beschouwing hierover Nieuwenhuis (2003).

76 Zie Stapleton (2001), p. 941 e.v.

77 Zie bijvoorbeeld het boek van Hart & Honoré (1985), de publicaties van Wright (1988), Fumerton & Kress (2001), Geistfield (2001) et cetera.

78 Zie Stapleton (2002), p. 14-37.

lende perspectieven op causaliteit: een natuurwetenschappelijk en een juridisch.⁷⁹ Maar beide worden verenigd voor het uiteindelijke doel, namelijk de toerekening naar redelijkheid van een gevolg aan een oorzaak en een dader.

Er is de laatste decennien een verschuiving te zien van een deterministische naar een meer probabilistische opvatting over causaliteit, die ook voor het juridische denken consequenties heeft.⁸⁰ Als er een onzeker causaal verband is, kan de mate van onzekerheid worden gekwantificeerd.⁸¹ Dat komt verder aan de orde in hoofdstuk 6.

De doctrinaire juridische causaliteitsvraag is steeds meerledig: verklaring en attributie, feitelijke geschiedenis en normatief oordeel tegelijk. Hoe kon het gebeuren en wie houden we daar verantwoordelijk voor? Juist dat tweede onderdeel, de ethische inschatting, is het meest vatbaar voor kritiek want welke juridische principes en waarden liggen nu daar aan ten grondslag?⁸² Of zoals Nieuwenhuis zich bezorgd afvraagt: “Wat biedt art. 6:98 méér dan een grabbelton?” maar daaraan onmiddellijk toevoegt dat dit rechtsartikel de rechter dwingt tot rechtsvinding in de ware zins des woords.⁸³ Juridische causaliteit is een samensmelting van uiteenlopende elementen. Kan, gezien deze wirwar, niet het beste worden gekozen voor een pragmatisch-systematische aanpak⁸⁴ waarbij bovendien een meer doelgerichte en stelselmatige inbreng van niet-juridische deskundigen bij beantwoording van die toerekeningskwestie wordt gevraagd? Feitelijke toedracht en juridische toerekening blijken onderling verbonden.

Bij medische aansprakelijkheid is het vaststellen van de causaliteit het grootste vraagstuk. Om de praktische problemen het hoofd te kunnen bieden, zijn in het civiele recht wegen ontwikkeld om de causaliteitskwestie te kunnen vergemakkelijken. Dat zijn de leerstukken van de proportionele aansprakelijkheid en de z.g. omkeringsregel. Vooral de laatste biedt veel stof voor discussie.⁸⁵ Dit laat zien hoe moeilijk het causaliteitsconcept is te operationaliseren.

2.3.8 Slachtofferbescherming

Als er sprake is van letselschade door medisch tekortschieten, mag dan het slachtoffer met lege handen naar huis worden gestuurd? Maatschappelijk wordt het in toenemende mate onaanvaardbaar geacht dat een gelaedeerde onverdiend lijden zelf moet dragen en dus moet deze worden beschermd. Slachtofferbescherming heeft een verruiming van aansprakelijkheid tot gevolg. Niet

79 Zie Loth & Gaakeer (2003), p. 292 e.v.

80 Een sleutelfiguur hierbij is Wesley C. Salmon; zie bijvoorbeeld de bundel van Fetzer (1987).

81 Daarover Schäfer & Ott (2004), hoofdstuk 9 (m.n. 9.3, p. 208 e.v.).

82 Hierover Honoré, (2002), p. 3-13.

83 Aldus Nieuwenhuis (2002b), p. 36.

84 Zie Wells (2001), p. 1447 e.v.

85 Zie o.a. Abas (2003), Lindenbergh (2004).

alleen vestiging van aansprakelijkheid moet dan eenvoudiger worden, maar ook zal de omvang wijder gemaakt worden.⁸⁶

De consequenties van een dergelijke maatschappelijk bepaalde keuze voor de rechtspraktijk zijn aanpassingen in leerstukken als die van de causaliteit, bewijslastverdeling, omkering van de bewijslast, eigen schuld, schadevergoeding en smartengeld.⁸⁷ Een van de mogelijkheden is het instellen van risico-aansprakelijkheid.

Deze slachtofferbescherming heeft tot gevolg dat de laedens vaker voor de schade zelf moeten opdraaien. In het geval van risicoaansprakelijkheid is de veroorzaker altijd verantwoordelijk voor de schade, ongeacht of er in moreel opzicht wel of niet van schuld sprake is.⁸⁸ De vraag is welke invloed dit heeft op het gedrag: wordt het actief verminderen van risico's gestimuleerd, is er geen effect of maakt het onverschillig?

2.3.9 Normatieve kaders

Hierboven kwamen we het begrip gedragsbeïnvloeding al tegen. Er zijn verschillende soorten normatieve kaders, die de handelwijze van individuen willen bepalen: die van recht en die van moraal. Waar het gaat over (vermeend) onrechtmatig gedrag van mensen zijn de juridische kaders weinig gedetailleerd; daar gelden zogenaamde open rechtsnormen. Steeds wordt per situatie beoordeeld hoe de dader zich heeft gedragen en wordt – altijd achteraf – bepaald hoe deze zich had behoren te gedragen onder die omstandigheden. Van de norm afwijkend gedrag zal juridisch worden gesanctioneerd naar gelang het soort rechtspraak.

In een gemeenschap gelden echter ook sociale normen, die informeel van aard zijn. Het goed functioneren van instituties wordt in belangrijke mate bepaald door informele regels. Die sociale normen zullen door de participanten eigen gemaakt dienen te worden, tot uitdrukking gebracht en afhouden van ongewenst gedrag.

Welk normatief kader is nu effectiever wat betreft gedragsbeïnvloeding: recht of moraal? En hoe verhouden zich recht en moraal?⁸⁹ Wanneer het systeem van aansprakelijkheid wordt onderzocht op beginselvastheid, samenhang en uitwerking, wordt duidelijk dat juridisch redeneren bedoeld om regels en concepten te rechtvaardigen overeenkomt met het vinden van verantwoor-

⁸⁶ Vgl. Loth & Gaakeer (2003), p. 334.

⁸⁷ Over de zin en onzin van smartengeld: zie het debat tussen Stolker en Tjittes in RM Themis 2003, nr. 6, p. 307-310.

⁸⁸ Zie hierover Gardner (2005).

⁸⁹ Daarover Cooter (2000) en uitgebreid Cane (2002).

ding voor morele concepten.⁹⁰ De bevordering van goed gedrag is gebaat bij de synergie tussen recht en moraal.

Bij het normatieve kader hoede men zich echter voor één duidelijk gevaar: menselijk handelen wordt beoordeeld op zijn morele dimensies maar met de wetenschap van het bij de gelaedeerde opgetreden onverdiende leed loopt men het gevaar te moraliseren. Men realiseert zich dat een oordeel van de rechter niet gebaseerd is op een natuurwetenschappelijk gedragen meet- en beoordelingsmethode: de normativiteit en de objectiviteit van een juridische beslissing zijn een functie van heersende maatschappelijke opvattingen.⁹¹ Daarbij ligt het gevaar op de loer dat men alsmaar strenger wordt.⁹²

2.3.10 Welk type norm?

Welke fundamentele waarden schragen de geneeskunde en welke betekenis hebben die waarden voor het recht? Omdat het belangrijke waarden zijn voor degene die zich aan de zorg moet toevertrouwen hebben ze recht – dus gezaghebbende regelgeving – nodig voor het realiseren en handhaven ervan.⁹³ Voor die regelgeving hebben we normen nodig, maar daarvoor bestaan in de medische praktijk twee fundamenteel verschillende mogelijkheden: de aspiratieve norm en de inspanningsverplichting.

De aspiratieve norm geeft een wenselijk doel aan met de verplichting dat doel zo dicht mogelijk te naderen.⁹⁴ Daarmee wordt een wenselijke bovengrens gegeven maar geen realistische ondergrens omschreven. Het is een optimaliseringsgebod. De tekst van art. 7:453 BW, 'De hulpverlener moet bij zijn werkzaamheden de zorg van een goed hulpverlener in acht nemen', toont de figuur van de aspiratieve norm. Het criterium van de redelijkheid stelt ergens op deze glijdende schaal een grens.

Dat staat in contrast met de inspanningsverplichting. Hier wordt de arts een ondergrens gegeven waaronder men niet mag komen want dan staat de normovertreding vast. Een resultaatsverplichting is in de geneeskunde moeilijk te hanteren en alleen van toepassing op beperkt terrein (bijv. het juiste orgaan opereren, toezeggingen aan de patiënt ook nakomen).

Zowel geneeskunde als rechtswetenschap staan nog onvoldoende stil bij het probleem van de normatieve inhoud. Niemand wil genoeg nemen met een medische behandeling als het achteraf anders en dus beter had gekund.

⁹⁰ Vgl. Cane (2002), p. 17 en p. 21: "We may conclude that the criteria of good legal reasoning and of good moral reasoning about complex concepts are essentially similar in many respects."

⁹¹ Zie daarover ook Patterson (2001), p. 325 e.v.

⁹² Zie bijv. Van den Berg (2000), p. 165 e.v.

⁹³ Vgl. Den Hartogh (2004), p. 17 e.v.

⁹⁴ Vgl. Westerman (2004), p. 31 e.v.

Die constatering heeft implicaties voor de formulering van de standaard van zorg.

2.3.11 Van concept naar praktijk

De juridische concepten moeten steeds praktisch vertaald kunnen worden, maar hoe? Een belangrijk concept is dat van de juridische maatman die als vergelijking dient voor het handelen van de arts. In ons land de redelijk bekwame en redelijk handelende mens, en in common law landen de *reasonable person* standaard. Deze ideale doorsneepersoon wordt geconstrueerd naar aanleiding van de situatie waarover geoordeeld moet worden. Is er daarbij enig resultaat van empirisch onderzoek waarmee het gedrag van de modelmens wordt getypeerd?

Zulk onderzoek is er nog maar weinig. In de medische aansprakelijkheid bijvoorbeeld is dat voor enkele situaties wel gebeurd en daarbij bleek een discrepantie tussen de veronderstelling hoe de maatsdokter in de praktijk zou handelen en hoe dit in werkelijkheid was.⁹⁵

2.4 OPERATIONELE ASPECTEN

2.4.1 Mogelijkheden voor geschilbeslechting

Welke stappen onderneemt iemand die (personen)schade heeft ondervonden? Dat zullen mensen veelal onderling willen regelen. Een deel ziet af van het opeisen van schadevergoeding en schikt zich – al of niet goedmoedig – in zijn lot. De overigen houden de dader verantwoordelijk en zoeken naar een mogelijkheid voor een schikking. Als ze daar niet uitkomen, zal de hulp van derden voor oplossing van het meningsverschil worden gezocht. Daarbij bestaan verschillende mogelijkheden voor juridische en niet-juridische hulp met als uiterste redmiddel de civiele rechter. Het overgrote deel van de afwikkeling van schadeclaims gebeurt echter buiten de rechter om.⁹⁶

⁹⁵ Zie Meadow & Lantos (1998), Meadow (2002), p. 675 e.v. en Hall et al. (2002), p. 779 e.v.

⁹⁶ Vgl. Hartlief (2004), p. 111: “Slechts een zeer beperkt deel van de schade die in de maatschappij ontstaat wordt via een beroep op het aansprakelijkheidsrecht vergoed.” Deze constatering relateert *kwantitatief* de veronderstelde functies van het aansprakelijkheidsrecht, immers maar een klein deel bereikt het systeem waarvan invloed uit moet gaan op de samenleving. Zie daarover tevens het recente WODC-rapport van Velthoven & Ter Voert (2004), *Geschilbeslechtingdelta 2003*.

2.4.2 Preprocessuele afhandeling

De mogelijkheid bestaat met behulp van derden tussen dader en slachtoffer een regeling te treffen met de dreiging – impliciet of expliciet – van een geding als er geen oplossing wordt gevonden.⁹⁷ Deze als *preprocessueel* aangeduide fase wordt getypeerd als ‘bargaining in the shadow of the law’. De fundamentele vraagstukken over het vaststellen van een fout in juridische zin, de schade en het causaal verband tussen fout en schade wijken niet af van een processuele afhandeling. Toch is er nog weinig systematisch empirisch onderzoek naar de problemen en de knelpunten die bij de preprocessuele afhandeling worden ontmoet.

In verscheidene Europese landen zijn initiatieven ontplooid om de te volgen procedure bij schadeclaims te beschrijven en om een snellere afhandeling te bewerkstelligen. In het Verenigd Koninkrijk werden bijvoorbeeld naar aanleiding van het onderzoek van Lord Woolf in 1999 ‘pre-action protocols’ ingevoerd.⁹⁸ Ook in Nederland werden de problemen rond de buitengerechtelijke afwikkeling van personenschadeclaims onderkend.⁹⁹ Dit mondde voor ons land uit in een rechtsvergelijkende studie van de preprocessuele afwikkeling van claims.¹⁰⁰

Het opstellen van procedurele normen voor buitenrechterlijke regeling van schadeclaims is een formalistische en geen inhoudelijke benadering. In het Nederlandse rapport wordt onvoldoende stilgestaan bij juist de methodologische vraagstukken rond de normstelling en de werkwijze van deskundigen.¹⁰¹ Een werkwijze moet het primaire doel van het werkproces weerspiegelen: het rechtzoekende slachtoffer zal aan de hand van expliciete criteria en volgens een geschikte en beproefde methode recht gedaan dienen te worden. De praktijk laat helaas voorbeelden zien van dat gelaedeerden worden tegengewerkt, dat procedures tergend lang duren en dan zo kostbaar worden dat men afhaakt. Of er voor identieke gevallen vergelijkbare uitkomsten van de preprocessuele afhandeling plaatsvinden, de rechtseenheid, weten we niet of nauwelijks.

97 Dat kunnen (juridische) belangenbehartigers van het slachtoffer en/of vertegenwoordigers van de verzekeringsbranche zijn.

98 Zie Pre-action protocols for personal injury claims, Civil procedure rules, Department of Health, Great Britain, January 1999.

99 Zie Weterings (1999) en Tzankova (2001).

100 Zie Tzankova & Weterings (2003).

101 Zie bijvoorbeeld par. 4.4 van het rapport van Tzankova & Weterings (2003) over de medisch deskundige: het gaat over procedurele en niet over de inhoudelijke zaken (zie daarvoor Giard & Stolker 2003).

2.4.3 Processuele afhandeling

De civiele rechtspraak werkt via het ‘toernooimodel’: partijen, vertegenwoordigd door hun rechtskundige adviseurs, betreden het strijdperk en hun juridische strijd wordt beslist door een onafhankelijke magistraat of een jury. Door de hulp van de rechter in te roepen, wordt het conflict op scherp gezet. Het vonnis levert een winnaar en een verliezer in een situatie waar het verliezen van de strijd meestal psychologisch moeilijk te accepteren is. Soms ook beschouwen beide partijen zich als verliezer en gaan allebei in beroep.

Het rechterlijke oordeel staat, indien niet bestreden of als dit afkomstig is van de Hoge Raad, vast met alle gevolgen van dien. Hoewel er in Nederland geen formele precedentwerking is, hebben gerechtelijke uitspraken wel degelijk hun effect.

De vraag hoe effectief en efficiënt de civiele rechtspraak – vooral het aansprakelijkheidsrecht – is, kan bij ontbreken van methodologisch verantwoord empirisch onderzoek eigenlijk niet worden beantwoord. Kan deze vorm van rechtspraak beter of zijn er meer geschikte alternatieven voorhanden?

2.4.4 Alternatieve geschillenbeslechting

De praktische en emotionele problemen rond formele geschilbeslechting hebben in Nederland, in navolging van *common law* landen, geleid tot de opkomst van geschilbehandelingsmethoden waarbij de derde geen beslissende maar een bemiddelende rol speelt.¹⁰² De civiele rechtspraak in de klassieke vorm schiet vaak te kort.¹⁰³ Maar biedt een meer empathische derde een goed alternatief boven de afstandelijke en onverbiddelijke rechter? Zijn juist de emotionele zaken als medische aansprakelijkheid niet bij uitstek geschikt voor ADR?¹⁰⁴ Zo’n praktische keuze wordt gedicteerd door de uitkomsten van goed empirisch onderzoek naar welke geschillenbeslechtingmethode voor welk probleem de beste oplossing is. Dat is er (nog) niet.

102 Zie hierover het themanummer van *Ars Aequi Buiten de rechter om*. Juli/augustus 2002 en m.n. het overzicht van Snijders (2002b). Voorts de rubriek *Stelling* van het NJB 2002, nr. 15, p. 753-757.

103 “Een geschil is nu juist een belangentegenstelling waar partijen niet samen uit komen. Om dan wel van ze te verwachten dat ze het eens worden over de manier waarop ze het geschil zullen oplossen, is in de praktijk veel gevraagd. Schikken, het overeenkomen van een oplossing is één ding. Maar hoe vaak komen partijen na het ontstaan van een geschil een procedure als arbitrage, bindend advies, bijzondere procesregelingen, prorogatie, sprongcassatie of mediation overeen? Als er eenmaal een geschil is, wil de ene partij meestal niet de procedure die de ander wil: wantrouwen, strategisch gedrag of psychologische beperkingen zijn de oorzaken.” Aldus Barendrecht (zie genoemde NJB-rubriek *Stelling* in vorige noot).

104 ADR is de afkorting van *alternative dispute resolution*.

2.4.5 Cognitieve valkuilen bij oordeelsvorming

Een kernprobleem bij aansprakelijkheidskwesties is dat de rechter over een situatie moet oordelen waarvan hij¹⁰⁵ de verkeerde afloop en de daaraan voorafgaande betwiste handelwijze al weet. Daarnaast zijn er tal van andere psychologische factoren die een juist oordeel kunnen vertroebelen.¹⁰⁶

Van de rechter wordt een gedragstoetsing *ex ante* verwacht terwijl de wetenschap *ex post facto* het oordeel kan beïnvloeden.¹⁰⁷ Fischhoff beschreef dertig jaar geleden het fenomeen van de *hindsight bias*.¹⁰⁸ Hij liet zien dat wie achteraf een situatie moet beoordelen met kennis van de ongewenste afloop zowel de waarschijnlijkheid van dat voorval als de voorzienbaarheid ervan overschat: het oordeel valt daardoor doorgaans strenger uit.¹⁰⁹

Het bewust geen rekening houden met een bekende uitkomst terwijl men een oordeel moet vellen, is cognitief gezien een moeilijke taak.¹¹⁰ Toch blijkt uit observationeel en experimenteel onderzoek dat de rechter niet immuun is of kan worden gemaakt voor *hindsight bias*.¹¹¹ Overigens blijkt het evenmin een wetmatigheid: ondanks kennis van de gebeurtenissen kan toch ook een juist oordeel worden gegeven.¹¹² Het bestaan van dit cognitieve fenomeen, waarmee de gedaagde strenger dan gewenst zal kunnen worden beoordeeld, nodigt uit om het beter te bestuderen en nauwkeurig in kaart te brengen.¹¹³ Ook zal men creatief moeten zijn om *debiasing* technieken te ontwikkelen en in procedures in te bouwen.¹¹⁴

Een bijzonder aspect van dit probleem is het taxeren van de intenties van de dader. Als er schade is aangericht, worden bij de juridische beoordeling van de verantwoordelijkheid de intenties van de dader gewogen.¹¹⁵ Bij die weging wordt wederom de schadelijke afloop betrokken. Ook hier is aanneme-

105 In dit boek wordt korthedshalve steeds "hij" gebruikt waar "hij of zij" zou moeten staan.

106 Zie voor uitvoerige bespreking van cognitieve valkuilen bij rechtspraak: Guthrie (2001), p. 777 e.v., Rachlinski (1999), Rachlinski (2000) en Drahozal (2004). Voorts het themanummer *Symposium on law, psychology, and the emotions* van de Chicago-Kent Law Review 2000 vol. 74, nr. 4.

107 Vgl. Van Boom (2003), p. 11 e.v.

108 Fischhoff (1975), p. 288 e.v. Zie hierover ook Henriksen & Kaplan (2003), p. ii46 e.v.

109 Vgl. Hoffrage & Pohl (2003): "With hindsight, we tend to exaggerate what we had known in foresight."

110 Zie Kamin & Rachlinski (1995), p. 89 e.v. en ook LaBine & Labine (1996), p. 501 e.v.

111 Zie bijvoorbeeld het themanummer van *Memory* (2003, vol. 11, nr. 4/5) gewijd aan hindsight bias (m.n. de bijdragen van Hoffrage & Pohl, Pezzo en Hertwig et al.), Berlin (2000), Kamin & Rachlinski (1995), LaBine & Labine (1996). Voorts Worthington & Stallard (2002), p. 154 e.v.

112 Zie Pezzo (2003), p. 421 e.v.

113 Dat geldt niet alleen voor het oordeel door de rechter maar ook bij deskundigenonderzoek. Daarover Merkelbach et al. (2003), p. 710 e.v. Zie verder hoofdstuk 7.

114 Daarover Risinger et al. (2002), p. 1 e.v.

115 Zie Cane (2003), p. 46-48 en p. 202 e.v.

lijk gemaakt dat een verkeerde afloop het oordeel ter zake van de intenties kleurt.¹¹⁶

2.4.6 Maken rechters geen fouten?

Als rechters – net als artsen – beslissingen moeten nemen in situaties van onzekerheid, dan zullen ze ook verkeerde uitspraken doen, fouten maken dus. Juridische oordelen zijn, net zoals medische, feilbaar. Binnen de rechtsgeleerdheid lijkt dit onderwerp vooralsnog een anathema. Het woord ‘fout’ neemt men echter niet graag in de mond. In de wetenschappelijke literatuur kan men regelmatig inhoudelijke kritiek vernemen op rechterlijke beslissingen.¹¹⁷ Als in het strafrecht, naar meestal later blijkt, een onschuldige werd veroordeeld, spreekt men van ‘rechterlijke dwaling’.¹¹⁸ Een belangrijk punt is, net zoals in de geneeskunde, om het begrip rechterlijk dwaling zowel conceptueel als operationeel voldoende precies te definiëren.¹¹⁹

Tabel 2.1: De basis van beoordelingsfouten¹²⁰

KERNOORZAAK VAN HET FALEN	MOGELIJKE OPLOSSING
<i>Intellectuele factoren</i>	
Overschatting van het eigen kunnen	Directe duidelijke terugkoppeling
Beperkte cognitieve capaciteit	Minder cognitieve belasting
Fenomenen van toeval	Training in waarschijnlijkheidsleer
<i>Geen controle op fouten</i>	
Vasthouden aan oorspronkelijk oordeel	Zoeken naar alternatieve mogelijkheden
Geen zelfkritiek	Meer nederigheid
Niet bewust van tekortschieten	Peer review
<i>Omgevingsfactoren</i>	
Systeem niet ontworpen op ontdekken van fouten	Controle- en follow-up systemen
Voortborduren op fouten van anderen	Betere supervisie
Geen druk om vak bij te houden	Beter blijven

116 Vgl. de publicaties hierover van Knobe (2003) en (2004).

117 Vgl. bijvoorbeeld de recente publicatie van Wiggers-Rust over het relativiteitsvereiste bij de uitspraak over baby Kelly (2004).

118 Diverse uitspraken van de strafrechter moesten de laatste jaren wegens beroep en cassatie worden herroepen. Sprekende herzieningsarresten zijn de Puttense en de Deventer moordzaak en de Schiedammer parkmoord. Daarover Knoops (2005), p. 89 e.v.

119 Knoops (2005, p. 90) laat twee strafrechtelijke benaderingen zien voor begripsomschrijving. Voor medische aansprakelijkheid kunnen deze als volgt worden getransponeerd: (1) een hulpverlener wordt veroordeeld voor een fout die hij niet heeft begaan of breder (2) een veroordeling op grond van onzorgvuldige *fact finding*, onjuist deskundigenbericht etc.

120 Bewerkt naar Redelmeier et al. (2001), p. 359.

De basis voor het maken van beoordelingsfouten is voor artsen en rechters fundamenteel niet verschillend en wordt in de tabel 2.1 op hoofdlijnen aangegeven.

De in deze tabel opgesomde dwalingmogelijkheden zijn rechters niet vreemd en maakt dat ze dus ook fouten zullen maken: ze zijn – gelukkig – menselijk.¹²¹

In tegenstelling tot artsen kunnen rechters niet voor foute beslissingen aansprakelijk gesteld worden. Rechtssubjecten worden de mogelijkheid van civiel appel en cassatie geboden. Maar wat is de betekenis van onderzoek naar *legal error*? In het aansprakelijkheidsrecht wordt maatschappelijke zorgvuldigheid getoetst. Als het zorgvuldigheidsniveau door de rechter te hoog of te laag wordt gesteld, zal de beslissing onjuist zijn: of men wordt onbillijk verantwoordelijk gehouden voor de schade of onterecht daarvan vrij gesproken. Als aansprakelijkheidsrecht het gedrag van mensen wil beïnvloeden, hebben foute beslissingen van rechters dus een verkeerd effect hierop.¹²²

Het gaat hier om kwaliteitstoetsing van rechtspraak. Twee belangrijke elementen daarvan zijn procedurele toetsing en uitkomsttoetsing. De procedurele kant heeft binnen de juridische professie natuurlijk grote aandacht. Er is een gedetailleerde wetgeving inzake burgerlijk procesrecht.¹²³ Maar dat alleen is onvoldoende: er is ook de bedrijfsmatige en inhoudelijke vormgeving ervan. Uitkomsttoetsing is binnen de rechtspraak echter nog nauwelijks ontwikkeld. Eigenlijk is er alleen sprake van een incidentele toetsing, zowel procedureel als inhoudelijk, via de formele beroepsmogelijkheden. Vormt de mogelijkheid van hoger beroep en cassatie een geschikt systeem van kwaliteitscontrole? Het zal er zeker aan kunnen bijdragen, maar het is geenszins *systematische* toetsing van de kwaliteit. Een probleem bij stelselmatig onderzoek van rechterlijke beslissingen is de noodzaak van een objectieve en onafhankelijke gouden standaard.¹²⁴

Goede kwaliteit van rechtspraak is nooit vanzelfsprekend en bovendien maar ten dele afhankelijke van procedurele kaders. Normatief onderzoek van de normenwetenschap is nog maar nauwelijks verricht maar is zowel vanuit professioneel als maatschappelijk oogpunt dringend nodig.¹²⁵ Een ding is zeker: aangezien rechters net zoals artsen hun beslissing moeten baseren op

121 Vgl. Wagenaar & Crombag (2002), p. 835 e.v.

122 Zie Warren Schwartz (2000), p. 1029 e.v.

123 Wetboek van burgerlijke rechtsvordering, Wet op de rechterlijke organisatie, rolreglementen etc.

124 Een goed voorbeeld is het onderzoek van Melchior & Pronk (2005) over de oordelen van het Centraal Tuchtcollege. Het is schokkend te noemen dat deze onderzoekers constateren dat hoe vaak uitspraken van regionale colleges werden vernietigd en waarom dat nog *nooit* systematisch was onderzocht.

125 Een opeenvolging van fouten in het strafrecht leidde tot commentaar van de advocaat-generaal van de Hoge Raad, mr. N. Jörg, die daarbij pleit voor een *mobilization of shame*. Zie HR 31 januari 2005, LJN AR 7190 HR 01698/04 en NRC Handelsblad 29 januari 2005 ('Rechters maken teveel fouten'). Voorts Knoops (2005), p. 89 e.v.

incomplete informatie die bovendien de situatie niet altijd accuraat weergeeft, zullen foute beslissingen onvermijdelijk zijn.

2.5 METHODOLOGISCHE ASPECTEN

2.5.1 Inleiding

Het recht is een dynamisch systeem. Praktijkjuristen en de juridische wetenschappers opereren niet in *splendid isolation*. Opzienbarende uitspraken van rechters confronteren de rechtswetenschap met zichzelf en met reacties van de 'buitenwereld'. Maatschappelijke en wetenschappelijke ontwikkelingen doen hun invloed op het recht gelden. Daarmee ziet men zich gesteld voor nieuwe praktische en fundamentele vragen waarop antwoorden zullen moeten worden geformuleerd terwijl ook 'oude' vragen weer actueel kunnen worden.

In toenemende mate heeft de jurist, of hij het wil of niet, te maken met interdisciplinariteit. Wat betreft de ordenende functie van het recht blijkt dat ook andere wetenschappen ideeën en opvattingen hebben over bepaalde maatschappelijke vraagstukken. De jurist moet daardoor vaak een beroep doen op hun inbreng bij de totstandkoming van wetgeving.¹²⁶ Ook bij de geschilbeslechtende functie zal de rechter, zeker bij aansprakelijkheidskwesties, te maken krijgen met niet-juridische wetenschappelijke thema's en bewijsproblematiek.¹²⁷

Wetgeving en rechtspraak zullen dus niet alleen maatschappelijke veranderingen moeten incorporeren¹²⁸ maar tevens openstaan voor ontwikkelingen op het gebied van methodenontwikkeling.¹²⁹ Met contacten over de eigen grenzen heen ziet de jurist zich geconfronteerd met zijn eigen wetenschappelijke vooronderstelling en methodieken en die confrontatie nodigt uit – of dwingt – tot (zelf)reflectie.

2.5.2 Casusgerichtheid en onderzoek van het rechtssysteem

Aan ieder vonnis dient steeds een rechtsregel ten grondslag te liggen. In het aansprakelijkheidsrecht wordt de positiefrechtelijke basis gevormd door open

¹²⁶ Zie Herweijer (2004), p. 55 e.v.

¹²⁷ Vgl. Beecher-Monas (2000).

¹²⁸ Vgl. Vranken in zijn preadvies (2003): "In het schema wetgeving-rechtspraak is de beantwoording van de vraag welke maatschappelijke veranderingen, hoe en in welke mate doorwerken in het burgerlijke recht, voorbehouden aan de wetgeving en de rechtspraak. Zij zijn de sluizen die gepasseerd moeten worden, willen maatschappelijke veranderingen rechtens relevant zijn."

¹²⁹ Vgl. de activiteiten op dat gebied van de Campbell Collaboration (sociale wetenschappen), AGREE (medische protocollen), Cochrane (evidence-based medicine).

rechtsregels waardoor de rechter die blanketnorm moet invullen.¹³⁰ Daardoor bestaat het aansprakelijkheidsrecht vooral uit *case law*.¹³¹ De juridische studie is in hoofdzaak praktijkgericht om te leren hoe casusposities op te lossen en daarover verzucht Vranken: “Beschouwingen over achtergronden en tendensen, over de samenhang met maatschappelijke ontwikkelingen, over morele waarden en keuzen, over ideeën- en theorievorming of over inter- en multidisciplinaire benaderingen in het burgerlijk recht treft men er niet in aan.”¹³²

Wie het functioneren van aansprakelijkheidsrecht als *systeem* wil onderzoeken, zal dus de omslag moeten maken van casusgericht naar populatiegericht denken. Dat betekent dat men gaat zoeken naar gemeenschappelijke kenmerken van selecte of aselechte groepen casusposities, dat men kijkt naar effecten van rechtspraak op het gedrag van justitiabelen. Maar aan welke voorwaarden moet dan voldaan worden, wil men dergelijk onderzoek kunnen uitvoeren?

2.5.3 Verzamelen van casuïstiek

Er bestaat zowel nationaal als internationaal een – schier overdadige – hoeveelheid jurisprudentie over aansprakelijkheidskwesties waaruit de onderzoeker conclusies moet zien te trekken. Dat betekent ten eerste dat we alle voor onderzoek relevante casusposities¹³³ moet zien te identificeren (logistieke voorwaarden) en ten tweede dat we beschikken over methoden en technieken voor zo’n bestudering (methodologische condities).¹³⁴

Een logistieke voorwaarde is dus dat beschikt kan worden over *alle* rechterlijke uitspraken, bijvoorbeeld die op het gebied van medische aansprakelijkheid. Deze zullen dus als zodanig herkenbaar moeten zijn en daarom met een onderscheidend kenmerk op een centraal punt geregistreerd. Een mogelijkheid zou zijn via een landelijke databank zoals die van www.rechtspraak.nl. Dat is helaas (nog) niet mogelijk.¹³⁵

Over welke methoden en technieken dienen we te beschikken als we antwoorden willen geven op vragen als: tegen welke achtergronden moeten

130 Hetzij het niet nakomen van een verbintenis (wanprestatie; art. 6:74 BW), hetzij op basis van onrechtmatige daad (art. 6:162 BW). Deze algemene normen (open normen, blanketregels) moeten dan steeds op het concrete geval, de omstandigheden in aanmerking nemende, worden toegepast.

131 Wat dat betreft is er weinig onderscheid tussen ons civiele recht en *common law*. Daarover Van Dam (2000), nr. 501 (met aanvulling op internet).

132 Vranken (2003), p. 7 e.v. over m.n. de inhoud van juridische studie- en handboeken.

133 Voor deze stap zijn dus in- en exclusiecriteria nodig.

134 De Geest (2004) wijst op het veelvuldig gebruik van verkeerde methoden of juist het ontbreken daarvan.

135 Deze databank is niet volledig, d.w.z. alle uitspraken bevattend; in de toelichtende tekst bij deze site staat: “De uitsprakendatabank van Rechtspraak.nl bevat uitspraken die zijn geselecteerd.” Men kan weliswaar via trefwoorden zoeken maar er is geen uniforme codering beschikbaar.

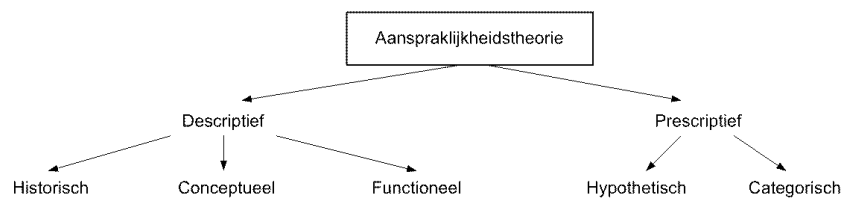
bepaalde uitspraken worden gezien? Welke tendensen zijn er merkbaar? Bestaat er samenhang met maatschappelijke ontwikkelingen? Welke morele waarden en keuzen liggen er ten grondslag aan de uitspraak? Hoe staat het met de ideeën- en theorievorming?¹³⁶ Hoe kwamen de rechters tot hun oordeel?¹³⁷

Effecten van rechterlijke beslissingen op macroniveau zijn tot nu toe vooral vanuit de rechtseconomische hoek bestudeerd. Een meer stelselmatige analyse van aansprakelijkheidsrecht vraagt niet alleen economische inbreng maar vergt een multidisciplinaire aanpak.

2.5.4 Descriptieve en prescriptieve methoden van onderzoek

Een belangrijk aandachtspunt is dat we te maken hebben met twee duidelijk verschillende gezichten van het aansprakelijkheidsrecht: *the law in the books*, de doctrinaire opvattingen over het aansprakelijkheidsrecht, en *the law in practice*. Descriptie en prescriptie vallen niet noodzakelijkerwijze (volledig) samen. Goldberg geeft het volgende schema van de te bestuderen aspecten van het aansprakelijkheidsrecht.¹³⁸

Figuur 2.3: Schema indeling aansprakelijkheidsrecht naar Goldberg (2002 en 2003)



We richten ons in dit onderzoek op de descriptieve tak van dit schema en dan vooral op conceptuele en functionele kant van het aansprakelijkheidsrecht, waarbij we steeds weer terechtkomen in het aloude en bekende kwestie van doelen en middelen. Het verrichten van empirisch onderzoek naar de praktische effecten gebeurt nog maar mondjesmaat. De uitkomsten daarvan zijn een spiegel voor de theoretische doelstellingen.

¹³⁶ Vergelijk Vranken (2003), p. 7 e.v.

¹³⁷ Wat dit punt betreft, bestaan er grote verschillen tussen rechters en rechtbanken qua uitwerking en formulering van vonnissen. Zijn de gebruikte argumenten wel expliciet genoeg om te kunnen onderzoeken?

¹³⁸ Goldberg (2002), p. 4 en Goldberg (2003), p. 514-516.

2.6 HET WETENSCHAPPELIJKE TEKORT

Hoe is het gesteld met de wetenschappelijke kwaliteit van de universitaire en praktische rechtsbeoefening? Waaraan kan die kwaliteit worden afgemeten? Deze discussie is in ons land al een aantal jaren gaande.¹³⁹ Recent werd dit debat door Stolker weer nieuw leven ingeblazen met kort daarop een bijdrage aan deze discussie van De Geest.¹⁴⁰ Anderen vinden dit debat wat overtrokken.¹⁴¹ We kunnen het discours opsplitsen in drie verschillende onderwerpen: (1) een algemene analyse van het inhoudelijke en methodologische tekort van de rechtswetenschap, (2) de lacunes die men tegenkomt bij het praktisch oplossen van casusposities, en (3) het gebrek aan empirisch onderzoek naar de aanleidingen en de effecten van juridische interventies.

De juristerij van alledag is geworteld in de rechtswetenschap.¹⁴² Toch is er binnen het recht een duidelijke dualiteit: de facultaire rechtsgeleerdheid enerzijds en de praktische juristerij anderzijds.¹⁴³ Er is sprake van een wederzijdse beïnvloeding tussen deze. De kwaliteit van de rechtswetenschap is een belangrijke – maar zeker niet allesbepalende – factor voor de praktische beoefening van het recht. Men kan de vraag naar (het gebrek aan) wetenschappelijkheid op twee manieren benaderen: ten eerste door de praktische vraag te stellen hoe juridische oplossingen in de praktijk uitpakken of de meer filosofische georiënteerde discussie aan te gaan op grond van welke eigenschappen de juridische activiteiten als wetenschappelijk kunnen worden beschouwd.¹⁴⁴

Als maatschappelijk gefundeerd instituut is voor de praktische rechtsbeoefening van belang dat iedere justitiabele zich verzekerd weet van het gelijkheidsbeginsel dat resulteert in rechtseenheid en rechtszekerheid. Het mag er bij eenzelfde feitencomplex niet toe doen welke rechtbank of welke rechter over de zaak een beslissing neemt. Analyse van de juridische antwoorden op een *wrongful life claim*¹⁴⁵ laat zien hoe één rechtsvraag door beoefenaren van de

139 Zie bijvoorbeeld Barendrecht (1996) en de recente bundel van Broeksteeg & Stamhuis (2004).

140 Zie Stolker (2003) en De Geest (2004) en het themanummer van het NJB over de rechtswetenschap (2004, nr. 28).

141 Zie Van Rhee (2004), p. 196 e.v.

142 Opvallend is dat binnen universitaire gemeenschappen bijna alle vormen van wetenschapsbeoefening met het achtervoegsel 'wetenschap' wordt aangeduid, behalve de juridische: de *rechtsgeleerdheid*.

143 Daarover Loth & Gaakeer (2003) hfdst. 2, 4, 10 en 13, alsmede Cliteur (2003).

144 De vraag naar wat ware wetenschap nu precies is, is zo oud als de beoefening ervan. Zie bijvoorbeeld Koningsveld (1976), O'Hear (1989) en Chalmers (1999).

145 Met deze term *wrongful life* wordt aangegeven dat dit kind niet had mogen worden geboren vanwege (ernstige) aangeboren afwijkingen die ontdekt hadden kunnen worden met prenatale diagnostiek. Men kent daarnaast termen als *wrongful conception* en *wrongful birth*. Zie daarover Keirse (2004), p. 607 e.v. De eerste Nederlandse claim op dit gebied werd recent door de HR toegewezen. Zie HR 5 november 2004 (conclusie mr. Hartkamp), LJN: AR5213, C03/206HR en HR 18 maart 2005, LJN: AR5213, C03/206HR.

rechtswetenschap zeer uiteenlopend beantwoord kan worden: een inventarisatie levert tenminste negen verschillende antwoorden op.¹⁴⁶ Ook de kwestie van *wrongful birth* levert verschillende opinies op.¹⁴⁷ Dat is op zich niet als onwetenschappelijk te classificeren: er kunnen ter verklaring of oplossing meerdere hypothesen/uitkomsten worden gegenereerd. Wat wel verwacht mag worden, is dat vervolgens onderzocht wordt welk van die mogelijkheden het ideale recht vormt. Juist op dat punt schiet de rechtswetenschap volgens De Geest het meeste tekort.¹⁴⁸

De rechtswetenschap heeft drie verschillende taken: waarneming, theorievorming en bepaling van optimaal recht. In bèta-wetenschappen komt de laatstgenoemde functie niet voor, maar zowel in het recht als de geneeskunde duidelijk wél. Dat vraagt een aparte methodologie, anders dan die voor waarnemingen of theorievorming. Een optimale wetgeving of geschilbeslechting dan wel de meest gunstige gezondheidszorg wordt primair bepaald door de doelstellingen die men aan de respectievelijke systemen toekent.¹⁴⁹ Als er meerdere oplossingen voor een vraagstuk zijn, zal door vergelijkend onderzoek moeten worden gezien welke benadering het dichtst komt bij het gestelde doel of doelen. Dat impliceert tevens dat men aan de verschillende mogelijke uitkomsten een waardering toekent. Dat brengt ons naar het volgende punt: kennistekort.

2.6.1 Het epistemologische tekort

Welke kennis is er in de praktijk van het aansprakelijkheidsrecht nodig om juist en rechtvaardig te kunnen oordelen wanneer twee partijen van mening verschillen wie er voor de kosten van aangerichte schade op moet draaien? Bij foutaansprakelijkheid speelt het vellen van een oordeel over wie er nu verantwoordelijk is voor de schade zich af in een situatie van onzekerheid. Maar die onzekerheid is niet psychologisch, maar epistemologisch van aard en er zijn tenminste twee bronnen.

In de eerste plaats heeft de rechter vaak bijzonder veel informatie van partijen nodig vanwege de vage rechtsnorm. Die informatie wordt geleverd door procespartijen, maar is vaak sterk gekleurd. Als logisch gevolg van de open rechtsnorm zal de eisende partij aan de hand van 'feiten' betogen dat de gedaagde in gebreke is gebleven, wat door laatstgenoemde weer met

¹⁴⁶ Zie Stolker (2003), p. 768 e.v.

¹⁴⁷ Zie de Britse uitspraken *McFarlane v. Tayside Health Board* [2000] 2 AC 59 of *Rees v. Darlington Memorial Hospital NHS Trust*, House of Lords [2003] UKHL 52. In het laatste geval liggen de meningen van de lawlords ver uiteen.

¹⁴⁸ De Geest (2004), p. 59 e.v.

¹⁴⁹ De Geest (2004) verwijst in zijn artikel naar de hypothetische imperatief van Kant. Coleman (2003) stelt ook dat de doelstellingen van het aansprakelijkheidsrecht bepalend zijn voor de conceptuele en operationele aspecten van *tort law*.

dezelfde of andere ‘feiten’ ontkend zal worden. Kan de rechter deze beide versies objectief verifiëren?¹⁵⁰

In de tweede plaats gaat het om vaststellingen van de norm om de rechtsfeiten aan te kunnen toetsen. Is er wel een als wetenschappelijk te beschouwen norm en is deze in de praktijk voldoende gevalideerd?¹⁵¹

De vraag is dus: hoe ziet betrouwbare kennis eruit en waar is deze te vinden? Wanneer we niet of onvoldoende beschikken over antwoorden op de juridische vragen voor het vestigen en begroten van aansprakelijkheid voor schade is er sprake van een epistemologisch tekort.

Dat er in de rechtspraktijk sprake is van een dergelijk kennistekort, wordt aan de hand van verschillende casusposities beargumenteerd in een studie over structurele fouten van Van Boom.¹⁵² Maar welke tekorten worden er verondersteld en waaruit blijkt dat? Kenmerkend is voor het aansprakelijkheidsrecht dat men zich moet buigen over een risico dat zich heeft verwezenlijkt. Maar daarover zal nadere informatie moeten worden verkregen. Om welk risico gaat het? Hoe groot is de kans op verwezenlijking van dat dit risico? Welke factoren kunnen er verantwoordelijk voor zijn dat zoiets gebeurt? En als dat gebeurt, wat zijn dan de mogelijke gevolgen? Welke maatregelen zijn er denkbaar ter voorkoming? Hoe zit het met de balans tussen zorg en risico?

Dit zijn allemaal essentiële vragen, maar daarmee hebben we het probleem nog niet volledig in kaart gebracht. Er moet aan verzamelde gegevens uiteindelijk betekenis worden toegekend. Daarbij spelen cognitief psychologische factoren een rol. Aansprakelijkheidsrecht houdt zich bezig met onverwachte gebeurtenissen met ingrijpende gevolgen voor het slachtoffer. De betekenis die aan menselijk handelen *achteraf* wordt toegekend, blijkt in hoge mate bepaald te worden door de afloop.

2.6.2 Het empirische tekort

“The prophecies of what the courts will do in fact, and nothing more pretentious, are what I mean by the law”, zo omschreef Oliver Wendell Holmes jr het recht.¹⁵³ Iedere wetenschap houdt zich bezig met het onderzoeken van verschijnselen in een omschreven segment van het wetenschappelijke universum door fenomenen te beschrijven, te ordenen, te doorgronden en te kunnen verklaren. Naarmate het proces van beschrijven exacter en het verklaren succesvoller wordt, kan de afloop van nieuwe gebeurtenissen steeds beter

¹⁵⁰ Vgl. Van Bijnen (2004).

¹⁵¹ Een belangrijk punt is wat een aanvaardbare risiconorm is. Er zijn echter grenzen aan de mogelijkheden van wetenschap om zulke limieten te stellen. Daarover bijv. Coglianese & Marchant (2004), p. 1255 e.v.

¹⁵² Vgl. oratie van Van Boom (2003).

¹⁵³ Holmes (1897).

worden voorspeld en neemt daarmee het gezag van die wetenschap toe. Dit algemene evolutionaire principe geldt vanzelfsprekend ook voor het met succes verwerven en toepassen van kennis door de rechtswetenschap. Vooruitgang van wetenschap is weliswaar een schokkerig maar toch wezenlijk cyclisch proces.¹⁵⁴ Een belangrijke conditie om te weten waar men staat, is overpeinzing: dat periodiek rekenschap wordt afgelegd over datgene wat men tot stand heeft gebracht – of denkt te hebben gerealiseerd. Een belangrijke bron voor zelfreflectie is periodieke empirische toetsing.

Wat weten we eigenlijk van de praktijk van de medische aansprakelijkheid? Wat zouden we ervan willen of moeten weten? Welke gegevens hebben we daarvoor nodig? De gereedschapskist van de juridische wetenschap bevat verschillende wetenschappelijke instrumenten. Een belangrijke traditie in de rechtswetenschap is bijvoorbeeld die van analyse van jurisprudentie en het proberen te ontdekken van nieuwe trends, vooral aan de hand van uitspraken van ons hoogste rechtscollege, de Hoge Raad.¹⁵⁵ Als belangrijk of exemplarisch geduide rechterlijke uitspraken worden gepubliceerd in vaktijdschriften en vaak van commentaar voorzien door gerenommeerde vakgenoten. Bij de discussie over de wetenschappelijke status van de rechtswetenschap is bijvoorbeeld kritiek geuit op die annotaties: ze worden niet meer als het summum van rechtswetenschap beschouwd.¹⁵⁶ Zo'n annotatie is zeker niet zonder betekenis,¹⁵⁷ maar het blijkt vooral een opinie van één rechtsgeleerde naar aanleiding van een rechterlijke uitspraak en is naar haar aard dus meestal meer een anekdotische dan een systematische beschouwing.¹⁵⁸ De meer stelselmatige aanpak impliceert dat men de casuïstiek ontstijgt om te zien wat de trends zijn van systematisch verzamelde en geanalyseerde rechtspraak en de effecten van geschilbeslechting op groeps- of maatschappijniveau. Wie zich als praktijkjurist of arts uitsluitend bezighoudt met het dagelijks afhandelen van casus kan de negatieve of positieve effecten op meso- en macroniveau ontgaan.

Met meer empirisch onderzoek in de rechtswetenschap weet men beter welke effecten er van de rechtstoepassing uitgaan en voorts kunnen er probleemgebieden worden geïdentificeerd. Zulk onderzoek staat mede onder

154 Zie De Groot (1994), p. 1-33.

155 Illustratief daarvoor is de discussie over de zogenaamde 'omkeringsregel'; zie daarvoor bijvoorbeeld Abas (2003) en Lindenberg (2004).

156 Zie o.a. Stolker (2003) en het rapport van de Visitatiecommissie Onderzoek Rechtsgeleerdheid (2003).

157 Zie verder in het preadvies van Vranken (2003) diens opmerkingen over annotaties, p. 47 en 48.

158 Zie het redactionele commentaar van Snijders (2003); deze vindt de annotatie wél een rechtswetenschappelijk geschrift en beroept zich daarbij ondermeer op Bloembergen.

invloed van de rechtseconomie.¹⁵⁹ De term ‘empirie’ verdient in deze context precisering, maar ook het doel van dit middel mag niet uit het oog worden verloren. ‘Empirie’ duidt ervaring als bron van kennis aan. Annotaties zijn weliswaar empirisch te noemen maar zijn toch anekdotisch van aard.¹⁶⁰ Waarvoor steeds meer gepleit wordt, is het op geleide van een heldere vraagstelling methodisch verzamelen van gegevens die zich lenen voor een gerichte kwantitatieve analyse: het probleem moet gedefinieerd worden, geanalyseerd en opgelost.¹⁶¹ Men kan bijvoorbeeld veronderstellen dat van het aansprakelijkheidsrecht een preventieve werking uitgaat, maar hoe is dat in de praktijk te controleren? Evenzo of defensieve geneeskunde er een gevolg van is. Maar ook onderzoek naar het vóórkomen van medische incidenten en hoe vaak daarbij een claim wordt ingediend is nodig, net zoals een analyse van alle klachten terzake van vermeende medische incidenten bij ziekenhuiscommissies, tuchtcolleges en civiele rechtbanken

Een nieuwe trend is wetsevaluatie, waarbij vaak al in nieuwe wetten de regel is opgenomen dat deze na een bepaalde periode moeten worden geëvalueerd. Ook dat is bij uitstek een geschikt terrein voor empirisch onderzoek, maar de juridische professie toont nog veel te weinig inzicht in hoe dit zowel procedureel als praktisch moet plaatsvinden. Er is bijvoorbeeld nogal stevige kritiek geuit op het gebrek aan deugdelijke en duidelijke methodieken en het feit dat bij de wetgeving belanghebbende instanties betrokken zijn bij de beoordeling.¹⁶²

159 Zie Galanter (1996), Saks (1992), Korobkin (2002), Stolker (2003), Vranken (2003) en De Geest (2004). Zo stelt bijvoorbeeld Galanter: “Unfortunately, much of the debate on the civil justice system relies on anecdotes and atrocity stories and unverified assertion rather than analysis of reliable data. In part, this is a reflection of the paucity of reliable systematic information about the working of the civil justice system. Members of the research community have urged the necessity for cultivating a stronger knowledge base.”

160 Mede naar aanleiding van Stolkers steen in de vijver (2003) is er een polemiek op gang gekomen over de wetenschappelijke betekenis van annotaties (zie de reacties van Snijders [2003] en Jansen [2003]). De kern van de kritiek is de voorstanders van annotaties echter ontgaan.

161 Zie daarvoor bijvoorbeeld Warren (2002): “Those who want to achieve victory in the legislative arena have decided that a spoonful of data helps the lobbying go down.” (p. 7).

162 Zie bijvoorbeeld het commentaar van Biesheuvel (2003) op de beoordeling van de Mededingingswet en de NMa en van Giard (2001) over de evaluatie van de WGBO. Voorts de opmerkingen van Sloot in Katern 94 van AA (2005), p. 5227: “Wetgeving levert zelden de gewenste gevolgen op – als die wensen al eenduidig kunnen worden vastgesteld.”

2.7 MAATSCHAPPELIJKE ASPECTEN

2.7.1 Wat zoeken de claimanten?

Een belangrijke vraag is of de doelstellingen die de jurist veronderstelt – compensatie en preventie – in het aansprakelijkheidsrecht ook het belangrijkste motief van de klager weerspiegelen. Waarom onderneemt iemand stappen om langs civielrechtelijke weg schadevergoeding af te dwingen? Die vraag is primair psychologisch van aard en de vraag is of in de situatie van onverschuldigd en onverdiend lijden niet eerder emotionele dan rationele motieven een rol spelen. Onderzoek naar wat voor functies het aansprakelijkheidsrecht vervult, is in ons land recent op gang gekomen.¹⁶³

2.7.2 Kritiek op het functioneren van het aansprakelijkheidsrecht

De praktijk van de aansprakelijkheid is voortdurend aan kritiek onderhevig en er worden steeds weer voorstellen gedaan voor aanpassingen of soms radicale veranderingen.¹⁶⁴ De motieven voor aanpassingen lopen sterk uiteen: beperking van de economische gevolgen van 'teveel' aansprakelijkheid, meer slachtofferbescherming, adequatere daderbescherming, opvullen van doctrinaire leemtes, het wegnemen van processuele pijnpunten. Dit zijn steeds kwesties die op conceptueel of operationeel niveau worden geregeld.

Het primaire focus is echter het identificeren van de zin van het aansprakelijkheidsrecht en de rechtvaardiging daarvan als legitieme doelstellingen voor deze tak van rechtspleging om na te streven.¹⁶⁵ De theoretische aspecten zijn steeds te herleiden tot de volgende drie vragen.¹⁶⁶ Wat is de grond, de rechtvaardiging, voor het aansprakelijkheidsrecht? Welke functies heeft het aansprakelijkheidsrecht? Welke zijn de gronden voor aansprakelijkheid? Bij een responsief recht is het antwoord op deze vragen maatschappelijk bepaald en dus aan verandering onderhevig. Empirisch onderzoek is gewenst om de bestaande situatie te analyseren en effecten van veranderingen te beoordelen.

¹⁶³ Zie het artikel van Zeeland, Kamminga & Barendrecht (2003) in het NJB en de recente bundel *De rol van het aansprakelijkheidsrecht bij de verwerking van persoonlijk leed* onder redactie van Van Maanen (Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2003).

¹⁶⁴ Al vanaf 1928 worden er door het American Law Institute studies verricht voor aanpassing van de tort law in z.g. Restatements. De laatste (Third Restatement) daarvan was in 1998.

¹⁶⁵ Zie daarover Coleman (2003).

¹⁶⁶ Zie Hartlief (1997), p. 15.

2.7.3 De kosten van het systeem

Een onmisbaar onderdeel bij de analyse van het systeem van medische aansprakelijkheid zijn de kosten ervan. Afgezien van de vraag naar de werkzaamheid van het systeem (kosten-effectief?) is het belangrijk om macro-economisch te weten welk totaalbedrag er gemoeid is met de afhandeling van medische aansprakelijkheid.¹⁶⁷ Daarbij kunnen verschillende soorten kosten worden onderscheiden. Als 'transactiekosten', dat zijn alle kosten van het behandelen van claims in het rechtssysteem, kunnen worden onderscheiden:¹⁶⁸

- kosten van rechtshulp
- kosten van de rechterlijke macht
- kosten van ingeschakelde derden
- kosten van tijd besteed door partijen
- kosten van onzekerheid, emotionele lasten van slachtoffers en gedaagde(n)
- kosten van systeem en uitvoeringsbewaking

Daarnaast zijn er aan de kant van de slachtoffers kosten van medische behandeling en revalidatie. Verder is de arbeids- en leefsituatie van belang: er is inkomensachteruitgang, verlies van arbeidscapaciteit, er zijn de kosten voor onverzekerde hulpmiddelen, de noodzaak van thuishulp en er is verloren gegane levensvreugde.¹⁶⁹ Aan de medische kant zijn er de kosten van het ziekenhuis om een klachtenapparaat te hebben en bij artsen de premies om zich te verzekeren tegen de risico's van aansprakelijkheid. De samenleving lijdt verlies door ziekteverzuim en de kosten van sociale zekerheid.

De kosten voor het nemen van preventieve maatregelen moeten ook in kaart worden gebracht. Als de kosten van preventie die van schadevergoeding overschrijden, spoort dat niet aan tot het nemen van voorzorgsmaatregelen. De *malpractice crises* in de VS zijn vooral problemen rond de verzekeraarbaarheid en betaalbaarheid van risico's die kunnen leiden tot het terugtreden van verzekeraars uit de markt en tot het opgeven van hun beroep door artsen.¹⁷⁰

2.8 LEREN EN CONTROLEREN

Systemen van maatschappelijke dienstverlening dienen een collectief belang. Maar elk bestel zal zich steeds opnieuw moeten bewijzen om zo het vertrou-

¹⁶⁷ Zie bijvoorbeeld de studie van Towse & Danzon (1999), p. 93 e.v.

¹⁶⁸ Zie het WODC-rapport van Barendrecht e.a. (2004); men hanteert een door Calabresi ontwikkelde systematiek hiervoor.

¹⁶⁹ Zie Van Boom (2004), p. 929.

¹⁷⁰ Dergelijke crises komen steeds in golven, door Schuijt aangeduid als 'rechtshulpgolven'. Zie ook Huls (2005), p. 8.

wen van burgers te verdienen.¹⁷¹ Belangrijke functies zoals rechtshulp en rechtspraak of gezondheidszorg zullen daarom regelmatig kritisch geanalyseerd worden, maar dat is echter geen doel op zich. Het doel is de twee-eenheid leren en controleren. Het begrip 'leren' kan worden omschreven als ruimte geven tot zelfcorrectie en reflexief handelen op grond van de ervaring en inzichten verkregen door analyse van het systeem.¹⁷² Zo worden mogelijkheden ontvouwd voor verbeteren en vernieuwen. Controleren impliceert toezicht én verantwoording.

Het vertrouwen in diensten is niet meer vanzelfsprekend, het is een te verwerven kwaliteit. Toezicht en verantwoording vloeien dan ook hieruit voort. Toezicht- en verantwoordingsfora bestaan er in verschillende vormen en met verschillende functies. Daarbij is lang niet altijd duidelijk hoe de onderlinge verhouding is geregeld. De diverse rechterlijke instanties bieden de burger een verantwoordingsforum, waartoe de burger zich kan wenden. Een bijzondere vorm daarvan is de beroepsaansprakelijkheid waarbij onprofessioneel handelen kan worden gesanctioneerd. De uitkomsten van geschilbeslechting kunnen inspireren tot gedragsverandering als uiting van adaptief leren.

2.9 BEROEPSAANSPRAKELIJKHEID

Voor een aantal beroepen – zowel binnen maar ook buiten Nederland – zoals artsen, notarissen, advocaten en accountants, geldt dat zij aan een speciaal juridisch regime zijn blootgesteld.¹⁷³ Ten eerste kennen deze professies een eigen tuchtrecht en ten tweede wordt er door de rechter op een aantal punten anders omgegaan met dergelijke zaken. Aan het handelen van deze professionals worden strengere eisen gesteld gezien de op hen rustende persoonlijke en maatschappelijke verantwoordelijkheid.

Ook wordt de bewijspositie van de eiser (patiënt, cliënt) aangepast in een procedure tegen zijn arts, notaris of advocaat. De algemene regel van bewijsrecht is dat het van de eiser verlangd wordt de feiten te stellen waaruit de wanprestatie of onrechtmatige handelwijze van de gedaagde en het vereiste oorzakelijk verband met de geleden schade blijken.¹⁷⁴ De eiser staat echter tegenover een deskundige wederpartij die – althans in principe – over alle gegevens kan beschikken die voor de beoordeling van de rechtsvraag van essentieel belang zijn.

171 Deze problematiek wordt in een lezenswaardig rapport van de WRR (2004) met als titel *Bewijzen van goede dienstverlening* behandeld.

172 Vgl. WRR-rapport (2004), hoofdstuk 7 en p. 218.

173 Zie de bundel onder redactie van Broekhuizen et al. (1996).

174 Art. 150 Rv: De partij die zich beroept op rechtsgevolgen van door haar gestelde feiten of rechten, draagt de bewijslast van die feiten of rechten, tenzij uit enige bijzondere regel of uit de eisen van billijkheid of rechtvaardigheid een andere verdeling van de bewijslast voortvloeit.

Op de gedaagde beroepsbeoefenaar rust in het kader van zijn verweer in vele gevallen een aanvullende informatie- en stelplicht tot het verstrekken van voldoende feitelijke gegevens over de gang van zaken.¹⁷⁵ Als hier niet aan voldaan wordt, kan dat leiden tot omkering van de bewijslast of zelfs tot toewijzing van de vordering bij gebreke van voldoende betwisting. Een andere mogelijkheid is, vooral bij schending van verkeers- en/of veiligheidsnormen of van een waarschuwingsplicht, de bewijslast om te keren.

Tenslotte is in bepaalde gevallen een vereenvoudiging van de bewijspositie van de eiser met betrekking tot het oorzakelijke verband te realiseren door bij onzeker causaal verband een proportionele schadetoerekening toe te passen zoals hierboven al besproken of de bewijslast om te keren.

2.10 SLOTSOM

Wie het stelsel van de civiele aansprakelijkheid in het algemeen en de medische aansprakelijkheid in het bijzonder wil beschouwen, ziet zich geplaagd voor een complex systeem waarbij meerdere manieren denkbaar zijn voor analyse. Een geschikt model is een eenvoudig bedrijfskundig schema waarbij men zich rekenschap geeft van wie er een beroep doet op deze rechtspraak, welke bedrijfskundige processen daarin plaatsvinden, binnen welke structuren die afwikkeling plaatsvindt en welke resultaten dat oplevert. Een vruchtbare driedeling is om de centrale processen te analyseren op drie niveaus: fundamenteel – conceptueel – operationeel. Het hedendaagse recht is een responsief systeem, dus het begrijpen van het recht en het beoordelen van de maatschappelijke functies kan niet goed geschieden zonder deze maatschappelijke context mee te nemen.

Het denken op deze wijze en het uitvoeren van een dergelijk onderzoek zijn nog geen gemeengoed binnen de rechtswetenschap. Een dergelijke zelfreflectie roept allereerst de vraag op de status van de rechtswetenschap: kwalificeren juristen zich wel voldoende als wetenschappers? Vervolgens wordt men geconfronteerd met een epistemologisch tekort: waar halen we de kennis vandaan, nodig om alle opgeworpen vragen te kunnen beantwoorden? Dat maakt dan weer duidelijk dat het ontbreekt aan empirisch onderzoeken dat er meer geïnvesteerd moet worden in onderzoeksmethoden die zijn toegesneden op juridische vraagstellingen. De twee-eenheid van adaptief leren en controleren impliceert dat de stap van descriptief naar prescriptief moet worden genomen. Hoe komen we tot een betere rechtspraktijk?

175 Vgl. Asser (1991), p. 62 e.v. en Sluijters (2003), p. 1 e.v.

3 | Systeem brengen in medische aansprakelijkheid

A person who decides to take legal action for negligence must be extremely determined and prepared to endure a long and often frustrating legal process.¹

A survey of the field yields a picture of a system that has internal logic but falls short of its social goals of promoting safer medicine and compensating wrongfully injured patients.²

Wie als patiënt een arts of een ziekenhuis voor een vermeende fout aansprakelijk stelt, betreedt de juridische arena, zet het rechtssysteem in gang en daarmee in psychologische zin het conflict op scherp. Wat levert deze rechtsgang nu op? Als we de medische aansprakelijkheid als systeem willen onderzoeken, zullen we een bepaalde systematiek moeten gebruiken, methoden voor onderzoek formuleren en conclusies spiegelen aan de doelstellingen van het systeem. Uit welke onderdelen bestaat dit systeem (3.1)? Wie vormen de potentiële gebruikers van het systeem (3.2)? Wat zijn de motieven van een zich gedupeerd voelende patiënt om een claim in te dienen (3.3)? Welke factoren bepalen de 'intake' door een letselschadeadvocaat (3.4)? Hoeveel claims worden er ingediend en hoe loopt het daarmee af? Hoe vaak komt de rechter eraan te pas (3.5)? Wat voor effecten heeft het toewijzen van schadevergoeding? Waarom gaan cliënten in appel (3.6)? Hoe staat de beoordeling van het systeem aan de hand van de doelstellingen (3.7)? Zijn er preventieve effecten van medische aansprakelijkheid merkbaar (3.8)? Wat weten we eigenlijk van de compensatiefunctie (3.9)?

3.1 HET SYSTEEM IN ACTIE

Het eenvoudige bedrijfskundige model, zoals gepresenteerd in 1.3.2, kan voor de medische aansprakelijkheid meer in detail worden uitgewerkt door te bezien in welke sequentiële onderdelen het uiteenvalt, wat de functie is van elke stap en bezien wat we daar nu precies wel of niet van weten. Uiteindelijk zullen we willen vaststellen of het aansprakelijkheidssysteem ook bereikt waarvoor

1 Zie Vincent, Young & Phillips (1994), p. 1609.

2 Zie Studdert, Mello & Brennan (2004), p. 283.

het bedoeld is. Dat het – als belangrijkste functie – schadevergoeding toekent wanneer er een medische hulpverlener verwijtbaar tekortgeschoten is en zich daarvan onthoudt als dat niet het geval is. Dit kan worden onderzocht in een 2x2-tabel die compensatie relateert aan het bestaan van te vergoeden letselschade.

Tabel 3.1: 2x2-tabel waarbij uitkomst en schade worden vergeleken

	Resultaat van het aansprakelijkheidssysteem:	
	Schadevergoeding	Geen schadevergoeding
<i>Te compenseren schade:</i>		
Aanwezig	Terecht toegekend (A)	Ten onrechte niet toegekend (B)
Afwezig	Onterecht toegekend (C)	Terecht niet toegekend (D)

Het systeem disfunctioneert in de situaties B en C. In situatie B wordt patiënten compensatie onthouden waar ze recht op hebben (foutnegatief). In omstandigheid C wordt schadevergoeding ten onrechte toegekend (foutpositief).

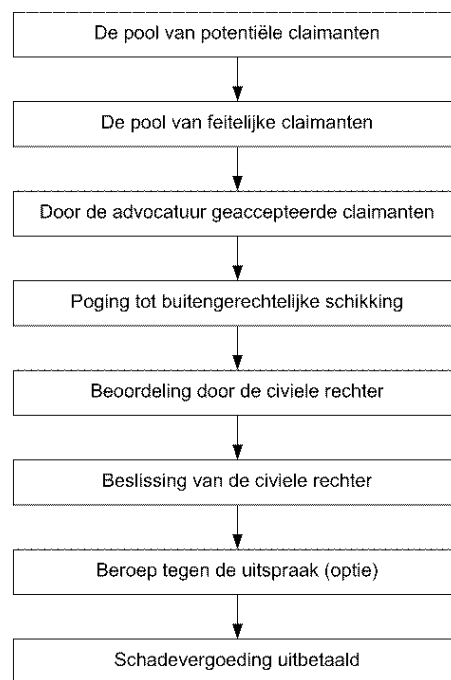
Het systeem van de medische aansprakelijkheid kan achtereenvolgens in de volgende onderdelen worden onderscheiden:³

1. Er wordt een pool van potentiële claimanten gecreëerd door fouten binnen het systeem van de medische zorg.
2. Er wordt een pool van feitelijke claimanten gecreëerd. Patiënten met letselschade moeten dan (a) beseft hebben van wat hen is overkomen en (b) het besluit nemen om tot juridische actie over te gaan.
3. De gelaedeerden moeten zich daarna wenden tot een letselschadeadvocaat, die moet beoordelen of er een claim kan worden ingediend.
4. Als er een claim bij een zorginstelling of bij een arts wordt gelegd, zal in de preprocesuele fase het conflict door beide partijen beoordeeld worden en, in geval van een duidelijke schuld, eerst gekeken of een schikking nog mogelijk is alvorens tot een formele procedure bij de overheidsrechter over te gaan.
5. De civiele procedure vindt plaats als geen overeenstemming kon worden bereikt.
6. De rechter beslist over aansprakelijkheid en eventuele daaruit voortvloeiende schadevergoeding.
7. (facultatief) Er bestaat de mogelijkheid om tegen deze beslissing in beroep te gaan.
8. De toegewezen schadevergoeding wordt voldaan door de aansprakelijkheidsverzekeraar.

3 Zie Saks (1992), p. 1172 e.v.

Het bestuderen van het systeem van medische aansprakelijkheid levert dan vruchtbare resultaten op als deze volledige sequentie wordt gezien. Wie als gelaedeerde uiteindelijk door de rechter schadevergoeding krijgt toegewezen, heeft de in figuur 3.1 weergegeven stappen doorlopen.

Figuur 3.1: verschillende stappen tussen moment van laederen en toewijzing claim



Er bestaat in eerste instantie geen selectie wat betreft de instroom in dit systeem: iedereen die meent schade ten gevolge van medisch handelen te hebben opgelopen, kan zich tot deze civielrechtelijke dienstverlening wenden. Iedere volgende stap in dit schema impliceert een verdere schifting van gevallen en door die keuzes stroomt een deel van de klagers weer uit het systeem. Wie een bepaalde fase in deze reeks kwalitatief en kwantitatief wil onderzoeken, kan dat alleen vruchtbaar doen als daarbij alle andere – vooral de voorafgaande – episoden worden betrokken.

De praktijkjurist die regelmatig met medische incidenten wordt geconfronteerd ontwikkelt ideeën daarover. Maar hij ziet steeds een selectie van gevallen uit het universum van alle medische interventies en zo ontstaat gemakkelijk een vertekend beeld van dit probleem en worden verkeerde conclusies getrokken. Dat kan vervolgens weer consequenties voor bijvoorbeeld het opstellen van wetgeving hebben.

3.2 DE POOL VAN POTENTIËLE CLAIMANTEN

Zonder het weet hebben van de grootte van de verzameling potentiële claimanten en de kenmerken van deze groep is het beoordelen van het functioneren van het systeem van medische aansprakelijkheid onvruchtbaar.⁴

3.2.1 Doel van het onderzoek naar de frequentie van medische fouten

De uitkomsten van epidemiologisch onderzoek van medische fouten zijn niet alleen voor de beroepsgroep maar ook daarbuiten van belang. Het toont de grootte – en daarmee de eventuele ernst – van het probleem en nader onderzoek naar de factoren die bij het ontstaan ervan een rol spelen, maakt duidelijk welke inhoudelijke kwesties en welke beleidsmatige aspecten nadere aandacht verdienen. Daarnaast kan dergelijk onderzoek met tussenpozen worden herhaald om effecten van beleidsmaatregelen te kunnen vaststellen.

3.2.2 Methodologische kwesties

Bij onderzoek naar fouten stuit men op een aantal belangrijke methodologische kwesties: hoe definieer je een medische fout? Hoe ontwikkel je meetinstrumenten om deze problematiek te onderzoeken? Hoe betrouwbaar zijn de uitkomsten van een dergelijk onderzoek? Hoe moet je de resultaten interpreteren?⁵ Wat is er aan het probleem te doen? Al deze vragen zijn relevant als men de pool van potentiële litiganten enigermate betrouwbaar wil schatten. In paragraaf 4.5 komen deze punten uitvoeriger aan de orde. Het cruciale punt is de definitie van een medische fout, die is bepalend voor de instrumentele en de methodologische aspecten van het opsporen en kwantificeren van fouten.

3.2.3 Definitieproblematiek

Het startpunt van onderzoek naar de frequentie van medische fouten is derhalve het ondubbelzinnig definiëren ervan en dat blijkt allesbehalve eenvoudig.⁶ Daaraan zijn meerdere facetten te onderscheiden zoals: (1) het definiëren van het begrip medische fout, (2) het rubriceren van medische fouten in soorten, (3) het classificeren van gebeurtenissen naar hun aard zoals wel of

4 Als bijvoorbeeld het aantal claims stijgt, zal dat gerelateerd moeten worden aan eventuele veranderingen van het aantal potentiële claimanten.

5 Zie ook Mayer (2004), hfdst. 7, *Instruments and measurements*.

6 Zie Weingart & Iezzoni (2003), p. 1917 e.v.

niet vermijdbaar, een cognitieve of uitvoeringstechnische fout en (4) het differentiëren naar ernst.

Vanuit juridisch gezichtspunt zullen bijvoorbeeld andere definities gelden voor het begrip 'fout' dan vanuit medisch oogpunt. Een zodanige juridisch georiënteerde begripsomschrijving zal nauw moeten aansluiten bij de manier waarop een rechter zal oordelen. Hierop wordt in 4.2. nader ingegaan.

3.2.4 Risicoschatting

Bij het kwantificeren van medische fouten is het absolute aantal van weinig nut maar hanteert men liever een relatieve maat: het risico. Hoe groot is de kans op een ongewenste gebeurtenis per blootstelling aan een medische interventie? Die schatting is het resultaat van een breuk met in de teller het aantal accidentele gebeurtenissen en in de noemer het aantal behandelde patiënten. Die uitkomst heeft niet het karakter van een vaste natuurconstante. De teller omvat ongelijksoortige uitkomstcategorieën: sterfte, reversibele en irreversibele letselschade, psychische schade en ontevredenheid over de dienstverlening.

De noemer bestaat eveneens uit verschillende componenten. De groep personen die in het ziekenhuis werd opgenomen omvat uiteenlopende categorieën patiënten die van zorginstelling tot zorginstelling kunnen variëren qua sociale klasse, leeftijdsverdeling, soorten ziekten en dergelijke maar ook voor het ziektespectrum per aandoening of per afdeling.⁷

Welke betekenis men toe mag kennen aan het geschatte risico in een bepaalde situatie of de vergelijking tussen twee ziekenhuizen van risico's hangt af van de eigenschappen van de teller (welk soort risico onderzocht? hoe gedefinieerd? hoe gemeten?) en de noemer (welk soort patiënten? welk soort behandeling? welk ziektespectrum? hoe gemeten?).

3.2.5 Een grote pool van potentiële claimanten

Diverse epidemiologische studies (zie verder 4.5) laten zien dat medische fouten een frequent en structureel probleem vormen van ziekenhuiszorg, maar waarschijnlijk ook binnen de ambulante zorg. Bij minstens 4% van de ziekenhuisopnames gaat het fout⁸ en er zijn zelfs schattingen die het tienvoudige hiervan aangeven. Er is echter enige voorzichtigheid geboden bij de interpretatie van deze getallen, vooral op grond van methodologische overwegingen.

7 Een ziekenhuis vervult een regionale functie dus de bevolkingssamenstelling in een regio bepaalt de ziekenhuispopulatie. Bepaalde centra hebben zich gespecialiseerd in behandeling van juist de ernstigste gevallen van bepaalde ziekten. Kengetallen dienen daarom geïnterpreteerd te worden met inachtneming van deze gegevens.

8 Zie Brennan et al. (1991), p. 370 e.v.

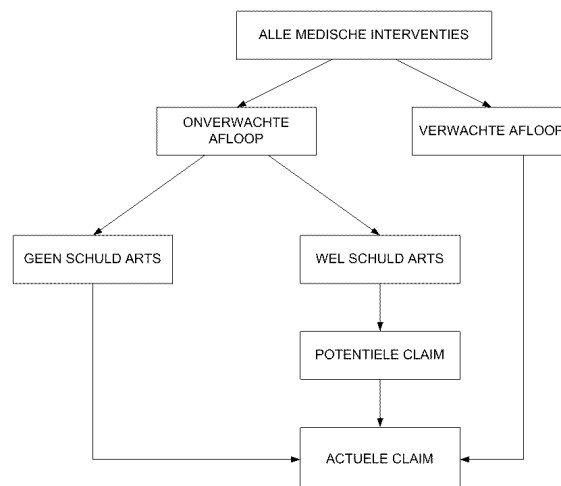
Die prudentie in acht nemende, komt men toch tot de conclusie dat er naar verhouding maar een fractie van de potentiële claims ook daadwerkelijk ingediend worden. De vraag rijst dan waarom dit zo is. Dat kan als we de groep van potentiële en van de feitelijke claimanten naast elkaar zetten.

3.3 DE POOL VAN FEITELIJKE CLAIMANTEN

3.3.1 Hoe vaak leidt een medisch incident tot een claim?

Bij beantwoording van deze vraag zou men idealiter van *alle* behandelde patiënten willen nagaan of er bij hen fouten zijn gemaakt, wat daarvan de schadelijke gevolgen waren en of er vervolgens juridische stappen zijn ondernomen en zo ja: met welk resultaat. Dat is praktisch ondoenlijk en dus zal men aan de hand van steekproeven inzicht in deze dynamiek moeten zien te krijgen. De achtereenvolgende vragen zijn dan: resulteerde de medische interventie in een onverwachte onbedoelde uitkomst? Zo ja: had de arts schuld aan deze afloop of niet? In het volgende schema wordt de mogelijke loop van de gebeurtenissen weergegeven.

Figuur 3.2: Flow schema



Uit dit schema wordt duidelijk dat lang niet alle actuele claims het gevolg zullen zijn van een toerekenbaar tekortschieten van de hulpverlener. De groep claimanten valt in drieën uiteen: (1) de terechte klagers, (2) de klagers bij wie weliswaar een complicatie optrad die de arts echter niet was toe te rekenen en (3) de klagers bij wie het ziektebeloop niet iets onverwachts opleverde maar die wel een claim indienden ('frivolous claims'). De uiteindelijke populatie

van claimanten wordt bepaald door verschillende filtermechanismen, die van land tot land zullen verschillen.

Bij de Harvard Medical Practice Study, uitgevoerd in de jaren tachtig van de vorige eeuw, werd een poging ondernomen de kans op juridische actie, gegeven een medisch incident, te schatten uit een totale steekproef van 31.429 patiënten.⁹ Die kans bleek heel laag: van de 280 patiënten met iatrogene schade dienden er slechts 8 een claim in (1, 53%). Een schatting van het totale aantal gevallen van toerekenbaar tekortschieten van artsen in de staat New York (27.179) en het aantal actuele claims (3570) leverde een verhouding op tussen opgelopen schade ten gevolge van een medische fout en een claim van 7,6 : 1. Dit betekent dat 85% of meer van de gevallen van toerekenbaar tekortschieten van artsen niet door een juridische actie gevolgd wordt.¹⁰

Een replica van deze studie werd in de negentiger jaren uitgevoerd in de Amerikaanse staten Utah en Colorado waarbij de gegevens van 14.700 patiënten werden onderzocht.¹¹ Ook hier kwam hetzelfde beeld naar voren: van alle als onzorgvuldig medisch handelen te kwalificeren gebeurtenissen leidde 97% niet tot een eis tot compensatie van de geleden schade. Van de 18 ingediende claims waren er maar vier waar sprake was van toerekenbaar tekortschieten en bij 10 was geen enkele nadelig gevolg van medische interventies vast te stellen.

Maar wat weten we van degenen die een medisch incident ondervonden en géén actie ondernamen? Waarom was dat? Wisten ze niet wat er precies was gebeurd? Is er een verband tussen de ernst van de schade en de kans op juridische stappen? Zoals we al zagen, is medische aansprakelijkheid eerder een emotioneel c.q. communicatief probleem dan een schadekwestie. We weten te weinig van mogelijke verklaringen voor het feit dat maar een zeer klein deel van de gedupeerde patiënten in actie komt. Nederlands empirisch onderzoek op dit gebied is er niet.

Dat slechts een fractie van de potentiële claims bij de rechter belandt, is niet uniek voor de medische aansprakelijkheid, het is kenmerkend voor het gehele aansprakelijkheidsrecht.¹²

3.3.2 Motieven om te claimen

Wat zijn voor een patiënt nu de drijfveren om juridische acties te ondernemen? Vergissen is toch menselijk en op grond van deze wijsheid is de ene mens

⁹ Zie Brennan et al. (1991), Localio et al. (1991), Leape et al. (1991) en Studdert et al. (2002).

¹⁰ Zie Localio et al. (1991), p. 245 e.v.

¹¹ Zie Thomas et al. (2000), Studdert et al. (2000).

¹² Zie hierover Saks (1992), p. 1173 e.v., maar ook het WODC-rapport (Velthoven & Ter Voert, 2004).

bereid de ander diens falen te vergeven. Waarom bij aansprakelijkstelling dan niet?

Er vallen in series medische aansprakelijkheidszaken bepaalde patronen wat betreft motivatie te herkennen. De eerste is de *historische*: is er in de loop van de geschiedenis een soort wetmatigheid te herkennen welke type incident aanleiding vormt voor een schadeclaim? De tweede invalshoek is *psychologisch* van aard: wat gaat er nu precies mis in de arts-patiënt relatie, zodat er een geschil ontstaat tussen beiden? Deze twee worden nu verder uitgewerkt.

3.3.3 Claims: het historische perspectief

De geneeskunde kent een millennialange ontstaansgeschiedenis.¹³ Pas vanaf halverwege de 19^e eeuw ontwikkelt zich een meer wetenschappelijke gegronde medische praktijk. Tot dan toe kon de dokter nauwelijks anders iets uitrichten dan het bezighouden van de patiënt.¹⁴ Kwakzalverij vierde hoogtij en het gebrek aan werkelijke medische mogelijkheden beperkte het verwachtingspatroon van de zieke. Vanaf het midden van de 19^e eeuw is er ook maatschappelijk veel veranderd. Zo zijn er dus verschillende factoren aan te geven die samen verantwoordelijk zijn voor de wassende stroom geschillen tussen patiënten en artsen die juridisch beslecht moeten worden. Daarvan zullen we de belangrijkste bespreken.¹⁵

Godsdienstig

Godsdienst speelt op twee verschillende manieren een rol. In de eerste plaats werd gaandeweg ziekte niet langer als de wil van God beschouwd. Dat heeft te maken met het gestage proces van secularisatie: er wordt minder in een Opperwezen geloofd of er ontstaat een heel ander godsbeeld. Met het verdwijnen van religieus fatalisme kunnen voortaan artsen verantwoordelijk gesteld worden voor de slechte afloop en zo werd de weg voor aansprakelijkstelling geëffend. Een tweede factor is dat religie in de cultuur doorwerkt en hoge morele maatstaven oplegt aan mensen; dit religieus geïnspireerde perfectionisme draagt ertoe bij de hoogst mogelijke inzet van professionals zoals artsen te verwachten en hen daar op af te kunnen rekenen.

Urbanisatie

Het verdwijnen van kleine leefgemeenschappen en het opgaan van mensen in de anonimiteit van de grote stad heeft de relationele afstand tussen mensen

13 Zie de overzichten van Jetter (1994) en Porter (1997).

14 Vergelijk Molières uitstpraak: Le médecin est un homme qui amuse le malade jusqu'à la nature l'ait guérit.

15 Voor een uitvoerige bespreking (met veel referenties) van deze materie: zie De Ville (1998) en Mohr (2000).

vergroot. In een kleine gemeenschap met sterke sociale controle wordt het beslechten van een geschil tussen een dorpeling en diens arts door de rechter als sociaal ongepast beschouwd.

Groei van de hoeveelheid geneeskundige zorg

De indrukwekkende technische vooruitgang van de geneeskunde werd vergezeld door eveneens spectaculaire organisatorische veranderingen.¹⁶ Ziekenhuizen zijn gefuseerd en grote bureaucratische instellingen geworden. De toegenomen medische mogelijkheden deden de vraag naar zorg sterk toenemen. Daarnaast doet de zogenaamde dubbele vergrijzing¹⁷ zich gelden: oudere mensen hebben een grotere zorgconsumptie. Dat alles leidt tot schaalvergroting en de daarbij behorende aanpassingen. Door de grootschaligheid neemt de afstand tussen arts en patiënt toe.

Verzakelijking

De relatie van arts en patiënt is verzakelijkt en heeft daardoor meer het karakter van een contractuele dan van een vertrouwensrelatie gekregen.¹⁸ Wordt er niet 'geleverd' zoals verwacht, dan wordt de arts daarop afgerekend. De vertrouwensrelatie maakt plaats voor wettelijk en procedureel ingekaderde behandelovereenkomst. De arts-patiënt relatie verandert ook door ontwikkelingen in de organisatie van medische dienstverlening. De solistisch opererende vrijwel altijd bereikbare 'dorpsdokter' die iedere patiënt en diens sociale situatie kent, is een zeldzaamheid geworden. In grote steden moeten mensen met acute problemen buiten kantooruren naar huisartsenhulpverlening gaan.¹⁹ Ziekenhuisbehandeling is teamwerk van meerdere behandelaars geworden en bovendien heeft de strikte arbeidstijdenregeling van arts-assistenten gemaakt dat een opgenomen patiënt geen vaste zaalarts meer heeft.

Juridische professionalisering

Binnen de juridische professie is de letselschadeadvocatuur als gespecialiseerd onderdeel tot ontwikkeling gekomen.²⁰ Zowel de praktische aanpak van personenschade als de juridische doctrine worden voortdurend ontwikkeld met een steeds verdergaande professionalisering als gevolg. De niet aflatende media-aandacht voor medische incidenten, waarbij ook letselschadeadvocatuur zich profileert, wijst slachtoffers op de mogelijkheid om een claim in te dienen.

16 Zie Sage (2002) en (2003b), p. 12 e.v.

17 Dit is een groter deel van de bevolking bereikt de 65+ leeftijd en leeft daarnaast nog langer dan voorheen.

18 Zie hiervoor Zijdeveld (1999).

19 Ook op het platteland is de organisatie van huisartsen verzakelijkt.

20 Zie hierover Barendrecht (2002): de letselschadeadvocatuur is professioneler maar ook harder geworden.

Aansprakelijkheidsverzekering

Een onverzekerde arts kan door een claim tot de bedelstaf worden gebracht en dat zal sommige gelaedeerden terughoudend doen zijn met het indienen ervan. Een aansprakelijkheidsverzekering neemt de kans op het persoonlijke faillissement van de arts weg en biedt ook meer mogelijkheid op het verkrijgen van een schadevergoedingssom. De wisselwerking tussen aansprakelijkheid en verzekering is overigens complex.²¹

Al deze factoren hebben zich niet van de ene op de andere dag doen gelden maar ze zijn geleidelijk tot ontwikkeling gekomen en zullen hebben bijgedragen aan de gestage toename van het aantal claims; het zijn sociocultureel bepaalde langtermijn elementen. Daarnaast zijn er factoren die zich meer op de korte termijn doen gelden en dat is de ontwikkeling van nieuwe medische technologieën en interventies. De geneeskunde graaft met haar aanspraken op meer en betere behandelmogelijkheden haar eigen juridische graf: medische innovaties transformeren natuurlijke risico's waar men zich bij neer moest leggen in medische risico's die men niet als vanzelfsprekend wenste te ervaren.²²

In zijn analyse geeft De Ville²³ tal van voorbeelden hiervan, steeds tekent zich hetzelfde patroon af. Er wordt een nieuwe technologie ontwikkeld en enthousiast wereldkundig gemaakt, verwachtingen worden gewekt. Dan volgt introductie en ruime toepassing en blijken vervolgens de tekortkomingen. De teleurgestelde patiënten verhalen langs juridische weg hun gramschap jegens hun arts. Dat leidt tot meer voorzichtigheid bij het toepassen, onderzoek naar mogelijke verbetering van de interventie en meer realistische voorlichting vooraf. Het aantal claims daalt daarna wel weer enigszins, maar zelden of nooit tot nul. Er zijn voortdurend innovaties in de geneeskunde en die geven steeds weer nieuwe golven claims.

Een actueel voorbeeld is de mogelijkheid van prenatale diagnostiek op eventuele aangeboren afwijkingen. De mogelijkheid van een *wrongful life* vordering werd geboren met het beschikbaar komen van prenatale diagnostiek en wordt toepassing ervan verkeerd uitgevoerd of vergeten volgt een claim van de ouders van het gehandicapt geboren kind.²⁴ De snelle ontwikkeling

21 Zie daarover Hartlief (2000a) en Sage (2004), p. 10 e.v.

22 Zo stelt Grady in 1988: "... medical innovation 'captures' what was previously natural risk and transforms it into medical risk" (geciteerd in Teff [2001], p. xxiii). Het baby Kelly arrest (HR 18 maart 2005) is daarvan een goed voorbeeld: zonder de mogelijkheid van genetische diagnostiek zou de 'wrongful life'-claim ondenkbaar zijn geweest.

23 De Ville (1998).

24 In Frankrijk het Perruche-arrest, Cass.Ass. Plén. 17 Novembre 2000, D.2000, jur. P.332 en voor Nederland Gerechtshof 's-Gravenhage 26 maart 2003, NJ 2003, 249 en in cassatie HR 18 maart 2005, LJN: AR5213, C03/206HR. Zie ook Stolker & Sombroek-Van Doorn (2003).

van de genetica maakt nieuwe tests mogelijk en daarmee nieuwe vorderingen. Ook *wrongful birth* arresten getuigen van dit fenomeen.²⁵

Een ander voorbeeld is de introductie van vroege opsporing van ziekten, m.n. kanker. Vooral de mogelijkheid van vroege opsporing van borstkanker met behulp van mammografieën²⁶ heeft in de Verenigde Staten geleid tot een sterke toename van claims tegen radiologen. Ook in Nederland zijn er al enkele claims dienaangaande geweest.²⁷ Pathologen staan geregeld in het beklagdenbankje vanwege het missen van de diagnose baarmoederhalskanker in uitstrijkjes.²⁸

3.3.4 Claims: het psychologische perspectief

Naast de hierboven besproken historisch-maatschappelijke ontwikkelingen en de evolutionaire groei van de juridische en medische wetenschap zijn er separaat factoren die vooral de arts-patiënt relatie betreffen. In hoofdstuk vier worden de meer algemene medische determinanten besproken die van invloed blijken of er wel of geen claim wordt ingediend.²⁹

Wat als grootste gemene deler uit alle onderzoeken opduikt, is dat een patiënt naar de rechter stapt niet *omdat* er een fout is gemaakt, maar *hoe* daarmee tegenover het slachtoffer wordt omgegaan.³⁰ De medische wereld ontkent vaak tegenover de patiënt dat er een fout is gemaakt.³¹ Soms ook vermoedt het slachtoffer een *conspiracy of silence*.³² In die situatie wil de patiënt de waarheid boven tafel krijgen, duidelijk laten worden wie de verantwoordelijkheid draagt om zo in rechte erkenning te krijgen dat hem onrecht werd aan-

25 Zie HR 21 februari 1997, NJ 1999 (m.nt. Brunner) en verder de recente uitspraken inzake het falen van Implanon-staafjes (Rechtbank Arnhem 11 juni 2003, LJN-nummer AG0130 Zaaknr. 91963/HA ZA 02-1519 en Rechtbank Alkmaar 11 februari 2004, LJN-nummer AO3453 Zaaknr. 60177/HA ZA 02-519). Ook buiten ons land zijn vergelijkbare vonnissen gevelde. In GB bijvoorbeeld *McFarlane v. Tayside Health Board* [2000] 2 AC 59 en *Rees v. Darlington Memorial Hospital NHS Trust* [2003] UKHL 52 en in Australië *Cattanach v. Melchior* [2003] HCA 38.

26 Een mammografie is een röntgenfoto van de borsten (= mammae).

27 Rechtbank Zwolle 4 februari 2004, LJN-nummer AO6195 Zaaknr. 84211 HA ZA 03-255.

28 Zie verder Giard (2001a), (2001b) en (2003).

29 Dat zijn bijvoorbeeld factoren als leeftijd van de patiënt, het soort medisch specialisme, de spoedeisendheid van medische interventies etc.

30 Zie bijvoorbeeld Beckman et al. (1994), Vincent et al. (1994) en Daniel et al. (1999). De oud hoofd-redacteur van Medisch Contact Spreeuwenberg zei in een interview dat het niet zozeer de fout is die de arts heeft gemaakt maar de wijze waarop hij daar mee omgaat.

31 Vaak speelt daarbij het advies van de schadeverzekeraar een rol: deze ontnemt artsen het recht te bevestigen dat er iets fout is gegaan; zie daarover Legemaate (2004). Deze wijst op het subtiel onderscheid 'fout gegaan' versus 'fout gedaan'.

32 Lezenswaard is het persoonlijke verslag hierover van Calman (2001), *No one needs to know. A physician recalls taken part in his first cover-up.*

gedaan.³³ Dit beeld komt niet alleen uit onderzoek naar voren, maar is ook de ervaring van betrokken advocaten en rechters.

In een steekproef van 342 casusposities wegens medische aansprakelijkheid bleek dat de overgrote meerderheid van de patiënten nooit een bevredigende uitleg had gekregen waarom en hoe het was misgegaan. Als familieleden belden naar behandelaars werden ze vaak niet te woord gestaan of niet teruggebeld. Boosheid – of zelfs rancune – bleek steeds het motief om te claimen.³⁴

Vincent et al. noemen vier hoofdmotieven, namelijk (1) het ter verantwoording roepen van de arts(en), (2) het geven van uitleg over hoe het zo heeft kunnen lopen, (3) het verbeteren van de zorg voor toekomstige patiënten en tenslotte (4) economische compensatie van letselschade.³⁵

Dit is de emotionele kant van het claimen. Het gaat de klager minder om de juridische doelstelling van (poging tot) herstel van de ‘oude’ situatie; waarschijnlijk zijn er geheel andere motieven in het spel zoals rancune, de behoefte om de dader te laten straffen, de verantwoordelijkheid voor een bepaalde gebeurtenis vastgesteld te krijgen of om ervoor te zorgen dat de gebeurtenis zich niet zal herhalen.³⁶

Met deze opsomming van zowel collectief-historische als individueel-psychologische factoren wordt duidelijk dat het de rechtzoekende niet zozeer gaat om een zakelijke regeling van vergoeding van letselschade maar dat daarbij meer psychologisch bepaalde factoren een rol spelen: ongefundeerde pretenties van de geneeskunde, aanmatigend gedrag van artsen en miscommunicatie bij (vermeende) fouten. Dit alles lijkt langs de weg van het civiele recht te worden ‘afgestraft’.³⁷ Het draait wezenlijk om de pretenties en de prestaties van de geneeskunde. Een andere onderzoeksvraag is minstens zo interessant: wat zijn de beweegredenen om *niet* te klagen?³⁸ Waarom accepteren mensen het nadeel dat hen overkwam?

Over deze problematiek wordt vanuit de gezichtspunten van respectievelijk de zorgverlening en die van de samenleving verschillend gedacht.

33 Zie Hartlief (2003a), p. 6 en Hartlief (2003b), p. 587-588 en Van Zeeland et al. (2003), p. 818 e.v.

34 Zie Correia (2002).

35 Zie Vincent et al. (1994), p. 1609 e.v.

36 Zie Hartlief (2003b), p. 587.

37 Toch wordt afstraffing beschouwd als ‘Fremdkörper’ binnen het civiele recht, bestraffing hoort bij het strafrecht; zie bijvoorbeeld Hartlief (1997), p. 17 en Du Perron (2003), p. 109.

38 Zie daarover Saks (1992), p. 1183 e.v. en ook de daarin geciteerde onderzoeken.

3.3.5 Twee verschillende perspectieven: het medische en het maatschappelijke

Hoe kijken artsen en 'leken' elk tegen het probleem van medische incidenten aan? In een in 2002 gepubliceerd Amerikaanse studie werden de resultaten bekend gemaakt van een enquête gehouden onder 831 artsen en 1207 volwassen consumenten.³⁹ Gevraagd werd naar de persoonlijke ervaring met medische incidenten. Van de artsen had 35% en van het publiek 42% persoonlijk of in hun familie ervaring met medische incidenten. Op de vraag of er vaak fouten gemaakt werden, liepen de meningen uiteen: De helft van het publiek vond dat medische fouten vaak of zeer vaak werden gemaakt, terwijl 80% van artsen meende dat medische missers maar weinig of zeer weinig voorkwamen. Als het om mogelijke oplossingen gaat, vond 62% van het publiek dat fouten gerapporteerd moesten worden tegenover 21% van de artsen. Bijna 90% van de artsen vond een regeling nuttig voor het vertrouwelijk (laten) melden van fouten om ervan te kunnen leren, terwijl maar een op de drie ondervraagden uit het publiek dat steunde. Gedwongen openbaar maken van fouten werd door 62% van het publiek ondersteund en maar door 14% van de artsen.

Als de uitkomsten van dit onderzoek (artsen vinden dat incidenten zeldzaam zijn) worden gespiegeld aan die van epidemiologische onderzoeken naar medische incidenten (incidenten zijn allesbehalve zeldzaam) maakt dat duidelijk dat artsen het probleem van medische incidenten eerder onder- dan overschatten; dus wordt er aan het oplossen ervan geen prioriteit toegekend. Deze studie toont evenzeer dat als artsen al zoeken naar oplossingen, ze dat in eigen kring willen doen zonder bemoeienissen van niet-medici. Het publiek daarentegen stelt meer vertrouwen in het probleemoplossende vermogen van het recht dan dat van de geneeskunde.

Tot welke aanbevelingen komt deze studie? Dat er meer prikkels zouden moeten komen om artsen ertoe te bewegen om aan de kwestie van fouten aandacht te besteden, blijkt een breed gedragen opvatting. Maar vervolgens lopen de meningen tussen artsen en publiek uiteen *welke* maatregelen dan getroffen zouden moeten worden. Artsen staan sceptisch tegenover verplichte foutmelding en het openbaar maken van die gegevens: zij zien, gesteund door de uitkomsten van wetenschappelijk onderzoek, het meeste heil in een systematische aanpak van hun werkwijze.⁴⁰ Om fouten te helpen voorkomen, vindt het publiek het opleggen van juridische sancties – niet alleen civielrechtelijke!⁴¹ – een goede oplossing want anders onttrekt de kwestie van medische incidenten zich teveel aan de publieke controle. Er bestaan dus evidente verschillen tussen artsen en leken bij de perceptie van het probleem en de

39 Zie Blendon et al. (2002), p. 1933 e.v.

40 Zie bijvoorbeeld daarover het Amerikaanse rapport van het Institute of Medicine *To err is human* van Kohn, Corrigan & Donaldson (1999).

41 Vooral strafrechterlijke sancties; zie daarover ook Annas (1995) en Holbrook (2003).

mogelijke oplossingen ervan. Er lijken bijgevolg verschillende belangen in het spel. Deze problematiek komt ook tot uiting bij de manier waarop ziekenhuizen of consumentenorganisaties met klachten van patiënten zullen omgaan.

3.3.6 Klachtenstelsel

Wanneer er tussen patiënt⁴² en hulpverlener een geschil ontstaat en ze niet in staat zijn dit samen op te lossen, zal de zich gedupeerd voelende patiënt zich vaak wenden tot derden om zijn klacht voor te leggen en een oordeel te vragen. De manier waarop met klachten wordt omgegaan, is mede bepalend voor de beslissing om zich wel of niet tot de overheidsrechter te wenden voor de conflictoplossing. Daarom zal het functioneren van klachtopvang ook betrokken moeten worden bij een analyse van medische aansprakelijkheid.

De klachtopvang kan worden geleverd door een veelheid aan partijen, zowel binnen als buiten de zorginstelling.⁴³ Er kan daarbij onderscheid gemaakt worden tussen formele en informele klachtenbehandeling. De mogelijkheden zijn samengevat in de volgende tabel.

Tabel 3.2: Begrippenkader klachtenstelsel

Soort omgang met klacht:	Mogelijkheden:
Informeel (klachtopvang)	1. Ondersteuning van de klager 2. Hulp geven aan de klager, bijv. bemiddeling
Formeel (klachtbehandeling)	1. Interne klachtbehandeling - door klachtenfunctionaris - klachtencommissie cf. Wkcz 2. Externe klachtbehandeling via mediator, tuchtrecht, civielrecht, letselschadeverzekeraar etc. 3. Via bindende bemiddelingsovereenkomst Geschillencommissie Ziekenhuizen⁴⁴

Een belangrijk punt hierbij is het doel van de (klachten)procedure. Indien het primaire doel schadevergoeding is heeft men er weinig aan dat een klacht door de klachtencommissie gegrond verklaard wordt. Ook het tuchtrecht kent

42 In veel beleidsstukken wordt i.p.v. patiënten over 'klanten' of 'consumenten' gesproken. Zie bijvoorbeeld het rapport van de Raad voor de Volksgezondheid *Van patiënt tot klant* (2003).

43 Zie voor een overzicht voor Nederland Dane et al. (2000) en ook Sluijs et al. (2004).

44 Dit is een commissie van de Stichting Geschillencommissies voor consumentenzaken. Zie Reglement Geschillencommissie Ziekenhuizen van 13 september 2004. Zie ook: www.sgc.nl.

geen schadevergoeding als sanctie. Er zijn dan maar twee wegen: het ziekenhuis civielrechtelijk voor de schade aansprakelijk stellen⁴⁵ of, indien de schade het bedrag van € 5000 niet te boven gaat, kunnen partijen het geschil bij wege van een bindend advies door de Geschillencommissie Ziekenhuizen laten beslechten.⁴⁶ Verliest de klager deze bemiddeling, dan is de civiele rechter op grond van de overeenkomst uitgesloten.⁴⁷

Een praktisch probleem is voor de patiënt tot wie hij zich moet wenden om te reclameren.⁴⁸ Klachten bestaan er in soorten en in gradaties. Gaat het om medisch-technische, patiëntrechtelijke, communicatieve of organisatorische kwesties? Hoewel op beleidsniveau van een klachtenstelsel wordt gesproken, is de vraag hoe de onderlinge samenhang zowel praktisch als normatief afdoende is geregeld en hoe een patiënt hierin de weg weet te vinden.⁴⁹ Het functioneren van dit stelsel is voor een beschouwing over medische aansprakelijkheid van belang: een effectief werkend stelsel fungeert als zeef waardoor een juiste selectie van gevallen waar de overheidsrechter zich over uit moet spreken.

Er zijn de afgelopen jaren enkele onderzoeken geweest naar het vóórkomen en de behandeling van klachten in ziekenhuizen, in het bijzonder vanwege de evaluatie van de Wet Klachtrecht Cliënten Zorgsector (WK CZ).⁵⁰ De oogst van die wetgeving is toch wat mager uitgevallen: of er een verbetering is opgetreden in vergelijking met de situatie van voor de invoering is niet goed aan te geven. Er is geen landelijke verzamelplaats van klachten en dus ook geen totaaloverzicht met mogelijkheid tot analyse ervan. De effecten op de kwaliteit van zorg lijken tegen te vallen. Naar de verhouding tot en de betekenis ten opzichte van civielrechtelijke geschiloplossing van het bestaande klachtenstelsel is nog geen onderzoek gedaan.

3.4 BEOORDELING DOOR DE LETSELSCHADEADVOCaat

Zonder rechtskundige hulp heeft een gelaedeerde weinig kans van slagen op het krijgen van schadevergoeding. De gelaedeerde moet dus naar een letselschadeadvocaat stappen en laten beoordelen of deze letterlijk en figuurlijk

45 In de preprocesuele fase kunnen partijen alsnog tot overeenstemming komen, lukt dat niet dan zal de overheidsrechter beslissen.

46 Zie voor voorbeelden hiervan Geschillencommissie Ziekenhuizen 17 februari 2004, GJ 2004, 5; Geschillencommissie Ziekenhuizen 28 april 2004, GJ 2004, 6; Geschillencommissie Ziekenhuizen 20 augustus 2004, GJ 2004, 26.

47 Art. 4 Reglement Geschillencommissie Ziekenhuizen.

48 Zie bijvoorbeeld Geschillencommissie Ziekenhuizen 20 augustus 2004, GJ 2004, 26.

49 In het Engelse rapport *Making Amends* (Department of Health; 2003) wordt gepleit voor een kwalitatief betere afhandeling en het wegnemen van de fragmentatie. Daarover ook Legemaate (2003b), p. 1996.

50 Zie de rapporten van Friele et al. (1999), de Rekenkamer (2000), Dane et al. (2000) en Sluijs (2004).

brood ziet in deze casus. Welke factoren bepalen nu of iemands zaak door een advocaat wordt geaccepteerd? Vervult de letselschadeadvocatuur op juiste wijze als zeef om kansloze claims uit de rechtspraak te weren? Daarover is opvallend weinig empirisch onderzoek gedaan en van enige in- of externe kwaliteitstoetsing lijkt geen sprake.

Drie factoren kunnen van invloed zijn op de beslissing een zaak wel of niet te accepteren:

1. De beoordeling van de feiten van het geval: is het een kansrijke casus of niet?
2. De profijtelijkheid van de casus voor het letselschadekantoor: moeten er meer kosten gemaakt worden dan in rekening kan worden gebracht?
3. De te verwachten eigenschappen van de gedaagde partij: is de tegenpartij een grote goed georganiseerde en kapitaalkrachtige rechtspersoon?

3.4.1 De beoordeling van de feiten

Als belangrijkste factor zal gelden of de feiten zodanig zijn, dat er een juridisch kansrijke casus van te maken is. De klager heeft zelf vaak al een intuïtieve kosten-baten analyse gemaakt alvorens naar de advocaat te stappen. De jurist zal vervolgens de feiten wegen maar de daartoe te volgen procedure en de feitelijke besluitvorming zijn weinig expliciet. Systematisch onafhankelijk onderzoek naar de juistheid van de beslissingen van advocaten om een zaak te accepteren of af te wijzen, is er niet. Het normatieve kader zou wezenlijk niet verschillen van dat van de rechter. Het toernooimodel brengt echter ook andere dan feitelijke argumenten in de strijd.

In landen met juryrechtspraak speelt nog een rol of de klager voldoende sympathie bij de groep lekenrechters zal kunnen mobiliseren.

3.4.2 Economische overwegingen

Juist door de commercialisering⁵¹ van de letselschadeadvocatuur, niet alleen in de Verenigde Staten maar ook in Europa, zullen economische motieven om een zaak te accepteren of af te wijzen meer van belang worden. Welke kosten (o.a. voor partijdeskundigen) moet men maken en welke revenuen staan daar tegenover? Anders gezegd: hoe profijtelijk is deze cliënt voor ons kantoor?

Een cliënt zal altijd een financiële drempel moeten nemen om een advocaat te kunnen consulteren. Steeds meer Nederlanders hebben een rechtsbijstands-

51 Zie Barendrecht (2003b) over de toegang tot het recht en Gunst & Bruinsma (2004) over hoe commercieel advocaten zijn.

verzekering om eventuele juridische kosten (die overigens meestal gemaximeerd zijn) te kunnen dekken. Daarnaast bestaat voor burgers met een laag inkomen de mogelijkheid van door de overheid gefinancierde rechtsbijstand.

Verder heeft er discussie plaatsgevonden over de vraag of er een *no cure, no pay* systeem, al of niet in beperkte mate, in ons land zou kunnen worden ingevoerd.⁵² Doel zou zijn om een laagdrempeligere mogelijkheid te bieden aan mensen om recht te zoeken. Een experiment met dit systeem is echter door de Minister van Justitie in 2004 verboden.⁵³

Door de commercialisering en concurrentie zijn financiële gegevens van letselschadekantoren niet of nauwelijks voor onderzoek beschikbaar.

3.4.3 Expertise van het kantoor

Hoe groter de ervaring met bepaalde letselschadezaken, des te groter de deskundigheid en des te lager de kosten per geval want de procedure van feiten verzamelen, opstellen van de dagvaarding etc. zijn routine geworden en dus gemakkelijk te herhalen. Gebrek aan specifieke deskundigheid kan leiden tot het verkeerd beoordelen van een geval. Voor beoordeling van de medische feiten is een advocaat aangewezen op een medisch adviseur. De kwaliteit van dergelijke adviezen is evenmin op voorhand gegarandeerd door externe toetsingssystemen.⁵⁴

Binnen de letselschadeadvocatuur is in toenemende mate specialisatie merkbaar en zo zijn er inmiddels talrijke in medische aansprakelijkheid gespecialiseerde adviseurs en kantoren.

3.4.4 De gedaagde partij

Wat zijn de mogelijke tegenargumenten van de gedaagde partij? Hoe staat het met diens solvabiliteit? Heeft de gedaagde partij een sterke maatschappelijke positie? Is deze vermogend genoeg om uitgebreide rechtskundige ondersteuning te mobiliseren? Al deze punten zullen in de beslissing worden meegenomen.

Zoals bij artsen is het contact tussen cliënt en advocaat persoonlijk en vertrouwelijk van aard. Daarmee is het echter niet onmogelijk om (eventueel geanonimiseerde) data te verzamelen en te analyseren. De drie vragen, genoemd in 2.1.2, kunnen voor dit onderdeel geparafraseerd worden weergegeven als: hoe

⁵² Zie bijvoorbeeld De Vaan (2002), p. 2174 e.v.

⁵³ Zie hierover ook De Jong (2005), p. 631 e.v.

⁵⁴ Een anekdotisch gegeven: een inmiddels 80-jarige oud-hoogleraar chirurgie is nog steeds actief als medisch adviseur; hij is echter al 17 jaar niet meer als arts praktiserend.

is de algemene ‘werkzaamheid’ van de letselschadeadvocatuur? Hoe is de functionele competentie van individuele advocaten en letselschadekantoren? Hoe kunnen ze publieke verantwoording voor dit onderdeel afleggen? De behoefte aan systematische kwaliteitstoetsing van en verantwoording voor de verrichte werkzaamheden van kantoren lijkt nog niet groot.

3.5 AANTAL CLAIMS, SCHIKKINGEN EN HET OORDEEL VAN DE RECHTER

3.5.1 Aantallen onder de rechter

Hoeveel zaken van medische aansprakelijkheid worden er door de Nederlandse civiele rechter afgehandeld? Er bestaat geen centrale registratie van medische claims. Evenmin zijn alle uitspraken van de (civiele) rechter over medische handelen eenvoudig op te sporen. Zoals reeds besproken, biedt de verzameling uitspraken op internet via www.rechtspraak.nl slechts een selectie van gevallen. Een schatting voor cijfers rond medische aansprakelijkheid voor Nederland wordt in de volgende tabel weergegeven.

Tabel 3.3: Schattingen van aantallen mogelijke claimanten en claims in Nederland

<i>Omschrijving:</i>	<i>Aantal per jaar:</i>
Pool van potentiële claimanten ⁵⁵	250.000
Aantal ingediende claims ⁵⁶	2.500
Aantal civiele zaken ⁵⁷	50-75
Aantal zaken medische tuchtcolleges ⁵⁸	800-850
Bij Inspectie gemeld ⁵⁹	2.642

Als deze schattingen enigszins in de buurt van de realiteit komen, zien we dat we voor beoordeling van de omvang van het probleem van medische incidenten niet af mogen gaan op het aantal civiele rechtszaken. Er zijn veel

55 Als 1% van de potentiële claims in een feitelijke (geschat: 2500) wordt omgezet, is dit de uitkomst. Men kan de percentages van tabel 3.2 ook loslaten op de volgende kerncijfers (bron: CBS; jaar 2002): aantal ziekenhuisopnamen 1.545.834, Aantal dagverpleging: 1.029.000, polikliniekbezoeken: 22.694.000 (waarvan 8753 eerste polikliniekbezoek). Tien procent van totaal 2, 5 miljoen ziekenhuisopnamen + dagverpleging = 250.000. Daarnaast zijn er de huisartsenbezoeken: circa 64.000.000 per jaar (Bron: Nivel).

56 Schatting gebaseerd op de (schaars) gepubliceerde cijfers van o.a. van MediRisk.

57 = 3% van de ingediende claims.

58 In eerste aanleg. In de periode 1995-1997 en 1999-2001 werden totaal 4980 uitspraken gedaan. Hierover Hout et al. (2004).

59 Jaarrapport 2003. Op p. 82 wordt gemeld dat er 2642 meldingen zijn geweest (waarvan 887 als ‘vermijdbaar’ worden geclassificeerd), terwijl er meer werden onderzocht, nl. 2716.

meer medische tuchtzaken maar van alle ingediende casus wordt momenteel maar 15% gegrond verklaard.⁶⁰

3.5.2 Hoe vaak leidt een claim tot een schadevergoedingsovereenkomst?

Gegevens hierover zijn in het bezit van de verzekeraars van medische aansprakelijkheid en het geven van openheid van zaken hierover is beperkt. Het preprocesuele traject is belangrijk. In deze fase immers wordt beoordeeld of de aanspraken van de patiënt op schadevergoeding kansrijk zijn of niet. De verzekeraar beoordeelt aan de hand van adviezen van eigen of ingehuurde medische adviseurs hoe gerechtvaardigd de eis is. Blijkt er inderdaad onjuist te zijn gehandeld, wordt meestal een schikkingaanbod gedaan. Anders wordt de eis afgewezen en kan de patiënt afzien van verdere actie of naar de civiele rechter stappen.

Het overgrote deel van vermeende schade door medisch handelen wordt buiten de rechter om afgehandeld. In Nederland komt maar 3% van de claims voor de rechter, in de Verenigde Staten ligt dit percentage hoger (circa 10-15%).⁶¹ Van doorslaggevende betekenis daarbij is of er een duidelijke medische norm is, waaraan het gedrag van de hulpverlener kan worden afgemeten.⁶² Ontbreekt een helder criterium, dan biedt dat de ruimte voor strijd waarbinnen meer plaats is voor retorische dan voor wetenschappelijke argumenten.

Uit verschillende empirische onderzoeken is gebleken dat het overgrote deel van de claims, meestal 50-60%, wordt afgewezen.⁶³ Het Nederlandse onderzoek van verzekeraar MediRisk liet zien dat 60% van de aanspraken op schadevergoeding niet wordt gehonoreerd.⁶⁴ Hoe zit het met de positie van de klager? Worden de klachten wel snel, efficiënt en effectief door de verzekeraar afgehandeld?⁶⁵ En hoe is de rechtszekerheid en de rechtseenheid te garanderen voor de afhandeling van de klacht van het slachtoffer? Daarover bestaat nog maar weinig empirisch onderzoek. Er functioneert in ons land evenmin een juridisch kader voor de bewaking en bescherming van dit proces.⁶⁶

⁶⁰ Vgl. Hout (2004), p. 137.

⁶¹ Zie Tarragin (1992) voor cijfers uit de VS en Hubben & Christiaans (2004) voor de Nederlandse situatie.

⁶² Daarover Tarragin (1992), p. 780 e.v. en Fenn et al. (2002).

⁶³ Zie Saks (1992), Tarragin (1992), Fenn (2002) en Hubben & Christiaans (2004).

⁶⁴ Zie Hubben & Christiaans (2004).

⁶⁵ De huidige looptijd bijvoorbeeld van een claim in Nederland bij MediRisk bedraagt circa 30 maanden.

⁶⁶ Zie Tzankova & Weterings (2003). In Groot-Brittannië werden in 1998 de zogenaamde *Pre-action protocols* geïntroduceerd, maar dat is vooral een procedurele inkadering en geen inhoudelijke procesbewaking.

3.5.3 Hoe terecht is de veroordeling vanuit medisch oogpunt?

In een vervolgonderzoek van de Harvard Medical Practice Study werden ingediende claims nader onderzocht op hun juistheid vanuit medisch gezichtspunt.⁶⁷ Een analyse van 46 afgesloten claims liet geen verband zien met de aan- of afwezigheid van onzorgvuldigheid, maar de ernst van de schade bleek bepalend voor het wel of niet toewijzen van de claim.

Een medische beroepsgroep die frequent te maken heeft met medische aansprakelijkheid is de gynaecologie & verloskunde. Eenderde van de verloskundige claims heeft te maken met hersenbeschadiging rond de geboorte veroorzaakt door zuurstoftekort tijdens de bevalling. De ontstaanswijze van die schade is complex. Een groot deel van de hersenbeschadigde kinderen heeft die laedering niet aan gebrekkige verloskundige zorg te wijten maar aan een samenloop van moederlijke en kinderlijke factoren.⁶⁸ Een belangrijk deel van de (vooral in de Verenigde Staten) toegewezen claims is daarom niet terecht: er is geen schuld van de verloskundige/arts. Het is echter de beroepsgroep zelf die duidelijke criteria aan moet reiken om goed van slecht medisch handelen te kunnen onderscheiden.⁶⁹

Een ander voorbeeld, feitelijk productaansprakelijkheid, is de kwestie of siliconen borstprothesen een grotere kans geven op reumatische ziekten. In de Verenigde Staten hebben duizenden vrouwen hetzij via individuele aansprakelijkheid, hetzij via zogenaamde *class-actions* hun lichamelijke klachten in verband gebracht met deze prothesen.⁷⁰ Na toewijzen van een groot aantal van deze claims is echter een diepgaande studie verricht, waarin dit verband niet kon worden aangetoond. Daarmee droogde de stroom claims op.⁷¹

Een deel van de toegewezen claims is vanuit medisch oogpunt dus onterecht. Daarbij realiseren men zich drie zaken. Ten eerste impliceert juridisch bewijs niet hetzelfde als wetenschappelijk bewijs.⁷² Ten tweede zal naarmate de medische norm duidelijker is, de kans op een juist oordeel toenemen. Kritiek vanuit medische hoek op de onbillijkheid van een rechterlijk oordeel slaat terug op de beroepsgroep zelf: de medische wetenschap zal de wetenschappelijke

67 Brennan et al. (1996), p. 1963 e.v.

68 Zie hierover Verhoeven (2002), p. 5 e.v.

69 Bijvoorbeeld MacLennan (1999), p. 1054 e.v. Toch, omdat het een frequent en ernstig probleem is met grote emotionele gevolgen en een lastig bewijstraject, hebben een aantal landen besloten een aparte juridische status te creëren voor hersenbeschadigde baby's via een no-fault regeling (bijv. Californië, GB).

70 Om die reden werd door de *Federal Judiciary* in de VS besloten een commissie te vragen daarover een wetenschappelijk advies uit te brengen. Zie Hulka et al. (2000), p. 812 e.v.

71 Zie Jankowsky et al. (2000), p. 781 e.v.

72 Vergelijk Wieten (2002), p. 4: "Juridisch bewijs is niet hetzelfde als natuurwetenschappelijk bewijs. Bij het laatste staat steeds vast dat hetgeen bewezen is, ook waar is. In een proces kan men vaak niet bewijzen wat waar is. Bewijzen in het recht is dus iets aantonen voor de rechter, los van de vraag of het waar is." Zie ook het themanummer van de JHPPL *Evidence: its meaning in health care and in law* (2001).

en normatieve standpunten expliciet moeten articuleren. Het derde punt is dat juristen aan de juridische geldigheid van de uitspraak van de rechter meer belang toekennen dan aan de juistheid.

3.6 SCHADEVERGOEDING EN APPEL

3.6.1 Schadevergoeding: hoogte en effecten

Een belangrijk kenmerk van het systeem is om overzicht te hebben over wat er aan totale schadevergoeding wordt uitgekeerd en vooral ook de ontwikkelingen in de tijd wat betreft toewijzingskansen en hoogte van het uitgekeerde bedrag. Dat alles maakt onderdeel uit van het totale boekhoudkundige plaatje van de medische aansprakelijkheid: wat zijn de directe en indirecte kosten voor de gelaedeerde? Wat kost het de gezondheidszorg en de sociale voorzieningen? Welke kosten zijn gemoeid met het eventueel voorkómen van dergelijke incidenten? Wat zijn de kosten van het justitiële apparaat en die van de rechtshulp? Bij een volledig inzicht in al deze verschillende factoren kunnen ook rechtseconomische modellen empirisch worden getoetst.

Het is van groot belang te weten welke macro-economische effecten het toekennen van schadevergoeding voor medische incidenten heeft. Cruciale vragen zijn:

- Wat komt er van de toegekende schadevergoeding ten laste van het budget voor de medische zorg? Meer schadevergoeding impliceert dan minder zorgmogelijkheden. In GB gaat momenteel 10% van het totale medische budget op aan schadeloosstellingen.⁷³
- Is het systeem wel kosten-effectief? Hoeveel kosten staan er tegenover elke uitgekeerde Euro (of andere munteenheid)?⁷⁴
- Maakt analyse van de toegekende schadevergoedingen nut en noodzaak van eventuele aparte schadefondsen duidelijk?⁷⁵
- Wat zijn de effecten op de verzekeringspremies voor artsen? Blijft het nog betaalbaar?
- Zijn, bij alsmáar stijgende vergoedingen voor medische schade, deze risico's nog wel verzekeraar? Trekken verzekeraars zich niet terug uit de markt?

73 Zie rapport *Making Amends* (GB, Dept. of Health, 2003), p. 9. De totale kosten i.v.m. *clinical negligence* liepen op van £ 1.000.000 in 1974 naar £ 446.000.000 in 2002.

74 In de VS zou er tegenover elke uitgekeerde dollar 50 dollarcenten aan administratieve en juridische kosten staan. De Engelse National Audit Office (2001) becijferde in een rapport dat de totale administratieve en juridische kosten de uitgekeerde schadevergoedingen te boven gingen.

75 Zoals inmiddels in enkele landen al werd gerealiseerd met betrekking op perinataal opgetreden hersenbeschadiging. In Engeland heeft 80% van de claims betrekking op hersenbeschadiging van pasgeborenen.

Een dergelijke macro-economische analyse is hard nodig, maar dan wederom binnen de context van het gehele systeem! Een betrouwbaar en compleet overzicht wordt nu node gemist.

3.6.2 Appel

Wie gaan er bij civiele medische aansprakelijkheid in appel en op welke gronden? Wat wordt daarvan wel en niet toegewezen? Is dat op grond van juridische of van medisch-inhoudelijke argumenten?

Soms tonen patiënten een sterke verbetering om langs juridische weg hun gelijk te halen, zoals de volgende casuspositie toont. Het gaat om de rechtsvraag of een neurochirurg bij het uitvoeren van een ingreep in strijd heeft gehandeld met de zorgvuldigheid die van een redelijk bekwaam en redelijk handelend vakgenoot mocht worden verwacht.⁷⁶

Casus 3.1 Patiënt A wordt op 6 december 1995 met rugklachten in ziekenhuis B opgenomen. Bij hem wordt door neuroloog C en neurochirurg D de diagnose gesteld op een hernia⁷⁷ op het niveau L3-L4 (d.i. tussen de derde en vierde lendenwervel). Op 7 december van dat jaar wordt A door een andere neurochirurg E aan zijn rug geopereerd. Omdat A pijnklachten na deze ingreep blijft houden, wordt opnieuw onderzoek verricht en blijkt dat de operatie niet op niveau L3-L4, maar op niveau L2-L3 heeft plaatsgevonden. De oorzaak van deze fout ligt in de methode van lokalisatie. De chirurg heeft het operatieniveau vastgesteld door middel van palpatoire lokalisatie (het aftellen van de ruimten tussen de bogen van het wervelkanaal), waarbij hij een fout heeft gemaakt bij het tellen, of de met inkt gemarkeerde plaats van operatie op de huid is na de lokalisatie verschoven. Op 14 februari 1996 wordt A opnieuw in het ziekenhuis opgenomen en vindt de volgende dag de operatie op het juiste niveau plaats. Op 13 juni 1997 dient patiënt een klacht in tegen E bij het Medisch Tuchtcollege te Amsterdam. Het college wijst deze klacht bij beslissing van 5 oktober 1998 af. Hiertegen wordt door A vergeefs in beroep gegaan bij het Centraal Tuchtcollege. Vervolgens start A een civiele procedure. Anders dan het tuchtcollege beslist de rechtbank in eerste aanleg en in tweede instantie ook het hof dat E niet de zorg van een goed hulpverlener heeft geleverd. Tenslotte gaat E in cassatie en klaagt erover dat er een onjuiste – vooral strengere – maatstaf is aangelegd en dat het hof ongemotiveerd af is gegaan van de beslissing van het medische tuchtcollege. De eerste klacht wordt afgewezen, de tweede blijkt gegrond.

76 HR 12 juli 2002, Telfoutarrest m.nt. Kastelein, TvGR 2003/2, p. 127-139 (LJN-nummer AE1532 Zaaknr. C00/274HR).

77 De term "hernia" staat voor hernia nucleī pulposi, d.w.z. er puilt materiaal uit de tussenwervelschijf en dat drukt op een nabijgelegen uit het ruggenmerg uittredende zenuw en dat geeft o.m. rug- en pijnklachten.

De patiënt heeft samen met zijn advocaat alle mogelijke ingangen van het civiele en tuchtrecht benut en de aanhouder won: uiteindelijk hield de hoogste civiele rechter de neurochirurg verantwoordelijk voor het incident. Deze individuele casus werpt vragen over het functioneren van het systeem op. De Hoge Raad oordeelde anders dan het regionale tuchtcollege, terwijl de norm in beide gevallen gelijk is.⁷⁸ Hoe kan dit? Mag dat voorkomen? Wint de aanhouder meestal?

Is het rechtssysteem een kansspel? Vergroot het aantal procedures (eerste aanleg, tweede aanleg en cassatie) de kans om toch te winnen?⁷⁹

Ook deze fase in het systeem vraagt meer aandacht en uitvoering en vooral stelselmatige analyse.

3.7 DOELEN VAN HET SYSTEEM: VERANTWOORDING EN GEDRAGSBEÏNVLOEDING

Tot zover een korte analyse van de verschillende onderdelen van het systeem. Het systeem bestaat ervoor om bepaalde functies te vervullen. Bij de kerndoelstellingen van het aansprakelijkheidsrecht, compensatie en preventie,⁸⁰ gaat het om vaststelling van verantwoordelijkheid en de beïnvloeding daardoor van gedrag via de rechterlijke beslissing.⁸¹ Het draait om het voorbijge gedrag van de arts in kwestie (zich verantwoordelijk verklaren voor het gebeurde; “dit zal me niet meer overkomen”) en het toekomstige optreden van beroeps-genoten (“een gewaarschuwd mens telt voor twee”; het nemen van voldoende voorzorgsmaatregelen, preventieve verantwoordelijkheid).⁸²

Een systeem van medische aansprakelijkheid zal niet alleen aan praktische voorwaarden moeten voldoen. Het is ook noodzakelijk de theoretische kaders te exploreren.

78 Zie de opmerkingen hierover van Van Wijmen in zijn annotatie van HR 12 juli 2002, NJ 2003, 151.

79 De A-G van de HR Jörg stelt in de conclusie bij HR 31 januari 2005, LJN AR7190 (rov. 32): “Een visie op de feitenrechtspraak als loterij waarbij in een nieuwe feitelijke behandeling alle opties weer open zijn, kan geen grondslag vormen voor de beslissingen van de Hoge Raad.”

80 Zie ook Olsen (2000), p. 1029 en Studdert (2004).

81 De historische en prospectieve verantwoordelijkheid; zie Cane (2002), p. 31 e.v.

82 Zie Shavell (2001).

3.7.1 Gedragsbeïnvloeding: via recht of moraal?

De *deterrence theory* over de beïnvloeding van menselijk gedrag⁸³ via het opleggen van juridische sancties kent sceptische beoordelaars.⁸⁴ Er zijn twee mogelijkheden voor het manipuleren van menselijk gedrag: via de rechtsorde of met behulp van moraliteit.⁸⁵ Er zijn overeenkomsten maar ook verschillen tussen deze twee normatieve domeinen aan te wijzen. Wie van deze twee is het krachtigst als het gaat om bevordering van de patiëntveiligheid? Diverse onderzoekers zien qua werking geen voordeel in preventie via rechtspraak boven morele regels. De sancties op afwijkend gedrag verschillen echter. Is het wel mogelijk een uitspraak te doen welke van deze twee opties de beste is? Shavell zet drijfveren voor wenselijk gedrag, feitelijk gedrag en sancties op misdraging bij zowel recht als moraliteit als regulatoren daarvan naast elkaar, maar het oordeel hangt af van de specifieke situatie. Een belangrijk punt is ook of medische incidenten hun oorzaak vinden in moreel onjuist gedrag of door 'gewone' menselijke tekortkomingen (vergeten, vergissen, te grote werkdruk etc.). Beide komen voor in de praktijk, maar hun onderlinge verhouding is vooralsnog onduidelijk.⁸⁶

Cane benadrukt dat het recht preciezer moet zijn dan de moraal en bij een juridische afhandeling van een claim wordt men gedwongen tot het expliciet maken van alle afwegingen en wil men op grond van rationele en niet emotionele overwegingen tot een beslissing komen.⁸⁷

Er bestaat tenminste een symbiotische relatie tussen recht en moraal, soms is het recht nodig teneinde te identificeren wat moreel gezien de juiste oplossing is. We kunnen niet zonder deze twee, ze zijn een noodzakelijke voorwaarde voor het bevorderen van goed gedrag. De vraag is of gebrek aan moraal c.q. verantwoordelijkheidsgevoel gecompenseerd kan worden door rechtsregels.

3.7.2 Legitimiteit van medische aansprakelijkheid

Worden de uitspraken van de civiele (of de tucht)rechter door artsen als legitiem ervaren en daardoor in positieve zin geprikkeld, bijvoorbeeld tot het doen van meer onderzoek naar patiëntveiligheid en op geleide daarvan tot het nemen van preventieve maatregelen? Legitimiteit is een empirisch ver-

83 Vgl. Schwartz (1994): "The basic point of the deterrence claim on behalf of tort liability is clear: By imposing the threat of liability on tortious conduct, the law can discourage parties from engaging in that conduct."

84 Zie Abel (1990) en verder uitvoerig hierover Schwartz (1994).

85 Zie Shavell (2001) en Schwartz (1994).

86 In medische publicaties treft men de stelling aan dat de meeste incidenten niet berusten op een moreel tekortschieten (bijv. Leape [1994]), maar een empirische onderbouwing daarvan is er nauwelijks.

87 Zie Cane (2002), p. 3 e.v.

schijnsel aan de ontvangende kant: aanvaarden artsen de opgelegde sanctie?⁸⁸ Bij artsen leven echter tal van vooroordelen over medische aansprakelijkheid.⁸⁹ Er wordt getwijfeld aan de zuiverheid van motieven van betrokkenen aan de eisende kant, bijvoorbeeld:

- Het is opportunistisch gedrag van patiënten. Motief: de 'calculerende' patiënt probeert er een slaatje uit te slaan.
- Het is te wijten aan juridische ondernemerszin. Motief: medische aansprakelijkheid als economisch interessante 'markt' voor letselschadeadvocaten; vergelijk de Amerikaanse *ambulance chasers*.
- Je wordt aangesproken voor onzorgvuldigheid terwijl het een complicatie is. Motief: kwade trouw van de patiënt.
- Ze proberen je economisch uit te kleden. Motief: jaloezie ten opzichte van een economisch bevoorrechte groep; 'socialoëzie'.

Voorts is er kritiek op de wijze waarop praktisch en inhoudelijk met zaken van medische aansprakelijkheid wordt omgegaan. In de eerste plaats wordt getwijfeld aan de competentie van juristen om medische zaken werkelijk goed te kunnen beoordelen. Die twijfel wordt gevoed door wetenschappelijk onderzoek, waarbij de juistheid van de beslissing door de civiele rechter werd gespiegeld aan het oordeel van medici.⁹⁰

Ten tweede is er de (tergend) lange periode tussen het plaatsvinden van het incident, de aankondiging van de claim en het uiteindelijke rechterlijke oordeel. Er is nog maar weinig empirisch onderzoek gedaan in ons land hoe lang de feitenrechter bij medische zaken nodig heeft, maar het is steeds een

88 Zie daarover Bruinsma (2003), p. 2292. Hij citeert Shapiro: "All of this can, of course, be put in the form of the classical political question: Why should I obey?"

89 Zie daarover o.a. Sage (2003b), Studdert et al. (2004). Hyman (2002) geeft als Amerikaanse staalkaart van motieven het volgende: "Lawyers are out to get you, and patients will sue at the drop of a hat." "If you don't do this test, it will cost you a ton of money and your reputation by the time the legal system is done with you." "Anyone can sue you for anything, and the insurer isn't interested in whether you did a good job or not; they just want to settle the case and move on." "Avoid the poor; they are more likely to sue." "Juries don't like doctors, and they hand out money based solely on their sympathy for the plaintiff." "It doesn't matter what you said or did; what matters is what is in the chart." "If you're nice to your patients, it doesn't matter how badly you screwed up." "Medical malpractice has nothing to do with quality and everything to do with whether the outcome was good or bad." "Once a jury verdict is reported, you won't be able to get privileges anywhere, or malpractice insurance at any price."

90 Zie het onderzoek van Brennan, Sox & Burstin (1996): de ernst van de schade bleek de belangrijkste voorspellende factor voor toewijzing van vergoeding, niet het feit dat er onzorgvuldig was gehandeld. Verder daarover Studdert et al. (2004).

kwestie van jaren.⁹¹ Het mogelijke didactische effect van een casus gaat daarmee teloor.

Ten derde bestaat er teveel het idee van *black box* – rechtspraak: het ontbreekt veelal aan een duidelijke expliciete medisch gefundeerde motivering van de uitspraak. Bij het hierboven genoemde *Telfoutarrest* (casus 3.1) werd al een voorbeeld gegeven van circulair redeneren: het ‘bewijs’ voor de fout was de fout zelf! Als duidelijk wordt gemaakt hoe het wél had gemoeten, zou dat bij uitstek kunnen bijdragen tot een preventieve werking van het vonnis.⁹²

Tenslotte wordt het feit dat ze zich als professional voor een rechter moeten verantwoorden als een affront ervaren met alle psychologische gevolgen en emotionele blokkades van dien.

Op grond van deze opsomming lijkt de legitimiteit van uitspraken in het kader van medische aansprakelijkheid niet op voorhand probleemloos. Gedegen systematisch-empirisch onderzoek over deze vragen is er nog niet of nauwelijks.

3.8 DE PREVENTIEFUNCTIE

3.8.1 Bepalende factoren voor een preventief effect

Aansprakelijkheidsrecht maakt onderdeel uit van een pakket aan prikkels tot preventie: tuchtrecht, strafrecht, mediareacties, reputatieverlies en morele schade.⁹³ Wil een uitspraak van de civiele rechter niet alleen de gedaagde maar ook diens beroepsgenoten prikkelen tot het bewerkstelligen van optimale zorgverlening door risicobeperking, dan zijn er verschillende factoren van belang:⁹⁴

1. *Mogelijkheid voor preventie*: alleen als het risico op medische incidenten daadwerkelijk verkleind kan worden, bestaat de mogelijkheid van externe beïnvloeding van de werkwijze.
2. *Kostenafweging*: zolang de kosten van preventie lager zijn dan betaling van schadevergoeding (*Learned Hand-formule* c.q. Kelderluikfactoren) is preventie economisch voordeliger.

91 In de VS is bijvoorbeeld een gemiddelde van 45 maanden gerapporteerd tussen incident en uitspraak. In beroep gaan impliceert nog langere periodes. Tussen het voorval en de uiteindelijke beslissing van de Hoge Raad bij de zaak van Baby Joost (zie hoofdstuk 1) lag een periode van veertien jaar!

92 Zie hierover de introereede van Van Boom (2004).

93 Barendrecht (2002), p. 606 e.v.

94 Zie Arlen (2000), p. 690 e.v. en ook de studie van Robinson (2004) voor wat betreft de preventieve effecten van het strafrecht.

3. *Type aansprakelijkheid*: bestaat er een risico- of een foutaansprakelijkheid? Wanneer een medische fout bij gebleken causaal verband direct de verplichting tot schadevergoeding inhoudt, is er een grotere preventiedruk.⁹⁵
4. *Pakkans*: hoe groter de pakkans, des te groter het preventieve effect. De pakkans is voor artsen laag. De Harvard Medical Practice Study bijvoorbeeld maakte duidelijk dat van alle als medische fout identificeerbare gebeurtenissen maar 1-2% resulteerde in een claim.⁹⁶
5. *Aansprakelijkheidsverzekering*: De financiële consequenties (plicht tot schadevergoeding) van een veroordeling zouden kunnen aansporen tot voorzichtigheid, maar het feit dat artsen hiertegen verzekerd zijn, neemt die economische prikkel ook weg.⁹⁷ Ook kosten die voortkomen uit een fout, zoals langere ligduur in een ziekenhuis, kosten van extra ingrepen, revalidatie enzovoorts worden weer door ziektekostenverzekeraars en niet door de schadeveroorzaker gedragen. Het nadeel dat artsen wel kunnen onder vinden, is reputatieschade.
6. *Kwaliteit van de rechtspraak*: hoe beter de kwaliteit van de rechtspraak, des te groter het effect ervan (zie hierboven ook bij de bespreking van de legitimiteit, 3.7.2) Als artsen te sterk het idee hebben dat medische aansprakelijkheid een juridische loterij is of op voorhand te slachtoffervriendelijk, heeft het systeem geen gunstig effect op hun handelwijze: het kan leiden tot defensieve geneeskunde.
7. *Kenbaarheid*: om effect te hebben moeten de juridische uitspraken tot de medische werkvloer doordringen. In Nederland worden alleen in het weekblad Medisch Contact regelmatig bijzondere (tucht)rechtszaken gepubliceerd en vaak van commentaar voorzien. Meer uitspraken worden in het Tijdschrift voor Gezondheidsrecht afgedrukt, soms met annotatie. In 2004 werd het tijdschrift Gezondheidszorg Jurisprudentie geïntroduceerd. Daarnaast worden er periodiek systematische overzichten van uitspraken van vooral de tuchtrechter gepubliceerd.⁹⁸ Ook de Inspectie voor de Gezondheidszorg (IGZ) gaat over tot openbaarmaking inspectie-informatie.⁹⁹ Maar het gaat steeds om een selectie van gevallen en wat voor effect hebben deze publicaties?

95 In de VS is de laatste jaren de zogenaamde *enterprise liability* voor ziekenhuizen ontwikkeld. Zie daarvoor Arlen & MacLeod (2003), p. 1929 e.v.

96 Zie Localio et al. (1991).

97 Zie o.a. Hartlief (2003) en Shavell (2002). De uiteindelijke betekenis van een dergelijke schadeverzekering is vrij complex en de verzekerbaarheid is een belangrijk element van de discussie over medische aansprakelijkheid. Zie hiervoor ook Sage (2004).

98 Zie de in boekvorm uitgegeven overzichten van Heineman & Hubben over de tuchtrechtspraak bij huisartsen (1995), gynaecologen (1995) en chirurgen (1997). Recent verscheen de bundeling van tuchtrecht bij KNO-artsen, zie Christiaans, Olde Kalter & Hubben (2004). Slechts 4% van de beslissingen van de tuchtrechter wordt gepubliceerd. Daarover Hout et al. (2005), p. 425.

99 Zie NJB 2005, afl. 12, p. 662 en Handelingen Tweede Kamer 2004/05, 29 800 XVI, nr. 135.

8. *Waar gaat het nu om?* In zijn commentaar op het arrest over Baby Joost (zie casus 1.1) merkt annotator Bloembergen op dat juristen verhit over zaken debatteren die weinig te maken lijken te hebben met de vragen waar het de justitiabelen werkelijk om gaat. Dat zal op niet-juristen een vervreemdend effect hebben.¹⁰⁰ Deze manier van omgaan met aansprakelijkheid spreekt dokters niet aan.

3.8.2 Empirische toetsing

Of en zo ja welk preventief effect uitgaat van juridische afhandeling van medische incidenten kan in de praktijk alleen met voldoende zekerheid blijken uit prospectief vergelijkend onderzoek: als twee gelijkwaardige populaties aan een verschillend regime worden onderworpen en wordt vastgesteld of in een van deze groepen de kans op medische incidenten wordt beïnvloed.¹⁰¹ Zo'n onderzoek is echter (nog?) niet beschikbaar, praktisch moeilijk uitvoerbaar en duur.

Binnen de school van economisch georiënteerde juristen is echter een poging gedaan langs econometrische weg argumenten te vinden. Dit zijn meer modelmatige onderzoeken op basis van eerdere empirisch-praktische studies. De grootste gemene deler van deze onderzoeken is dat een preventief effect niet of nauwelijks aantoonbaar is.¹⁰² In een uitvoerige beschouwing evalueren Mello & Brennan het mogelijke preventieve effect van medische aansprakelijkheid.¹⁰³ Zij concluderen, met vele anderen, dat er ongetwijfeld wel enig preventief effect van medische aansprakelijkheid zal uitgaan, maar dat dit effect zwak is en niet of nauwelijks empirisch aantoonbaar.¹⁰⁴

Zowel binnen als buiten de geneeskunde is gebleken dat maar een klein deel van schadegebeurtenissen voor de rechter komen.¹⁰⁵ In Amerika wijzen onderzoekers op het fenomeen van *poor fit* bij medische aansprakelijkheid.¹⁰⁶ Het aantal en soort claims vormt geen afspiegeling van de medische praktijk: maar bij een fractie van de medische incidenten komt het tot een claim, een minderheid van de claims is medisch gezien terecht en het juridische oordeel doet veelal geen recht aan de medische werkelijkheid. De willekeurige aard

¹⁰⁰ HR 8 september 2000, NJ 2001, 734.

¹⁰¹ Algemeen – en zeker in de geneeskunde – is vergelijkend onderzoek als beste methode van oorzaak-gevolg studies gangbaar. Zie hierover bijvoorbeeld de klinisch-epidemioloog Feinstein (1985), hoofdstuk 3 (p. 25 e.v.): "Comparison is one of the hallmarks of scientific activity."

¹⁰² Zie hiervoor Schwartz (1994), Kessler & McClellan (1997) en Mello & Brennan (2002).

¹⁰³ Mello & Brennan (2002), p. 1595 e.v.

¹⁰⁴ Ook Studdert et al. (2004; p. 285 en 286) wijzen op de grote methodologische problemen bij onderzoeken naar preventieve en defensieve effecten.

¹⁰⁵ Zie bijvoorbeeld Galanter (1996), p. 1093 e.v.

¹⁰⁶ Zie Mello & Brennan (2002), Bovbjerg & Raymond (2003) en Studdert et al. (2004).

en gebrek aan accuraatheid en precisie van medische aansprakelijkheid maken dat aanspraken op een substantieel *structureel* preventief effect uitgaande van het systeem van medische aansprakelijkheid weinig steun krijgen. Dat wil niet zeggen dat er geen *incidentele* verbeteringen mogelijk zijn. Pleitbezorgers van het systeem van medische aansprakelijkheid komen met anekdotische voorbeelden van verbeteringen of aanpassingen van medische procedures of interventies die het gevolg zouden zijn van claims.¹⁰⁷

De situatie in Nederland wijkt op tal van punten af van bijvoorbeeld de Verenigde Staten. Onderzoek naar de mogelijke heilzame of ongewenste effecten van aansprakelijkheid van artsen op vaderlandse bodem moet nog plaatsvinden. Een dergelijk onderzoek is echter lastig want preventieve effecten van medische aansprakelijkheid zijn moeilijk objectief te meten.¹⁰⁸ Is het al die moeite wel waard?

3.8.3 Teveel preventie: defensieve geneeskunde

Een zorgelijke bijwerking van medische aansprakelijkheid is dat artsen, uit angst aangesproken te worden voor onzorgvuldigheid, 'zekeheidshalve' maar besluiten tot het doen van extra diagnostische of therapeutische interventies. Enquêtes onder artsen tonen dat de meeste van hen hun praktijkwijze defensief veranderd hebben naar aanleiding van de dreiging van claims.¹⁰⁹ De rechter zal zich niet willen laten leiden door deze emotionele reactie van artsen om zijn beslissing te matigen. Eerst en vooral zal de arts moeten doen wat van een redelijk bekwaame arts verlangd mag worden.¹¹⁰

Ook hier rijst de vraag hoe met empirisch onderzoek dit fenomeen in de praktijk kan worden aangetoond. Evenals bij de preventieve effecten zou een prospectief vergelijkend onderzoek in theorie de beste methode zijn, maar blijkt in de praktijk onuitvoerbaar. Blijft over de mogelijkheid om frequenties van ingrepen binnen verschillende populaties te vergelijken of te zien of er na veranderingen van een aansprakelijkheidsregime (bijvoorbeeld inperking van de mogelijkheden ervan) veranderingen zijn opgetreden.

107 Zie voor een algemeen pleidooi Koenig & Rustad (2003), p. 1-10 en over patiëntenrechten hoofdstuk 4 (p. 131 e.v.)

108 Zie Schwartz (1994), Mello & Brennan (2002) en Studdert (2004).

109 Zie bijvoorbeeld Summerton (1995), Cunningham & Dowy (2000) Passmore & Leung (2002), Zuger (2004) en Studdert et al. (2005). Nederlands onderzoek is hierover nog niet verricht.

110 In het Kelly-arrest spreekt de HR zich ook zo uit: "Ten slotte heeft, wat betreft het tegen vorderingen als de onderhavige wel aangevoerde argument dat toewijzing daarvan tot een meer defensieve beoefening van de geneeskunde zal leiden, het volgende te gelden. Zoals hiervoor in 4.1 overwogen, is de maatstaf voor aansprakelijkheid die te dezen moet worden gehanteerd, of de verloskundige heeft gehandeld zoals van een redelijk bekwaam en redelijk handelend verloskundige ten tijde van dat handelen mocht worden verlangd." HR 18 maart 2005, RvdW 2005, 42 (rov. 4.17). Zie uitgebreid over dit arrest Hartlief (2005b).

Een veelgenoemd voorbeeld van defensieve geneeskunde is het uitvoeren van een keizersnede. Er worden vooral in de Verenigde Staten vaak claims ingediend tegen gynaecologen omdat kinderen tijdens een vaginale geboorte hersenbeschadiging zouden hebben opgelopen. Daarom zou er steeds vaker een kunstverlossing via een keizersnede worden toegepast om dat juridische risico te verkleinen. De resultaten van Amerikaans onderzoek spreken elkaar tegen: sommige studies laten het defensieve effect zien, andere niet.¹¹¹

Er zijn ook hierbij econometrische studies verricht. De meest geciteerde onderzoeken komen van Kessler & McClellan.¹¹² Zij laten zien dat een restrictiever beleid wat betreft claims (dus minder kans op claims bij artsen) leidt tot daling van bijvoorbeeld diagnostisch onderzoek en ingrepen. Daarmee veronderstellen ze een defensief effect van *tort*.

De methodologische en praktische problemen rond het onderzoeken van preventieve en defensieve effecten en de tegenstrijdige uitkomsten van studies doen de vraag rijzen in hoeverre deze veronderstelde effecten echt wel zo belangrijk zijn. Moet het systeem van aansprakelijkheidsrecht daarom aangepast worden om het defensieve element te elimineren? Er lijkt juist behoefte te bestaan aan het vergroten van het preventie-effect.

3.9 COMPENSATIEFUNCTIE

Hoe staat het met het vervullen van de compensatiefunctie? Bij verkenning van dit beoogde effect van het aansprakelijkheidssysteem zijn echter ook een aantal 'voorvragen' en aanvullende kwesties van belang. Wat wordt er nu precies gecompenseerd? Er wordt onderscheid gemaakt tussen economische en niet-economische schade. De economische schade behelst de feitelijke schade alsmede daaraan verbonden kosten en geanticipeerde schade (inkomensverlies, verminderde promotiekansen). Zoals eerder gesteld: bij letselschade door medische fouten is er meestal onherstelbare schade en de toegewezen vergoeding kan dus geen herstelbetaling zijn. Waarop heeft het uit te keren bedrag dan betrekking? In hoeverre vervult de compensatie een *corrective justice* functie? Hoe ervaart de gelaedeerde de toekenning van de schadevergoeding? We zagen al dat de beweegredenen van de eiser meer op het sociaal-psychologische dan op het materiele vlak liggen want men is teleurgesteld in de presta-

111 Zie Localio et al. (1993) [wel defensief effect] en Tussing & Wojtowycz (1992) [niet] en verder Studdert et al. (2004), p. 286.

112 Zie Kessler & McClellan (1996) en (1997). De studie uit 1996 is niet vergelijkend, maar longitudinaal van aard: "In that study, we used longitudinal data on all elderly Medicare recipients hospitalized for treatment of cardiac illness in 1984, 1987, and 1990, matched with information on tort laws and law reforms from the state in which the patient was treated."

ties van de geneeskunde en/of in de handelwijze van de dokter.¹¹³ Er wordt echter een toenemende spanning geconstateerd tussen de (emotionele) belangen van mensen en de manier waarop daarmee in de huidige rechtspraktijk wordt omgegaan.¹¹⁴

Uiteindelijk zal invulling moeten worden gegeven van de 2x2-tabel (zie 3.1, tabel 3.1). Met de huidige gegevens zien we dat het systeem het overgrote deel van de patiënten met compenseerbare schade niet op enige wijze schadeloos wordt gesteld. Een deel van de toekenningen zal echter ook onterecht zijn.

3.10 SLOTSOM

Na deze inventarisatie van kwesties rond het functioneren van medische aansprakelijkheid als systeem rijst de vraag welke voorlopige conclusies we daaruit kunnen trekken. De kerndoelen zijn daarbij richtinggevend. Vooral snog missen we de middelen en de data om het systeem adequaat in kaart te brengen. De opsplitsing in verschillende fasen van ontstaan en afwikkeling van medische aansprakelijkheid biedt een goede structuur voor analyse.

De primaire functie van compensatie vormt de bestaansgrond van het aansprakelijkheidsrecht. Wordt die functie goed vervuld? Van alle iatrogene schade wordt maar een fractie gecompenseerd: als *systeem* voor schadevergoeding fungeert het maatschappelijk gezien nauwelijks.

Als er compensatie plaatsvindt, dan wordt de schadesom bijna altijd door een verzekeraar uitbetaald. In Nederland wordt die overeenkomst tot uitbetaling in 97% van de gevallen buiten de rechter om geregeld, in de Verenigde Staten in circa 90%. De uiteindelijke civielrechtelijke bemoeienis met schade ontstaan door onzorgvuldig medisch handelen is relatief gezien zeer gering: indien 10% van alle iatrogene schade zou resulteren in een schadevergoedingsactie¹¹⁵ en daarvan wordt maar 3% door de rechter afgehandeld dan betekent dit dat 99,7% van alle iatrogene schade buiten het blikveld van de rechter blijft. De letselschade-advocatuur ziet frequenter dan de rechter medische incidenten, maar ook dat is een sterke selectie van gevallen.

De preventiefunctie heeft een sterkere theoretische dan empirische positie. Gezien het kwantitatief zeer geringe aandeel van juridische geschilbeslechting aan het probleem van medische incidenten is de vraag in hoeverre de preventie van incidenten serieus genomen moet worden. Het probleem van de *poor fit*

113 Zie Vincent et al. (1994), p. 1609 e.v. De functies zijn vooral: (1) het ter verantwoording roepen van de arts, (2) het geven van uitleg over hoe het zo heeft kunnen lopen, (3) het verbeteren van de zorg voor toekomstige patiënten, en tenslotte (4) compensatie van schade.

114 Zie Van Zeeland, Kamminga & Barendrecht (2003), p. 818 e.v. en ook Barendrecht (2003), p. 1175 e.v.

115 Volgens Amerikaans onderzoek zou dit maar circa 2% zijn. Zie Bovbjerg & Raymond (2003).

en de tekortschietende kwaliteit van rechtspleging en de opgesomde praktische problemen sluiten een preventief effect weliswaar niet uit maar erg groot kan de uitwerking niet zijn. Het kan zelfs remmend op kwaliteitsverbetering werken. Is de wens soms de vader van de gedachte?

De legitimiteit van het systeem (vooral in de Verenigde Staten) baart zorgen: claims worden te vaak op onjuiste gronden afgewezen of toegekend, het aansprakelijkheidsrecht is niet precies.¹¹⁶ Nederlands stelselmatig onderzoek naar de kwaliteit van adjudicatie, m.n. wat betreft medische aansprakelijkheid, is er niet of nauwelijks. Op grond van buitenlands onderzoek lijkt medische aansprakelijkheid noch sensitief noch specifiek te zijn.

116 Zie daarover ook Van Boom (2003).

4 | Methodologische kwesties bij medische fouten

‘Health care quality improvement experts often argue that “you can’t manage what you can’t measure”. Suitable yardsticks are essential to judge the magnitude of potential quality problems and track whether interventions improve care. However, this aphorism needs one critical addendum: “you can’t measure what you can’t define.”’¹

In dit hoofdstuk buigen we ons over de beoordeling door de rechter van het medisch handelen, voorzien van enige achtergrondinformatie over medische fouten. De rechter moet op grond van onzekere feiten en onduidelijke causale relaties toch een claim beoordelen. Beslissen in onzekerheid ten gevolge van kennistekort speelt zowel de dokter als de rechter dagelijks parten (4.1). Van doorslaggevende betekenis is hoe we een medische fout ondubbelzinnig kunnen definiëren (4.2). In samenhang hiermee is er een taxonomie van medische fouten nodig (4.3). Hoe fouten worden gemaakt, kan op verschillende wijzen worden geanalyseerd (4.4). Hoe groot is het probleem en hoe kunnen we dat onderzoeken? Dat is de epidemiologie van medische fouten (4.5). En als we kijken naar de juridische concepten zoals die in hoofdstuk 2 werken besproken: hoe moeten die bij medische aansprakelijkheid worden gehanteerd en wat heeft dit allemaal voor betekenis bij de analyse van medische aansprakelijkheid (4.6)?

4.1 ONZEKERHEID UIT KENNISTEKORT: EFFECT OP OORDELEN EN BEOORDELEN

Het fundamentele kenmerk van het werk van artsen is dat ze moeten beslissen in situaties van onzekerheid.² Aan het begin van het behandelingsproces komt de patiënt met een voor de arts nog onbestemde gezondheidswestie; dat probleem moet eerst globaal benoemd worden. Dan start het verzamelen en interpreteren van gegevens gericht op die probleemcategorie en dat moet uiteindelijk leiden tot een diagnose. Daarna wordt besloten tot het wel of niet doen van een therapeutische interventie waarbij soms nog uit verschillende

1 Zie de Amerikaanse studie van Weingart & Iezzoni (2003), p. 1917 e.v.

2 Dat hebben ze overigens met rechters gemeen!

behandelopties een keuze kan worden gemaakt. Getracht wordt om stap voor stap de twijfel over wat de patiënt nu precies mankeert te verminderen door gestructureerd te werk. De aanpak kan worden weergegeven aan de hand van een beslisboom.³ Gaandeweg kan de arts echter verdwalen: de patiënt, diens ziektebeeld of de uitslagen van oriënterend diagnostisch onderzoek kunnen de dokter op het verkeerde been zetten en tot een verkeerde diagnose en/of behandeling leiden. Bij een juiste diagnose kan de juist gekozen behandeling toch falen. Geneeskunde beoefenen is rationeel leren omgaan met onzekerheid: het is uiteindelijk een probabilistisch vak waarbij arts noch patiënt absolute zekerheid hebben over de ziekte-toestand en de uitkomst van het medisch handelen.

Die onzekerheid is, zoals al eerder gesteld, dus niet psychologisch maar principieel epistemologisch van aard: het wordt veroorzaakt door een kwantitatief en/of kwalitatief kennistekort. Absolute zekerheid is onbereikbaar. Om dit deficit zoveel als mogelijk te verminderen, is eerst een minutieuze wetenschappelijke terreinverkenning nodig: welke kennis ontbreekt er, welke informatie is onbetrouwbaar. Vervolgens kan gezocht worden naar nieuwe en/of meer betrouwbare kennis voor kwalitatief betere oplossingen voor het probleem.

Een normatieve uitspraak over wat in een gegeven situatie de juiste zorg van de hulpverlener zou moeten zijn, is het kernpunt van medische aansprakelijkheid maar tegelijk ook de achilleshiel ervan. Als adequaat medisch handelen niet scherp en eenduidig kan worden gedefinieerd, biedt dat ruimte voor bravoure en bluff binnen het juridisch steekspel tussen procespartijen. De rechter blijft buiten dit strijdgewoel maar moet dan – bij gebrek aan beter – een pragmatische beslissing nemen die door de gedaagde arts of de patiënt weer als onredelijk kan worden ervaren. De rechtszekerheid voor partijen is dus een functie van de scherpte van de norm.⁴

Arts en patiënt waarderen de uitkomst van het behandelproces vaak verschillend. Waar een patiënt een complicatie stellig als foutief medisch handelen beschouwt, ziet een arts dit veelal als een 'normaal' risico van het medische bedrijf: waar gehakt worden vallen immers spaanders. De wassende stroom juridische claims heeft ervoor gezorgd dat artsen patiëntveiligheid hoger op hun agenda zijn gaan plaatsen. Systematisch onderzoek waaruit bleek dat het niet maar om een handjevol incidenten gaat maar om een meer structureel probleem van tekortschietende kwaliteit van medische zorgverlening heeft ook daar toe bijgedragen.

3 Een geformaliseerde wijze om een probleem te structureren, waarbij de verschillende keuzemogelijkheden bij elke achtereenvolgende stap worden weergegeven in een 'boom'-structuur.

4 Zie bijvoorbeeld het Amerikaanse onderzoek van Taragin et al. (1992) en het artikel van Peeples et al. (2002).

4.2 HET DEFINIËREN VAN MEDISCHE INCIDENTEN

4.2.1 De noodzaak van normstelling

Bij medische aansprakelijkheid staat steeds de vraag centraal of de arts de zorgvuldigheid heeft betracht die van een kundig medisch professional verwacht mag worden.⁵ Feldman beargumenteert dat het toerekenbaar tekortschieten in het aansprakelijkheidsrecht aan drie kenmerken van de persoon wordt afgemeten: de redelijke bekwaamheid, het in acht nemen van normale voorzichtigheid en zorgvuldigheid.⁶ Het *gedrag* van de arts staat dus centraal bij de beoordeling.

Zonder normstelling geen normatief oordeel. Etymologisch stamt het woord 'norm' van het Latijnse 'norma' dat naast richtsnoer ook winkelhaak betekent. Het gebruik van dit instrument is tweeledig: men kan er rechte hoeken mee construeren of controleren of een bestaande hoek inderdaad haaks is. Een rechtsnorm vervult beide functies.⁷

Als achteraf de gedraging van een arts binnen een juridische context moet worden beoordeeld, zal de controlefunctie van de norm centraal staan. Deze *check* is dan zowel juridisch als medisch van aard. Het primaat van de *normomschrijving* ligt bij de beroepsgroep zelf; de rechter kan dat niet en zal – meestal aan de hand van een deskundigenrapport (zie hoofdstuk 7) – de eventuele *normschending* moeten beoordelen. Het idee van het formuleren van normen voor medisch handelen veronderstelt dat men accuraat en ondubbelzinnig voor niet-medici duidelijk kan maken hoe er gehandeld dient te worden, gegeven de omstandigheden van het geval. Dit lijkt misschien eenvoudig maar de praktijk is weerbarstig (zie hoofdstuk 6).

Met dit omschrijven betreden we het wetenschapsfilosofische terrein van de definitieproblematiek. Een definitie is de omgrenzing van een term of een begrip.⁸ Tot de kerntaken van wetenschap behoort het beschrijven en voorts verklaren en voorspellen van fenomenen.⁹ Het definiëren is nooit een doel op zich maar de betekenis daarvan wordt steeds contextueel bepaald door het (wetenschappelijke) probleem waarvoor men zich gesteld ziet. Daarvoor moeten dus eerst wetenschappelijke begrippen worden ontwikkeld, zoals bij medische aansprakelijkheid: fout, schade, toerekenbaarheid, causaliteit et cetera.¹⁰ De fundamentele doelstelling van definiëren is het zoveel mogelijk

5 De simpele vraag: 'schoot het gedrag van de gedaagde arts tekort?'

6 Feldman (2000), p. 1431 e.v. "Tort law assesses negligence according to the conduct of a reasonable person of ordinary prudence who acts with due care for the safety of others. This standard assigns three traits to the person whose conduct sets the bar for measuring negligence: reasonableness, ordinary prudence, and due care for the safety of others."

7 Zie hoofdstuk 9 van Algra et al. (1997).

8 Deze definitie van definiëren is van Van Peursen (1980), zie p. 43.

9 Van Peursen (1980), p. 27 e.v.

10 Hierover: De Geest (2004), m.n. diens tekst van de volledige oratie van 2001.

reduceren of liefst elimineren van ambiguïteit.¹¹ Er bestaan twee niveaus van definiëren: conceptueel en operationeel.

Het met succes *operationeel* definiëren van medische incidenten is bepalend voor de nauwkeurigheid en de precisie¹² van metingen en observaties. Die eenduidigheid en nauwkeurigheid van waarnemingen van fouten zijn van groot belang omdat:

- Hoe beter de operationele definitie, des te groter de rechtszekerheid;
- De omvang van het probleem van medische incidenten zo objectief mogelijk kan worden vastgesteld;
- Voor nadere analyse van oorzaken van medische incidenten en hun effecten *alle* casus waar het misging kunnen worden achterhaald en nader onderzocht;
- Effecten in de tijd van maatregelen ter vergroting van de patiëntveiligheid kunnen worden beoordeeld;¹³
- Er betere communicatie mogelijk is tussen medische en juridische professionals wanneer ze allebei dezelfde definitie gebruiken;

Hoe komt een definitie van een medische fout tot stand, hoe betrouwbaar kan het begrip worden omschreven en bestaat er essentieel verschil in het definiëren van de term 'fout' tussen de medicus en de jurist?

4.2.2 Definitieproblematiek

Een veel geciteerd psychologische onderzoeker van menselijke fouten, de Brit James Reason, geeft de volgende generieke (conceptuele!) definitie van het begrip 'fout':¹⁴

'Error will be taken as a generic term to encompass all those occasions in which a planned sequence of mental or physical activities fails to achieve its intended outcome, and when these failures cannot be attributed to the intervention of some chance agency.'

Het definiendum¹⁵ ('error') wordt gezien als de uitkomst van een proces (definiens) waarvan het resultaat niet bedoeld was. In deze definitie schuilen

¹¹ Zie Copi (1978), p. 126 e.v.

¹² De *nauwkeurigheid* wil zeggen: de mate waarin overeenstemming is tussen de meting of waarneming en de werkelijke situatie; de *precisie* wil zeggen of verschillende (of eventueel zelfs dezelfde) waarnemers consequent dezelfde uitkomsten hebben (= reproduceerbare resultaten).

¹³ Waarbij dan natuurlijk ook een nulmeting als referentie beschikbaar moet zijn!

¹⁴ Zie daarvoor Reason (1990), p. 9.

¹⁵ Een begripsomschrijving bestaat uit twee onderdelen: er is datgene wat gedefinieerd moet worden (het *definiendum*) en er is een symbool of een groep symbolen nodig om het definiendum mee te beschrijven (het *definiens*).

tenminste twee gevaren. Ten eerste dat van circulariteit: het proces genereert de feitelijke uitkomst die afwijkt van de bedoelde uitkomst. Als er niet gehandeld wordt zoals redelijkerwijze had moeten gebeuren, is het dus fout. Hoe moet het dan wél? Zoals het bedoeld was! Het tweede gevaar sluit hier direct op aan. Het verkeerde resultaat vormt een indicatie van de verkeerde intentie, maar is dat wel zo? Het is dus, zoals al eerder besproken, een *hell of a job* om objectieve criteria zonder wijsheid achteraf te formuleren, waarbij de door de gelaedeerde ongewenste afloop niet op een of andere manier stiekem is binnengeslopen.

Toch laat deze begripsomschrijving van Reason wel de essentiële elementen van de problematiek zien. Aan alle medische incidenten gaat steeds een keten van gebeurtenissen vooraf, dus een ongewenste afloop is niet het definiens van het definiendum incident. Het gaat eigenlijk meer om het overzien van een *proces* waarbij de wijze van uitvoering niet klopt en/of waarvan het resultaat afwijkt van de beoogde uitkomst. De mogelijke globale oorzaken daarvoor zijn hetzij het maken van een fout bij de besluitvorming of van een fout bij de technische uitvoering. Maar op deze wijze zijn we bezig met een conceptuele benadering.¹⁶

Er is bij medische incidenten nog een andere term van belang: het begrip 'vermijdbaar'.¹⁷ Als een als verkeerd bestempelde handelwijze *vermijdbaar* was geweest, draagt die constatering toe aan het juridische oordeel dat het onrechtmatige gedraging dus aan de persoon toerekenbaar is. Een lexicale definitie van de term vermijdbaar is niet moeilijk, de conceptuele aspecten in de context van medische incidenten laten zich raden maar de operationalisering is lastig. Hier moet geoordeeld worden met de cognitieve valkuilen van de *hindsight bias*.

Operationeel blijkt het oordeel van verschillende beoordelaars over de vermijdbaarheid van een incident allesbehalve eensluidend. Bij een Amerikaanse studie van in het ziekenhuis overleden patiënten bleken de onderzoekers weinig eensgezind over de mogelijke vermijdbaarheid van overlijden.¹⁸ Ook in een Franse studie naar medische incidenten bleek onvoldoende overeenstemming tussen verschillende beoordelaars of incidenten wel of niet vermijdbaar

16 In de Angelsaksische literatuur respectievelijk aangeduid als *decision-making errors* en *process-of-care errors*. Zie hiervoor Kohn et al. (1999).

17 Immers: als het antwoord op de vraag "schoot het gedrag van de gedaagde arts tekort?" bevestigend is, had deze dus anders kunnen en moeten handelen.

18 Zie Hayward & Hofer (2001), p. 415 e.v. De ondertitel van dit artikel is veelzeggend: "Preventability is in the eye of the reviewer".

waren.¹⁹ Als er zo weinig overeenstemming is tussen verschillende beoordeelaars, dan heeft hun oordeel veel weg van een kansspel.²⁰

Omdat het startpunt van een claim altijd de door een patiënt als ongewenst beoordeelde afloop is, bestaat het gevaar dat de juridische definitie teveel *ex post*, dus vanuit het resultaat, tot stand komt. Daarom is een medische *ex ante* benadering nodig (zie hoofdstuk 2).

4.2.3 Het operationeel definiëren vanuit medisch perspectief

Zoals bij ieder doelbewust menselijk handelen is er steeds sprake van een logische sequentie: voornemen, uitvoer, resultaat. Er bestaan verschillende omschrijvingen van een fout²¹ vanuit medisch perspectief. Het Amerikaanse rapport *To err is human* geeft de volgende:²²

‘For this report, error is defined as the failure of a planned action to be completed as intended (i.e., error of execution) or the use of a wrong plan to achieve an aim (i.e., error of planning).’

Een Australische studie naar het voorkomen van medische incidenten hanteert deze omschrijving:²³

‘An adverse event was defined as (1) an unintended injury or complication which (2) resulted in disability, death or prolongation of hospital stay, and is (3) caused by health care management rather than the patient’s disease.’

De Canadese studie naar iatrogene schade gebruikt vrijwel dezelfde omschrijving:²⁴

‘We defined an AE as an unintended injury or complication that results in disability at the time of discharge, death or prolonged hospital stay and that is caused by health care management rather than by the patient’s underlying disease process.’

19 Zie Michel et al. (2004), p. 199. De mate van overeenstemming tussen waarnemers wordt onderzocht met z.g. kappa-statistiek. In deze studie was de overall kappa laag: 0.31 (95% betrouwbaarheidsgrenzen van deze schatting: 0, 05-0, 57). Zie voor een beschrijving van de methodologie Fleiss (1981).

20 Zie ook Lilford et al. (2003), p. ii8 e.v.

21 In de Angelsaksische literatuur meestal als *adverse event* aangeduid.

22 Zie IOM-rapport van Kohn et al. (1999), p. 23 en p. 46.

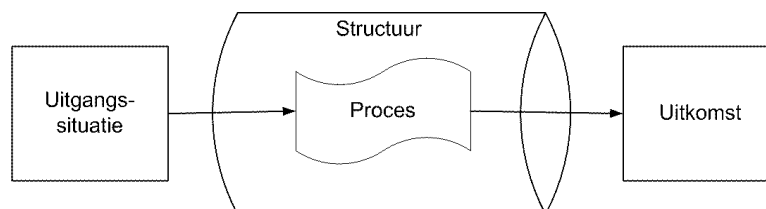
23 Zie Wilson et al. (1995), p. 458 e.v.

24 Zie Baker et al. (2004), p. 1678 e.v.

Een probleem met deze definities is, dat die weer uit verschillende normatieve eenheden zijn opgebouwd.²⁵ Zo wordt aan de intentie van het handelen een sleutelrol toebedeeld. Dat is conceptueel gezien logisch, maar levert bij de operationalisering problemen op, want hoe kunnen we achteraf die intentie objectief beoordelen?²⁶ Zijn we wel in staat om een bruikbare generieke operationele definitie van een medisch incident te formuleren of kunnen we beter per situatie het medisch handelen *evidence-based* definiëren?

Als we met alleen de ongewenste afloop als uitgangspunt in de knoopp raken, hoe moet het dan wel? Het gaat over het kwalificeren van de deugdelijkheid van medisch handelen. Donabedian beschreef voor analyse van de kwaliteit van medisch handelen het trias structuur – proces – uitkomst als conceptuele entiteit.²⁷ Die drie onderdelen vormen één onlosmakelijk geheel. Bij de beoordeling van de kwaliteit van medische interventies moeten ze dus steeds in hun onderlinge samenhang worden gezien en onderzocht. De sterkte van de band die tussen structuur, proces en uitkomst bestaat, impliceert dat een medisch incident dus nooit uitsluitend op grond van de afloop worden gedefinieerd.²⁸ Er is, vanuit juridisch perspectief, een sleutelrol weggelegd voor het proces: schade voortkomend uit een verkeerd proces is toerekenbaar. Zie figuur 4.1.

Figuur 4.1: Structuur- en procesmodel gebaseerd op Donabedians werk. Naar Battles & Lilford (2003), p. ii3



Met de elementen proces en uitkomst van dit trias kan het verschil tussen een complicatie en een fout duidelijk worden gemaakt. Een *complicatie* is iedere ongewenste uitkomst van medisch handelen ongeacht de kwaliteit van het proces, een *fout* is een tekortschietende kwaliteit van het proces, ongeacht de uitkomst. Er zijn dus fouten zonder complicaties, en complicaties zonder fouten

25 Namelijk: 'unintended', 'complication', 'disability', 'prolonged hospital stay', 'caused by health care management' en 'rather than'. Dit zijn allemaal tamelijk vage begrippen.

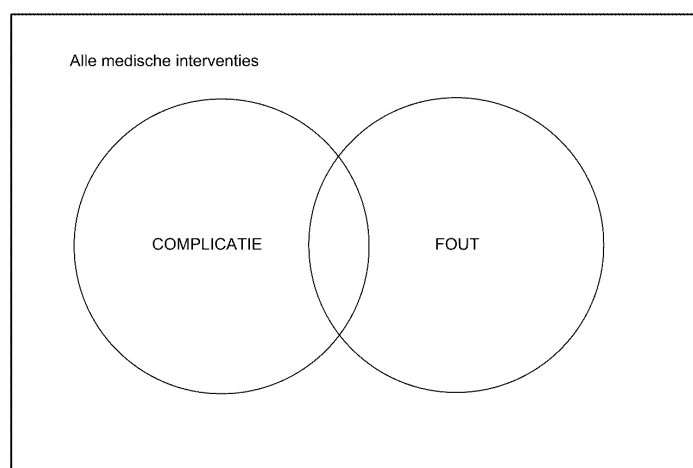
26 Zie de opmerkingen hierover in 2.4.

27 Donabedian (1966), p. 166 e.v.

28 Zie daarover Hofer (2000), p. 267.

maar er zijn ook complicaties die het gevolg zijn van fouten.²⁹ Dat is in het volgende Venn diagram³⁰ (figuur 4.2) weergegeven. Waar de verzamelingen van fouten en complicaties elkaar overlappen (intersectie), bevindt zich het terrein van de medische aansprakelijkheid.

Figuur 4.2: Venn-diagram van medische fouten en complicaties



We stuiten op een inmiddels bekend probleem: dit is weer definiëren op conceptueel niveau. De operationele definitie van deze begrippen in concrete situaties biedt ons veel hoofdbrekens. In het geval van juridische aansprakelijkheid zal er vrijwel steeds sprake zijn van een complicatie, immers schade is een vereiste voor wanprestatie of onrechtmatige daad. Maar is die de arts ook toe te rekenen, was het vermijdbaar geweest?

De term 'vermijdbaar' wekt in dit verband verwarring. Dit woord maakt duidelijk dat er in een bepaalde situatie anders gehandeld had kunnen en moeten worden, zodat de afloop dan niet ongunstig voor de patiënt zou zijn geweest. Niet alle complicaties zijn vermijdbaar, fouten zouden dat wel zijn. Is een vermijdbare fout eigenlijk geen tautologie? Het impliceert een onjuist proces!

29 Ter verduidelijking van deze begrippen worden voorbeelden uit het verkeer gebruikt zoals door Kievit in *Medisch Contact* (2001, p. 1776): "In het verkeer is geen voorrang geven aan rechts een fout, ook als er geen botsing volgt. Een ster in de voorruit door opspattende steentjes is een complicatie. En de schade na een botsing van iemand die door rood reed, is een complicatie die het gevolg is van een fout."

30 Deze diagrammen zijn genoemd naar John Venn (1834-1923), een Engelse wiskundige die deze visuele representatie van verzamelingen introduceerde (symbolische logica).

4.2.4 Het definiëren vanuit juridisch perspectief

Het juridische foutbegrip bestaat uit de onrechtmatigheid (gedrag) en de toerekening daarvan (persoon) en vormen samen het foutbegrip.³¹ De rechtswetenschap bedient zich eveneens van een conceptuele definitie. De rechtsregel geeft aan dat de arts de zorg van een goed hulpverlener in acht moet nemen.³² Wat maakt iemand tot een goed hulpverlener? Daarvoor wordt het zogenaamde vergelijkingstype gebruikt: er wordt een virtuele maatman geconstrueerd, de zorgvuldige en daarmee voorbeeldige arts die in dezelfde situatie als de aangeklaagde arts wordt geplaatst. Hoe zou hij in deze situatie hebben gehandeld?³³ De inmiddels bekende en naderhand in vele vonnissen gehanteerde uitspraak van de Hoge Raad is de vergelijking van de handelwijze van de gedaagde arts met het veronderstelde gedrag van een redelijk bekwame en redelijk handelende vakgenoot in die situatie.³⁴ Maar hoe realistisch is deze constructie die altijd achteraf plaatsvindt *met* kennis van de afloop? En wat is de praktische waarde van "...is de specifieke maatschappelijke positie van de dader in het buitencontractuele aansprakelijkheidsrecht een reden om van hem te verlangen dat hij handelt op een wijze die van een lid van de groep waartoe hij behoort verwacht mag worden."³⁵

Door gebruik te maken van dit vergelijkingstype wordt getoetst of de arts heeft voldaan aan de op hem van toepassing zijnde algemeen geldende gedragsnorm. Maar hoe valide is het vergelijkingstype van dit virtuele gemiddelde maar voorbeeldig werkende dokter? Is dat wel een werkelijkheid waar goed aan gerefereerd kan worden of is het een juridisch concept dat praktisch niet of nauwelijks empirisch verifieerbaar is laat staan objectief te operationaliseren? En dreigt niet het gevaar van circulariteit?³⁶ Dit soort juridische constructies achteraf, hoe eloquent ook geformuleerd, dienen vanuit wetenschappelijk oogpunt ernstig gewantrouwd te worden.

31 Zie Van Dam (2000), nr. 703.

32 Art. 7:453 BW.

33 Nieuwenhuis (2003; p. 17) spreekt van *situatie-ethiek*: "De onmisbaarheid van de voorbeeldige persoon als gids op het terrein van het delictenrecht vloeit voort uit de omstandigheid dat het hier vaak gaat om situatie-ethiek."

34 HR 9 november 1990, NJ 1991, 26 (Speeckaert/Gradener). In Engeland hanteert men de *Bolam test*, waarbij het handelen van een arts wordt afgemeten aan de handelwijze zoals ondersteund door "a responsible body of medical practitioners". *Bolam v. Friern Hospital Management Committee* [1957] 2 All ER 118-28.

35 Deze deontologische propositie is van Sieburgh (2001), p. 581.

36 Zie De Geest (2004).

4.3 EEN TAXONOMIE VAN MEDISCHE INCIDENTEN

Als voor aansprakelijkheid de aanwezigheid van (letsel)schade een vereiste is, kunnen fouten worden ingedeeld op grond van het soort handeling dat de schade veroorzaakte. Hoofdcategorieën zijn: behandelingsfouten, materiaalgebonden fouten, apparatuurgebonden fouten, verwisselingsfouten, diagnosefouten, ziekenhuisinfecties, geneesmiddelenfouten en ziekenhuisongevallen. Deze categorieën kunnen elkaar soms overlappen (bijvoorbeeld: een geneesmiddelenfout is feitelijk een vorm van behandelingsfout). Juridisch gezien zijn er twee verschillende categorieën: de persoonlijke aansprakelijkheid (schoot het gedrag van de gedaagde de arts tekort?) of productaansprakelijkheid (schoot het product tekort?).

4.3.1 Behandelfouten

Dit is alle schade die direct in verband kan worden gebracht met het uitvoeren (en soms ook het nalaten) van een behandeling. Voorbeelden zijn:

- tijdens een schildklieroperatie wordt een zenuw die de stembanden verzorgt beschadigd waardoor de patiënt hees is geworden.³⁷
- een vrouw wordt zwanger nadat een anticonceptiestaafe onderhuids werd ingebracht; later bleek dit niet goed te zijn uitgevoerd.³⁸
- een patiënt krijgt enige tijd na een buikoperatie klachten: er blijkt een operatiegaas in de buik te zijn achtergebleven.³⁹

4.3.2 Materiaalgebonden fouten

Bij sommige behandelingen wordt niet-biologisch – dus lichaamsvreemd – materiaal ingebracht. Soms kan zulk materiaal defecten vertonen (bijvoorbeeld ondeugdelijk gefabriceerde kunsthartkleppen die gaan lekken en waarvan stukjes afbreken,⁴⁰ gemakkelijk scheurende borstprothesen). Een ander type vraag is of vrouwen met siliconenprothesen een grotere kans zouden hebben op reumatische bindweefselziekten.

37 HR 11 mei 2001, LJN-nummer AB1564 Zaaknr. R99/166HR.

38 Rechtbank Arnhem 11 juni 2003, LJN-nummer AG0130 Zaaknr. 91963 / HA ZA 02-1519 en Rechtbank Alkmaar 11 februari 2004, LJN-nummer AO3453 Zaaknr. 60177/HA ZA 02-519.

39 Zie Gawande et al. (2003).

40 Zie het commentaar over defecte hartkunstkleppen van Van der Graaf et al. (1998), p. 1645 e.v.

Gerelateerd hieraan is productaansprakelijkheid voor transfusie van bloedproducten. Een bekende kwestie is de besmetting met HIV-virus van uit bloed verkregen stollingsfactoren voor hemofiliepatiënten.⁴¹

4.3.3 Apparatuurgebonden fouten

Dit omvat schade die het gevolg is van hetzij defecte of onjuist afgestelde hetzij verkeerd gebruikte apparatuur.⁴² Bijvoorbeeld: een patiënt ontwaakt met brandwonden op rug en billen na een chirurgische ingreep. Deze zijn het gevolg van niet goed geaarde contactplaten die gebruikt worden voor het diathermisch dichtschroeien van tijdens de operatie doorgesneden kleine bloedvaten. Een ander voorbeeld is een te hoge dosis medicijnen, toegediend per infuus, omdat de druppelregelaar van de infuuspomp verkeerd werkte na een onderhoudscontrole.

4.3.4 Verwisselingsfouten

Er zijn verschillende soorten verwisselingen denkbaar: patiëntenverwisseling, verwisseling van diagnostisch materiaal en links/rechtsverwisselingen.

Bij patiëntenverwisseling wordt een diagnostische of therapeutische interventie bij de verkeerde patiënt uitgevoerd.⁴³ Er is erg weinig systematisch onderzoek verricht om te zien hoe vaak dit probleem voorkomt. Ook zijn er weinig case studies gepubliceerd. Voorbeelden zijn: het toedienen van een bloedtransfusie aan de verkeerde patiënt, het inspuiten van een contrastmiddel ter voorbereiding van een radiodiagnostisch onderzoek bij de verkeerde patiënt en het toedienen van cytostatica aan de verkeerde patiënt.⁴⁴

Bij veel vormen van diagnostiek wordt gebruik gemaakt van van het lichaam afgesplitst materiaal. Dan volgt een lange keten van handelingen waarbij er steeds voor gezorgd moet worden dat het onderzoeksresultaat ook afkomstig is van het betreffende monster. Zo worden bijvoorbeeld op de afdeling bloedprikken dagelijks grote hoeveelheden bloedmonsters, op een polikliniek gynaecologie talrijke uitstrijkjes en op een scopiekamer vele bipten afgenomen. Steeds loert daarbij het gevaar van verwisseling van diagnostisch materiaal.⁴⁵

41 Zie voor HIV-besmetting bijv. Gerechtshof Leeuwarden 28 augustus 2002, LJN: AF5959.

42 Zie Feigal et al. (2003).

43 Zie Chassin & Becher (2002).

44 De publicaties over deze fouten worden vermeld in de noten 11 tm 14 van Chassin & Becher (2002).

45 Zie Giard (2001c).

4.3.5 Diagnosefout

Bij de medische aansprakelijkheid nemen diagnostische fouten een steeds prominentere plaats in.⁴⁶ Diagnosefouten kunnen worden gemaakt hetzij door de behandelende arts van de patiënt, hetzij door diagnosticerende specialisten.⁴⁷ Een huisarts kan bij een kind met koorts de diagnose hersenvliesontsteking missen, een radiodiagnost kan op een foto een gezwel over het hoofd zien.⁴⁸ Er zijn twee categorieën fouten mogelijk: de ziekte wordt gemist (of te laat ontdekt) of er wordt bij iemand onterecht een ziekte vastgesteld waar de patiënt uiteindelijk niet aan blijkt te lijden.

4.3.6 Ziekenhuisinfecties

Een groot (en toenemend) probleem is dat patiënten in ziekenhuizen infecties kunnen oplopen.⁴⁹ Tussen de 5 en 10% van de opgenomen patiënten krijgt hiermee te maken.⁵⁰ Uit onderzoek is gebleken dat bijvoorbeeld de frequentie van postoperatieve infecties voor dezelfde ingreep tussen ziekenhuizen sterk kan verschillen.⁵¹ Een deel van deze infecties is te voorkomen door het nemen van voorzorgsmaatregelen en vooral het in acht nemen van strenge hygiënische voorzorgen van artsen en verpleegkundigen.⁵²

4.3.7 Geneesmiddelenfouten

Geneesmiddelenfouten vormen waarschijnlijk de meest voorkomende vorm van foutief medisch handelen, vooral door het verkeerd voorschrijven van medicatie.⁵³ Het toedienen van medicijnen kan ook nadelige gevolgen voor

46 Zie Giard (2001a), (2001b) en (2003b).

47 De mechanismen zijn vaak overeenkomstig. Zie daarvoor Redelmeier (2005), p. 115 e.v.

48 Zie bijvoorbeeld Rechtbank Zwolle 4 februari 2004, LJN-nummer AO6195 Zaaknr. 84211 HA ZA 03-255. Het betreft hier een bij bevolkingsonderzoek op borstkanker niet ontdekte kwaadaardige tumor.

49 Zie Burke (2003), p. 651 e.v.

50 De vier meest voorkomende typen infecties zijn: urineweginfecties (meestal door het gebruik van een catheter), een geïnfecteerde operatiewond, bloedvergiftiging (meestal door het gebruik van in de bloedstroom aanwezige buisjes) en longontsteking (vaak door beademing).

51 Zie bijvoorbeeld het rapport van de Chief Medical Officer (2003), p24. Het risico op wondinfecties kan per ziekenhuis een factor 10 of meer verschillen.

52 Een groot probleem in veel ziekenhuizen is de verspreiding van een ziekenhuisbacterie die ongevoelig is voor de meeste antibiotica (de methicilline resistente stafylococcus aureus, MRSA). Die verspreiding binnen ziekenhuizen is het gevolg van verschillende factoren, bijvoorbeeld te weinig handenwassen e.d. Zie bijvoorbeeld Melles et al. (2004), p. 1038 e.v.

53 Zie Barber et al. (2003), p. i29 e.v. en ook het rapport van de IGZ (2004).

de patiënt hebben zonder dat er van fouten sprake is.⁵⁴ In deze categorie worden ook fouten begrepen met infuusvloeistoffen. Er zijn natuurlijk schadelijke bijwerkingen van geneesmiddelen zonder dat er van menselijk feilen sprake is.⁵⁵ Daarnaast kunnen er door menselijk toedoen bij het voorschrijven en toedienen van medicijnen fouten worden gemaakt, bijvoorbeeld:⁵⁶

- er wordt het voor de ziekte verkeerde medicijn voorgeschreven;
- het juiste medicijn wordt in de verkeerde dosering voorgeschreven;⁵⁷
- er wordt een combinatie van middelen voorgeschreven, die tot problemen leidt;
- er worden fouten gemaakt bij de uitgifte en/of het toedienen van medicijnen;
- Er werd verzuimd na te vragen of een patiënt al eerdere overgevoeligheidsreacties op een geneesmiddel heeft gehad.

Systematisch onderzoek heeft laten zien dat fouten met geneesmiddelen zeer vaak voorkomen, waarvan een deel met dodelijke afloop. Kinderen zijn vooral kwetsbaar voor doseringsfouten.

4.3.8 Ongevallen in het ziekenhuis

In ziekenhuizen liggen tal van gevaren op de loer. Mensen kunnen uit bed vallen, uitglijden in de douche of op een net gedweilde vloer, verstrikt raken in de slangen en draden die aan hun lichaam vastzitten.⁵⁸ Maatregelen, genomen om de veiligheid te bevorderen zoals bedhekken, kunnen soms juist averechts werken.⁵⁹

4.3.9 Communicatiefouten

Een recent onderzoek van de Nederlandse Patiënten Consumenten Federatie heeft laten zien dat ruim 6% van de patiënten nadelige gevolgen ondervonden van gebrekkige of onjuiste communicatie.⁶⁰ Voorbeelden daarvan zijn onnodige of herhaalde diagnostische onderzoeken of zelfs operatieve ingrepen.

54 Zie hierover Nebeker et al. (2004), p. 795 e.v.

55 Zie Edwards & Aronson (2000).

56 Zie Dean et al. (2002).

57 Rechtbank 's-Hertogenbosch 21 september 2001, Zaaknr. 30702/HA ZA 98-2415.

58 Zie bijvoorbeeld HR 13 januari 1995, NJ 1997, 175 (De Heel/Korver) en Rechtbank Arnhem 3 oktober 2002, TvGR 2003, nr. 4, p. 261.

59 Zie O'Keeffe (2004).

60 Rapport *Patiënten over fouten in medische informatie overdracht*, NPCF 2003. Te downloaden via <http://www.npcf.nl/>.

4.3.10 Informed consent fouten

Een aparte categorie vormen de fouten waarbij de patiënt niet tot een weloverwogen beslissing is gekomen door gebrek aan informatie voorafgaand aan de ingreep, zodat diens toestemming niet op de wettelijk vereiste wijze⁶¹ tot stand is gekomen. Dit onderwerp wordt verder behandeld in hoofdstuk 5.

Met deze opsomming is duidelijk gemaakt hoe uiteenlopend het spectrum van medische incidenten is. Sommige typen fouten kunnen in combinatie voorkomen. Als het aansprakelijkheidsrecht van een casuspositie moet onderzoeken wat er fout ging en vervolgens hoe dat kon gebeuren, vereist dit inzicht in de mogelijke ontstaanswijzen van fouten. Die kennis is ook onontbeerlijk voor interventies gericht op preventie. De omvang van het probleem en de effecten van maatregelen ter vergroting van de patiëntveiligheid blijken uit epidemiologisch onderzoek naar de frequentie van medische incidenten en de determinanten daarvan.

4.4 DE ANATOMIE VAN MEDISCHE INCIDENTEN

De ongewenste uitkomst van een medische interventie is meestal niet het resultaat van een simpele oorzaak-gevolg relatie; er ligt een veelal complex proces aan ten grondslag. Dat maakt ook dat het juridisch noodzakelijke causale verband zo lastig is om aan te tonen. De hierboven genoemde indeling in soorten fouten (par. 4.3) is nogal ‘mechanisch’ van aard en suggereert een simpele oorzaak – gevolg relatie zoals: verkeerde diagnose – letselschade. Deze aanpak alleen is te statisch, te boekhoudkundig en daardoor onbevredigend.

Medische zorg veiliger maken, vraagt om het begrijpen van fouten. Drie eenvoudige vragen maken een dergelijke analyse mogelijk: *wat* ging er fout? *Waar* ging het fout? *Waarom* ging het fout? Er zijn bij het optreden van fouten twee groepen oorzakelijke factoren te onderscheiden namelijk: (1) de cognitieve en (2) de technisch-organisatorische. Een uitvoerige behandeling hiervan valt buiten het bestek van deze studie, maar voor de problematiek van de juridische omgang met medische incidenten zullen we enkele voor deze studie relevante punten aanstippen. Verder wordt voor een uitvoeriger beschouwing naar de literatuur verwezen.⁶²

Bij de vraag naar het waarom van medische incidenten zijn tenminste drie verschillende invalshoeken mogelijk: conceptueel, medische zorg als systeem en een cognitief-psychologische benadering.

61 Art. 7:450 BW.

62 Zie Reason (1990), Bogner (1994).

4.4.1 Een conceptueel model

Wat is nu het essentiële kenmerk van het incident? Daarvoor kan de volgende driedeling helpen:

- Het *nalaten* van een medische interventie in een situatie waarin een heilzaam effect verwacht mag worden ('underuse');
- Het *onnodig* toepassen van medische interventies in een situatie waarin daarvan weinig heil verwacht mag worden ('overuse');
- Het *verkeerd* toepassen van medische interventies ('misuse').

Het juridische nut van deze indeling is beperkt: het classificeert globaal de gedraging, maar het zegt niets over schade.

Van belang is dat deze begrippen kunnen worden gebruikt voor beoordeling van individuele zorgverlening of op populatieniveau. In toenemende mate worden behandelingen of diagnostische onderzoeken toegepast bij gedefinieerde risicogroepen, waarbij verondersteld wordt dat daarvan een heilzaam effect uit onderzoek op groepsniveau blijkt.⁶³ Nooit is duidelijk te maken welk individu daar nu wel of geen voor- of nadeel van heeft gehad. Voorbeelden zijn het geven van medicamenten na een ziekte met het doel herhaling daarvan te voorkomen (zoals het geven van bèta-blokkers na een hartinfarct) of het doen van kankerscreening bij bevolkingsgroepen. Het niet geven van die medicatie of het niet doen van diagnostisch onderzoek is dan *underuse* en het schadelijke effect ervan valt juridisch gezien onder de doctrine van een verlies van een kans.

4.4.2 Een benadering vanuit het zorgsysteem

De uitkomst van medisch handelen wordt zowel door eigenschappen van de structuur als die van het proces bepaald. Waar iets misging, kan vaak wel een directe 'oorzaak' worden aangewezen, bijvoorbeeld iemand kreeg een verkeerd geneesmiddel en liep daardoor schade op, maar die verkeerde behandeling is het eindpunt van een hele keten van gebeurtenissen.

Een belangrijk punt is dat elk menselijk handelen altijd plaatsvindt binnen een bepaalde context: in het geval van medische zorgverlening de organisatie van dat systeem. De werker in de frontlinie is afhankelijk van dat systeem en onvolkomenheden daarin lokken misslagen in die frontlinie uit. In de volgende tabel wordt een opsomming van factoren van een systeem gegeven die bijdragen aan het succes van een medische interventie.⁶⁴

63 Dat blijkt uit vergelijkend onderzoek: de aan de interventie blootgestelde groep heeft andere uitkomsten dan de onbehandelde groep patiënten.

64 Zie daarover ook het hoofdstuk van Moray (1994).

Tabel 4.1: Systeemfactoren van invloed op kwaliteit van medische zorgverlening

Organisatieniveau	· voldoende personeel voor de uit te voeren taken · voldoende rust, niet te lang achtereen werken⁶⁵ · integraal kwaliteitsbeleid · algemene doelstellingen van de instelling formuleren · organisatiecultuur · periodieke controles · klachtenafhandeling, terugkoppeling
Groepsniveau	· coherentie binnen de groep · communicatie tussen leden · omschrijving van verantwoordelijkheden · onderlinge controle van uitgevoerde taken · werkbeprekingen en evaluaties · perceptie van verantwoordelijkheden
Individueel niveau	· theoretische en praktische scholing voor de functie · omschrijving van de concrete taakhoud · procedurevoorschriften · omschrijving van de bevoegdheden
Werkomgeving	· adequate temperatuurregulatie · voldoende licht · geen afleiding of storingen tijdens werk · luchtverversing, afzuiging van gassen · foutensignalering
Apparatuur & materialen	· ergonomie: afleesbaarheid en positie van apparatuur · betere leesbaarheid van numerieke gegevens door nummeringapparatuur · kleurcodes van speciale medicamentcontainers
Algemeen	· nationaal beleid gezondheidszorg · faciliteiten voor wetenschappelijk onderzoek · niveau van universitaire scholing · regulatie kwaliteit specialistische scholing
Patiëntfactoren	· coöperatieve houding · mentale conditie · taalbarrière, communicatieproblemen

De arts vormt het ontmoetingspunt van het achterliggende zorgsysteem met de patiënt. Dit impliceert dat onderzoek naar een fout een breder en diepgaander enquête vraagt dan alleen het handelen van de hulpverlener: miskenning van de complexiteit kan leiden tot een onjuist waardeoordeel en verkeerde maatregelen.

⁶⁵ Een al decennialang spelend probleem zijn de werktijden van arts-assistenten. Die doen het meeste werk in de ziekenhuizen. Dit is in Nederland inmiddels streng geregeld, maar deze discussie woedt in Engeland en de VS nog steeds. Zie voor de VS bijvoorbeeld Landrigan et al. (2004), p. 1838 e.v.

Er zijn diverse technieken ontwikkeld om medische incidenten nader te analyseren: *root-cause analysis* (RCA), *failure mode and effects analysis* (FMEA) en cascade analyse.⁶⁶ De waarde van deze technieken binnen de geneeskunde is echter nog onvoldoende empirisch onderzocht.

4.4.3 Een psychologische benadering

Qua cognitief functioneren is er steeds de al genoemde sequentie: intentie – planning – uitvoering. Als het resultaat niet overeenstemt met wat men bedoelde, ging er dus iets fout. Was de intentie wel juist en realistisch? Was de planning correct? Wat ging er mis bij de uitvoering? Deze analyse beschouwt het al of niet maken van een fout op psychologisch niveau.⁶⁷

De term fout is alleen van toepassing op intentionele acties. Die acties slagen gelukkig veel vaker dan dat ze falen. Fouten worden in veel verschillende omstandigheden gemaakt maar kennen een beperkt aantal verschijningsvormen.⁶⁸ Vooral taken die kennis en oordeelsvorming vragen, zijn kwetsbaar voor fouten. Er moet een omzetting van kennis naar actie plaatsvinden in dat proces kan het misgaan. De ongewenste uitkomst maakt vervolgens duidelijk dat het niet goed was, maar dan is het inmiddels te laat. En was dit wel te voorkomen geweest?

Wordt er bij beoordeling van een medisch incident vanuit juridische positie wel genoeg aandacht geschonken aan de psychologische factoren, zowel aan de kant van de dader en slachtoffer als aan de kant van degenen die een oordeel over het medische ongeluk moeten vellen? Juist op het gebied van de preventieve werking van medische aansprakelijkheid is van belang of vanuit psychologisch perspectief duidelijk gemaakt kan worden welke mogelijkheden er voor preventie bestaan, hoe effectief die zijn en of de juridische route als impuls voor voorzorgsacties de beste is.

4.4.4 Het feitenonderzoek bij medische fouten

Wanneer een geschil tussen arts en patiënt beslecht moet worden, zullen eerst de gebeurtenissen op een rijtje moeten worden gezet. Binnen een juridische context betekent dat het selecteren en kwalificeren van feiten. Op grond van de kwalificatie volgt het gebruik als bewijs. De factuele nauwkeurigheid is

66 Senders (2004) over RCA en FMEA, Woolf et al. (2004b) en Hofer & Hayward (2002) over cascade analyse.

67 Zie voor een uitvoerige beschouwing hierover Reason (1990), Reason (2000) en Van Cott (1994).

68 Reason (1990), p. 7: "error types depend critically on two kinds of failure: the failure of actions to go as intended (slips and lapses) and the failure of intended actions to achieve their desired consequences (mistakes)."

natuurlijk van beslissend belang voor een juist oordeel: feitelijke juistheid maakt dat een situatie met zekerheid kan worden beoordeeld, maar een dergelijke visie is hopeloos idealistisch.⁶⁹ De van belang zijnde feiten blijken vaak niet voorhanden of moeten uit andere gebeurtenissen en omstandigheden worden gereconstrueerd. Met deze realiteit wordt het rechtssysteem geconfronteerd.

Een ander punt is dat het zoeken en beoordelen van feiten nooit waardevrij plaatsvindt. De omstandigheden van het geval en de rechtsregel waarop de vordering wordt gebaseerd, bepalen welke gebeurtenissen als relevant worden aangemerkt. Aangezien in een geschil twee tegenstrijdige visies bestaan, heeft dat weer invloed op de betekenis die aan feiten wordt toegekend. Het toernooi-model maakt dat partijen die feiten zullen gebruiken die het meest gunstig zijn voor hun juridische positie.

De onzekerheden waarmee men dus in de fase van *factfinding* wordt geconfronteerd hebben – zeker ook voor de medische aansprakelijkheid – praktische gevolgen. De schaal waarop gebeurtenissen worden uitgedrukt is meestal gedetailleerder en glijdender dan de dichotome kwalificatie juist/onjuist. Eenzelfde voorval kan door verschillende waarnemers uiteenlopend worden beschreven. Kennis van afloop en omstandigheden kleuren een beoordeling achteraf van de situatie (zie ook 2.4.5).

4.5 DE EPIDEMIOLOGIE VAN MEDISCHE INCIDENTEN

4.5.1 Een beeld vormen

De uitkomsten van epidemiologisch onderzoek van medische fouten zijn niet alleen voor de beroepsgroep maar ook daarbuiten van belang. Het toont de grootte – en daarmee de eventuele ernst – van het probleem en nader onderzoek naar de factoren die bij het ontstaan ervan een rol spelen, maakt duidelijk welke inhoudelijke kwesties en welke beleidsmatige aspecten nadere aandacht verdienen.

De praktijkjurist die regelmatig met medische incidenten wordt geconfronteerd, ontwikkelt ideeën daarover. Maar hij ziet steeds een selectie van gevallen uit het universum van alle medische interventies. Zo kan een vertekend beeld van dit probleem ontstaan en verkeerde conclusies worden getrokken met bijvoorbeeld wetgevingsconsequenties van dien.

Hoe groot is het probleem?⁷⁰ Welk deel van het probleem krijgt de praktijkjurist te zien en waarom? Wat is de invloed van individuele geschilbeslechting en collectieve gezondheidsrechtelijke maatregelen op de frequentie van medische incidenten?

⁶⁹ Vgl. Hamer (2004), p. 72.

⁷⁰ Zie Weingart & Etzioni (2003).

4.5.2 De frequentie van medische fouten

Er bestaan verschillende mogelijkheden voor het doen van onderzoek naar het voorkomen van medische fouten en bijna fouten. Qua tijdsperspectief kan zo'n enquête pro- of retrospectief zijn. Bij retrospectief onderzoek is men aangewezen op het napluizen van medische dossiers om te zien of er van incidenten melding wordt gemaakt. Daarbij is men geheel afhankelijk van wat er geregistreerd werd. Van tevoren zal men criteria moeten formuleren aan de hand waarvan gezocht kan worden naar medische fouten.⁷¹ Wordt aan een of meer van die voorwaarden voldaan, dan volgt nadere en diepgaander onderzoek. Men kan het type fout omschrijven en tevens beoordelen of de complicatie wel of niet vermijdbaar was geweest.

Een andere manier is prospectief onderzoek, waarbij bijvoorbeeld de methode van de participerende observatie wordt gebruikt.⁷² Na een goede training kunnen waarnemers het proces van zorg observeren en onderzoeken of het proces lege artis werd uitgevoerd en of het resultaat overeenstemde met de geplande uitkomst. Uitkomsten van dit onderzoek konden daarna besproken worden met de artsen om te controleren of de waarnemingen juist waren en te zien of de artsen zich gerealiseerd hadden dat ze afweken van de gewenste gang van zaken. Iets kon alleen als fout beoordeeld worden als op dat moment een alternatieve actie mogelijk was geweest. Deze manier van werken lijkt, in vergelijking met retrospectief statusonderzoek, betere en meer betrouwbare vruchten af te werpen. In bijna de helft van de opnames bleek er iets fout te zijn gegaan, bij 17,7% van de patiënten was er zelfs sprake van een ernstige fout.⁷³ Onderzoeken met een dergelijke opzet geven een betere schatting van de frequentie maar zijn tijdrovend en kostbaar. De meeste resultaten van onderzoek naar het voorkomen van medische fouten zijn afkomstig uit retrospectieve status studies.

4.5.3 Resultaten van statusonderzoek naar medische incidenten

Hoeveel fouten maken artsen? Dat vraagt systematisch onderzoek. Een pionier was de Schotse chirurg Simpson die in 1869 analyseerde welke factoren, waaronder de menselijke, de chirurgische mortaliteit bij 2098 amputaties

71 Een lijst van dergelijke criteria is te zien op p. 1679 van de studie van Baker et al. (2004) en in de studie van Michel et al. (2004). Voorbeelden zijn: een heropname kort na ontslag uit het ziekenhuis, heroperatie kort na de eerste ingreep, onverwacht overlijden, overplaatsing tijdens opname naar een afdeling voor intensieve zorg, een gedocumenteerde geneesmiddelreactie, een in het ziekenhuis opgelopen infectie, het ontstaan van nieuwe (andere) klachten dan waarvoor opgenomen etc.

72 Zoals de studie van Andrews et al. (1997), p. 309 e.v.

73 Andrews, p. 311.

bepaalden.⁷⁴ Zo'n honderd jaar later bestudeerde Schimmel bij meer dan 1000 ziekenhuisopnames de frequentie van fouten.⁷⁵ Veel aandacht kreeg het groot-schalige onderzoek naar fouten gemaakt in ziekenhuizen in de Amerikaanse Harvard Medical Practice Study uit 1991,⁷⁶ gevolgd door vergelijkbare onderzoeken in Australië,⁷⁷ Groot-Brittannië,⁷⁸ Canada⁷⁹ en Frankrijk.⁸⁰ De uitkomsten van een aantal studies worden samengevat in de volgende tabel.

Tabel 4.2: Voorbeelden van retrospectief dossieronderzoek naar de frequentie van medische fouten en de eventuele vermijdbaarheid daarvan

Land	Auteur (jaar)	Aantal dossiers	Medische fout (in %)	Vermijdbaar (in %)
USA	Schimmel (1964)	1.014	10,0	-
USA	Brennan (1991)	30.195	3,7	-
USA	Studdert (2000)	14.700	2,9	-
USA	Villanueva (2001)	313.438	40,0	-
Australië	Wilson (1995)	14.179	16,6	51
Nw. Zeeland	Davis (2001)	6.579	12,9	35
Engeland	Vincent (2001)	1.014	11,7	48
Canada	Baker (2004)	3.745	7,5	37

Het gescoorde foutpercentage schommelt in deze opsomming tussen de 3 en bijna 40% en eenderde tot de helft van de gemaakte fouten zou vermijdbaar zijn geweest. Hoe betrouwbaar zijn deze cijfers, waarom lopen de resultaten zo uiteen en wat zeggen ze feitelijk?

Aan het begin van dit hoofdstuk memoreerden we al de definitieproblematiek. Zo'n definitie is niet eenduidig en daarom kunnen de meetmethoden verschillen waardoor de uitkomsten uiteenlopen. Daarnaast is de vraag hoe vergelijkbaar de onderzochte populaties zijn, welke vormen van systematische vertekening (bias) van invloed waren.

Ook is de tijdhorizon van belang. De opnameduur in ziekenhuizen wordt steeds korter dus wanneer men alleen de complicaties en fouten tijdens de opname onderzoekt, mist men dat deel wat pas manifest wordt na ontslag uit het ziekenhuis. In een Canadese studie bleek dat ¼ van alle nadelige

74 Zie Neuhauser (2005), p. 67 e.v.

75 Schimmel (1964), p. 100 e.v. Deze publicatie is opnieuw afgedrukt in Qual Saf Health Care 2003;12:58-64 en via internet te downloaden (www.qshc.com).

76 Brennan et al. (1991), p. 370 e.v.

77 Zie Wilson et al. (1995), p. 517 e.v.

78 Zie Vincent et al. (2001), p. 322 e.v.

79 Baker et al. (2004), p. 1678 e.v.

80 Michel et al. (2005).

effecten van medische interventies optrad nadat de patiënt het ziekenhuis had verlaten.⁸¹

Hoewel in een aantal studies niet alleen het aantal medische fouten wordt gescoord maar ook enige differentiatie tussen ernstige en minder, ligt het accent steeds op het scoren van het totaal aantal fouten. Dat heeft een duidelijk nadeel: medische misslagen zijn er in soorten. Hoe krijgen we het probleem adequaat in beeld?⁸²

De kans bestaat dat vooral ernstige fouten de aandacht krijgen, omdat die het eenvoudigst zijn te constateren. Daardoor kan een scheef beeld van de situatie ontstaan. De Amerikaanse onderzoeker van industriële (on)veiligheid, Herbert W. Heinrich, formuleerde zijn ratioconcept: er is, vertaald voor de medische aansprakelijkheid, een vrij constante verhouding tussen incidenten met ernstige schade, met lichte schade en zonder schade. Deze staat in de literatuur bekend als de Heinrich ratio.⁸³ De praktische betekenis hiervan is dat we van medische tegenslagen slechts het topje van de ijsberg zien.

4.5.4 Bij welke omstandigheden meer kans op incidenten?

Bij een aantal onderzoeken naar de frequentie van medische fouten is ook gekeken naar welke factoren een rol spelen bij het ontstaan van medische fouten. Dat zijn:⁸⁴

- De lengte van de ziekenhuisopname: hoe langer, des te groter de kans op een incident.
- Zeer jonge of juist hoge leeftijd van de patiënt.
- De spoedeisendheid van medisch ingrijpen: hoe dringender ingrijpen nodig is, hoe groter de kans.
- De ernst van de ziekte: hoe serieuzer de toestand van de patiënt, des te groter de kans.
- De ervaring van de arts: verhoudingsgewijs worden de meeste fouten in de eerste beroepsjaren gemaakt.

Deze kennis kan op zijn weer bijdragen tot het nemen van op preventie gerichte maatregelen.

81 Vgl. Forster et al. (2004), p. 345 e.v.

82 Zie bijvoorbeeld in het Engelse rapport van de Chief Medical Officer *Making Amends* (2003): "There are very few data available to provide a clear picture of the kinds of medical injuries which occur, or whether the pattern in litigation reflects the pattern of medical injury generally."

83 Zie Heinrich (1969), dit is een bewerkte heruitgave van een in 1931 voor het eerst gepubliceerde studie.

84 Zie Wilson (1995) en Weingart et al. (2000).

4.5.5 Een Bayesiaanse blik op onderzoek naar medische fouten

Elke onderzoeksmethode naar het vóórkomen van medische misslagen zal sommige fouten niet als zodanig herkennen (foutnegatief) en goed medisch handelen soms ten onrechte als verkeerd bestempelen (foutpositief). Hoe groot die kans op misclassificatie is, kan vanwege het ontbreken van een absoluut betrouwbare *gouden standaard* niet worden vastgesteld.

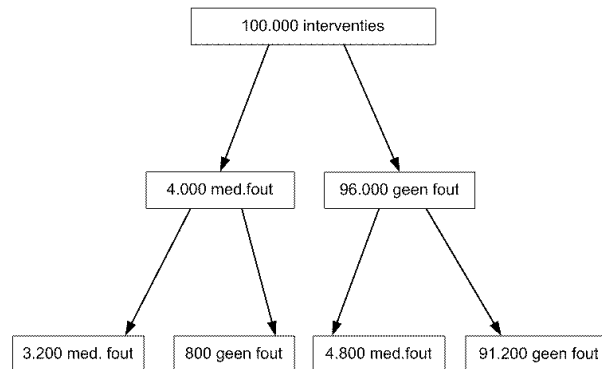
Om de gevolgen van mogelijke misclassificaties te kunnen schatten, is het volgende gedachte-experiment mogelijk. Stel dat 1 op de 25 medische handeling onjuist wordt uitgevoerd (foutkans dus 4%). De methode die ons voor het opsporen daarvan ter beschikking staat herkent 4 van de 5 medische fouten (gevoeligheid: 80%, foutnegatiefkans 20%). Echter, een op de 20 juist uitgevoerde interventies wordt ten onrechte als fout bestempeld (specificiteit: 95%; foutpositiefkans: 5%). We kunnen aan de hand van de stelling van Bayes nu berekenen hoe groot de kans is dat, gegeven de uitkomst van de testmethode 'fout', er werkelijk van onjuist medisch handelen sprake is.⁸⁵ Een andere methode is het rekenen aan de hand van een boomstructuur, zoals weergegeven in figuur 4.2. Daarbij wordt uitgegaan van 100.000 medische interventies, die nader op fouten worden onderzocht. Als 1 op de 25 fout is, levert dat 4000 werkelijke fouten op (2e rij van het diagram). Daarvan wordt 80% als zodanig herkend (3200 gevallen; 3e rij). Van de 96.000 goed uitgevoerde interventies wordt bij 4800 ervan een fout verondersteld op grond van de testmethode. Totaal zijn er dus 8000 en dat betekent de maar 40% hiervan werkelijk een medische fout betrof.

Als diezelfde testmethode bij rechtszaken wordt toegepast, liggen deze verhoudingen echter anders: naar verhouding bevinden zich tussen deze zaken veel meer 'echte' medische incidenten dan bij systematisch dossieronderzoek waardoor de kansverhouding tussen werkelijke en vermeende medische fouten gegeven het testoordeel verschuift in de richting van werkelijk medisch falen.⁸⁶ De implicatie van e.e.a. is dat een foutloze beslissing van de rechter onmogelijk is: de al eerder gedane constatering dat ook juridisch beslist zich kenmerkt door onzekerheid.

85 Het theorema (stelling) van Bayes is een door een Engelse dominee geformuleerde wiskundige benadering van het berekenen van voorwaardelijke kansen. Een voorbeeld van een voorwaardelijke kans is: hoe groot is de kans dat er werkelijk sprake is van een medische fout *gegeven* de uitkomst van dossieronderzoek dat er een fout gemaakt zou zijn.

86 Dat heeft te maken met de hierboven genoemde stelling van Bayes.

Figuur 4.3: Baysiaanse boomstructuur van systematisch dossieronderzoek naar medische fouten, waarbij de onderste rij de testuitkomst aangeeft, gegeven of er wel of niet werkelijk van een medische fout sprake is (middelste rij)



4.6 JURIDISCHE CONCEPTEN BIJ MEDISCHE AANSPRAKELIJKHEID

In de bijzondere situatie van medische aansprakelijkheid gelden vanzelfsprekend de algemene vereisten voor vestiging van aansprakelijkheid: de onrechtmatige daad, de toerekenbaarheid van die daad aan de dader, de aanwezigheid van schade, een causaal verband tussen de gedraging van de dader en het ontstaan van de schade en tenslotte het relativiteitsbeginsel.

Medische aansprakelijkheid vraagt het aantonen van onzorgvuldig gedrag van de zorgverlener en het aantonen van causaal verband tussen deze gedraging en de schade.⁸⁷ Voor een normatief oordeel in zaken van medische aansprakelijkheid zullen de juridische concepten en de wijze waarop die praktisch gestalte krijgen binnen deze context worden gezien en deze punten zullen we bespreken.

4.6.1 De contractuele relatie

Het bestaan van een contractuele relatie tussen arts en patiënt is binnen de context van medische aansprakelijkheid van belang omdat niet-nakoming van de behandelovereenkomst een grond voor aansprakelijkheid kan vormen. Volgens art. 7:446 BW is er sprake van een contractuele relatie tussen zorgaanbieder/hulpverlener en zorgvrager: de behandelovereenkomst. Het gaat daarbij om een overeenkomst van opdracht. Als de prestatie van de arts in

⁸⁷ Lempert (2002), p. 878.

de ogen van de patiënt onvoldoende is, kan dat als een tekortkoming in de nakoming van de overeenkomst worden beschouwd en als zodanig aan de rechter worden voorgelegd.

Wat is toch de betekenis van deze rechtsfiguur? Immers, een patiënt die schade wil verhalen, kan toch een beroep doen op het stelsel van verbintenissen uit de wet en schadevergoeding? Wat is het verschil tussen een onrechtmatige daad en een tekortkoming in de nakoming? Er bestaat geen wezenlijk onderscheid.⁸⁸ En wat is dán de betekenis van deze *lex specialis*? Wordt de positie van de patiënt tegenover de hulpverlener(s) duidelijker en beter bepaald? Heeft deze wet daarom niet eerder het karakter van consumentenwetgeving?⁸⁹ Dat onderscheid, regeling van contract of consumentenbescherming, is van wezenlijk belang want zowel de grondslagen als de doelen zijn op belangrijke punten verschillend.

De klassieke doctrine op het gebied van contractenrecht veronderstelt dat aan verschillende voorwaarden wordt voldaan.⁹⁰ Tussen arts en patiënt worden voornamelijk mondelinge afspraken gemaakt. Er is dus geen compleet en uitgewerkt contract waarin voor elke (toekomstige) omstandigheid de meest optimale voorziening is getroffen.⁹¹ Wat is dan de inhoud van de overeenkomst en hoe moet die afspraak worden uitgelegd? Er is geen allesomvattende normatieve theorie over contracten.⁹² De wet definieert het begrip verbintenis niet, het begrip duidt een rechtsverhouding aan tussen twee partijen, die onderling afspraken maken.⁹³

Een reële vraag is dus: wordt door deze juridische constructie de behandel-situatie voor beide partijen gemaximeerd?⁹⁴ En hoe dan? Ook hier worden er door gezondheidsjuristen fraaie concepten aangedragen, maar het zijn geen precieze normen die de behandelaars duidelijke aanwijzingen geven hoe nu praktisch te handelen. De uitleg van het 'contract' vindt bij de rechter steeds achteraf plaats aan de hand van open rechtsnormen en summiere gegevens over wat er nu feitelijk was overeengekomen. Wil deze contractuele weg voor

88 Zie Asser-Hartkamp (2002), 4-III, nr. 8.

89 De categorie 3 contracten in de studie van Schwartz & Scott (2003), p. 5.

90 Het opsommen hiervan valt buiten het bestek van dit proefschrift, maar de lezer wordt verwezen naar de juridische standaardwerken, bijv. Hijma et al. (2004). De functie van een contract is tweeledig: het legt partijen verplichtingen op om het gewenste resultaat te bereiken en de overeenkomst geeft antwoord op vragen van toepassing op de vervulling van de wederzijdse verplichtingen. Vgl. Schwartz & Scott (2003): de *enforcement* en de *interpretation function*.

91 Zie daarover Van Bijnen (2004), p. 2080.

92 Zie Schwartz & Scott (2003), p. 3: "Contract law has neither a complete descriptive theory, explaining what the law is, nor a complete normative theory, explaining what the law should be. These gaps are unsurprising given the traditional definition of contract as embracing all promises that the law will enforce."

93 Brunner & De Jong (2004), nr. 5.

94 Zie daarover ook hoofdstuk 4 van Kaplow & Shavell (2000).

alle partijen vruchtbaar blijken, dan zal aan de totstandkoming en inhoud van het contract meer aandacht dienen te worden besteed.

Psychologisch gezien kampt de patiënt met verwachtingsschade: de feitelijke uitkomst stemt niet overeen met datgene wat verwacht werd. De behandelovereenkomst leunt sterk op het leerstuk van de geïnformeerde toestemming ('informed consent'), die in het volgende hoofdstuk wordt behandeld. Er is pas een behandelovereenkomst als de patiënt na voldoende uitleg van de arts toestemming geeft voor verdere diagnostiek en/of behandeling. Als zorgvrager en zorgaanbieder geholpen worden om hun belangen optimaal te verwezenlijken, is er een normatieve theorie waaraan het medisch handelen kan worden afgemeten niet een eerste vereiste? Het draait om het contact en niet het contract.

4.6.2 De schade

Voor de patiënt is dat concreet letsel- of overlijdensschade. Voorts is er ander nadeel dan vermogensschade, de immateriële of emotionele schade: pijn, smart, gederfde levensvreugde. Tenslotte zijn er ook derden die schade lijden: naasten die geconfronteerd worden met het verdriet dat men heeft vanwege verlies of de letselschade van een dierbare met affectieschade als gevolg en/of met een schokkende gebeurtenis (dood, blijvende invaliditeit) waardoor shockschade ontstaat.

Bij medische incidenten is het objectief vaststellen van de veroorzaakte letselschade in veel gevallen lastig, doordat men de ontstane situatie moet vergelijken met wat er zou zijn gebeurd zonder de kenmerkende gebeurtenis. Hoe zou het afgelopen zijn als de diagnose eerder was gesteld of als er eerder was behandeld? Hiervoor kan de doctrine van verlies van een kans te hulp worden geroepen, maar dit is een fraai concept dat echter in de praktijk lastig empirisch-wetenschappelijk verantwoord is te operationaliseren.⁹⁵

Casus 4.2 In januari 1997 wordt bij een vrouw een mammografie verricht in het kader van bevolkingsonderzoek op borstkanker (BO). Uitslag: 'niet suspect'. Zes maanden later heeft zij klachten van de linker borst en wordt toch borstkanker vastgesteld, dat al uitgebreid blijkt te zijn uitgezaaid in oksellymfklieren en dus een slechte prognose heeft. Bij herbeoordeling van de mammografie van het BO naar aanleiding van deze bevinding worden in tweede instantie toch afwijkingen gezien. De echtgenoot van patiënte start een civielrechtelijke procedure.⁹⁶ Gesteld wordt dat het eerder stellen van de diagnose borstkanker haar een betere overlevingskans had gegeven.

⁹⁵ Zie voor uitvoerige bespreking van de proportionele aansprakelijkheid Akkermans (1997) en Kerkmeester (1998), p. 435 e.v.

⁹⁶ Rechtbank Zwolle 4 februari 2004, LJN-nummer AO6195, Zaaknr. 84211 HA ZA 03-255.

Wil men, zoals bij deze casus, een verlies van een kans objectief vaststellen dan zullen daarvoor ook de resultaten van empirisch onderzoek voorhanden moeten zijn. Of pogingen tot het vroeger diagnosticeren van kanker ook daadwerkelijk leiden tot een verminderde sterftekans is echter controversieel. Er bestaat geen eensluidende mening over de mate van een eventueel gunstig effect van borstkankerscreening.⁹⁷ Hoe kan dan met voldoende zekerheid worden vastgesteld dat deze patiënte inderdaad in een ongunstiger situatie verzeild raakte door het 'missen' van de diagnose? Daarvoor is empirisch onderzoek nodig, een verantwoordelijkheid voor de medische professie.⁹⁸

4.6.3 De toerekening

Wanneer een arts op grond van onrechtmatige daad of wanprestatie verantwoordelijk wordt gehouden voor letsel- of overlijdensschade, is een essentieel juridisch element of hem de onrechtmatige daad of wanprestatie ook kan worden toegerekend. Als een arts in een bepaalde situatie anders had kunnen handelen en als daardoor de afloop ook gunstiger voor de patiënt zou zijn geweest, dan is de arts toerekenbaar tekortgeschoten. Hoe moet die toerekening worden onderzocht?

Bij toerekening op grond van schuld zijn kenbaarheid en vermijdbaarheid vereist.⁹⁹ Als het risico kenbaar is, rijst vervolgens de vraag wat de norm is om met dat risico om te gaan. De stand van de medische wetenschap fungeert daarom als bodemvereiste voor kenbaarheid en vermijdbaarheid.¹⁰⁰

De juridische 'objectieve' toetsing¹⁰¹ wordt gedaan aan de hand van een virtuele maatman: de redelijk bekwame en redelijk handelende beroepsgenoot genomen, die ter vergelijking dient.¹⁰² Hoe zou deze in de situatie gehandeld hebben? De vraag is echter hoe objectief deze juridische constructie werkelijk is. 'Nothing is so easy as to be wise after the event.'¹⁰³ Als maatgevend is wat de arts behoort te weten over de mogelijke risico's van een interventie en hoe die zoveel mogelijk te vermijden, is niet een juridische constructie

97 Zie Giard (2003).

98 Een beroemde Engelse casus is *Hotson v. East Berkshire Area Health Authority* (1987) AC 750. Hierbij bleek niet op grond van empirische gegevens vast te stellen welk verlies het gevolg was van de verlate diagnose.

99 Van Dam (2000), nr. 903.

100 Van Dam (2000), nr. 907.

101 De 'objectieve' toetsing staat tegenover de 'subjectieve': de beoordeling van de persoonlijke eigenschappen van de veroorzaker zoals die aanwezig zijn op het moment van de schadeveroorzaking. Hierover Van Dam (2002), 9.2.2.

102 Deze formulering is te vinden in HR 9 november 1990, NJ 1991, 26 (Speeckaert/Gradener).

103 De uitspraak van *Branwell B, Cornman v. Eastern Counties R.Co* (1859) 157 ER 1050.

achteraf maar een vooraf geformuleerde juridisch bruikbare medische norm de beste oplossing.¹⁰⁴

De strijd tussen het juridische vergelijkingstype en de objectieve wetenschappelijke standaard is de vergelijking tussen de vragen: *wie* is maatgevend of *wat* is maatgevend? Als er technisch-wetenschappelijke op empirisch onderzoek gefundeerde normen worden geformuleerd, zal de juridische norm dus kunnen evolueren en een betere – vooral objectievere – beoordeling van het handelen kunnen plaatsvinden.¹⁰⁵ Die norm is daarmee ook beter kenbaar. De verantwoordelijkheid daarvoor ligt primair bij de medische wetenschap.¹⁰⁶ Dit onderwerp komt verder aan de orde in hoofdstuk 6.

4.6.4 De causaliteitskwestie

De hamvraag is of de hulpverlener deze schade heeft veroorzaakt en of hem dat hem ook is toe te rekenen? Als de causaliteit is vastgesteld, levert dat de rechtvaardiging van het opleggen van een juridische sanctie aan de arts. Het bepaalt wie waarvoor verantwoordelijk was (zie ook 2.3.7). De vraag is: hoe kun je dat bepalen? In de volgende paragraaf daarvan nadere conceptuele uitwerking.

4.6.5 Samenloop van toerekening en causaliteit

Voor zowel de toerekening als de causaliteit geldt dat dit geen simpele dichotomieën zijn in de zin van wel of niet toerekenbaar en wel of niet causaal. Voor beide modaliteiten is een spectrum denkbaar, een glijdende schaal met als eindpunten niet en volledig toerekenbaar/causaal.¹⁰⁷ Als we deze twee verschillende dimensies samenbrengen, kunnen we als denkmodel voor een casuspositie de coördinaten grafisch weergeven met deze twee schalen. We zullen dat laten zien aan de hand van de volgende voorbeelden.¹⁰⁸

Casus 4.3 Een patiënt staat gepland voor het amputeren van het rechterbeen. Het linker wordt echter afgezet.

Casus 4.4 Een man wordt opgenomen met een hartinfarct en daarvoor behandeld. Hij wordt uit het ziekenhuis ontslagen, maar men vergeet daarbij een recept mee

¹⁰⁴ Uitkomst- versus procestoetsing.

¹⁰⁵ Zoals Fenn et al. (2002) formuleren: “In a world where the standard of care is known to everyone, and observable (to individuals and courts), it is straightforward to show that negligence liability would produce socially optimal levels of care (i.e. deterrence).”

¹⁰⁶ Zie hierover Richard Lempert (2002) in diens bijdrage aan het themanummer over de *Standard of Care* vande Wake Forest Law Review.

¹⁰⁷ De proportionele causaliteit bestaat bij de gratie hiervan; zie Akkermans (1997).

¹⁰⁸ Ontleend aan Hofer et al. (2000), p. 262.

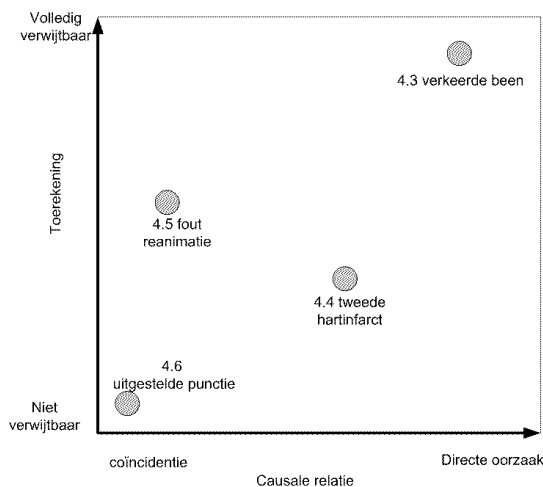
te geven voor een bètablokker.¹⁰⁹ Een jaar later krijgt hij een tweede hartinfarct, waaraan hij overlijdt.

Casus 4.5 Een oudere patiënt ligt in het ziekenhuis opgenomen vanwege meerdere medische problemen. Plots treedt een hartstilstand op waarvoor hij wordt gereanimeerd, echter zonder succes. De tijdens de reanimatie ingebrachte beademingsbuis bleek te diep ingebracht en in de rechterlong aanwezig, zodat geen beademing van beide longen had plaatsgevonden.

Casus 4.6 Een vrouw in de eindfase van een kwaadaardige lymfklieraandoening heeft stollingsproblemen door te weinig bloedplaatjes en daarnaast sepsis (=uitgebreide infectie) met waarschijnlijk als complicatie een geïnfecteerde vochtophoping achter de rechter long waarvan ze benauwd is. Ze overlijdt en vraag is of als wel was getracht om die vochtophoping weg te nemen ze nog had kunnen leven, hoewel er een groot bloedingsrisico bestond vanwege het tekort aan bloedplaatjes.

Als we nu van elk van deze vier gevallen willen aangeven hoe het zit met de toerekening en met de causaliteit, kunnen we dat in het volgende diagram weergeven.¹¹⁰

Figuur 4.4: Grafische weergave van de positie van de vier casus voor wat betreft toerekening en causaliteit



Deze conceptuele benadering is tot nu toe nog onbekend in de juridische literatuur en smeekt om verdere praktische uitwerking om te kunnen worden meegewogen bij een rechterlijk oordeel.

¹⁰⁹ Uit epidemiologisch onderzoek is gebleken dat patiënten die wel een bètablokker krijgen na een hartinfarct een lagere kans hebben op opnieuw een hartinfarct: dit is dus een groepseffect, onvoorspelbaar is wie er wel en wie niet baat bij zullen hebben.

¹¹⁰ Diagram bewerkt naar Hofer et al. (2000), p. 267.

4.6.6 Bewijsproblematiek

De concrete juridische afhandeling van een medische aansprakelijkheid draait om drie basale elementen: het leveren van bewijs van (1) onzorgvuldig handelen van de arts, de normschending, (2) de schade, hetzij de letselschade hetzij verlies van een kans en tenslotte moet (3) de causale relatie tussen deze twee worden aangetoond. Wie het bewijs moet leveren, het bewijsrisico, heeft in het geschil de lastigste positie. Wie stelt, moet bewijzen.¹¹¹ De bewijspositie van de patiënt wordt als lastig ervaren: de cruciale gegevens zijn in het bezit van degene die zich juridisch tegenover de patiënt moet verantwoorden. Om die reden is het vooral de rechtspraak geweest die de rechts- en bewijspositie van de patiënt stelselmatig heeft versterkt.¹¹² Voorbeelden daarvan zijn:

Verzwaarde of aanvullende stelplicht. Van de gedaagde arts wordt een extra stevig gemotiveerde betwisting van de door de eiser gestelde feiten verlangd, het gewoonweg ontkennen daarvan volstaat niet. De reden voor deze extra inspanning van de kant van de gedaagde partij is dat deze eventuele aanknopingspunten voor de bewijslevering van de eisende partij aanreikt.¹¹³ De arts moet nauwkeurig verslag doen en zijn lezing van het geval geven. Het ter beschikking stellen van operatie- en anesthesieverslagen evenals het medische dossier vormt hiervan een onderdeel.¹¹⁴

Res ipsa loquitur doctrine. Bij bepaalde uitkomsten van ingrepen is het resultaat zo abnormaal dat hieruit de fout voortvloeit, bijvoorbeeld amputatie van het verkeerde been (*'wrong side or wrong site surgery'*), een in de buik achtergebleven operatiegaas, injectie van een verkeerd medicament in de ruggenmergholte. Met dergelijke feiten is de normschending zonder tussenkomst van een deskundige gegeven, de causale relatie moet echter nog aangetoond worden. De praktische betekenis en de toepassing lijken nog beperkt.¹¹⁵

Omkering van de bewijslast. Het betreft hier de bewijslast ter zake van het causale verband in de zin van een *condicio sine qua non*-verband. Over de reikwijdte, de grondslag en de wenselijkheid van deze regel woedt al enige tijd een polemiek in juridisch Nederland.¹¹⁶ Volgens recente uitspraken van de Hoge Raad "...is alleen plaats als het gaat om een schending van een norm die ertoe strekt een specifiek gevaar ter zake van het ontstaan van schade bij

111 Overeenkomstig art. 150 Rv: "De partij die zich beroept op rechtsgevolgen van door haar gestelde feiten of rechten, draagt de bewijslast van die feiten, tenzij uit enige bijzondere regel of uit de eisen van redelijkheid en billijkheid een andere verdeling van de bewijslast voortvloeit."

112 Vansweevelt & Lierman (2000), p. 319.

113 HR 20 november 1987, NJ 1988, 500, HR 18 februari 1994, NJ 1994, 368, HR 13 januari 1995, NJ 1997, 175.

114 HR 7 september 2001, NJ 2001, 615 (Anesthesie).

115 Thornton (2002), p. 228 e.v.

116 Daarover bijvoorbeeld Abas (2003), Akkermans (2002 en 2003), Lindenberg (2004).

een ander te voorkomen en als dit gevaar door de normschending in het algemeen aanmerkelijk wordt vergroot. In dat geval is het immers, gelet op de bescherming die een dergelijke norm beoogt te bieden, redelijk, behoudens tegenbewijs, ervan uit te gaan dat, als het specifieke gevaar waartegen de norm beoogt te beschermen, zich heeft verwezenlijkt, zulks een gevolg moet zijn geweest van deze normschending.”¹¹⁷ Voor medische aansprakelijkheid betreft deze ‘omkeringsregel’ situaties waarbij een veiligheidsnorm van toepassing is die door de hulpverlener wordt geschonden. In de rechtspraktijk blijkt het niet altijd nodig hierop een beroep te doen.¹¹⁸

Proportionele causaliteit. Het leerstuk van de kansverhoging (gevaarzettingsleer) dient zich aan in de situatie waar onzekerheid troef is. De waarschijnlijkheid van een causale relatie tussen oorzaak en gevolg is daarbij groter dan 0 maar kleiner dan 1. Als door gevaarzettend gedrag van de hulpverlener de kans op schade wordt vergroot en voor de mate waarmee dat risico werd vergroot, kan men de hulpverlener aansprakelijk stellen. Deze problematiek wordt in hoofdstuk 6 verder besproken.¹¹⁹

We zien bij de medische aansprakelijkheid dat van bewijs door middel van *vermoedens* gebruik wordt gemaakt, maar die verdenking moet wel voldoende feitelijke grond hebben. Als dat zo is, moet de gedaagde arts vervolgens dat vermoeden zien te ontkrachten.¹²⁰ Wat gebeurt er met deze rechtstheorie in het juridische steekspel op het toernooiveld? Het heetste hangijzer is steeds het aantonen van het causale verband en de hierboven besproken bewijsrechtelijke zaken zijn vaak wel conceptuele maar geen praktische oplossingen, juridische ‘trucjes’ om tot een oplossing van het geschil te komen. De arts in kwestie verlangt een oordeel dat in de eerste plaats medisch wetenschappelijk gefundeerd is. Hoe staan juridische en wetenschappelijke bewijsvoering tegenover elkaar?

4.6.7 Juridisch en medisch-wetenschappelijk bewijs

In de Westerse wetenschap is een centrale plaats ingericht voor argumentatie. Iedere stellingname dient onderbouwd te zijn, zo niet dan is de geloofwaardigheid en overtuigingskracht gering. Het woord ‘bewijs’ wordt in de grote Van Dale lexicografisch gedefinieerd als datgene waardoor onweerlegbaar wordt aangetoond dat iets is zoals men beweert of tevoren ondersteld heeft, zowel in de zin van bewijsvoering als van bewijsgrond.

117 HR 29 november 2002, RvdW 2002, 190 en HR 29 november 2002, RvdW 2002, 191.

118 Vergelijk het arrest inzake de verzuimde protocollair vereiste antistolling na een operatieve ingreep; HR 2 maart 2001, NJ 2001, 649.

119 Voor verdere uiteenzettingen over dit onderwerp, zie: Akkermans (1997), Faure (2003).

120 Giesen (1999), p. 135 e.v.

Wie in juridische handboeken zoekt naar de juridische definitie van bewijs ontwaart eerder een stelsel van procedurele regels dan een inhoudelijke beschouwing over wat nu de essentie van bewijs is. Een inleiding in het procesrecht stelt: “De term bewijzen laat zich in de context van het procesrecht beschrijven als het de rechter overtuigend aantonen van feiten”.¹²¹ Als A stelt dat arts B toerekenbaar tekortschoot bij een medische interventie zal A daarvoor het bewijs moeten leveren (en/of B dat dit niet zo was). Maar wat kwalificeert iets nu tot ‘bewijs’? Wordt hiermee bedoeld dat de waarheid van een propositie binnen een juridische context is aangetoond? Of wordt er bedoeld dat er bewijs is geleverd omdat er aan bepaalde spelregels van het juridische bedrijf werd voldaan?¹²² Is het redelijk om van een medische professional te verwachten dat een aansprakelijkheidsprocedure gaat om het leveren van bewijs voor die aansprakelijkheid ongeacht of hiermee wel of niet de waarheid boven water komt? En wat is waarheid? Dit is niet de plaats om een filosofische beschouwing daarover te houden, maar we zullen de essentie van het bewijsprobleem wat betreft de juridische afhandeling van medische aansprakelijkheid moeten beschrijven. Is het soms zo dat de jurist kiest voor een rationele constructie eenvoudigweg omdat er een uitspraak over het geschil moet komen, terwijl vanuit medisch perspectief gezocht wordt naar betrouwbare empirische verificatie van de situatie zoals die was? Is dit een voorbeeld van het in § 2.5 reeds genoemde epistemologische tekort?¹²³

Enkele jaren geleden werd over deze problematiek in de Verenigde Staten een conferentie belegd met als titel: “Evidence: its meanings and uses in law, medicine and health care”.¹²⁴ Juridisch onderzoek naar de toedracht van een medisch incident onderscheidt zich wezenlijk niet van ander empirisch onderzoek in een poging na het verzamelen van feiten zo goed en zo kwaad als het gaat een bevredigende verklaring te vinden. Als het misgaat, ligt dat eerder aan een epistemologisch tekort dan aan de juridische methode.¹²⁵

121 Aldus Snijders (2002), p. 47. Dit is echter de beschrijving van een procédé, geen inhoudelijke definitie.

122 Al eerder werd Wieten (2002, p. 4) geciteerd dat men in een proces vaak niet kan bewijzen wat waar is en dat bewijzen in het recht is dus iets aantonen voor de rechter, los van de vraag of het waar is!

123 Zie Haack (2001), p. 218 e.v.

124 Het verslag hiervan is te vinden in een themanummer van de JHPPL en te downloaden via <http://www.ahcpr.gov/clinic/jhpppl/>

125 Haack (p. 222-223): “A firmly anchored and tightly woven mesh of evidence can be a strong indication of the truth of a claim – that is partly why “scientific evidence” has acquired its honorific use; but where anchoring is iffy, where some of the threads are fragile, where different threads pull in different directions, there will be ambiguity, the potential to mislead.”

4.7 SLOTSOM

Wat betekenen al deze in dit hoofdstuk beschreven onderwerpen nu voor de praktijk van de medische aansprakelijkheid? Het kernprobleem van de medische aansprakelijkheid is het scherp kunnen definiëren van medische fouten. Een alomvattende definitie van een medische fout is hooguit op conceptueel maar niet op operationeel niveau te geven. Wat juist medisch handelen is, moet per situatie worden vastgesteld en dat liever niet achteraf ten behoeve van de rechter, maar vooraf door de dokters zelf. De groeiende activiteiten wat betreft *evidence-based medicine* zullen voor de noodzakelijke operationalisering van de normomschrijving kunnen zorgen, maar daaraan worden hoge eisen gesteld.

Zowel de bedrijfskundige als psychologische analyse van de medische praktijk leveren een complexer beeld op dan een medische beroepsbeoefenaar die (moreel?) tekortschiet in de uitoefening van zijn professie. Het is praktisch en psychologisch het eenvoudigst om één persoon verantwoordelijk te stellen. Ook hier komt weer die problematische definitie van medisch falen om de hoek kijken: wanneer is zich vergissen, iets missen etc. nu iemand toe te rekenen?

De in hoofdstuk 2 behandelde juridische concepten vragen bij medische aansprakelijkheid een verdere – vooral praktische – ‘inkleuring’. Juist op het gebied van toerekening en causale relatie tonen medische fouten een grote diversiteit.

5 | Van conceptueel naar operationeel: de arts-patiëntcommunicatie

‘The competent adult patient, who reaps the rewards or suffers the consequences of any intervention, retains final decision authority, an authority that is delegated to family or surrogate when the patient cannot make decisions.’¹

De as van het arts-patiëntcontact is de afgelopen decennia een kwartslag gedraaid: van verticaal naar horizontaal. Daarmee zijn de communicatieproblemen echter nog niet de wereld uit. Falende communicatie blijkt een belangrijke bron van conflicten tussen patiënten en hulpverleners. Voor goede communicatie is de autonomie van de patiënt uitgangspunt (5.1). Vanuit het verbintenisrecht zijn de eisen waaraan de informatie-uitwisseling zou moeten voldoen aangegeven (5.2). De juridische concepten worden geconfronteerd met de complexiteit en de realiteit van informatieoverdracht tussen mensen (5.3). Gewapend met deze inzichten wordt vervolgens de rechtspraktijk rond ‘informed consent’ onder de loep genomen (5.4). Een andere bron van communicatieproblemen is de berichtgeving over mogelijke fouten van hulpverleners aan patiënten en diens familie (5.5). Als goede informatie-uitwisseling de sleutel is tot de oplossing of juist het voorkomen van veel van de genoemde problemen, kunnen we dan de essentiële elementen van goede communicatie opsommen (5.6)?

5.1 DE AUTONOME PATIËNT

In de tweede helft van de vorige eeuw is uitgebreid kritiek geleverd op de paternalistische cultuur binnen de geneeskunde.² De maatschappelijke veranderingen volgend op de revolutie van mei 1968 hebben ertoe geleid dat ook de relatie tussen arts en patiënt drastisch wijzigde. In plaats van *over* moest door de behandelaar voortaan *met* de patiënt worden beslist. Het morele concept van de menselijke vrijheid en autonomie werd in juridische kringen

1 Whitney et al. (2004), p. 54.

2 Bijvoorbeeld het in 1975 verschenen boek van Illich, *The limits to medicine*, en de BBC Reith Lecture in 1980 van Ian Kennedy *Unmasking medicine*.

uitgewerkt in internationale verdragen, nationale wetgeving en rechtspraak.³ Vooral in jurisprudentie is het respecteren van de autonomie van de patiënt door hulpverleners krachtig ontwikkeld: de wilsbekwame patiënt heeft het laatste woord.⁴

Toch zijn (rechts)theorie en dagelijkse medische praktijk nog niet volledig met elkaar in overeenstemming. Soms kan de patiënt het idee krijgen niet als volwaardig mens te zijn behandeld omdat niet alles wat hij wilde of behoorde te weten aan hem meegedeeld werd en wel in twee verschillende fasen van het arts-patiënt contact. De eerste is de samenspraak tussen arts en patiënt *voorafgaand* aan de medische ingreep. Het wordt als wezenlijk beschouwd dat de patiënt voldoende geïnformeerd wordt over ondermeer de mogelijke risico's en alternatieven om vervolgens een afgewogen beslissing te nemen om een bepaald onderzoek of behandeling wel of niet te ondergaan. Dit wordt in de Angelsaksische literatuur compact aangeduid met de term 'informed consent'. De tweede is falende communicatie *na* de medische ingreep, die in de ogen van de patiënt en/of diens naasten niet goed werd uitgevoerd met letsel- of overlijdensschade als gevolg. Dit blijkt in de praktijk de meest voorkomende aanleiding om te klagen over het gedrag van artsen.⁵

De reden dat deze twee verschillende situaties hier samen in hetzelfde hoofdstuk behandeld worden, is dat er één gemeenschappelijke factor bestaat, falende communicatie, en in beide gevallen de mogelijkheid van preventie aanwezig is. Een betere en vooral realistische voorstelling van zaken *vóór*-afgaand aan de ingreep vermindert de kans op teleurstelling. Het oprecht erkennen dat er bij een medische interventie iets mis is gegaan en een eerlijke uitleg daarover maakt de getroffene duidelijk hoe het heeft kunnen gebeuren; zo voelt hij zich als volwaardig mens behandeld en is daardoor vaak minder wraaklustig. De grondslag voor deze duidelijkheid, eerlijkheid en openheid, is voor beide situaties dezelfde en primair ethisch van aard: het vormt een onmisbare waarborg voor de vertrouwensrelatie tussen arts en patiënt.⁶

Bestaan er voor die informatie-uitwisseling duidelijke gedragsregels? Het tegenstrijdige voor de arts is dat hij enerzijds juridisch ter verantwoording kan worden geroepen vanwege *te weinig* (of onjuist) uitleg geven aan de patiënt, hetzij *voorafgaand* aan de medische ingreep, hetzij *erna*. Maar de behandelaar kan anderzijds ook in de problemen komen door *teveel* te zeggen.

3 De meest basale omschrijvingen treft men aan in de internationale verdragen. Zie bijv. art. 8 EVRM. Een belangrijke voorvechter in ons land voor de autonomie van de patiënt in de gezondheidszorg was prof. Henk Leenen. Zie voorts Vansweevelt over de patiëntenrechten in België en Nederland (2004).

4 Vgl. Doyal (2004), p. 414.

5 In verschillende onderzoeken blijken *informed consent* kwesties maar 5-10% van het totale aantal medische claims uit te maken, de meeste claims zijn dus wegens vermeende fouten.

6 Zie Hébert et al. (2001), p. 509 e.v.

De verzekeraar legt aan artsen beperkingen op⁷ wat ze kunnen zeggen tegen de patiënt als er bij de behandeling iets mis lijkt te zijn gegaan, bang dat uitleg en excuus zullen worden uitgelegd als erkenning van een fout en zo aansporen tot aansprakelijkstelling van de arts: in die vooral door economische motieven bepaalde discussie tussen artsen en aansprakelijkheidsverzekeraars lijken de belangen van de patiënt op de achtergrond te raken.⁸

Wie dit contactuele proces tussen zorgvrager en hulpverlener wil onderzoeken met het doel het te verbeteren door kenmerken van adequate communicatie te omschrijven, heeft er baat bij die situatie vanuit verschillende wetenschappelijke invalshoeken te bezien, waaronder die van de communicatieleer, informatica en psychologie. Wetgeving op het gebied van arts-patiënt communicatie krijgt te maken met de volgende drie elementen, die op gespannen voet met elkaar kunnen staan.⁹

1. De traditionele paternalistische houding van artsen is onder druk van maatschappelijke ontwikkelingen en morele argumenten meer en meer aan het afbrokkelen en de noodzaak van het verdwijnen ervan wordt ook steeds meer geaccepteerd door de medische professie. Dat wil niet zeggen dat die houding daarmee geheel verdwenen is of zal verdwijnen onder invloed van regelgeving.
2. Hoewel de behoefte aan adequate informatie onder patiënten algemeen is, blijken er cognitieve en emotionele barrières te bestaan die het onthouden en begrijpen van de gegeven informatie belemmeren, waardoor ideaal en praktijk veelal niet overeen zullen komen.
3. Zelfs als voor patiënten de hen geboden informatie over de ziekte en behandelopties toereikend is en ze deze ook (kunnen) begrijpen, betekent dat niet dat ze steeds zelfstandig hun keuzes willen bepalen: een deel laat de keuze graag geheel of gedeeltelijk over aan hun behandelaar en verwacht een dienovereenkomstig gedrag van hun arts.

7 Een in Medisch Contact (2003) afgedrukte verklaring van het Verbond van Verzekeraars meldt o.m.: "Verzekeraars hebben er verder geen enkel probleem mee dat fouten worden toegegeven, mits die fouten vaststaan. Het gaat dan wel om evidente gevallen, zoals links-rechtsverwisselingen en het achterlaten van operatiemateriaal. Anders wordt het als het gaat om de gevallen die liggen in het grijze gebied tussen fouten en complicaties. Het onderscheid tussen fouten en complicaties in medische kwesties behoort tot de meest complexe aansprakelijkheidsvraagstukken, waarvoor zorgvuldig onderzoek naar de feiten en de interpretatie van die feiten noodzakelijk is. Los van de evidente gevallen is het onmogelijk mislukte behandelingen op voorhand te categoriseren in fouten en complicaties. Elk geval staat op zichzelf en dient op z'n eigen merites te worden beoordeeld. Fouten die schade tot gevolg hebben, leiden bijna altijd tot aansprakelijkheid en schadevergoeding. Bij complicaties is dat (meestal) niet het geval. Dat causaliteits- en schadevergoedingsvraagstukken op zichzelf vaak tot discussie leiden, doet daaraan niets af. Daarom willen verzekeraars artsen ervoor behoeden zelf in interpretaties te treden." p. 1128-1130.

8 Zie Vincent & Coulter (2002), p. 76 en voorts Legemaate (2003), p. 1128 e.v.

9 Zie Doyal (2001), p. i29 e.v.

We zullen nu achtereenvolgens eerst de juridische modellering van de arts-patiënt relatie beschrijven, de problemen rond communicatie inventariseren en daarna de *pre-error* en de *post-error* informatie-uitwisseling behandelen.

5.2 DE VERBINTENISRECHTELIJKE MODELLERING VAN DE ARTS-PATIËNTRELATIE

5.2.1 Overeenkomst inzake geneeskundige behandeling (WGBO)

Wanneer een patiënt een arts om medische hulp vraagt, wordt verondersteld dat daarbij een overeenkomst tot stand komt krachtens art. 7:446 lid 1 BW. Het gaat hier om een op een overeenkomst van opdracht gebaseerde contractuele relatie.¹⁰ Bij deze *lex specialis* gelden allereerst de algemene juridisch-doctrinaire elementen van de overeenkomst: de precontractuele fase, het tot stand komen van de overeenkomst, de inhoud en daaruit voortvloeiende rechtsgevolgen van de overeenkomst en tenslotte de uitleg ervan.

In de *precontractuele fase* is de patiënt op zoek naar een passende medische dienst. Hij heeft vaak daarbij de keus uit verschillende soorten diensten. Dit stadium blijft in de praktische rechtspraak meestal buiten beeld. Hier is van belang dat berichtgevingen over de mogelijkheden van de geneeskunde verwachtingen kunnen scheppen en dat ongefundeerde pretenties tot deceptie kunnen leiden met de juridische gevolgen van dien.

Bij de *totstandkoming* van de overeenkomst gaat het om de wilsvorming bij degene die om een medische dienst vraagt en dus is ondermeer van belang dat aan het vertrouwensbeginsel (art. 3:35 BW) wordt voldaan. De arts moet daarom de patiënt juist informeren en dat is bepalend of het wilsbesluit van de patiënt op de juiste wijze – zonder dwaling – tot stand kwam. Dit proces resulteert in de afspraak die uiteindelijk wordt gemaakt over de te leveren prestatie, de *inhoud* van de overeenkomst. In de praktijk zullen veel kwesties zich toespitsen op de vraag naar de *uitleg* van de overeenkomst: wat was er nu precies afgesproken en welk resultaat werd er beoogd? Was er nu wel of niet expliciet gewaarschuwd voor deze complicatie?

5.2.2 Informatieplicht en toestemmingsvereiste

De informatieplicht van de arts over de eigenschappen van de door hem te leveren prestatie is wettelijk geregeld. Deze verplichting van artsen om de patiënt op duidelijke wijze voor te lichten is vastgelegd in art. 7: 448, lid 1 BW, waarbij voorts in lid 2 omschreven is *wat* de patiënt redelijkerwijs dient

10 Zie Bolt & Spier (1996), p. 119 (hun noot 65).

te weten. In de artikelen 7:450 en 7:451 BW wordt het toestemmingsvereiste behandeld. De informatieplicht is een zelfstandig leerstuk geworden en dit past in een ontwikkeling van onze dienstenmaatschappij waarbij de afnemers duidelijk willen weten welke prestatie er geleverd gaat worden.¹¹ Het behoort dus tot zorg van een goed hulpverlener om bij de interactie tussen arts en patiënt de informatie- en onderzoeksplichten, die beide partijen hebben, te bewaken en daarbij vooral oog te hebben voor de omstandigheden en de behoeften van de afnemer.¹²

Vanuit de positie van de hulpverlener komt de vraag naar voren naar de *begrenzing* van deze rechtsplicht: waarover moet de patiënt nu wel en waarover niet geïnformeerd worden? Er bestaat inmiddels al een vrij uitgebreide jurisprudentie over deze materie.¹³ Rechtsvergelijkend wordt meer en meer duidelijk dat de rechtspraak het perspectief van de patiënt kiest.¹⁴

Tussen enerzijds de morele en de juridische principes die aan het op de juiste wijze totstandkomen van een overeenkomst ten grondslag liggen en anderzijds de operationalisering daarvan in de veelal complexe situatie van de medische praktijk lijkt een kloof te gapen. Is informed consent dan een illusie?¹⁵ Er lijken vooral praktische obstakels en dat vraagt om nadere verkenning.

11 Een duidelijk overzicht daarover vindt men in het boek van Barendrecht & Van den Akker (1999), waarbij wordt voortgebouwd op een studie van J.B.M. Vranken (Mededelings-, informatie- en onderzoeksplichten in het verbintenissenrecht, Zwolle 1989).

12 Dit punt komt in zowel *civil law* als *common law* landen voor. In wetgeving en jurisprudentie wordt duidelijk geëist dat vooraf toestemming is verkregen. Vgl. in Frankrijk art. 16-3 Code civil: "Il ne peut être porté atteinte à l'intégrité du corps humain qu'en cas de nécessité médicale pour la personne. Le consentement de l'intéressé doit être recueilli préalablement hors le cas où son état rend nécessaire une intervention thérapeutique à laquelle il n'est pas à même de consentir." of in Groot-Brittannië: "The law is designed to require doctors properly to inform their patients of the risks attendant on their treatment and to answer questions put to them as to that treatment and its dangers, such answers to be judged in the context of good professional practice, which has tended to a greater degree of frankness over the years, with more respect being given to patient autonomy." (zie rov. 47 Chester v. Afshar [2002] EWCA Civ 724).

13 Zie voor een overzicht van de Nederlandse jurisprudentie: Gevers (1998), p. 152-189.

14 Zie ook Skene & Smallwood (2002). In hoger beroep stelde een rechtbank in Engeland bijvoorbeeld: "... in the circumstances of the particular case, a reasonable person in the patient's position, if warned of the risk, would be likely to attach significance to it or if the medical practitioner is, or should reasonably be aware that the particular patient, if warned of the risk, would be likely to attach significance to it." (Pearce v. United Bristol Healthcare; [1998] E and WCA 2243, 20 May, 1998).

15 Zie Doyal (2001), p. i29 e.v.

5.3 INFORMATIEMANAGEMENT: EEN COMPLEX PROCES

Een patiënt, geconfronteerd met ziekte, krijgt te maken met onzekerheid. Wat heb ik? Wat is de verklaring voor mijn klachten? Wat is eraan te doen? Wat mag ik van de toekomst verwachten? In die situatie van angst en twijfel ontstaat er behoefte aan steun en aan goede voorlichting. Informatie kan worden omschreven als die stimuli vanuit de omgeving van de patiënt die ertoe bijdragen dat hij of zij een adequaat beeld kan vormen over de situatie.

De toegenomen aandacht voor de genoemde aspecten komt voort uit het feit dat veel recent – vooral psychologisch – onderzoek laat zien dat het overbrengen van relevante informatie naar de patiënt niet zonder problemen is. De vraag rijst of het ideaal van ‘informed consent’ daarmee een juridische illusie dreigt te worden.¹⁶ Wanneer het proces van de omgang met informatie vanuit normatief standpunt wordt bekeken, krijgt men te maken met zowel de communicatieve als de cognitieve facetten ervan en de beschikbaarheid en het gebruik van informatiebronnen.¹⁷

5.3.1 Informatiebronnen

De patiënt gaat informatie verzamelen. De belangrijkste bronnen zijn persoonlijke gesprekken en het raadplegen van media. Informatie-uitwisseling is primair een zaak tussen arts en patiënt. De directe familie en het sociale netwerk van de patiënt worden vervolgens veelal ingeschakeld bij het proces van beslissen over medische interventies. Gezien hun rol is dus goede directe of indirecte informatieoverdracht naar hen toe ook van belang.

Voorbeelden van media zijn: internet (inclusief nieuws- en discussiegroepen), medische TV-programma's, pamfletten en boeken over ziektes, speciale tijdschriften. Met het groeiende aantal informatiebronnen neemt de kans toe dat deze de patiënt tegenstrijdige of zelfs onjuiste informatie bieden. Soms komen patiënten bij de arts met de nieuwste gegevens die ze net van internet hebben geplukt, ze weten meer dan de dokter.

Een belangrijke bevinding bij onderzoek naar communicatiegedrag van patiënten is dat de meeste van hen op zoek zijn naar nadere informatie over hun ziekte, maar enkelen juist met nadruk zo'n speurtocht vermijden. Dat is hun manier om in evenwicht te blijven en, door onrustbarend nieuws te vermijden, optimistisch te zijn over hun kansen.¹⁸

16 Zie hiervoor Doyal (2001), p. i30 en m.n. ook diens literatuurverwijzingen.

17 Zie Brashers et al. (2002), p. 259.

18 Zie Brashers et al. (2002).

5.3.2 Communicatieve vaardigheden

Voor het welslagen van de informatie-uitwisseling zijn de communicatieve vaardigheden van beide kanten natuurlijk van betekenis, maar vooral die van de arts: diens verbaal en non-verbaal gedrag bepaalt hoe de patiënt zich voelt en wat hij durft te vragen. Vrijwel altijd weet de patiënt veel minder van het probleem dan de arts en in die situatie van informatieongelijkheid zal de dokter dus zorgvuldig moeten sonderen wat de patiënt al weet, wat hij wil weten en wat deze kan bevatten. Cruciaal voor de communicatie is of de arts de informatiebehoefte van de patiënt juist blijkt in te schatten. Lukt dat niet, dan raakt de patiënt gefrustreerd en wordt diens onzekerheid over de afloop van zijn/haar ziekte en behandeling vergroot.¹⁹ Dat werkt door in het sociale netwerk van de patiënt.

De communicatie speelt zich steeds af binnen de socioculturele context van de patiënt. Die bepaalt enerzijds het gedrag van de patiënt en anderzijds de beschikbaarheid van informatiebronnen.

5.3.3 Cognitieve aspecten

Een nog veel belangrijker vraagstuk betreft de cognitief-psychologische aspecten van de informatie-uitwisseling tussen arts en patiënt. Er is informatiebehoefte en informatieverwerking. In de psychologie wordt onderscheid gemaakt tussen 'monitors', de informatiebehoeftege patiënten, en de 'blunters', informatie-mijdende patiënten.²⁰ Het onderscheid tussen deze twee categorieën patiënten lijkt vooral te maken te hebben met hun persoonlijkheidstype en is dus minder situatief bepaald. De praktisch-juridische implicatie van dit onderscheid is dat monitors snel ontevreden zijn over de informatie die hen wordt aangereikt door artsen. Bij de informatieverschaffing blijkt dit omgangsgedrag van belang. De patiënten zijn emotioneel beter af als de informatievoorziening wordt toegesneden op hun manier van *coping*.²¹ Voor de rechter is dit ook van belang om te beoordelen tot wat voor type de klagende patiënt behoort.²²

De cognitieve capaciteiten van patiënten, het verwerken van informatie en de geheugenfunctie, zijn door angst en stress veelal verminderd. Daarnaast spelen factoren als sekse, leeftijd en opleidingsniveau een rol. Bij hoge leeftijd en lage opleiding blijkt de informatieoverdracht naar de patiënt toe minder effectief. De geneeskundige geletterdheid ('health literacy') blijkt een cruciale

¹⁹ Brashers et al. (2002), p. 262 e.v.

²⁰ Zie Steptoe & O'Sullivan (1986) en Miller (1991).

²¹ Zie daarvoor Miller (1995).

²² Soms ziet men in arresten deze overweging of iemand een 'monitor' is expliciet worden gemaakt. Vgl. rov. 7 en 14-23 van *Chester v. Afshar* [2002] EWCA Civ 724.

factor voor het welslagen van de communicatie.²³ Onderzoek naar hoeveel van de door de arts gegeven feitelijke informatie ook daadwerkelijk bij de patiënt is overgekomen, laat zien dat dit vaak maar de helft of minder is.²⁴ Naast de vraag of de gegevens wel bij de patiënt zijn 'geland', is er nog de kwestie of de werkelijke betekenis ervan wordt doorgrond. Overschat of onderschat iemand de betekenis van een waarschuwing voor een complicatie van een ingreep of dringt dat bewustzijn pas echt door als die ongewenste verwikkeling daadwerkelijk heeft plaatsgevonden?

In dit proces brengen zowel de informatiegever als de informatieontvanger hun beider vooringenomenheden mee. Een arts kan een bijwerking als triviaal percipiëren, maar dat hoeft niet de beleving van de patiënt te zijn. Het beeld dat een arts van een ziekte heeft, hangt af van het spectrum dat hij/zij ervan te zien krijgt: wie in een academische setting werkt, krijgt relatief meer ernstige of onbehandelbare gevallen dan iemand in een 'doorsnee' perifeer ziekenhuis. Verder stuiten we opnieuw op het fenomeen van de *hindsight*: '...als ik dit geweten had'.

De redenen voor de communicatieve, cognitieve en emotionele beperkingen, waaraan de informatieoverdracht van arts naar patiënt is onderworpen, en de gevolgen daarvan voor het geheugen en het begrip zijn complex. Echter, dit is een gegeven waar de clinicus mee moet werken, het is gewoon niet anders. Het formuleren van vereisten waaraan deze communicatie moet voldoen, is daarom eerder nuttig dan belemmerend gezien de in het spel zijnde fysieke en emotionele belangen van de patiënt.

5.4 DE PRAKTIJK VAN GEÏNFORMEERDE TOESTEMMING VOORAF

De instemming van de patiënt is pas juridisch valide na adequate informatie.²⁵ Beschouwing daarover vindt meestal pas plaats als de interventie in de ogen van de patiënt niet goed werd uitgevoerd

5.4.1 De grondslag voor een informatieplicht

Aan de praktijk van informed consent liggen zowel medisch-ethische als juridische funderende principes ten grondslag. De medisch-ethische zijn respect

23 Ongeletterdheid m.b.t. gezondheidskwesties en hoge leeftijd gaan vaak samen; zie Williams et al. (2002) en Davis et al. (2003). Daarnaast gaan ongeletterdheid en slechte uitkomsten van medische zorg samen. Zie Dewalt et al. (2004), p. 1228 e.v.

24 Zie bijvoorbeeld Chapman et al. (2003). Nederlands onderzoek op dit terrein laat zelfs zien dat tot zo'n 80% niet overkomt, het dreigende nieuws leidt tot 'attentional narrowing'. Vgl. Kessels (2003).

25 Zie Gevers (2003), p. 63 e.v.

voor het zelfbeschikkingsrecht van de patiënt en het *primum non nocere* van Hippocrates, het beginsel van geen (onnodige) schade toebrengen. Immers, bij veel – zoniet alle – medische interventies geldt: baat het niet, het kan wel degelijk schaden!

Het juridische fundament bouwt hierop voort evenals op algemene juridische beginselen bij de totstandkoming van een overeenkomst.²⁶ Daarnaast is er een specifieke rechtvaardiging voor de informatieplicht en die is tweeledig.²⁷ Ten eerste is het uitwisselen van informatie wezenlijk voor het goed op elkaar doen aansluiten van de behoefte(n) van de afnemer van een dienst en datgene wat de dienstverlener te bieden heeft. De wilsvorming aan de zijde van de patiënt komt dan op een juiste wijze tot stand. De verwachtingen betreffende de medische interventie worden over en weer expliciet gemaakt. Een tweede justificatie is dat er een asymmetrie bestaat tussen partijen in de overeenkomst wat betreft medische kennis. Goede informatievoorziening tracht deze informatieongelijkheid te overbruggen.

5.4.2 De rechtspraktijk

Het startpunt is altijd een ongewenste uitkomst van een medische interventie, waarbij de patiënt of diens nabestaanden de behandelaar verwijt te zijn tekortgeschoten. De natuurlijke reactie van de patiënt is dan ‘als ik dit geweten had, zou ik dit nooit laten doen’ of ‘zo hadden we dat toch niet afgesproken’. Enkele illustratieve casusposities:

*Casus 5.1*²⁸ Een vrouw (leeftijd niet vermeld) geeft de wens te kennen verder als man door het leven te willen gaan. De operatieve verwijdering van de baarmoeder inclusief eierstokken is wettelijk noodzakelijk om de mannelijke identiteit aan te kunnen nemen. Afgesproken wordt deze ingreep vaginaal uit te voeren, waardoor er geen operatielitteken in de buikwand komt. De ingreep wordt zonder problemen uitgevoerd, maar de ochtend na de operatie is er sprake van een nabloeding, waarvoor een twee operatieve ingreep nodig blijkt. Daarbij moet nu echter wel via een incisie in de buik worden geopereerd; de bloeding wordt definitief gestelpt en de buik weer gesloten. De patiënt, nu wel met een litteken, is over deze gang van zaken ontevreden en start een juridische procedure. Daarbij stelt de eisende partij twee grondslagen voor de vordering: een medische kunstfout en het ontbreken van informed consent. Voor een kunstfout blijken geen gronden. Over de toestemming na adequate informatie bestaat verschil van mening tussen procespartijen en de rechtbank draagt het ziekenhuis op duidelijk te maken dat met de patiënt

26 Een van de fundamentele bouwstenen van een contract is dat er tussen partijen wederzijdse overeenstemming zal moeten bestaan; zie Ben-Shahar (2004), p. 1829 e.v.

27 Zie Barendrecht & Van den Akker (1999), p. 13 e.v.

28 Rechtbank Zwolle 10 december 2003, LJN-nummer AN9850, Zaaknr. 80950/HA ZA 02-1123.

besproken was dat in een aantal gevallen alsnog een abdominale operatie noodzakelijk kon zijn.

*Casus 5.2*²⁹ Een vrouw (geboren 1968) wordt naar een orthopeed doorverwezen in verband met klachten van kortademigheid die weer het gevolg zijn van een verminderde longfunctie op basis van een ernstige kyfosciose.³⁰ De voorgestelde behandeling zal bestaan uit vier fasen, waaronder twee operaties. Na de eerste operatie blijkt patiënte een totale dwarslaesie te hebben, d.w.z. zij is verlamd geraakt door ruggenmergbeschadiging. Zij start een civiele procedure, waarbij ondermeer wordt gesteld dat verweerder eiseres voorafgaand aan deze operatie niet of niet voldoende heeft ingelicht over het aan deze ingreep verbonden risico van ruggenmergbeschadiging c.q. dwarslaesie. Uiteindelijk wordt vastgesteld dat verweerder weliswaar tekort is geschoten wat betreft zijn informatieplicht, doch dat eiseres als redelijk handelende patiënte ook bij behoorlijke informatie zou hebben gekozen voor dit behandelingsplan.

*Casus 5.3*³¹ Een vrouw ondergaat een plastisch-chirurgische ingreep vanwege uitpuilende ogen, die het gevolg van zijn van een schildklierziekte (M. Graves³²). Daarnaast heeft ze last van dubbelzien. De ingreep heeft bij eiseres geleid tot letsel van gevoelszenuwen in het gezicht en van zenuwen voor beweging van de rechter wenkbrauw, zonder dat het dubbelzien was verholpen. Ze eist schadevergoeding. Volgens eiseres is niet uitgesloten dat de operatie niet lege artis heeft plaatsgevonden. Bovendien heeft het aan "informed consent" aan de zijde van eiseres ontbroken. De rechtbank kan wegens haar speculatief karakter medisch tekortschieten niet als grondslag voor de vordering handhaven. Ter zake van het ontbreken van haar toestemming is er in het dossier een door haar ondertekende schriftelijke verklaring aanwezig waaruit blijkt dat zij op 22 juni 1995 reeds toestemming heeft gegeven voor de onderhavige operatie en waarin te lezen is dat er een driedimensionale orbita-expansie gaat plaatsvinden; de mogelijke risico's zoals verlies van gevoel van het voorhoofd en pijn staan daarin aangegeven. Eiseres verklaart ter comparitie dat zij deze verklaring niet herkent en pas later heeft gezien; dat zij zich niet kan herinneren deze verklaring te hebben ondertekend en dat zij de handtekening niet als de hare herkent. De rechtbank wijst het gevorderde af.

Deze drie casusposities laten een aantal belangrijke ingrediënten van deze problematiek zien vanuit het perspectief van de patiënt, zoals die ook in evaluaties van deze problematiek gemeld zijn:³³

- De patiënt vindt dat hij/zij onvoldoende is geïnformeerd over mogelijke complicaties en risico's;

29 HR 23 november 2001, LJN-nummer AD3963 Zaaknr. C00/069HR.

30 Een kyfosciose betekent dat de wervelkolom vervormd is: van opzij gezien met toegenomen kromming en van achteren gezien S-vormig i.p.v. een rechte lijn.

31 Rechtbank Maastricht 28 januari 2004, LJN-nummer AO2581 Zaaknr. 83663 / HA ZA 03-453.

32 Bij deze ziekte is de productie van schildklierhormoon toegenomen en de patiënten hebben vaak typisch uitpuilende ogen.

33 Zie bijv. *Consent Error Report* van de Accident Compensation Corporation. Nieuw-Zeeland, 2002. Te downloaden via www.acc.org.nz/for-providers.

- De patiënt vindt dat hij/zij werd behandeld zonder toestemming te hebben gegeven;
- De patiënt vindt dat hij/zij misleidende informatie ontving;
- De patiënt vindt dat de arts verzuimde alternatieve behandelopties voor te stellen;
- Er werd volgens de patiënt voor maar een deel van het behandeltraject toestemming gevraagd.

De arts wordt hierbij geconfronteerd met de volgende zaken:

- Steeds blijkt de noodzaak van het goed in het dossier vastleggen van wat er besproken is, het moet ook voldoende gedetailleerd vastgelegd zijn.³⁴ De patiënt kan ontkennen dat hij/zij werd geïnformeerd, zelfs als er schriftelijk toestemming is verleend waarbij de nadelige gevolgen werden gespecificeerd (derde casus).
- De arts moet ook duidelijk kunnen maken dat toestemming werd verkregen en ook voor welke diagnostische en/of therapeutische interventie(s).³⁵
- Hij dient te onderzoeken of de patiënt het ook begrepen heeft.

Wat betreft het geldend maken van aansprakelijkheid wegens het niet nakomen van de informed consentplicht zijn de volgende zaken van belang:³⁶

- *Naleving informatieplicht.* Als er een informatieplicht bestaat, moet ook achteraf te toetsen zijn of de informatie werkelijk werd verstrekt. In de spreekkamer vindt een gesprek plaats: de meeste informatie wordt mondeling gegeven in een gesprek, waarvan geen woordelijk verslag wordt bijgehouden. Hoewel de bewijslast primair bij de patiënt ligt, wordt in de praktijk die last vaak bij het ziekenhuis gelegd (zie casus 5.1). Een goede dossiervorming is dus van groot belang voor de arts.
- *Schade.* De gedaagde arts moet aantonen dat (1) de eiser in de nabije periode een ingreep zou hebben moeten ondergaan met een vergelijkbaar risico dat (2) daarbij eenzelfde ongewenste uitkomst mogelijk zou zijn geweest.³⁷
- *Causaal verband.* Er zal een causaal verband moeten worden aangetoond tussen de geschonden informatieplicht en de ontstane schade. De patiënt zou anders hebben gekozen indien dit risico bekend was geweest. De vraag daarbij is of de inlichtingen doorslaggevend of wellicht maar beperkt relevant voor de beslissing waren geweest.
- *Eigen schuld.* Als de rechtspraak opschuift in de richting van de redelijke patiënt, is het de vraag welke onderzoeksplicht er van de zijde van de

34 Conform art. 7:454 lid 1 BW.

35 Art. 7:448 BW jo. art. 7:450 BW.

36 Zie Barendrecht & Van den Akker (1999), hoofdstuk 11.

37 Zie bijv. rov. 42 Chester v. Afshar [2002] EWCA Civ 724.

afnemer van de zorg bestaat. De rechter zal hierbij vooralsnog terughoudend zijn.

Vooralsnog dit laatstgenoemde punt van de redelijke goed geïnformeerde patiënt is nog te weinig geëxploreerd.

5.4.3 De redelijk goed geïnformeerde patiënt

Goede informatievervalschaafing is niet een zaak van de dokter alleen. Patiënten gaan zelf meer en meer op zoek naar informatie, vaak al voor het doktersbezoek.³⁸ De beschikbare bronnen kwamen hierboven al aan de orde: patiëntenverenigingen (foldermateriaal), internet, zelfhulpboeken, tijdschriften etc. Het is daarom niet meer ongebruikelijk dat de patiënt bij de dokter een pak papier achterlaat met het verzoek hierover een oordeel te willen geven. De actievare participatie van de patiënt berust enerzijds op het toenemende niveau van opleiding van zorgvragers en anderzijds op de afgenomen machtsafstand tussen arts en patiënt.

De handelwijze van de goed geïnformeerde zorgvrager heeft gevolgen voor de hulpverlener, zowel praktisch als psychologisch.³⁹ Het legt extra beslag op diens tijd (meer uitleg, meer discussie, materiaal om te lezen) en sommige artsen hebben het gevoel dat hun autoriteit in twijfel wordt getrokken.⁴⁰ De paternalistische houding van enkele decennia geleden heeft plaatsgemaakt voor een meer 'onderhandelingshuishouding' in de spreekkamer. Dat geldt echter niet voor alle patiënten.

Er zijn initiatieven ontplooid om de patiënten, vooral bij chronische ziekten, te stimuleren bij te dragen aan de optimale behandeling. Zo is er in het Verenigd Koninkrijk een zogenaamd *Experts Patients Programme* ontwikkeld.⁴¹ De arts – patiënt relatie krijgt zo meer en meer het karakter van een *partnership*.⁴²

De juridische consequentie hiervan is dat het niet (meer) reëel is de arts uitsluitend verantwoordelijk te houden voor het proces van het verschaafn van gegevens nodig voor het verlenen van toestemming voor een medische

38 Zie Shaw & Baker (2004) over de *expert patient*.

39 Zoals geformuleerd door Shaw & Baker (2004): "Doctors need to act on what they already know—that all patients are experts, however uninformed or misinformed they may be about health issues. Patients' expertise is valuable because by understanding the patient's views and situation, the doctor is better equipped to identify a solution that will lead to a successful outcome, however defined."

40 Zie Weston (2001), p. 438.

41 Zie bijvoorbeeld de Engelse website van het Experts Patients Programme. "Expert patients are people living with a long-term health condition, who are able to take more control over their health by understanding and managing their conditions, leading to an improved quality of life." (www.expertpatients.nhs.uk/what.shtml). Voorst de recente nota (2004) over de evaluatie van dit programma (www.npcrdc.man.ac.uk/Publications/Epp.pdf).

42 Vgl. Epstein et al. (2004), p. 2359 e.v.

interventie: de patiënt heeft hierin ook een taak en verantwoordelijkheid. Ook al is de patiënt mondiger en beter geïnformeerd, toch blijft de verhouding tussen hulpvrager en hulpverlener asymmetrisch, zodat de arts toch hoofdverantwoordelijke blijft.

Als in een juridische procedure wordt getoetst of voldaan werd aan het informed consent vereiste zal ten eerste moeten worden onderzocht of de informatie feitelijk werd verstrekt, of dat de arts daarbij verwijtbaar tekortschoot. Ook wordt getoetst wat van een redelijk handelende patiënt in de desbetreffende situatie verwacht had mogen worden: zou deze, ongeacht de kwaliteit van de informatie van de behandelende arts, voor de ingreep hebben gekozen of was het overwegen van een andere optie reëel geweest (tweede casus)? Tenslotte moet er een causale relatie bestaan: de patiënt zou bij adequaat informeren een andere keuze hebben gemaakt.

Met welke factoren moet worden rekening gehouden? Het Australische hooggerechtshof heeft deze in *Rogers v. Whitaker*⁴³ opgesomd:

- De aard van de feiten: hoe waarschijnlijk of hoe ernstiger het gevolg, des te belangrijker de informatie.
- De aard van de interventie: meer complexe interventies vragen om meer uitleg.
- De behoefte aan uitleg van de patiënt: door vragen te stellen maakt de patiënt duidelijk behoefte aan informatie te hebben.
- Het temperament en de gezondheidstoestand van de patiënt: angstige en/of zieke patiënten ervaren risico's als meer bedreigend.
- De medische context: de informatiebehoefte bij electieve ingrepen ligt anders dan bij spoedeisende.⁴⁴

Deze opsomming is conceptueel van aard en geeft aan dat de hulpverlener bij de informatieverstrekking een waaier van afwegingen moet maken.

De juridische doctrine vraagt om 'duidelijke' informatie, hanteert het begrip 'redelijkerwijze' en legt het accent op de rechten van de patiënt en de daaruit voortvloeiende plichten van de arts. Houden deze juridische concepten wel voldoende rekening met de realiteit van de menselijke communicatie? Het is daarom wenselijk juridisch ideaal en medische praktijk indringend met elkaar te confronteren.

43 High Court of Australia, *Rogers v. Whitaker* (1992) 175 CLR 479 F.C. 92/045.

44 Voor deze opsomming is tevens gebruik gemaakt van het artikel van Skene & Smallwood (2002), p. 40.

5.4.4 Twee kampen: idealisten en realisten

De doctrine van de informed consent kent, naar gelang het perspectief van waaruit gekeken wordt, drie versies:⁴⁵ de eerste is de doctrine naar letter en geest van de wetgever en de rechter ('the law in the books'). De tweede is zoals die wordt gepercipieerd – en soms gekarikaturiseerd – door de medicus-practicus ('the law in the mind'). De derde tenslotte is de praktische resultante van deze twee ('the law in action'). Deze laatste weerspiegelt vooral de kloof tussen de eerste twee.

In alle commentaren die over deze kwestie zijn geschreven, vallen ruwweg twee tegenover elkaar staande kampen te onderscheiden: de idealisten versus de realisten.⁴⁶ In het kamp van de *idealisten* bevinden zich de (gezondheids)rechtstheoretici, wetgevingsjuristen en medisch-ethici. Vooral de rechten van de patiënt vormen het fundament voor deze positie.⁴⁷ Centraal staat de autonomie van de patiënt als partij in de overeenkomst tussen opdrachtgever en hulpverlener.⁴⁸ De idealisten koesteren een ruime opvatting over de plicht van de behandelaar tot uitleg over risico's en alternatieve behandelmogelijkheden. Dientengevolge worden de diverse begrippen (zoals: het materialiseren van risico's, alternatieve interventies, openbaarmaking en causaliteit) breed, subjectief en vooral vanuit patiëntenperspectief omschreven en zijn de uitzonderingsmogelijkheden op deze rechtsplicht zeer beperkt.

De *realisten* – dat zijn vooral degenen die de geneeskunde dagelijks praktiseren – echter hebben andere opvattingen over dit onderwerp. De theorie van de idealisten en de dagelijkse gang van zaken, zo bemerken zij, liggen ver uit elkaar en de eisen zijn soms te hoog. Voor veel van het dagelijkse werk, de routineklussen waarover weinig discussie mogelijk is en die bovendien niet of nauwelijks enig risico opleveren, is het voldoen aan deze rechtsplicht, inclusief de administratieve gevolgen ervan, overdreven. Bovendien zijn niet alle patiënten in interactioneel opzicht gelijk. Er zijn er die vertrouwen op het vakmanschap van de arts, er zijn er ook die een zeer gedetailleerde uitleg wensen.

45 Zie Schuck (1994), p. 903.

46 Zie Schuck (1994), p. 903-906.

47 In de *New Zealand Code of Health and Disability Consumers' Rights* van 1996 worden tien basisrechten opgesomd: 1. right to be treated with respect; 2. right to freedom from discrimination, coercion, harassment, and exploitation; 3. right to dignity and independence; 4. right to services of an appropriate standard; 5. right to effective communication; 6. right to be fully informed; 5. right to make an informed choice and give informed consent; 8. right to support; 9. rights in respect to teaching or research; 10. right to complain. Zie verder hierover Skegg (1999), p. 151-155. Voor Nederland zijn dit vooral grondrechten zoals omschreven in Grondwet en EVRM.

48 De rechtsfiguur is die van de overeenkomst van opdracht, waarvoor als *lex specialis* de WGBO (inwerkingtreding: 1995).

Ook in juridische kring ontmoet men sceptici wat betreft de informed consent doctrine.⁴⁹ De kloof tussen beide kampen is structureel en niet eenvoudig overbrugbaar. In essentie is informed consent *risicocommunicatie*. In een niet-spoedeisende situatie kunnen de opties (wel of niet medisch ingrijpen, kiezen tussen behandeling A of B) vergeleken worden, de kwade kansen en de voordelen van elke keuze tegenover elkaar worden gezet. Als het resultaat van de interventie tegenvalt en de patiënt was tevoren niet geïnformeerd over het risico dat zich bij hem/haar heeft verwezenlijkt, is de kans groot dat er een klacht wordt ingediend.

5.4.5 Een bredere benadering: ‘shared decision making’ naast ‘informed consent’

Bij de discussie over informed consent dreigt de veelvormigheid van de besluitvorming uit het zicht te raken; er wordt teveel in algemene termen gesproken over de arts-patiënt communicatie alsof dit één soort proces is. Het is de vraag of (wetgevings)juristen zich voldoende bewust zijn geweest van de complexe dynamiek van de processen van informatie-uitwisseling en het overdenken van de behandelopties door de patiënt.

Wat betreft het toestemmingsvereiste is er onderscheid te maken tussen *simple consent* en *informed consent*.⁵⁰ Een vorm van instemming – veelal impliciet gegeven – is bij alle medische ingrepen vereist. Veel medische ingrepen zijn eenvoudig, hebben een laag risico en kennen één algemeen geaccepteerde benadering. Hierop is een eenvoudige toestemmingsprocedure van toepassing. Daarnaast zijn er interventies waarbij een kans bestaat op een ernstige complicatie en/of waarbij meerdere vrij ingrijpende behandelopties (inclusief niet behandelen) bestaan. In die gevallen is een meer uitgebreide approbatie nodig om latere misverstanden of onterechte teleurstellingen te voorkomen.

5.4.6 De medische praktijk: problemen rond risicocommunicatie

Aan de patiënt moet diens situatie helder worden uitgelegd: wat is nu de verklaring van de klachten van de patiënt (diagnose)? Hoe zeker is die? Wat is eraan te doen (therapie)? Bestaan er verschillende mogelijkheden voor behandeling? Welke is dan in deze situatie het meest aan te bevelen? Wat zijn de ongewenste nevenwerkingen van therapie? Wat mag er van de toekomst worden verwacht (prognose)? De kern van de informatieverschaffing is om inzicht te verschaffen betreffende de mogelijke risico's. Niemand zal er tegen

49 Zie bijvoorbeeld Jones (1999). Diens titel is veelzeggend: “Informed consent and other fairy stories”.

50 Zie Whitney et al. (2004), p. 55.

zijn dat patiënten een bewuste en zorgvuldige afweging kunnen maken tussen de risico's en de voordelen van een medische interventie. Daarbij wordt echter rationaliteit als belangrijkste component van het proces verondersteld.⁵¹

De realiteit is echter complexer en de mate waarin patiënten willen participeren is wisselend.⁵² Het soort medisch probleem bepaalt a-priori of de ratio dan wel de emotie de boventoon zal voeren. Bij kleine problemen of ongemakken laat men graag aan de dokter over wat er moet worden gedaan. Bij potentieel levensbedreigende kwesties wil de patiënt vooral geen spijt van gemiste kansen krijgen. Illustratief hiervoor is bijvoorbeeld dat mensen zich medisch laten onderzoeken terwijl ze zich gezond voelen. Daaraan kleven nogal wat gevaren, terwijl onduidelijk is wat vroege ontdekking van ziekten nu echt voor gezondheidswinst oplevert.⁵³ Die informatie over de betrekkelijke waarde ervan en de gevaren van overdiagnostiek en overbehandeling is aan de meeste mensen niet besteed: hier overheerst de angst voor ziekte en sterven en niet de ratio.

Een ander essentiële kwestie is voorts, indien de uitkomst niet is zoals de patiënt dat wenst of verwacht had, de vraag hoeveel rationaliteit daarbij a posteriori nog verwacht mag worden. Hierbij spelen veranderende maatschappelijke opvattingen een rol. Men aanvaardt niet meer lijdzaam wat eertijds als de slagen van het lot werd beschouwd, nee, het adagium is: weg met pech! In dat geval is de consequentie dat er iets of iemand de schuld zal moeten dragen voor het gebeurde en er dus argumenten gezocht worden om die schuld ook toe te wijzen.

Het communiceren van risico is een van de kerntaken van een dokter, maar dat is niet onproblematisch.⁵⁴ Welke problemen komt men daarbij tegen? Er zijn maar weinig medische kwesties waarover goede risico-informatie bestaat. Een risico is bovendien geen onveranderlijke natuurconstante maar wordt door vele factoren bepaald. De kans op het missen van een diagnose op een röntgenfoto, bijvoorbeeld het detecteren van borstkanker op een mammogram, is aan variatie onderhevig: ze variëren per specialist. De kans op een ziekenhuisinfectie verschilt per kliniek. De inzichten over risico's kunnen veranderen, getuige de recente publicaties over de gevaren van hormoonbehandeling bij overgangsklachten bij vrouwen. Niet elk risico heeft dezelfde psychosociale gevolgen voor de patiënt. Een voorbijgaand probleem zoals een nabloeding of infectie wordt anders ervaren dan levenslange invaliditeit (zie bijvoorbeeld casus 5.2).

51 Zie Thornton (2003), p. 693.

52 Zie Alaszewski (2005), p. 41 e.v.

53 Zie het recente commentaar van Anderiesz et al. (2004) over de mogelijkheid dat gezonde personen zich met een CT-scan van top tot teen kunnen laten onderzoeken met alle gevaren van het ontdekken van afwijkingen die hen nooit zouden hebben bedreigd. Voorts hierover Giard (2003).

54 Hieraan werd in 2003 door de British Medical Journal een themanummer gewijd: *Communicating risks*, zie <http://bmj.bmjournals.com/content/vol327/issue7417/>. Zie hierover ook Baron (2004), p. 7 e.v. en Herxheimer (2005), p. 91 e.v.

Een onlangs uitgevoerd onderzoek onder vrouwen die een gynaecologische ingreep moesten ondergaan bracht naar voren dat veel vrouwen de indruk hadden dat ze een juridisch bepaald ritueel moesten doorstaan dat niet aansloot op hun emotionele behoeften van dat moment.⁵⁵ Dat is een verkeerde ontwikkeling, want het belang van de patiënt staat dan niet meer centraal, de arts is bezig met procedurele vrijtekening.

Neemt de autonome en goed geïnformeerde patiënt nu uiteindelijk de juiste beslissing? Vrijwaart een goede beslissing van een patiënt deze van psychologisch ongewenste uitkomsten?

5.5 GOED OMGAAN MET KLACHTEN EN FOUTEN

Er is voor een arts geen akeliger situatie denkbaar dan om zijn patiënt te moeten vertellen dat hij tijdens een diagnostische of therapeutische ingreep een fout heeft gemaakt, zeker als dat schadelijke gevolgen heeft gehad. De dokter heeft gefaald en niets minder dan dat.⁵⁶ Hiermee wordt de vertrouwensrelatie tussen arts en patiënt wel erg op de proef gesteld. Niet zozeer verdriet of boosheid over de gemaakte fout, maar vooral de wijze waarop daarmee wordt omgegaan, is veelal het startpunt van een actie tegen de behandelaar(s).⁵⁷

5.5.1 De praktijk van communicatie

Een patiënt staat niet alleen bloot aan spanningen veroorzaakt door zijn ziekte maar ook door de belastende en/of pijnlijke medische interventies daar omheen en eventueel ook het verblijf in het ziekenhuis. Patiënten bevinden zich daardoor in een psychisch kwetsbaarder situatie. In zo'n toestand is de mededeling dat er een fout gemaakt is geen sinecure. In vergelijking met letsel door een ongeval zijn de belangrijkste kenmerken bij een laedering door medisch handelen ten eerste dat er schade wordt toegebracht door iemand aan wiens handelen zij zich in vertrouwen hebben overgegeven. Ten tweede dat diezelfde zorginstelling – en vaak dezelfde arts of verpleegkundige – hen verder moet verzorgen en behandelen.⁵⁸ Als in zo'n situatie een foutenincident slecht wordt afgehandeld, is er niet alleen sprake van lichaamsschade maar ook van

55 Vgl. Habiba et al. (2004), p. 422 e.v. en het commentaar van Doyal (2004) hierop.

56 De arts is daarmee ook zelf slachtoffer: zie Wu (2000). Leibman & Hyman (2004) wijzen ook op de noodzaak niet alleen de patiënt maar ook de arts op te vangen (p. 28).

57 Zie Daniel et al. (1999), p. 598 e.v. Dit is een empirisch onderzoek onder 290 Australische patiënten, die een klacht hadden ingediend.

58 Zie Vincent et al. (1994), Vincent (2003), Vincent & Coulter (2004), p. 78 e.v.

psychische gevolgschade. Daarom hebben door medische ingrijpen verwonde patiënten recht op uitleg, een welgemeende verontschuldiging, een uitleg hoe het heeft kunnen gebeuren, maar ook wat eraan gedaan wordt om herhaling van dit soort incidenten te voorkomen.

5.5.2 De rol van de aansprakelijkheidsverzekeraars

Waar openheid en eerlijkheid de sleutelwoorden lijken voor effectieve communicatie van de behandelaar met de patiënt over wat er fout is gegaan, propageren de letselaansprakelijkheidsverzekeraars juist terughoudendheid bij het doen van mededelingen aan de patiënt. De reden daarvoor is dat de angst bestaat dat die mededelingen de patiënt zouden kunnen aansporen tot het ondernemen van juridische stappen omdat ze de 'bekentenis' van de dokter al op zak hebben. Daarom is bijvoorbeeld in de polisvoorwaarden vastgelegd dat de verzekerde zich zal onthouden van iedere erkenning van schuld of aansprakelijkheid en mag geen acties ondernemen die de belangen van de verzekeringsmaatschappij kan benadelen. Het verstrekken van feitelijke medische informatie is wel gepermitteerd.⁵⁹

De discussie hierover keert regelmatig terug in artikelen en op symposia. Artsen raken onzeker: wat mogen ze nu wél en wat mogen ze niet vertellen? Het Nederlandse Verbond van Verzekeraars stelt in een reactie:⁶⁰

'Verzekeraars zijn voorstander van maximale openheid over de feiten van een medische behandeling, inclusief zaken die zijn misgegaan. Zij willen er echter voor waken dat artsen fouten erkennen voordat is vastgesteld of die hebben geleid tot een mislukte behandeling.'

Een poging van de KNMG in 2003 om door middel van een overleg tussen de grootste aansprakelijkheidsverzekeraars en de artsenorganisatie klaarheid te brengen in deze materie leidde niet tot het gewenste resultaat.⁶¹ Er zijn dus twee gescheiden zaken: openheid over fouten en erkenning van de aansprakelijkheid.

5.5.3 Wat is de juridische status van een apologie?

De aanwijzing van de aansprakelijkheidsverzekeraars om terughoudendheid te betrachten bij het doen van mededelingen aan de patiënt betreffende fouten

59 Het subtiel onderscheid tussen 'fout gegaan' en 'fout gedaan'; zie Legemaate (2003), p. 129.

60 Medisch Contact 2003, vol. 58, p. 1131.

61 Legemaate (2003), p. 1130.

roept de vraag op wat de juridische status is van een apologie van een arts. Kan zo'n mededeling eventueel als bewijs dienen? Die vraag lijkt eenvoudig maar heeft op verschillende manieren een uitwerking. Twee Nederlandse casusposities ter illustratie.

Casus 5.4 Een vrouw is sinds 1987 bij KNO-artsen onder behandeling vanwege een chronische aandoening aan haar rechter gehoorgang.⁶² In 1996 werd zij voor de vijfde maal daaraan geopereerd waarbij tijdens de operatie een aangezichtszenuwtak werd beschadigd waardoor zij de rechter helft van de spieren van haar gezicht niet meer goed kon gebruiken, ondanks een poging daags na de ingreep die zenuw te herstellen met een reconstructieoperatie. De KNO-arts vertelde patiënte direct na afloop van ingreep met deze ongelukkige afloop dat er een fout was gemaakt. Enkele dagen later bood hij patiënte in tranen een bos bloemen aan, zei dat hij een fout gemaakt had en dat hij daartegen verzekerd was. Er ontwikkelt zich uiteindelijk een rechtszaak waarbij de KNO-arts verweten wordt dat hij niet voldaan heeft aan zijn informatieplicht en bovendien een kunstfout heeft gemaakt. De geraadpleegde deskundige is het echter oneens met de behandelaar: bij deze chronische ooraandoening bij iemand die al meerdere keren daarvoor in dat gebied werd geopereerd, is deze complicatie bekend, frequent en veelal niet te vermijden. De rechtbank oordeelt, zonder te motiveren waarom de afwijkende mening van de deskundige werd genegeerd, dat de KNO-arts toerekenbaar tekortgeschoten is in de behandelingsovereenkomst jegens klagster. In hoger beroep wordt dit vonnis bekrachtigd. Onduidelijk is, in welke mate de 'bekentenis' tegenover de patiënte in dit oordeel een rol gespeeld heeft.⁶³

Casus 5.5 De moeder van een zevenjarige jongen dient een claim in tegen een ziekenhuis waarin ten tijde van haar zwangerschap en bevalling van dit kind een gynaecoloog werkte. Zij verwijt haar behandelaar tekortschietend of foutief medisch handelen. Tijdens die bevalling werd vanwege foetale nood een keizersnede verricht, waarbij het aldus geboren kind in slechte conditie bleek te verkeren. Na intensieve behandeling gaf het verdere herstel hoop voor de toekomst en werd een normale ontwikkeling niet onmogelijk geacht. Zeven jaar later bleek toch dat het kind vanwege gestoorde ontwikkeling aangepast onderwijs diende te volgen. In een gesprek hierover geeft de gynaecoloog aan dat achteraf gezien beter eerder ingegrepen had kunnen worden. Die mededeling vormt voor de moeder het startpunt voor een aansprakelijkheidsprocedure.⁶⁴

Het doen van mededelingen over of het erkennen van een mogelijke fout kent juridische, ethische, psychologische, culturele en economische aspecten. Mag een aansprakelijkheidsverzekeraar een arts verbieden mededeling te doen over

62 Ten gevolge van een chronische middenoorontsteking ontwikkelde zij een cholesteatoom, een opeenhoping van hoornschilfers in en bij het trommelvlies.

63 Rechtbank Zwolle 6 november 2002, zaaknr. 71941 HA ZA 01-1367 en in hoger beroep Gerechtshof Arnhem 2 december 2003, LJN-nummer AO0863.

64 HR 31 oktober 2003, LJN-nummer AL8168 Zaaknr. C02/234HR (tevens: RvdW 2003, 169). Zie verder hierover Slangen (2004), p. 264 e.v. Het arrest heeft vooral betrekking op de aanvang van de verjaringstermijn.

mogelijke tekortschieten? Mag er juridische immuniteit verleend worden aan de arts die een fout toegeeft en dat uitlegt? Als een dokter uit angst voor de eventuele consequenties nalaat een fout toe te geven, de patiënt komt er vervolgens achter en begint een juridische procedure waarbij hij naderhand vertelt dat als de dokter zich had verontschuldigd er geen procedure zou zijn gestart, dan is dat een uiterst ongewenste reeks van gebeurtenissen.

Moet bij het feitenonderzoek naar aansprakelijkheid voor schade een mededeling van een arts als bevestiging van schuld worden aangemerkt?⁶⁵ Moet daarbij geen onderscheid gemaakt worden tussen uitingen van begrip en sympathie ('Wat vervelend toch dat dit u moet treffen') of bevestigen dat er een fout is gemaakt ('Wat naar dat u onder mijn fout moet lijden')? In het bovenstaande voorbeeld (casus 5.4) heeft de KNO-arts zich door zijn emoties laten meeslepen, terwijl de deskundige geen argument vindt voor zo'n schuld. De arts, geconfronteerd met de schadelijke gevolgen van zijn handelen, zit tussen verschillende vuren: wettelijke bepalingen, richtlijnen van aansprakelijkheidsverzekeraars, regels vanuit het ziekenhuis, accreditatienormen, eisen vanuit consumenten- of patiëntenplatforms, etc.⁶⁶

5.5.4 Empirisch onderzoek naar effecten van het melden van fouten

Er zijn twee soorten onderzoek gedaan: (1) het onderzoeken van de attitude van artsen en patiënten tegenover openheid en (2) het onderzoeken van het effect van openheid over fouten op het aantal claims.

De eerste categorie levert voorspelbare resultaten op: de patiënten willen, sterker: eisen, volledige openheid, de dokters zijn uit angst voor juridische acties aarzelend.⁶⁷ Dit is de fase van de beslissing over het wel of niet doen van mededelingen van de kant van de arts.

Onderzoek in de tweede categorie, het daadwerkelijk vertellen dat er fouten zijn gemaakt en de uitwerking daarvan, is nog beperkt.⁶⁸ Een bekend onderzoek is dat binnen de Veterans Affairs Medical Centers. Nagegaan werd wat de uitwerking is van het zonder voorbehoud doen van mededelingen over de oorza(a)k(en) van iatrogene schade. Daarbij bleek dat volledige openheid

65 Zie daarover Cohen (2002), p. 819 e.v. "Suppose a doctor makes a mistake in treating a patient. What is the doctor to do? If the doctor consults her lawyer or her hospital's risk management board, it is likely that she will be told to keep quiet. 'Don't say anything, and above all don't apologize, for it will just be used against you in court'."

66 Zie de opsomming van Woods et al. (2003), p. 1 e.v.

67 Zie Gallagher et al. (2003) en Mazor et al. (2004)

68 Zie het literatuuronderzoek van Mazor et al. (2004b). Zoals het rapport *Communication with patients in the context of medical error* (zie: Fallowfield & Fleissig, 2003) stelt: "Although a valuable literature exists concerning the impact that medical error has on all involved, and initiatives have been developed to help inform and guide practice regarding open disclosure, there is as yet little research evidence available describing the practical problems of implementation and demonstrating measurable benefits."

van zaken niet in meer maar zelfs in minder claims resulteerde.⁶⁹ In een virtueel onderzoek aan de hand van verschillende medische vignetten werd echter bij de deelnemers geen of nauwelijks afname van de claimbereidheid geconstateerd.⁷⁰

5.6 ESSENTIËLE ELEMENTEN VAN EEN GOEDE COMMUNICATIE TUSSEN ARTS EN PATIËNT

Als goede communicatie de sleutel is tot de oplossing of juist het voorkomen van veel van de hierboven besproken problemen, is er alle reden voor om meer aandacht aan dat informatieverkeer te besteden. Allereerst dienen alle werkers in de zorg beter doordrongen raken van het belang van een open en eerlijk contact. Voorts moeten de principes van effectieve communicatie begrepen worden, niet alleen naar de patiënt en diens familie toe, maar ook bij het onderlinge gegevensverkeer tussen werkers in de zorg. Bij zowel het geven van informatie over de interventie *vooraf* als het vertellen over medische fouten *achteraf* doemen vier kwesties op: (1) de drempelwaarde, (2) wat moet er gemeld worden, (3) hoe zeggen we het? en (4) de medische cultuur.⁷¹

5.6.1 De drempelwaarde

Moet alles wat er aan risico's van een interventie bestaat of alle iatrogene schade *altijd* aan de patiënt verteld worden? Zowel in de medische als de rechtspraktijk blijkt dat er een duidelijk grijs gebied is tussen gebeurtenissen die zeker niet onder de informatieplicht vallen en voorvallen waarvan duidelijk is dat ze wel gemeld (hadden) moeten worden. Als de patiënt bij een geschil laat blijken dat hij niet goed geïnformeerd of niet ingelicht werd over een complicatie, kan dat een informatietekort van de kant van de hulpverlener zijn of een cognitief tekort aan de zijde van de patiënt.

Deze discussie over de drempelwaarde gaat primair over het informatietekort van de kant van de hulpverlener. De (open) norm van art. 7:448 lid 2 BW waarbij het leidende beginsel is wat de patiënt redelijkerwijze vooraf dient te weten bij de totstandkoming van de behandelovereenkomst of bij ontstane iatrogene schade zou willen vernemen, is geen heldere regel en brengt daardoor het gevaar van gelegenheidsargumenten met zich mee.

Bij schadelijke afloop van een ingreep zal een arts in de eerste plaats zelf een emotionele barrière moeten overschrijden. Daarnaast weet hij lang niet

69 Zie Kraman & Hamm (1999), p. 963 e.v.

70 Zie Mazor (2004), p. 409 e.v.

71 Zie het hoofdstuk *Disclosure* van de Patient Safety Toolkit, te raadplegen via www.med.umich.edu/patientsafetytoolkit/disclosure/chapter.pdf en voorts Liang (2002), p. 64 e.v.

altijd zeker of het anders had gekund. Bij bijvoorbeeld ziekenhuisinfecties, nabloedingen, slechte fractuurgenezing etc. is een deel te voorkomen maar een deel ook niet. Tot welk van de twee categorieën – complicatie of fout – behoort nu deze patiënt?

Inmiddels is in de Verenigde Staten in een aantal staten een wettelijke maatregel van kracht geworden die ziekenhuizen ertoe verplicht patiënten schriftelijk te informeren over ernstige⁷² *adverse events*. Pennsylvania was als eerste in 2002 en werd gevolgd door Illinois, Missouri en Florida.⁷³ Ook in het Verenigd Koninkrijk is een *duty of candour*⁷⁴ geformuleerd, die hulpverleners ertoe verplicht opening van zaken te geven.

5.6.2 De inhoud

De meeste juridische auteurs kunnen weinig of geen begrip opbrengen voor het achterhouden van feiten tegenover een patiënt.⁷⁵ Eerlijk duurt steeds het langst. Wat betreft medische incidenten zijn bij het informeren van de patiënt de volgende feitelijkheden relevant:

- Wat is er gebeurd?
- Hoe is het gebeurd?
- Waarom – voorzover is na te gaan – is het gebeurd?
- Wie zal vanuit het ziekenhuis de patiënt verder helpen?
- Welke maatregelen zijn er genomen om herhaling te voorkomen?

De nadruk ligt, zeker ook vanwege de veelal voor hulpverleners onduidelijke beperking die de aansprakelijkheidsverzekeraars aan hun cliënten opleggen, bij het verstrekken van feiten. Het is nuttig om onderscheid te maken tussen twee typen apologie: (1) de *apology of sympathy* en (2) de *apology of responsibility*.⁷⁶ De aansprakelijkheidsverzekeraars willen dat de hulpverlener zich beperkt tot het eerste type.

5.6.3 De wijze waarop

Er zijn zo veel punten om rekening mee te houden. Wie moet het melden? Wanneer is daar het beste moment voor? Hoe zeg je het? Wat wordt er naar

⁷² Maar wat is nu precies een *serious adverse event*?

⁷³ Er zijn in de VS uiteenlopende wetten aangenomen die of in algemene termen de *disclosure* van medische incidenten regelen of in meer specifieke situaties bijvoorbeeld de Hospital Infection Reporting Bill (SB1487) in Californië.

⁷⁴ Statutory duty of candour, zie daarover o.a. Capstick (2004), p. 457 e.v.

⁷⁵ Zie Wu (1999), Liang (2002), Cantor (2002), Leegemate (2003), Lamb (2004).

⁷⁶ Liebman & Hyman (2004), p. 27.

de familie gecommuniceerd en hoe? Et cetera. In feite zou ieder organisatie doordrongen moeten zijn van de wetenschap dat effectieve communicatie iets is waarvoor medewerkers getraind moet worden.⁷⁷ Het is gewenst hierover een draaiboek te maken. Zowel procedureel als inhoudelijk ligt hier dus nog veel huiswerk.⁷⁸

5.6.4 De medische mentaliteit

Men kan zich over procedures buigen, bijvoorbeeld *blamefree* melden, men kan methoden ontwerpen voor de analyse van fouten zoals *root cause analysis*, maar het belangrijkste punt is misschien wel het veranderen van de werkcultuur. Als artsen erkennen dat ze in principe feilbaar zijn, bedacht op het maken van fouten en als dat gebeurt dat ze dan eerlijk tegenover zichzelf en de patiënt zijn en er lering uit moeten trekken, dan is dat belangrijker dan het formuleren van procedures en ontwerpen van onderzoeksmethoden.⁷⁹ Het medische bedrijf is geen zaak van louter technische rationaliteit, het is ook onzekerheid en emotionaliteit: dat vraagt om reflectie-in-actie.⁸⁰

5.7 SLOTSOM

Bij elke vorm van maatschappelijke dienstverlening is de kwaliteit van communicatie van doorslaggevend belang. Zoals tevens in eerdere hoofdstukken aangegeven, is slechte informatie uitwisseling een belangrijk motief voor medische aansprakelijkheid.

De in dit hoofdstuk behandelde problematiek, zowel de *informed consent* als de *post-error communication*, laat zien dat het beter is hier terdege op voorbereid te zijn. Enerzijds moet het proces van informatie verschaffen doordacht worden en anderzijds is het dringend gewenst dat huisartsengroepen en ziekenhuizen regels formuleren hoe er met ongewenste uitkomsten van interventies omgegaan moet worden. Nu in steeds meer Westerse landen wetgeving wordt opgesteld die dergelijke zaken regelt, klemmt dit des te meer. De invulling van die regels en de goede uitvoering daarvan is de verantwoordelijkheid van de professionals. Het is daarbij nodig dat ze van zichzelf ook accepteren dat ze fouten maken.

⁷⁷ Zie daarover Leibman & Hyman (2004).

⁷⁸ Zie daarover bijvoorbeeld Liang (2002), Cantor (2002) en Liebman & Hyman (2004).

⁷⁹ Zie ook het artikel in Medisch Contact over het melden van fouten van Pronk (2005), p. 304 e.v.

⁸⁰ Zie daarover Schön (1988), p. 60 e.v.

6 | Van conceptueel naar operationeel: de standaard van zorg

*'All of you went to law school because you did not want to learn anything about science, right? This is a fundamental truth.'*¹

Beoordeling van medisch handelen vergt een ijkpunt (6.1). In hoofdstuk 4 hebben we gezien dat we bij medische aansprakelijkheid zowel de uitkomst als het eraan voorafgaande proces moeten beschouwen en dat impliceert twee verschillende toetsingswegen: uitkomsttoetsing en procestoetsing. Een proces-toetsing is primair kwalitatief van aard. Uitkomsttoetsing zal kwantitatief van aard zijn en helpt de vraag te beantwoorden of een patiënt aan een groter risico dan nodig werd blootgesteld. Voor het beoordelen en normeren van medisch handelen zijn er aldus twee met elkaar samenhangende routes: een kwalitatieve aan de hand van procesomschrijving (6.2) en een kwantitatieve procescontrole (6.3) waarmee beoordeling van de probabilistische causaliteit mogelijk wordt (6.4), elk steeds op een eigen gestructureerde en wetenschappelijk toetsbare wijze. Kunnen we met deze kwantitatieve benadering beter uit de voeten? Aan welke voorwaarden zal dan dienen te worden voldaan (6.5)?

6.1 DE NOODZAAK VAN EEN EENDUIDIGE NORM

Om vast te stellen of een arts voldoende zorgvuldig heeft gehandeld, zal zijn gedrag steeds aan een norm gespiegeld dienen te worden. In hoofdstuk 4 werd de problematiek rond het definiëren van medisch tekortschieten besproken. Hoewel op conceptueel niveau een generieke omschrijving van een fout kan worden geformuleerd, is een operationele aanduiding van toerekenbaar tekortschieten of hoe een redelijk bekwame arts in de gegeven situatie zou moeten handelen een stuk lastiger. Enkele illustratieve civielrechtelijke casusposities.

Casus 6.1 bij een dan 30-jarige vrouw wordt een uitstrijkje afgenomen in het kader van het bevolkingsonderzoek (BO) op baarmoederhalskanker. Twee jaar later bezoekt zij de huisarts wegens onregelmatig vaginaal bloedverlies in combinatie met contactbloedingen² en wordt verwezen naar een gynaecoloog. Deze constateert

1 B. Holmgren (2002).

2 Contactbloeding betekent vaginaal bloedverlies na seksueel contact.

een sterk afwijkende baarmoedermond en bij nader onderzoek blijkt patiënte een ver gevorderd stadium van baarmoederhalskanker te hebben. Ze wordt behandeld met een combinatie van bestraling en chemotherapie. Enkele maanden later zijn er bij controle uitzaaiingen in beide longen. Verdere behandeling is niet meer mogelijk en korte tijd later overlijdt ze. Bij herbeoordeling door het laboratorium van het eerste BO-uitstrijkje worden er wel degelijk sterk afwijkende cellen in het preparaat aangetroffen. De echtgenoot van de overledene start een civiele procedure tegen het laboratorium dat toerekenbaar tekortschieten wordt verweten.

Casus 6.2 een vrouw van 78 jaar wordt vanwege een versleten rechter heup door een orthopedische chirurg geopereerd en krijgt een kunstheup. Enkele dagen na de ingreep ontwikkelt ze koorts en blijkt de operatiewond geïnfecteerd. Ondanks behandeling met o.a. antibiotica verergert de infectie: het blijkt te gaan om een multiresistente ziekenhuisbacterie MRSA.³ Daarnaast blijkt ook het gewricht dat net werd geopereerd besmet geraakt. Na een maandenlange behandeling, waarbij een tweede operatieve ingreep nodig is, lukt het de infectie te bestrijden maar er is zoveel schade aan het heupgewricht aangericht dat patiënte blijvend invalide is geworden. Zij stelt het ziekenhuis daarvoor aansprakelijk.

Casus 6.3 een man (de leeftijd wordt in het arrest niet vermeld) ondergaat onder algehele narcose een kaakoperatie. Na de ingreep wordt hij naar de uitslaapkamer gebracht, waar hij echter onrustig wordt en uit bed valt. Bij die val raakt hij blind aan een oog. De gelaedeerde eist schadevergoeding van het ziekenhuis.⁴

Vanuit medisch perspectief heeft zich in elk van deze gevallen een bekend risico verwezenlijkt. Het enkele feit dat deze ongewenste gebeurtenis zich heeft voorgedaan, is dus nog geen argument voor onzorgvuldigheid. Maar ieder medisch voorval fatalistisch als speling van het lot accepteren is onjuist, want zo onttrekt de geneeskunde zich aan de uitoefening van enig toezicht. Dat past niet meer in deze tijd: de media zijn zeer oplettend, de slachtoffers mondig, er is een actievere rol van de letselschadeadvocatuur. Een arts zal zich altijd moeten kunnen verantwoorden voor zijn gedraging.

Hoe kunnen dergelijke casusposities zo door de rechter worden afgehandeld dat voldaan wordt aan de algemene juridische beginselen van rechtvaardigheid, rechtseenheid, rechtszekerheid en van doelmatigheid? Hoe ingewikkeld zijn dergelijke medische kwesties? Was achteraf bij casus 1 met wat meer oplettendheid de diagnose kanker misschien eerder gesteld? Was bij casus 2 met strengere hygiënische maatregelen de infectie wellicht te voorkomen geweest? Had bij casus 3 een simpel bedhek de val niet kunnen verhinderen? De vraag lijkt eenvoudig: werd hier onaanvaardbare onveiligheid in het leven geroepen of gelaten? Het antwoord hierop verlangt een ijkpunt waartegen de gevolgde handelwijze wordt afgewogen: een eenduidige door de medische professie geformuleerde norm. Het is aan de rechter hierover een rationele

3 'MRSA' staat voor methicilline resistente stafylococcus aureus.

4 HR 13 januari 1995, NJ 1997, 175 m.nt. CJHB (de Heel/Korver).

beslissing te nemen, die overtuigend genoeg is voor beide procespartijen om zich bij neer te kunnen leggen.

De resultaten van wetenschappelijke activiteiten, zoals de juridische beoordeling van de juistheid van medisch handelen, zullen voorspelbaar moeten zijn.⁵ Daarnaast zal het rechterlijke oordeel over de zorgvuldigheid van medisch handelen idealiter corresponderen met de werkelijke situatie. Voor het vestigen van medische aansprakelijkheid zijn twee zaken nodig: ten eerste een meet- of waarnemingsmethode en voorts een norm waaraan de betekenis van die observaties kan worden afgemeten.⁶

6.2 DE KWALITATIEVE BENADERING: HET PROCES

Beschrijving van de wijze waarop een medische interventie zal moeten worden uitgevoerd, is primair kwalitatief van aard.⁷ Traditioneel is een dergelijke omschrijving te vinden in de handboeken en tijdschriftartikelen. In toenemende mate gebeurt dat echter aan de hand van probleemgeoriënteerde praktijkrichtlijnen en juist deze mogen zich in een stijgende juridische belangstelling verheugen.⁸

6.2.1 De professionele standaard: praktijkrichtlijnen

Legemaate formuleerde in 1994 voor het gezondheidsrecht het onderscheid tussen recht van 'buiten' en recht van 'binnen'.⁹ Het recht van *buiten* wordt gevormd door het positieve recht en de uitspraken van rechters, met name van de Hoge Raad.¹⁰ Het recht van *binnen* omvat allerhande omschrijvingen van hoe te handelen door de medische professional.¹¹ Daarbij kan onderscheid gemaakt worden tussen gedragsregels primair gericht op de attitude van de arts, formulering van de stand van de wetenschap die aangeeft hoe de arts

5 Bekend is de uitspraak van de Amerikaanse rechtsgeleerde Oliver Wendell Holmes (1897): "The prophecies of what the courts will do in fact, and nothing more pretentious, are what I mean by the law." Dat impliceert dat eenzelfde casuspositie door verschillende rechters op gelijke wijze beoordeeld zullen worden.

6 De juridische leer: (rechts)feiten en norm.

7 Er is ook een statistische procescontrole mogelijk, maar die gebruikt de uitkomsten van dat proces als controlemaat. Zie Benneyan et al. (2003), p. 458 e.v.

8 Het Amerikaanse Institute of Medicine omschrijft praktijkrichtlijnen als "systematically developed statements to assist practitioner and patient decisions about appropriate health care for specific circumstances".

9 Zie het preadvies van Legemaate (1994) voor de Vereniging voor Gezondheidsrecht.

10 Hoewel het Nederlandse recht geen formele precedentwerking kent.

11 In de Angelsakische juridische literatuur wordt de tegenstelling 'hard' versus 'soft' law of 'direct' tegenover 'indirect' law soms gebruikt.

het beste kan handelen en uitspraken over hulpverleningsethische kwesties.¹² We beperken ons verder tot de procesmatige beschrijving hoe medisch-technisch te handelen.¹³

Is dat recht van 'binnen' niet een geschikt middel voor het juridische doel van de bepaling van de standaard van zorg waartegen het gedrag van de gedaagde arts kan worden afgewogen? Immers een arts zal toch niet lukraak maar juist doordacht en wetenschappelijk gefundeerd tewerk gaan; zo'n werkwijze moet dus expliciet te maken zijn. Over het juridische gebruik van medische praktijkrichtlijnen wordt zowel binnen de medische als binnen de juridische professie verschillend gedacht: dezelfde richtlijn kan zowel als zwaard of als schild gebruikt worden.¹⁴ Maar aan welke procedurele en inhoudelijke voorwaarden moet dan voldaan worden? En wat is de juridische status van praktijkrichtlijnen?

6.2.2 Doel van praktijkrichtlijnen

Onder een praktijkrichtlijn wordt een systematisch ontwikkelde en wetenschappelijk gefundeerde aanwijzing verstaan die zowel de arts als de patiënt ondersteuning geeft bij het nemen van beslissingen over medische interventies in specifieke klinische situaties. Het primaire doel van praktijkrichtlijnen is inhoudelijk: een eenvormige aanpak van een bepaald medisch probleem moet worden bevorderd en die beleidslijn moet de beste kansen op een gunstig resultaat waarborgen. Het secundaire doel is economisch: het waar voor je geld krijgen of zelfs kostenbeheersing die het gevolg is van doelgerichter medisch handelen.¹⁵ In Nederland zijn er geen wettelijk bepaalde praktijkrichtlijnen voor de 'normale' medische zorg. Vanaf 1993 werden in Frankrijk wettelijk 147 protocollen ingevoerd, voornamelijk voor huisartsen, die samen met zorgverzekeraars waren ontwikkeld en waarbij kostenbeperking een belangrijk motief was.¹⁶

Het opstellen van de praktijkrichtlijnen kan op verschillende wijzen geschieden. Een groep 'deskundigen' kan bijeenkomen en de naar hun mening juiste

12 Kastelein (2003), p.86.

13 Naar vorm en inhoud wordt onderscheid gemaakt tussen protocollen, richtlijnen, standaarden en gedragsregels. Er is echter onvoldoende eenduidigheid in de definities van deze termen. Zie ook Janssen et al. (2005), p. 792.

14 Dit beeld van *sword or shield?* wordt zowel gehanteerd door Pelly et al. (1998) als door Mello (2000): de richtlijn kan worden gebruikt voor het in- of exculperen van de gedaagde arts. Ook Hyams et al. (1995) spreken van een *two-way street*.

15 Zie Gevers & Biesart (1999), p. 2629 e.v.

16 De Loi Teulade: Loi no 93-8 du 4 janvier 1993 relative aux relations entre les professions de santé et l'assurance maladie. Te raadplegen via : www.gie-sml.fr/recherche/teulade93.htm. Hoewel de Franse huisartsen verplicht waren deze protocollen te gebruiken, werd de wet slecht nageleefd en bleek een belangrijk deel zelfs niet van het bestaan ervan te weten. Zie hierover Durieux et al. (2000), p. 414 e.v.

aanpak formuleren. Zo uitgevoerd zijn richtlijnen ten prooi aan gezagsdrogredenen, subjectiviteit en selectiviteit. Daarom wordt ernaar gestreefd om een objectieve totstandkoming te bewerkstelligen en daarvoor wordt gebruik gemaakt van *evidence-based medicine*.¹⁷ Er is een gestructureerd proces ontworpen waarbij de in de medisch-wetenschappelijke literatuur empirische onderzoeken worden gewaardeerd op hun methodologische zuiverheid. Aldus worden de medische publicaties in een hiërarchische systematiek ondergebracht die aangeeft of er voldoende geschikte onderbouwing voor de handelwijze aanwezig is.¹⁸ Is dat niet het geval, dan zal nader en vooral beter onderzoek uitgevoerd moeten worden.

Voor vergelijkbare gevallen zullen de uitkomsten van medische zorg uitgevoerd *met* praktijkrichtlijnen inhoudelijk en economisch dus beter moeten uitpakken dan in de situatie *zonder*. Om te beoordelen of de genoemde doelstellingen gerealiseerd kunnen worden, is een zorgvuldige afweging van voor- en nadelen nodig. Daarbij zijn verschillende perspectieven mogelijk: het *individuele*, die van de patiënt of van de hulpverlener en het *collectieve*, vanuit het systeem van zorg.¹⁹ Goede richtlijnen opstellen is zeer arbeidsintensief en dus duur. Ook met richtlijnen zijn nadelige effecten van behandeling niet uitgesloten en slechte praktijkvoorschriften kunnen onnodig schade berokkenen met alle juridische gevolgen van dien.²⁰

Om het doel van voldoende deugdelijkheid van medische zorg langs de route van praktijkrichtlijnen te bereiken, is een breed scala aan kwaliteiten noodzakelijk om die te laten functioneren. Dat zijn: bereik en doel van de richtlijn, betrokkenheid van de belanghebbenden, methodologische gestrengheid bij de ontwikkeling, helderheid en presentatie van de richtlijn, praktische toetsing van de toepasbaarheid en de uiteindelijke implementatie.²¹ Naast kennis en kundigheid voor het opstellen en redigeren van de richtlijn moeten de medische beroepsbeoefenaren bereikt én gemotiveerd worden: voor al deze aspecten worden verschillende kwaliteiten van betrokkenen gevraagd.²² Wanneer een uitspraak wordt gevraagd over het juridische potentieel van praktijkrichtlijnen is niet zozeer het bestaan ervan als wel de ontstaanswijze van belang. Immers aan *soft law* zullen er vergelijkbare eisen gesteld moeten worden als aan *hard law*. Om welke inhoudelijke en procedurele voorwaarden gaat het dan?

17 Zie voor goede en up-to-date beschrijving hiervan Mayer (2004).

18 Zie Shekelle et al. (1999).

19 Zie daarover Woolf et al. (1999), p. 527 e.v.

20 Zie Buijsen (2000b), p. 57 e.v.

21 Zie het manifest van de AGREE-collaboration (2003) en Eccles & Grimshaw (2004), p. s52 e.v.

22 Over de geschiktheid van de richtlijn om deze te kunnen toepassen geldt: "you can't judge a guideline by its cover", aldus Eccles & Grimshaw (2004).

6.2.3 Inhoudelijke eisen te stellen aan praktijkrichtlijnen

Iedere praktijkrichtlijn dient steeds een omschreven *doel*, bijvoorbeeld hoe te handelen bij een dreigende miskraam, de optimale behandeling van hoge bloeddruk, de analyse van een patiënt met pijn op de borst. Daarnaast is er een *bereik*: waarvoor geldt de richtlijn nu wel en waarvoor niet? Die twee basale elementen moeten we in een richtlijn terug kunnen vinden.

De doelgroep van de richtlijn wordt gevormd door de patiënten met hetzelfde klinische probleem. De verschillende achtereenvolgende stappen in het proces en de verschillende keuzemogelijkheden daarbij worden in kaart gebracht, waarna een zoektocht in de medische literatuur wordt gestart om te zien of er voldoende bewijs is ter ondersteuning van een aan te bevelen handelwijze.²³ Bij dat uitdelven blijkt dat men vaak niet beschikt over de empirische studies die aan alle methodologische vereisten voldoen en daarom wordt de kracht van het bewijs op een waardenschaal aangegeven.²⁴

Er bestaat veel internationale samenwerking om de kennis op dit gebied uit te wisselen en om gezamenlijk tot goede en bruikbare richtlijnen te komen.²⁵ Dat heeft geresulteerd in een gedetailleerde omschrijving van de verschillende stappen van het ontwikkelen, redigeren, presenteren en implementeren van praktijkrichtlijnen.²⁶ Initiatieven zoals de AGREE studiegroep komen voort uit observaties dat gepubliceerde praktijkrichtlijnen lang niet altijd blijken te voldoen aan de gestelde kwaliteitseisen.²⁷

Niet alleen de kwantiteit maar ook de kwaliteit van praktijkrichtlijnen neemt toe, maar het gevolg daarvan is dat de voortschrijdende perfectionering van zowel de wijze van totstandkoming als de inhoud van de praktijkrichtlijn ertoe leidt dat zo'n voorschrift steeds gedetailleerder wordt en vaak om veel begeleidende documentatie vraagt.²⁸ Dat maakt de implementatie vervolgens weer duurder, tijdrovender en ingewikkelder.²⁹

Naast de kwaliteit van de inhoud is er nog een ander belangrijk aspect dat in dit verband aandacht verdient: als goede richtlijnen bestaan en onder de aandacht van de medische professionals zijn gebracht, worden ze dan ook werkelijk nageleefd? Veel empirisch onderzoek laat zien dat, ook al is men

23 Dit vraagt een intensieve systematische zoektocht in de medische literatuur. Zie daarover Helmer et al. (2001), p. 346 e.v.

24 Bijvoorbeeld zoals die van de GRADE Working Group (2004), p. 1490 e.v.

25 Een organisatie die zich inspannt voor het zo goed mogelijk samenstellen van praktijkrichtlijnen is AGREE (Acroniem voor: Appraisal of Guidelines Research and Evaluation). Te raadplegen via www.agreecollaboration.org.

26 Zie daarvoor Shekelle et al. (1999), AGREE Collaboration (2003), p. 18 e.v. en Eccles & Grimshaw (2004), p. s52 e.v.

27 Zie de studie van Shaneyfelt et al. (1999), p. 1900 e.v.

28 Te vergelijken met de 'Parlementaire Geschiedenis' zoals bij de totstandkoming van wetgeving.

29 Zie Eccles (2003), p. 328-9.

bekend met het bestaan van een praktijkrichtlijn, deze toch niet precies wordt gevolgd.³⁰ Steeds wordt men geconfronteerd met het fenomeen van de *implementation gap*.³¹ Ook dit heeft weer juridische implicaties.

Als men het gebruik van praktijkrichtlijnen als juridische toetssteen voor medisch handelen wil overwegen, ontkomt men niet een kwaliteitsoordeel. Dat is echter primair een zaak van de medische professie: die zal duidelijk moeten maken wat de inhoudelijke status is van een praktijkrichtlijn.

6.2.4 Procedurele eisen te stellen aan praktijkrichtlijnen

Aan welke afwikkelingseisen moet de totstandkoming en de implementatie van een praktijkrichtlijn voldoen? Deze werden globaal hierboven al aangeduid, maar vanuit juridisch perspectief zijn de volgende punten van belang:³²

- *Wetenschappelijkheid*: tot nu toe zijn er (nog) geen uitspraken van de rechter over de wetenschappelijke fundering van praktijkrichtlijnen. Wie zich in een rechtsstrijd op praktijkrichtlijnen wil beroepen, zal dat pas met mogelijk succes kunnen doen indien de totstandkoming ervan wat betreft de inhoud juist is, bijvoorbeeld conform de AGREE-criteria. Veel circulerende richtlijnen voldoen niet aan de gestelde eisen van kwaliteit.³³
- *Gezag* van de opstellende instantie: het staat iedereen vrij een werkgroep te vormen en vervolgens met elkaar praktijkrichtlijnen op te stellen. Het lijkt vanuit juridisch standpunt gewenst zich alleen te beroepen op praktijkrichtlijnen die onder het auspiciën van medisch-wetenschappelijke verenigingen tot stand zijn gekomen.
- *Bereik* van de richtlijn: er is een beperkte draagwijdte zowel qua inhoud als wat betreft de kring van personen voor wie de praktijkrichtlijn is bedoeld.
- *Wijze van totstandkoming*: naast de verschillende al besproken determinanten (inhoud, redactie, verspreiding, implementatie etc.) van de kwaliteit van praktijkrichtlijnen is er ook een bestuurlijke dimensie. Is de richtlijn binnen wetenschappelijke verenigingen voldoende besproken, goedgekeurd en bekrachtigd?
- *Kenbaarheid*: aan praktijkrichtlijnen die niet voldoende kenbaar kunnen zijn, mag geen gedrag worden afgemeten.

30 Vgl. Woolf et al. (1999), p. 527 e.v.

31 Zie daarover Dopson et al. (2003), p. 311 e.v.

32 Zie Buijsen (2000a), p. 19 e.v.

33 Zie daarover Grilli et al. (2000) en Shaneyfelt et al. (1999).

- Richtsnoer als *zorgvuldigheidsnorm*: is een praktijkrichtlijn zodanig tot stand gekomen en wordt deze zo breed gedragen dat deze feitelijk als zorgvuldigheidsnorm kan worden beschouwd?³⁴
- *Actualisering* van de praktijkrichtlijn: een richtsnoer dient up-to-date te zijn en dus zal steeds duidelijk moeten zijn van welke datum de praktijkrichtlijn is, hoe lang deze 'houdbaar' is en welke actualisatie er eventueel heeft plaatsgevonden.³⁵

Los van al deze verschillende stappen kennen praktijkrichtlijnen naar hun ontstaan verschillende werkingsgebieden: lokaal (ziekenhuis), regionaal (bijv. via Integrale Kankercentra) en landelijk (wetenschappelijke verenigingen, interdisciplinaire werkgroepen).

6.2.5 Wat is de juridische status van praktijkrichtlijnen?

Hebben praktijkrichtlijnen enige juridische status?³⁶ We komen weer terug bij de vraag of praktijkrichtlijnen nu in het geval van medische aansprakelijkheid als schild of zwaard kunnen dienen. In positiefrechtelijke zin hebben ze geen wettelijke status maar dat wil nog niet zeggen dat ze geen normatieve betekenis kunnen hebben. De geneeskundige behandelingsovereenkomst verplicht de arts de zorg van een goed hulpverlener in acht te nemen en te handelen in overeenstemming met de op hem rustende verantwoordelijkheid voortvloeiende uit de voor hulpverleners geldende *professionele standaard* (art. 7:453 BW). Er volgt echter geen nadere juridische omschrijving wat zo'n professionele standaard behelst.³⁷

Een belangrijk maar veronachtzaamd punt is de aard van de norm.³⁸ Een aspiratieve norm is voor de rechter nauwelijks als een goede maat te gebruiken, in feite schiet in het geval van een ongewenste afloop de arts al gauw tekort.

Bij de beoordeling van het handelen van een arts is de maatstaf de zorgvuldigheid die van een redelijk bekwaam en redelijk handelend arts mag worden verwacht.³⁹ We hebben eerder al gezien (zie hoofdstuk 2 en 3) dat een constructie van een standaard *achteraf* niet wijs is, dus een standaard die *vooraf*

³⁴ Zie hierover Meulemans (2001).

³⁵ Over de noodzaak van het actualiseren van praktijkrichtlijnen: zie de studie van Shekelle et al. (2001).

³⁶ Zie hierover Samanta et al. (2003) en Hurwitz (2004). De laatste stelt: "The bottom line so beloved of EBM readers is: guidelines do not actually set legal standards for clinical care but they do provide the courts with a benchmark by which to judge clinical conduct."

³⁷ Daarover merkt Kastelein (2003) op: "Mede doordat het begrip professionele standaard in de WGBO nooit goed juridisch is doorgeëxerceerd en gedefinieerd, wordt iedere afspraak geacht daar onder te vallen zonder inhoudelijke bewijsvoering of onderbouwing." (p. 99).

³⁸ Zie 2.3.10.

³⁹ HR 9 november 1990, NJ 1991, 26.

werd geformuleerd, verdient de voorkeur. De rechter heeft voor het nemen van de juiste beslissing zo'n norm nodig: het is de feitelijke invulling van de wettelijke blanketnorm ('zorg van een goed hulpverlener'). Het is onmogelijk een alomvattende juridische operationele definitie van juist medisch handelen te geven: dat moet van geval tot geval door de medische beroepsgroep zelf worden bepaald.

Zou een arts die zich in een juridische procedure voor zijn handelen moet verantwoorden dat willen *zonder* een beroep te doen op een hecht doortimmerde praktijkrichtlijn van diens wetenschappelijke vereniging? Dat is de functie van praktijkrichtlijn als *schild*. Omgekeerd: zou een letselschadeadvocaat die de gronden moet aanvoeren waarop hij stelt dat een arts toerekenbaar tekort is geschoten niet een beroep willen doen op een praktijkrichtlijn als daarmee duidelijk wordt dat dit inderdaad het geval is? Dat is de functie van praktijkrichtlijn als *zwaard*. In een toernooimodel van rechtspleging ontkomt men er niet aan dat een praktijkrichtlijn voor beide doeleinden wordt gebruikt. En dan de rechter. Een bestaande praktijkrichtlijn die betrekking heeft op het geschil zal of door de eiser of door de gedaagde ingebracht kunnen worden. Wat doet een rechter met wat partijen aan de hand van praktijkrichtlijnen gesteld hebben?

Is het wel nodig om aan praktijkrichtlijnen een formele juridische status toe te kennen? Is het niet beter de status van praktijkrichtlijnen binnen de geneeskundige professie te onderzoeken? Wanneer blijkt dat dit een doorslaggevende factor is voor sturing van het proces en daarmee voor de patiëntveiligheid zal het gewicht ervan in bij de beslechting van een geschil toenemen. Een medisch protocol is bedoeld om de kans op complicaties zo laag mogelijk te houden door te omschrijven hoe er zorgvuldig gewerkt moet worden. Daarmee is het nog geen veiligheidsnorm met alle juridische consequenties van dien.⁴⁰

Met een evolutie van praktijkrichtlijnen binnen het medische beroep zal ook de juridische betekenis ervan toenemen. Dat ontwikkelingsproces is nog in volle gang en daarom zullen rechters dergelijke richtlijnen nog omzichtig benaderen en dat ook blijven doen gezien de inhoudelijke en praktische beperkingen.

6.2.6 Gebruikt de rechter praktijkrichtlijnen?

De Nederlandse jurisprudentie toont tot nu toe nog maar weinig casusposities waarbij praktijkrichtlijnen expliciet zijn gebruikt om het medisch handelen te beoordelen.⁴¹ Een in het oog springende oordeel is het z.g. *protocollen-*

40 Hulst (2002) bepleit dat een medisch protocol géén veiligheidsnorm is.

41 Zie voor een overzicht Kastelein (2003), p. 83 e.v.

arrest.⁴² De arts had hier inderdaad verzuimd zich te houden aan het protocol en er werd een causaal verband vastgesteld tussen de verweten gedraging en de opgelopen schade.⁴³ In een andere uitspraak geeft de Hoge Raad aan dat afwijken van een protocol door een arts moet kunnen worden beargumenteed maar dat anderzijds het volgen van een protocol niet zonder meer betekent dat een arts juist heeft gehandeld. Ook hoeft het protocol niet volledig te zijn: uit praktische overwegingen maar ook omdat de redelijke bekwame arts zelf kennis en ervaring dient in te brengen.⁴⁴

Een systematisch onderzoek van medische casusposities om te zien of er een relevant protocol beschikbaar is en of dit gebruikt werd en zo ja met welk gevolg, ontbreekt.

Een oudere Amerikaanse studie onderzocht van 259 bij twee aansprakelijkheidsverzekeraars ingediende claims of daarbij praktijkrichtlijnen werden gebruikt.⁴⁵ Daarnaast werd een enquête gehouden onder 960 letselschadeadvocaten. Bij maar 17 van de 259 claims werden praktijkrichtlijnen gehanteerd, 4 maal voor exculpatie, de overige voor inculpatie. De studie maakt onvoldoende duidelijk in welke mate de praktijkrichtlijn nu een rol speelde bij de uiteindelijke (buiten)processuele beslissing.

De enquête maakte duidelijk dat letselschadeadvocaten graag praktijkrichtlijnen zullen gebruiken ten behoeve van het inculperen van hulpverleners. De onderzoekers constateerden bij de studie van de claims dat het bestaan van goede praktijkrichtlijnen in de preprocesuele fase duidelijk maakte welke claims kansloos waren.⁴⁶

Wat de betekenis is van praktijkrichtlijnen voor de processuele of buitenprocessuele beslissingen kan nog onvoldoende worden vastgesteld enerzijds omdat pas de laatste jaren kwalitatief goede praktijkrichtlijnen beschikbaar zijn gekomen en anderzijds omdat goed opgezet empirisch onderzoek ontbreekt.

42 HR 2 maart 2001, LJN-nummer AB0377, zaaknr. C99/089HR. De uitspraak betrof een patiënt die trombose ontwikkelde na een orthopedische ingreep in het ziekenhuis waarbij, ondanks protocol, verzuimd was profylactisch antistolling toe te dienen waardoor. De HR stelt: "Het eenvoudig vergeten van de naleving van de door het protocol voorgeschreven antistollingsbehandeling is niet in overeenstemming met de op de medische hulpverlener rustende verantwoordelijkheid, die voortvloeit uit de voor zodanige hulpverleners geldende professionele standaard." Hierover ook Hartlief (2001), p. 376 e.v.

43 Rov. 3.4.2.

44 Hoge Raad 1 april 2005 LJN-nummer AS6006, C04/030HR. Zie ook het commentaar op deze uitspraak en Medisch Contact vol. 60, nr. 19, p. 812-814 en de noot bij GJ 2005, 57.

45 Zie Hyams et al. (1995), p. 450 e.v.

46 Dit stemt overeen met de studie van Taragin et al. (1992).

6.3 DE KWANTITATIEVE BENADERING: DE UITKOMST

6.3.1 De gevaarzettingsleer

Een mogelijke juridische invalshoek voor het beoordelen van medische incidenten is de doctrine van de al eerder genoemde gevaarzettingsleer. Die behelst dat iemand in een bepaalde situatie aan een groter gevaar dan nodig werd blootgesteld: met passende voorzorgen had het risico tot het aanvaardbare minimum kunnen worden teruggebracht. Om de risicotoename duidelijk te maken, zijn de volgende stappen nodig:⁴⁷

1. Omschrijving van het ten hoogste nog aanvaardbaar risico: de norm.
2. Vaststellen van het actuele risico in de praktijksituatie van de gelaedeerde.

Bij een eventueel verschil tussen deze twee⁴⁸ kunnen tegelijk de normschending én de causaliteit worden vastgesteld. Men kiest bij deze benadering dus niet voor de (kwalitatieve) opinie van een medische deskundige maar voor een strenge getalsmatige aanpak: “*statistics, not experts!*”⁴⁹

Onze drie casusposities lenen zich in theorie voor een systematische kwantitatieve analyse op basis van empirische data met vervolgens een geschilbeslechting gebaseerd op die uitkomsten.⁵⁰ De rechtsgeleerde die langs deze boeiende aansprakelijkheidsroute wil reizen, zal ontdekken dat dit juridische wegdek is aangelegd op een solide mathematische ondergrond en ontkomt er dus niet aan weet te hebben van kwantitatieve analyse en probabilistisch denken.

Als een arts bij een keuzemoment anders had kunnen handelen, zullen de verschillende opties tegen elkaar moeten worden afgewogen. Enkel waarschijnlijkheden over de verschillende effecten van elke keuze zijn daarvoor niet genoeg: het is onmogelijk om rekenkundig bepaalde normen te omschrijven zonder het element van ‘balancing’, het maken van een belangen- en waardenafweging via een analyse.⁵¹ Dat concept van verschillende elementen van het probleem tegen elkaar afwegen treffen we aan in het internationaal bekende Amerikaanse Learned Hand arrest,⁵² evenals in ons nationale Kelderluikarrest.⁵³ In deze arresten wordt echter een juridisch concept en geen prak-

47 Zie ook het boek van Van Boom & Borgers (2004) over de *Rekenende rechter* hierover.

48 Dat behelst méér dan het verschil bepalen: dit moet ook statistische significantie hebben!

49 Zie Meadows & Sunstein (2001).

50 Daarover Peters (2002), p. 757 e.v.

51 Door op voorhand alle uitstrijkjes afwijkend te verklaren, is de foutnegatiefkans nul geworden, maar dan moet iedere vrouw nader worden onderzocht. Alle uitstrijkjes tenminste twee keer laten beoordelen is ook een optie om de kans op missers te verkleinen, maar is duur en bant het probleem van foutnegatieven niet uit. Uiteindelijk zal een redelijke oplossing worden moeten worden gevonden, laverend tussen het Scylla van diagnostische missers en het Charibdis van overdiagnostiek en overbehandeling.

52 United States v. Carroll Towing Company (1947) 159 F. (2d.) 169, 173.

53 HR 5 november 1965, NJ 1966, 135.

tische (mathematische) uitwerking daarvan gegeven. We hebben dus behoefte aan operationalisering van een vooralsnog abstract juridisch begrip, waarvoor uitwerking van de methodologie en de uitkomsten van empirisch onderzoek. De methodologie van het recht verdient een inhaalslag.⁵⁴

6.3.2 Juridisch doel en mathematische middelen

Juridisch gezien is bij medische aansprakelijkheid de belangrijkste – en tegelijk meest problematische – kwestie het vaststellen van de causale relatie tussen het zich onzorgvuldig gedragen van de behandelaar en het ontstaan van schade bij de patiënt. Een ander probleem is het bepalen van de mate of ernst van de schade. Waarschijnlijkheidsrekening kan hier uitkomst bieden.

Als het bij medische interventies onmogelijk is een goede afloop met 100% zekerheid te garanderen, wat is dan redelijkerwijs de aanvaardbare norm wat betreft gemiste diagnosen, wondinfecties of het vallen uit bed? Er zijn drie verschillende situaties denkbaar: minimale, optimale en actuele zorg.⁵⁵ De eerste stap is beschrijving van de actuele situatie: weten hoe vaak zo'n ongewenste afloop voorkomt met behulp van descriptief onderzoek. De tweede stap is analyse van al die gevallen: door welke oorzaak of oorzaken trad dit gevolg op? Is er wat aan die oorzaken te doen? De laatste prescriptieve stap – hoe hoort het eigenlijk? – is pas denkbaar na uitgebreid empirisch vergelijkend onderzoek: kies de best mogelijke oplossing uit verschillende alternatieven. Dat is het terrein van de medische besliskunde.⁵⁶

We kunnen het dus bij het beoordelen van de hierboven genoemde casus niet stellen zonder de volgende twee stappen: (1) zorgen voor resultaten van deugdelijk empirisch onderzoek en (2) aandacht voor de ongecijferdheid⁵⁷ van juridische professionals om ze te leren om – ook juridische – betekenis aan de kwantitatieve uitkomsten van onderzoek te kunnen toekennen.⁵⁸

⁵⁴ Zie De Geest (2004), p.48 e.v.

⁵⁵ Zie Hall & Green (2002), p. 663 e.v.

⁵⁶ Medische besliskunde komt binnen de geneeskunde vanaf het begin van de jaren tachtig van de vorige eeuw tot ontwikkeling: zie: M.C. Weinstein & H.V. Fineberg (red.), *Clinical Decision Analysis*, Philadelphia: W.B. Saunders 1980 en H.C. Sox et al., *Medical Decision Making*, Boston: Butterworths 1988.

⁵⁷ Zie het boek van John Allen Paulos (1989) daarover met de gelijknamige titel.

⁵⁸ Zie voor een (geestige) beschrijving van deze problematiek Diamond (2002), p. 803 e.v. en voorts de working paper van M.W. Gray, *Cramming for court: teaching statistics to litigators*, te raadplegen via www.stat.auckland.ac.nz/~iase/publications/1/4f2_gray.pdf.

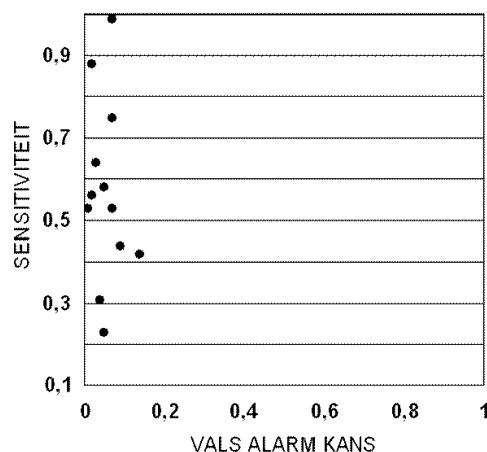
6.4 DESCRIPTIEF ONDERZOEK VAN MEDISCHE INCIDENTEN

Wat is er in de medisch-wetenschappelijke literatuur aan empirische gegevens te vinden die een bepaalde geneeskundige praktijk beschrijven van de in de inleiding van dit hoofdstuk genoemde drie casusposities?

6.4.1 Cervixcytologische diagnostiek

Kans op misclassificatie. Jaarlijks worden er in Nederland ongeveer 1 miljoen uitstrijkjes gemaakt (zo'n 450.000 daarvan in het kader van het bevolkingsonderzoek op baarmoederhalskanker, de overige wegens klachten). Het aantal nieuwe gevallen van baarmoederhalskanker in ons land bedraagt 700 per jaar. Aangezien alle gegevens van cel- en weefselonderzoek in ons land in een centraal gegevensbestand (geanonimiseerd) zijn opgeslagen, kan retrospectief onderzoek naar de foutkansen worden verricht door te onderzoeken hoe vaak het strikje als normaal werd afgegeven, terwijl later de vrouw aan baarmoederhalskanker bleek te lijden. Gebleken is dat bij tenminste 15-20% van vrouwen met baarmoederhalskanker de diagnose werd gemist door het uitstrijkje.⁵⁹

Figuur 6.1: De gevoeligheid (sensitiviteit) en de vals alarmkans ($=1 - \text{specificiteit}$) van uitstrijkjes (in %) voor het ontdekken van baarmoederhalskanker van twaalf verschillende laboratoria, gerangschikt naar afnemende gevoeligheid⁶⁰



⁵⁹ Vgl. Giard & Bosman (1992).

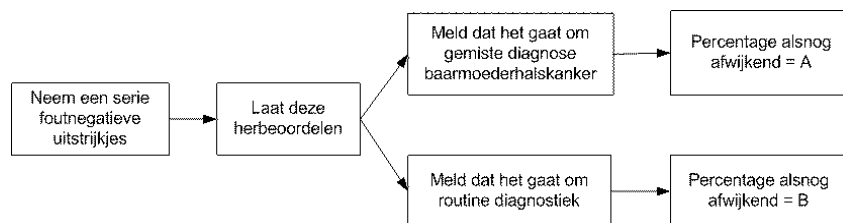
⁶⁰ De cijfers zijn ontleend aan: Nanda et al., *Annals of Internal Medicine* 2000, vol. 132, p. 810-819.

In de medische literatuur zijn tal van publicaties verschenen die de nauwkeurigheid van het uitstrijkje hebben onderzocht. Een belangrijke maat voor de nauwkeurigheid van het onderzoek is de gevoeligheid (= sensitiviteit), die aangeeft hoe vaak het uitstrijkje afwijkend is bij vrouwen met baarmoederhalskanker.⁶¹ De sensitiviteit is geen natuurconstante maar blijkt van lab tot lab te kunnen verschillen. Hierboven in figuur 6.1 worden de uitkomsten van de sensitiviteit bij twaalf laboratoria vergeleken.

De kans op het missen (=niet ontdekken) van baarmoederhalskanker is 100% – sensitiviteit en dit wordt de foutnegatiefkans genoemd. Uit de waarden van figuur 6.1 kunnen we afleiden hoe zeer de gevoeligheid (en de foutnegatiefkans) uiteenloopt. Hoe bepalen we nu een minimumnorm? Is het laboratorium met de hoogste gevoeligheid de norm en voldoen de overige dus niet daaraan? Is het gemiddelde de norm? Moeten de laboratoria met de laagste gevoeligheid hoognodig worden bezocht door de geneeskundige inspectie? Hoe komt het toch dat er zo'n variatie is?⁶²

Het beoordelen van uitstrijkjes is geen te standaardiseren objectieve natuurkundige meting of chemische bepaling waarbij de meetprocedure goed is te standaardiseren: het is menselijke visuele en daardoor subjectieve beoordeling van microscopische preparaten. Daarnaast spelen ook tal van andere factoren een rol zoals biologische en ziektekundige kenmerken van de onderzochte vrouwen, de kundigheid van het afnemen van uitstrijkjes, de ervaring van de beoordelaars (analist en patholoog) etc. Ook is de methode van het evalueren van de gevoeligheid aan tal van versturende factoren onderhevig.⁶³

Herbeoordeling van uitstrijkjes. Er is nog een andere belangrijke te beantwoorden vraag in relatie met casus 6.1: hoe vaak blijkt bij heronderzoek van als normaal afgegeven uitstrijkjes van vrouwen die later baarmoederhalskanker bleken te hebben dat er toch afwijkingen konden worden gevonden? Dat blijkt afhankelijk van de opzet, zoals te zien in het volgende schema.



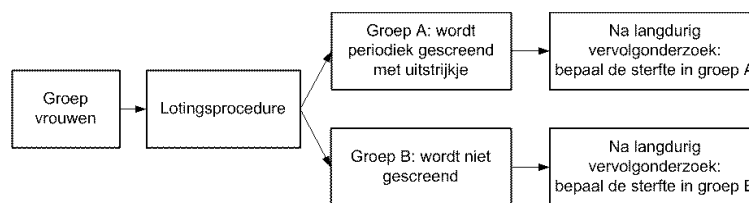
61 In probabilistische vorm: gevoeligheid = $p[T^+ | D]$ (de kans op een afwijkend testresultaat gegeven de aanwezigheid van de ziekte; het is dus een aan een voorwaarde verbonden kans).

62 Mogelijke verklaringen zijn: verschil qua patiënten, verschil qua meetmethoden, bias of kwaliteitsverschil.

63 Zie bijvoorbeeld Grimes & Schulz (2002), p. 248 e.v.

Uit diverse onderzoeken⁶⁴ is gebleken dat bij voorkennis van de ware toedracht er in de helft of meer van de gevallen bij herbeoordeling alsnog afwijkingen worden gevonden, terwijl bij een onbevooroordeelde herbeoordeling de meeste preparaten weer als normaal worden afgegeven. Percentage A blijkt bij een dergelijk onderzoek altijd veel hoger dan percentage B; bij uitstrijkjes is A in de orde van 50-70%, B in de orde van 10-15%.

Verlies van een kans? Het aansprakelijkheidsrecht kent het leerstuk van de proportionele aansprakelijkheid.⁶⁵ Het lijkt logisch te veronderstellen dat door het vertragen van de diagnose de kans om curatief te kunnen worden behandeld bij onze patiënte zou kunnen afnemen. Wat is nu de eventuele schade voor de patiënte? Zou de fatale afloop niet hebben plaatsgevonden indien bij het beoordelen van de eerste uitstrijk de afwijkingen wel waren gezien en dus twee jaar eerder tot behandeling zijn overgegaan? Het antwoord op die vraag komt uitsluitend van een gerandomiseerd vergelijkend onderzoek van een grote groep vrouwen die jarenlang worden vervolgd volgens dit schema:



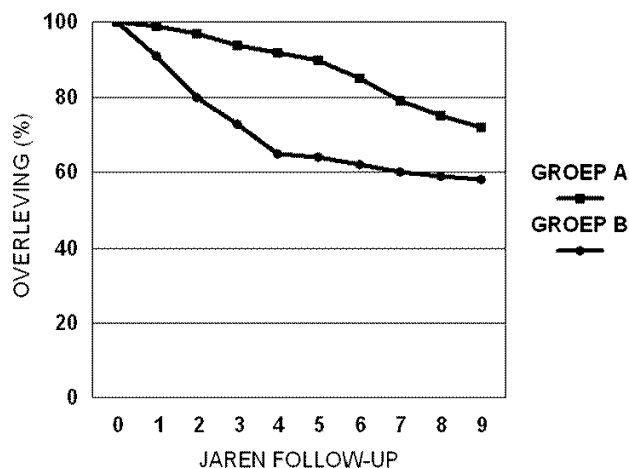
Door loting wordt de uitgangsgroep in twee onderzoeksgroepen van gelijke grootte verdeeld, waarbij het enige verschil tussen deze twee is het wel of niet screenen op baarmoederhalskanker. Als die groepen groot genoeg zijn, dan worden eventuele andere factoren die van invloed op het ziektebeloop zouden kunnen zijn door het lot gelijkelijk over groep A en B verdeeld. Zorgvuldig vervolgonderzoek maakt het vervolgens mogelijk de ziektevrije overlevingskansen te berekenen en die kan grafisch worden weergegeven zoals in de volgende figuur, gebaseerd op hypothetische data.⁶⁶

⁶⁴ onderzoeken van zowel voor microscopische preparaten maar ook van bijvoorbeeld röntgenfoto's laten zien dat de meeste afwijkingen *niet* ontdekt worden als er geen voorkennis bestaat. Zie Giard (2003b), p. 307 e.v.

⁶⁵ Waarover Akkermans (1997).

⁶⁶ Een gerandomiseerd onderzoek naar het effect van vroege opsporing heeft nooit plaatsgevonden: men ging ervan uit dat dit logisch was. Het veronderstelde gunstige effect wordt echter sterk gerelativeerd en door sommigen zelfs afwezig geacht!

Figuur 6.2: Voorbeeld van hypothetische overlevingscurven van de groepen A (wel uitstrijkje) en B (geen uitstrijkje)



Het kansverlies is het verschil in overleving op een bepaald moment. Te zien is dat dit verschil verandert met de tijd: eerst neemt het toe, dan wordt het weer kleiner naargelang de duur van de follow-up toeneemt. Het is zelfs mogelijk dat bij een nog langere observatie er geen verschil meer is. Hoe groot het verlies van overlevingskans is hangt af van de gehanteerde methode, de duur van de follow-up en de keuze van het eindpunt (het maakt verschil of de sterfte aan baarmoederhalskanker of de totale sterfte als maat wordt gekozen).

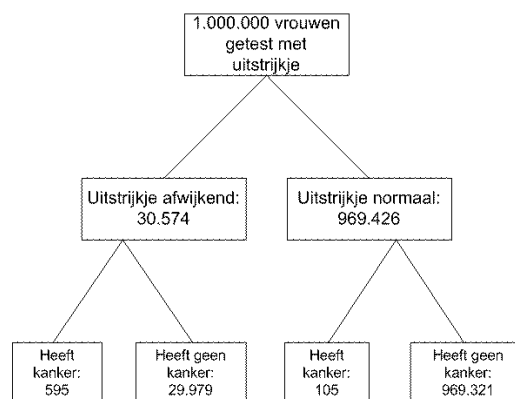
Over de juiste methode van onderzoek naar het effect van kankerscreening bestaat verschil van inzicht. Enkele jaren geleden barstte er in de medische wereld een enorme discussie los over het nut van bevolkingsonderzoek op borstkanker. Er kwam kritiek op de onderzoeken die een overlevingswinst voor gescreende vrouwen lieten zien.⁶⁷ Uiteindelijk bleek dat het bijna onmogelijk is een betrouwbare uitspraak te doen over in welke mate de overlevingskansen zouden verbeteren. Daarbij maakt het ook nog uit of men kijkt naar de tumorspecifieke overleving, de kankersterfte in het algemeen of de totale sterfte als effectmaat van de interventie. Steeds meer onderzoeken uiten twijfel aan het nuttig effect van kankerscreening.⁶⁸ Het juridische concept van een verlies van een kans blijkt weliswaar in theorie bij de diagnostiek van

⁶⁷ Giard & Bonneux (2001), p. 2205 e.v.

⁶⁸ Onlangs werd voor wat betreft borstkankerscreening in een Scandinavische studie aangetoond dat deze vorm van screening niet tot sterftereductie leidt. Zie Zahl et al. (2004) p. 921 e.v.

kanker empirisch te kwantificeren, maar daaraan zitten ten eerste veel methodologische haken en ogen en ten tweede zijn dergelijke cijfers pas na zeer langdurig onderzoek te verkrijgen en kunnen dan elkaar tegenspreken.

Conditionele kansen. Is het uitstrijkje een onveilige techniek als er zoveel bij gemist kan worden? Dat hangt nooit alleen af van de grootte van de kansen op misclassificatie, ook van de ziektefrequentie. Baarmoederhalskanker is in ons land een zeldzame ziekte met circa 700 nieuwe gevallen per jaar. Omdat de betekenis van de uitkomst van een test wordt bepaald door de eigenschappen van de test en de eigenschappen van de groep patiënten bij wie de test wordt toegepast, moet aan de uitkomst van de test een waarschijnlijkheid wat betreft de aan- of afwezigheid van ziekte worden verbonden. Hier komt het theorema van Bayes om de hoek kijken. De gevoeligheid van een test wordt gemeten binnen de groep van personen *met* ziekte, terwijl de te onderzoeken groep bestaat uit mensen met en zonder de ziekte: daarom wordt er immers getest! De kans dat iemand met een normaal uitstrijkje toch aan baarmoederhalskanker blijkt te lijden, moet dus ondermeer worden afgeleid uit de testkenmerken en de kans op ziekte binnen de onderzochte groep.⁶⁹ We kunnen dat in het volgende diagram weergeven:⁷⁰



Het startpunt van het diagram is de groep vrouwen die getest wordt, vervolgens zijn er de uitkomsten van de test en tenslotte wordt de uitkomst van de test gerelateerd aan de werkelijke (eind)situatie wel of geen kanker. De kans dat iemand met een normaal uitstrijkje toch kanker blijkt te hebben, is zeer klein: $105/969.426 = 0,00011$ (0,011%) ofwel 1 op de 10.000 vrouwen die getest

⁶⁹ We kunnen zo m.b.v. de stelling van Bayes de voorspellende waarde van een testresultaat berekenen, bijvoorbeeld de kans op afwezigheid van ziekte gegeven een als normaal beoordeelde test ($p[D^-|T^-]$).

⁷⁰ Hierbij wordt uitgegaan van een gevoeligheid van de test van 85% en een specificiteit van 97% en 700 ziektegevallen per jaar.

is, zal dit overkomen terwijl er een absoluut aantal van 105 vrouwen per jaar in Nederland dit zal meemaken. Zou de gevoeligheid 75% in plaats van 85% bedragen dan werd bij 175 vrouwen de diagnose gemist, bij een gevoeligheid van 90% zouden 70 vrouwen ten onrechte menen niets te mankeren.

6.4.2 Ziekenhuisinfecties

De meest voorkomende complicatie bij opgenomen patiënten is een in het ziekenhuis opgelopen infectie.⁷¹ Tussen de 5 en 10% van de ziekenhuispatiënten wordt hiermee geconfronteerd.⁷² Men schat dat in de VS jaarlijks 2 miljoen patiënten een dergelijke infectie oplopen. Vier typen infecties zijn voor meer dan 80% van deze besmettingen verantwoordelijk: (a) urineweginfecties, (b) infectie van chirurgische wonden, (c) infecties ontstaan in de bloedstroom door ingebrachte katheters en tenslotte (d) longontsteking (meestal bij patiënten die kunstmatig worden beademd). Lang niet al deze infecties zijn onontkoombaar en het besef dat onzorgvuldig gedrag en/of fouten in de organisatie besmetting tot gevolg kunnen hebben waardoor blijvende schade kan ontstaan, hebben vooral in de VS al geleid tot het 'ontdekken' van ziekenhuisinfecties door de letselschadeadvocaten.⁷³ Maar als, zoals bij onze casus 2, hierover door de rechter een beslissing moet worden genomen, hoe kunnen we dan de causale relatie aantonen tussen de ontstane infectie en een onzorgvuldige gedraging van een persoon en/of van de organisatie? Dat vraagt eerst een algemene verkenning van deze problematiek, zoals hierboven al aangegeven: hoe vaak komt het voor? Wat zijn de oorzaken en wat is eraan te doen?

Frequentie van ziekenhuisinfecties. Hiervoor is men afhankelijk van registraties van infecties in een ziekenhuis en ook van het rapporteren van die gegevens in grote databestanden voor analyse. In de Verenigde Staten kent men bijvoorbeeld de 'National Nosocomial Infections Surveillance' (NNIS) waarvan de gegevens regelmatig worden gepubliceerd.⁷⁴ Het belang van een dergelijke gegevensvoorziening is groot. Belangrijke factoren voor het welslagen ervan zijn:⁷⁵

71 Zie Burke, (2003), p. 651 e.v.

72 Zie Spelman (2002), p. 286 e.v.

73 Zie bijvoorbeeld *The lawyers guide to elder injury and accident compensation*, American Bar Association: "Hospitals, nursing homes, and other facilities that render care to the elderly may be liable in tort to a patient contracting a nosocomial infection (an infection acquired in an institution). An institution is liable for events within its control and for the negligence of its staff. The cause of action for acquiring a nosocomial infection is based upon negligence. To succeed in such a claim, the plaintiff must show by a preponderance of the evidence: (1) that he was injured by the infection, (2) the infection was contracted while in the institution, and (3) the institution breached its duty of care to protect the plaintiff from contracting the infection. Infections acquired from the staff's negligence are perhaps the most common example."

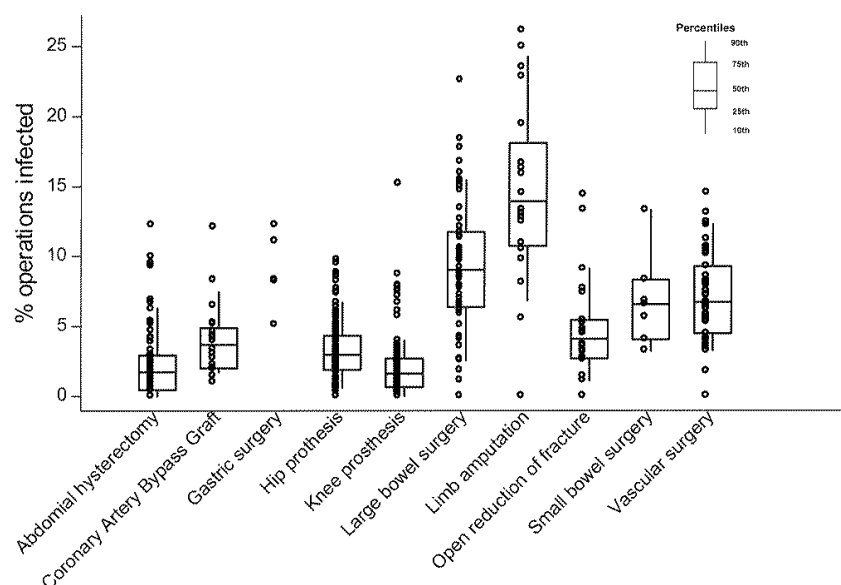
74 Zie <http://www.cdc.gov/ncidod/hip/surveill/nnis.htm>.

75 Zie Gaynes (2001), p. 295 e.v.

- vertrouwelijkheid van de gegevens, alleen te gebruiken voor het beoogde doel en niet als juridisch wapen;
- goede werkdefinities en adequate protocollen, getrainde ziekenhuishygiënisten die met deze taak van gegevens verzamelen en rapporteren belast kunnen worden;
- uitkomstmaten die universeel zijn en daardoor onderlinge vergelijking van ziekenhuizen mogelijk maken;
- het maakt deel uit van een continu en evoluerend proces van kwaliteitsverbetering (letten op onderscheid doel en middel);
- gemotiveerd zijn om mee te doen door baat te hebben van de terugkoppeling van de data-analyse.

Ook in Engeland vinden zulke activiteiten voor het bewaken van ziekenhuisinfecties plaats.⁷⁶ Als de gegevens over de infectiekans bij een bepaald type chirurgische ingreep worden vergeleken, dan valt op dat sommige ziekenhuizen beter zijn in het reduceren van het infectierisico dan ander, zoals blijkt uit de volgende figuur (6.3).

Figuur 6.3: Voor verschillende chirurgische ingrepen is het percentage patiënten met een wondinfectie aangegeven. Iedere punt representeert de infectiefrequentie van een deelnemend ziekenhuis.⁷⁷



76 Surveillance of Surgical Site Infection in English Hospitals; zie www.phls.co.uk.

77 Figuur met toestemming overgenomen uit het Engelse rapport afkomstig van de Chief Medical Officer *Making Amends*, Department of Health 2003, p. 24.

Er is een grote spreiding wat betreft de infectiekans. Voor het voorbeeld van onze casus 2 varieert de infectiekans bij een heupprothese tussen 0,2 en 12%.⁷⁸ Dergelijke gegevens zijn voor de bewaking van de kwaliteit noodzakelijk, maar die data blijken ook zeer gewild bij anderen. Letselschadeadvocaten zullen graag dergelijke cijfers willen bemachtigen ten behoeve van hun zaak. Ook de pers is geïnteresseerd: zo kunnen ze een *ranking* van ziekenhuizen presenteren op grond van de infectiepercentages. Een dagblad heeft onlangs met een beroep op de wet openbaarheid van bestuur langs juridische weg dergelijke gegevens willen bemachtigen.⁷⁹ Vandaar de al genoemde wens tot bescherming van zulke gegevens

Oorzaken van ziekenhuisinfecties. Er is altijd sprake van een samenloop van meerdere factoren. Een aloude wijsheid wat betreft het ontstaan van infecties is dat er steeds drie factoren een rol spelen: *seed, soil and climate*. Er moet steeds een verwekker (*seed*) zijn en naarmate de verwekker agressiever is, des te groter de kans op infectie. Een bacterie of virus heeft een geschikte bodem (*soil*) nodig om zich te kunnen vermenigvuldigen en de omstandigheden (*climate*) moeten een handje helpen.

Factoren die een rol spelen bij ziekenhuisinfecties zijn:

- De totale hygiëne binnen een ziekenhuis: wordt een afdeling wel goed schoongehouden?⁸⁰ Hoe strikter de hygiëne, des te minder infecties.
- De persoonlijke hygiëne van artsen en verplegend personeel. Vooral het regime van handenwassen blijkt belangrijk.⁸¹
- De weerstand van de patiënt: oudere mensen zijn bijvoorbeeld veel vatbaarder dan jonge.
- Verpleegd worden op een afdeling voor intensieve zorg: daarbij worden tal van lichaamsfuncties gecontroleerd d.m.v. in het lichaam ingebrachte meetinstrumenten en patiënten bovendien vaak worden beademd. Er is daardoor meer kans dat micro-organismen het lichaam binnendringen.
- Het gebruik van antibiotica: overmatig gebruik leidt tot groter risico op het verschijnen van multiresistente ziekenhuisbacteriën zoals de MRSA.

Als we onze 78-jarige casus 6.2 bezien, blijkt hoe lastig het zal zijn om de causale factoren gezien de multifactoriële genese precies in kaart te brengen en zowel onzorgvuldigheid als causaliteit in juridische zin te kunnen bewijzen.

78 Zie ook het overzichtsartikel over dit type infectie van Zimmerli et al. (2004), p. 1645 e.v.

79 Rechtbank Rotterdam 19 januari 2004. LJN-nummer AO2362. Zaaknr. 03/2051 WOB. Hierover is in hoger beroep inmiddels ook door de ABRvS gelijkluidend beslist: ABRvS 1 december 2004, AB 2005, 64, m.nt. P.J. Stolk.

80 Interessant is de observatie dat het uitbesteden van het schoonhouden van ziekenhuizen aan particuliere bedrijven vaak leidt tot een grotere kans op ziekenhuisinfecties. Zie: J. Murphy, *Literature review on relationship between cleaning and hospital acquired infections*, te raadplegen via www.cupe.ca/updir/cleaning_and_infection_control.pdf.

81 Zie Rea & Upshur (2001), p. 1447 e.v.

6.4.3 Een val uit bed

Een ziekenhuis blijkt een gevaarlijk oord. Verzwakt door hun ziekte, door een chirurgische ingreep of onder invloed van medicatie zullen patiënten eerder vallen, soms kunnen mensen door een narcose of medicamenteuze behandeling in de war raken en onrustig worden waardoor ze eerder uit bed kunnen vallen of zelfs klimmen. In het geval van casus 3 oordeelde de Hoge Raad dat het ziekenhuis tekort was geschoten in het nemen van maatregelen in belang van de veiligheid van de patiënt. Er werd dus een veiligheidsnorm geschonden en dat betekende dat ook letsel dat buiten de normale lijn van de verwachtingen ligt aan de normschender kon worden toegerekend.⁸² Recent kwam opnieuw een dergelijk probleem van een val uit bed zonder hekken voor de civiele rechter.⁸³ De deskundige constateerde dat er geen landelijke richtlijn bestaat wanneer er bedhekken geplaatst zouden moeten worden. Het lijkt vanzelfsprekend dat hekken ongevallen zouden moeten kunnen voorkomen. Maar observationeel onderzoek bevestigt dat niet. Goedbedoelde maatregelen kunnen averechts werken.⁸⁴ In de volgende tabel zijn de voor- en nadelen tegenover elkaar geplaatst.⁸⁵

Voordelen van een bedhek	Nadelen van een bedhek
· Patiënt kan zich eraan vastgrijpen om zich om te draaien of te gaan zitten. · Geeft een gevoel van extra veiligheid. · Verlaagt de kans om uit bed te vallen, vooral tijdens transport. · Makkelijker bereikbare bedbel door deze aan het hek vast te maken.	· Kunnen bekneld raken tussen hek en matras met zelfs dodelijke afloop. · Grotere kans op verwondingen bij onrust. · Bij over het hek klimmen een grotere valhoogte met meer kans op letsel. · Veroorzaakt juist geagiteerd gedrag door de werking als 'kooi'. · Belemmert mobiele patiënten om uit bed te komen.

Wat is dan het beste veiligheidsbeleid? Geen hek? Wel een hek? Het antwoord kan alleen komen uit vergelijkend onderzoek waarbij langs kwantitatieve analyse duidelijk gemaakt wordt welke voorzorgsmaatregelen uiteindelijk het meest effectief zijn. Welke weg men ook kiest, bij beide zullen er slachtoffers vallen.

⁸² Zie HR 13 januari 1995, NJ 1997, 175.

⁸³ Rechtbank Arnhem, 3 oktober 2002, TvGR 2003, nr. 4, p. 261-263, jurisprudentie 2003/30.

⁸⁴ Zie O'Keeffe (2004), p. 343 e.v.

⁸⁵ Uit: *Brochure: a guide to bed safety*. U.S. Food and Drug Administration. Te raadplegen via http://www.fda.gov/cdrh/beds/bed_brochure1.html.

6.5 HOE ZOU HET WEL MOETEN? OVER ALLERHANDE PRESCRIPTIEVE PROBLEMEN

Hoe komen we nu van descriptief naar prescriptief, van 'is' naar 'ought'? We zijn op zoek naar een objectieve en rationele zorgstandaard, de sleutel tot goede beslechting van vraagstukken rond (on)juist medisch handelen. Biedt een kwantitatieve benadering een beter resultaat dan een kwalitatieve als er een normatieve uitspraak moet worden gedaan of de arts in kwestie handelde zoals van een redelijk bekwaam en redelijk handelende dokter verwacht mocht worden? Het is zeker waar dat systematisch verzamelde empirische gegevens een objectievere maat zijn dan een anekdotisch getint persoonlijk oordeel van een medische deskundige. Het is ook zo dat als dergelijke kwantitatieve methoden en gegevens beschikbaar zijn of beschikbaar komen daarmee het aansprakelijkheidsrecht zal kunnen evolueren.⁸⁶ In essentie heeft alle bewijs een waarschijnlijkheidskarakter.⁸⁷ Er blijken bij het bewandelen van de als meer wetenschappelijk aangeduide en vooral kwantitatieve weg echter nog de nodige theoretische en praktische kwesties waarvan we de belangrijkste zullen noemen.

6.5.1 De beschikbaarheid en de bruikbaarheid van data

- *Kwantitatieve gegevens zijn lang niet altijd beschikbaar.* In veel gevallen zal men geconfronteerd worden met kwesties waarbij nog geen of onvoldoende gegevens beschikbaar zijn. Het alsnog verzamelen van data betreffende een groep vergelijkbare gevallen ten behoeve van een individuele patiënt betrokken in een rechtsgeding is kostbaar en tijdrovend.
- *Kwantitatieve gegevens zijn wel beschikbaar.* De vraag is of ze bruikbaar zijn: veelal werden die voor een niet-juridisch doel verzameld. Eigenlijk moet eerst worden geformuleerd welke data men wil hebben voor het juridische doel en dan pas zien of ze er zijn.⁸⁸
- *Gegevens verzamelen vraagt om nauwkeurige formulering van het doel en een daarop toegesneden nauwgezette methodiek.* Ook de geneeskunde werd bekritiseerd op een gebrek aan juiste methodologie. De omslag is gekomen met het ontstaan van de school van de *evidence-based medicine*. Wil men objectieve en representatieve gegevens verzamelen dan vraagt dat een vooraf goed geformuleerd doel, welke variabelen daarvoor moeten worden verzameld,

86 Zie de artikelen in het themanummer van de Wake Forest Law Review 2002 van Hall & Green en van Lempert: deze stelt bijvoorbeeld: "If science and technology allow us to be more certain that a legal standard has been met, the urge to embrace what science offers is strong – curbed only by questions about the adequacy of the science and the discipline of cost-benefit analysis." (p. 904).

87 Zie Kerkmeester (1999), p. 793.

88 Zie daarover C.B. del Mar & G.K. Mitchell, 'Feedback of evidence into practice', *Medical Journal of Australia* (MJA), 2004 vol. 180, p. s63-s65.

een juiste operationele definitie van die variabelen, een goede meetmethode en de keuze van het juiste statistische model voor analyse van de data. Een belangrijk punt is bijvoorbeeld of we een medische ‘fout’ wel nauwkeurig genoeg kunnen definiëren.⁸⁹ De kwaliteit van onderzoek moet steeds worden beoordeeld en verschillende vraagstellingen vragen om uiteenlopende typen van wetenschappelijk bewijs.⁹⁰

- *De methodologie voor het identificeren van beneden de maat presterende artsen staat nog in de kinderschoenen.* Het zou zeer wenselijk zijn om die individuele arts of dat team van specialisten binnen een organisatie te identificeren, die beneden een als aanvaardbaar geacht niveau hun praktijk uitoefenen. Het gaat dus om statistische kwaliteitscontrole binnen bijvoorbeeld een groep van chirurgen of gynaecologen of om een studie naar ziekenhuisafdelingen binnen de groep zorginstellingen die slecht presteren.⁹¹

6.5.2 De toepassing voor juridische doeleinden

- *Er is nog onvoldoende theoretisch kader.* Een van de basale eisen te stellen aan een model van meer kwantitatief georiënteerde rechtsvinding is dat daarvoor een deugdelijk theoretisch raamwerk bestaat. Van Boom heeft een lans gebroken voor een andere en meer gestructureerde aanpak van het aansprakelijkheidsrecht. Stolker en De Geest hebben gewezen op het wetenschappelijke tekort van de rechtswetenschap en gepleit voor een betere ontwikkeling van de juridische methodologie en meer systematisch empirisch onderzoek.⁹² Instrumenten voor de kwantitatieve formulering van de zorgstandaard en beoordeling van de competentie van artsen voor juridische doelstellingen dienen voor deze doelstellingen te worden ontwikkeld en gevalideerd.⁹³ Het is aannemelijk dat een combinatie van kwalitatieve en kwantitatieve elementen de beste benadering zal blijken, maar de wijze waarop zal zowel procedureel als inhoudelijk dienen te worden geformuleerd.
- *Descriptieve statistiek is niet normatief.* Als we de vermelde empirische gegevens rond de drie casusposities bezien, valt de afwezigheid van een standaard daarin op. Het zijn *performance measures* die laten zien wat er in de praktijk gebeurt. We kunnen bijvoorbeeld de nauwkeurigheid van uitstrijkjes meten, maar bij vergelijking van diverse laboratoria zien we een grote spreiding van de kwaliteit. We zullen moeten vaststellen welke minimumkwaliteit geëist mag worden en de daarvoor benodigde proce-

⁸⁹ Zie Hofer et al. (2000), p. 261 e.v.

⁹⁰ Zie Glasziou et al. (2004), p. 39 e.v.

⁹¹ Zie hierover Firth-Cozens et al. (2003) en Harley et al. (2005).

⁹² Zie Stolker (2003) en De Geest (2004).

⁹³ Zie ook Evans e.a. (2004).

durele en materiele voorwaarden formuleren. Bij onderzoek naar ziekenhuisinfecties observeren we een hoge frequentie maar kunnen daaruit nog geen norm afleiden van het nog aanvaardbare percentage besmette patiënten. Het zal ook niet gemakkelijk zijn om een enkelvoudige en eenduidige norm te formuleren. Er zijn uiteenlopende categorieën patiënten en tal van factoren die hun oorzakelijke bijdrage leveren, dus zal ook een gedifferentieerde norm nodig blijken. Ziekenhuisongevallen zullen helaas blijven voorkomen, maar de optimale preventie vraagt wederom een zorgvuldige kosten-baten analyse op basis van empirisch vergelijkend onderzoek. Het ondubbelzinnig formuleren van een minimumkwaliteitseis is eenvoudiger gezegd dan gedaan. De primaire verantwoordelijkheid daarvoor ligt bij de medische beroepsgroep: die zal een zekere bandbreedte moeten formuleren waarbinnen nog sprake is van goed medisch handelen. Hoe groot mag de kans op een foutnegatief uitstrijkje nog zijn, hoe vaak zijn ziekenhuisinfecties onontkoombaar, hoe vaak mag een val uit of beknelling in een ziekenhuisbed voorkomen?

- *Gegevens hebben betrekking op populaties.* De rechter moet oordelen over het lot van één patiënt⁹⁴ ten gevolge van de gedraging van één arts (soms enkele), de omstandigheden van het geval in aanmerking nemende. De hierboven getoonde empirische gegevens hebben betrekking op groepen patiënten met dezelfde problematiek. We hebben hier te maken met het *individualiseringsdilemma*.⁹⁵ Die cijfers representeren de prestatie van een zorgsysteem, niet van de daarin werkzame individuele artsen. Het genoemde leerstuk van de gevaarzetting impliceert dat het handelen van een arts bezien wordt naar aanleiding van een populatie door hem behandelde patiënten.⁹⁶ Dit impliceert dat, wanneer hetzij een individuele arts of een ziekenhuisorganisatie verantwoordelijk wordt gehouden voor vermeende letselschade, de te gebruiken gegevens ook op die arts of dat ziekenhuis betrekking moeten hebben. Voorts is het wenselijk om naast deze statistische toetsing steeds ook andere factoren bij het oordeel te betrekken. Daarvoor is ondermeer procestoetsing, bijvoorbeeld aan de hand van praktijkrichtlijnen, bruikbaar.⁹⁷
- *Er is sprake van multifactoriële causaliteit: is er ook juridische causaliteit?* Bij onze drie casusposities is steeds sprake van een samenloop van meerdere factoren die allemaal hun steentje bijdragen aan het wel of niet doen ontstaan van de onfortuinlijke afloop. Zelden of nooit is er sprake van een-

94 We laten *mass torts* zoals in het verleden de DES – zaak hier dan buiten beschouwing.

95 Zie Kerkmeester (1999), p. 797.

96 In een civiele procedure over gemiste diagnose baarmoederhalskanker tegen pathologen werd weliswaar een kwantitatieve norm gesteld wat betreft de foutnegatiefkans, maar niet werd onderzocht of die norm door het laboratorium werd gehaald of geschonden. Zie Court of Appeal (Civil Division) 16 november 1999, Penney & Ors v. East Kent Health Authority.

97 Zie hiervoor bijvoorbeeld Giard & Stolker (2003).

voudige oorzaak – gevolg relaties. Het vaststellen van een oorzakelijk verband tussen de gedraging van de arts en de ontstane schade is in dat verband allesbehalve eenvoudig. Het antwoord op deze multicausale problematiek is een multifactoriële benadering van het probleem, waarbij gezien deze numerieke benadering het leerstuk van de proportionele causaliteit een van de verder uit te werken pijlers zal blijken.⁹⁸

- *Bestaat er een objectieve interpretatie van numerieke gegevens?* Als de gegevens zijn verzameld, is de laatste stap de interpretatie ervan. Wetenschap vraagt steeds een kritische houding ten opzichte van verkregen informatie en geformuleerde theorieën. Maar wanneer hebben we teveel en wanneer te weinig scepsis? Kunnen we wel oordelen zonder vooringenomenheid?⁹⁹ Daarnaast ligt er bij het omgaan met numerieke data nog een andere valkuil op de loer: veroordelen we niet iemand vanwege een mathematische fout? Of omgekeerd: ontsnapt iemand aan veroordeling daardoor?¹⁰⁰

6.6 SLOTSOM

Is een rekenende rechter voor het beslissen over medische fouten beter dan die van een collega magistraat met *acalculie*?¹⁰¹ Brengt een getalsmatige benadering ons dichterbij een rationelere en meer objectieve normatieve kant van het recht? Zijn we op zoek naar meer objectiviteit? Meten is toch weten? Het is een positivistische benadering.

Is rechtswetenschap wel minder objectief dan natuurwetenschap of kunnen we zo'n vergelijking niet maken? Loth & Gaakeer stellen het als volgt: "In het domein van de maatschappij- en geesteswetenschappen geldt een ander realiteitsmodel, volgens welke de kritische discussie de plaats van objectieve kennisverwerving inneemt. Rationaliteit is derhalve discursief bepaald en in de verschillende domeinen van wetenschap gelden verschillende concepties van rationaliteit. De methodestrijd draait onder andere om de vraag of deze verscheidenheid legitiem is, dan wel dient te worden gereduceerd naar het eenheidsmodel van de natuurwetenschappen."¹⁰²

Zodra we iets construeren als een juridische standaard om aan te kunnen toetsen dan blijkt die norm vaak door verschillende personen uiteenlopend geïnterpreteerd te kunnen worden.¹⁰³ Dat verschijnsel doet zich ook voor als we kiezen voor een meer specifieke statistische benadering van een juridisch vraagstuk. Als we een juridisch normatief concept invullen met een numerieke

98 Zie voor een uitvoerig overzicht hiervoor Faure (2003).

99 Zie Kaptchuk (2003), p. 1453-1455.

100 Zie ook Watkins (2002), p. 2-3.

101 Acalculie is het onvermogen om te rekenen, een term die o.a. in de neurologie gebruikt wordt.

102 Loth & Gaakeer (2003), p. 42.

103 Zie het essay van Dennis Patterson (2001), p. 325-363.

norm lossen we dan een (of 'het') probleem op of zijn we bezig het wezenlijke anders te formuleren? Of zoals een Amerikaanse juriste het formuleerde: "In my view, the arguments presented in favor of the proposed uses of statistical evidence rely very heavily on criticisms of the present system, rather than persuasively establishing the superiority of the alternatives."¹⁰⁴

Wie zich over de normstelling bij medisch handelen buigt, ziet dat de concepten 'proces' en 'uitkomst' onlosmakelijk met elkaar zijn verbonden. Dat betekent dat voor het vaststellen van medische aansprakelijkheid zowel proces- als uitkomsttoetsing nodig zijn. Dat heeft dus implicaties als een deskundige beroepsgenoot om een oordeel gevraagd wordt. Deze moet deze concepten op kundige wijze weten te vertalen. Dat komt in het volgende hoofdstuk aanbod.

104 Zie ook Mello in de *Wake Forest Law Review* (2002), p. 821-859.

7 | Van conceptueel naar operationeel: de medische deskundige

'An expert is a man who has made all the mistakes which can be made in a very narrow field.'

Niels Bohr

'The greatest enemy of knowledge is not ignorance, it is the illusion of knowledge.'

Stephen Hawking

Wanneer een patiënt zich het slachtoffer voelt van onjuist medisch handelen en daarover klaagt, moeten vakgenoten van de aangesproken arts in actie komen in de rol van deskundige. Zij zijn het die de juridische concepten in het concrete geval moeten operationaliseren (7.1). Wie is deskundig? Wat wordt er van hem gevraagd? Wat betekent het concreet voor de procedure? Hoe moet het deskundigenbericht eruit zien? Het zijn maar een paar aspecten van het deskundigenonderzoek (7.2). Welke methodologische problemen dienen zich aan (7.3)? Uit welke vaste onderdelen zal een deskundigenonderzoek in ieder geval dienen te bestaan (7.4)? En als het rapport er eindelijk ligt, wat wordt er dan mee gedaan (7.5)?

7.1 VAN JURIDISCH CONCEPT NAAR MEDISCHE PRAKTIJK

Medici zijn nodig om de gelaedeerde te adviseren over de kans van slagen van een claim en om de rechter te helpen bij het nemen van zijn beslissing. De discussie over taak, ethiek en techniek van deskundigen wordt niet alleen in het civiele recht gevoerd maar speelt ook sterk binnen het strafrecht. Verschillende herzieningen van Nederlandse strafrechtelijke vonnissen door de Hoge Raad, bijvoorbeeld de Puttense en Deventer moordzaken, werden gedaan op grond van het constateren van fouten bij het deskundigenonderzoek.¹ Drie

1 'Deventer moordzaak': HR 1 juli 2003, LJN-nummer AE8165; 'Puttense moordzaak': HR 26 juni 2001, NJ 2001, 564, waarbij de zaak voor verdere afdoening werd doorverwezen naar het Gerechtshof Leeuwarden (24 april 2002, LJN-nummer AE 1877). Bij deze laatste zaak speelde de ongevalideerde 'verslepingstheorie' van de hoogleraar gynaecologie Eskes een rol. Er zijn voorts tal van geruchtmakende zaken in het buitenland zoals in Engeland bijvoorbeeld de *Birmingham Six*. Zie verder voor voorbeelden hierover Broeders (2003),

– inmiddels beroemde – uitspraken van het Supreme Court van de Verenigde Staten over de toelaatbaarheid en het gebruik van deskundigenrapporten hebben internationaal hun weerslag op de rechtspraak: *Daubert*, *General Electric* en *Kumho*.² In dit hoofdstuk worden vooral de inhoudelijke kwesties rond deskundigenonderzoek bij medische aansprakelijkheid in kaart gebracht; de meer praktische juridische aspecten en knelpunten hiervan werden elders verkend.³

7.1.1 Zonder deskundigen geen medische aansprakelijkheid

Zonder hulp van een medisch deskundige kan een gelaedeerde geen claim indienen, zonder inbreng van medische deskundigen kan de rechter zaken van medische aansprakelijkheid niet goed beoordelen.⁴ Ze mogen dan onmisbaar zijn, er bestaat evenzeer vaak forse en gerechtvaardigde kritiek op hun functioneren.

‘The central players are the expert witnesses. The public assumes that they are in the forefront of their specialty, giving up to date, balanced opinions that are based on their own practice – honed by continuing professional development – and a detailed knowledge of the literature on their subject, to which they are major contributors. They are also supposed to be unbiased. In a number of well publicised recent criminal cases experts have been challenged on the factual quality of their evidence and sometimes on an *idée fixe*, which may amount to an obsession, on which their eminence may have become established. Are these notorious cases the tip of an iceberg of unsatisfactory professional activity?’⁵

Formeel wordt onderscheid gemaakt tussen deskundigen die wel of niet door de rechter zijn benoemd: deskundigen binnen of buiten rechte.⁶ De rechter kan een deskundigenonderzoek⁷ of een voorlopig deskundigenonderzoek⁸ gelasten. Bij het deskundigenonderzoek laat de rechter zich informeren door de expert ter voorbereiding van zijn beslissing. Bij het voorlopig deskundigen-

p. 67 e.v. Zie ook voor een verdere inventarisatie van dergelijke gevallen en beschouwing daarover Knoops (2005), p. 89 e.v.

2 *Daubert v Merrell Dow Pharmaceuticals Inc* 509 U.S. 579 (1993), *General Electric v Joiner* 522 U.S. 136 (1997) en *Kumho Tire co. v Carmichael*, 118 S.Ct. 2339 (1998) revisie: 119 S.Ct. 1167 (1999). Zie verder uitgebreid hierover: Berger (2000), p. 9 e.v. Een belangrijk Nederlands arrest in dit verband is het *Schoenmakersarrest*, HR 27 januari 1998, NJ 1998, 404.

3 Vgl. Slabbers & Mulder (2001), p. 228 e.v.

4 Vgl. Van Koppen (2004), p. 1.

5 Aldus Bishop (2004), p. 1353.

6 Art. 194 Rv (nieuw), zie ook: Asser (2001), p. 1 e.v.

7 Art. 194-200 Rv (nieuw).

8 Art. 202 Rv (nieuw).

onderzoek is dit om partijen meer inzicht te geven in de omstreden materie.⁹ In beide gevallen kan de rechter de uitkomst als bewijsmiddel gebruiken, maar die ook naast zich neerleggen. Tevens kunnen deskundigen een rol spelen bij alternatieve geschillenbeslechting en dan soms, in tegenstelling tot een civiele procedure, wel (mee)beslissen.

Er is de laatste jaren een groei van het aantal medische aansprakelijkheidszaken en dus een grotere vraag naar medische deskundigen.¹⁰ Een belangrijke factor hierbij is de opkomst van de letselschadeadvocatuur.¹¹ Hoewel het inschakelen van experts al vele jaren gangbaar is, realiseert men zich meer en meer de problemen bij deskundigenonderzoek, niet alleen voor medische aansprakelijkheid (inclusief causaliteitsvragen¹²) maar op vrijwel het gehele juridische terrein. Het gaat om de tekortschietende kwaliteit van de expertises en de gevolgen daarvan voor de procesgang.¹³ Binnen advocatuur, rechterlijke macht, juridische en medische wetenschap groeit het besef van de complexiteit van deze materie en de behoefte om de gesignaleerde problemen deugdelijk aan te pakken. De kwaliteit van het deskundigenbericht is een directe determinant van de kwaliteit van de rechterlijke beslissing.

7.1.2 Twee illustratieve casusposities

Zoals bij eerder beschreven casusposities is het startpunt om een arts juridisch ter verantwoording te roepen voor zijn daden is doorgaans de schadelijke afloop van een medische interventie. Twee illustratieve casusposities.

Casus 7.1: Een 30-jarige vrouw overlijdt in 2000 aan de gevolgen van uitzaaiingen van baarmoederhalskanker. Vanaf 1996 had zij in ernst toenemende gynaecologische klachten, maar ook buikpijn. In 1999 is patiënte vanwege aanhoudende pijnklachten door meerdere artsen (waaronder een chirurg en een uroloog) gezien en zijn diverse onderzoeken bij haar verricht. Uiteindelijk komt ze bij een gynaecoloog terecht die zowel bij speculumonderzoek als bij vaginaal toucher een hobbelige onregelmatige baarmoedermond vindt: er is sprake van baarmoederhalskanker in een niet meer te cureren stadium en ruim een jaar later overlijdt ze aan de gevolgen van deze ziekte.

De vader van deze patiënte wendt zich tot de regionale klachtencommissie huisartsenzorg. De klacht wordt ontvankelijk verklaard en men constateert dat de

9 Zie over de problematiek rond het voorlopige deskundigenbericht Akkermans (2004), p. 91 e.v.

10 Er is meer medische consumptie, medische interventies worden ingewikkelder waardoor er ook meer fout kan gaan, de drempel om te klagen ligt lager en er is meer gespecialiseerde kennis aan juridische zijde.

11 Zie bijvoorbeeld de bundel *De rol van de deskundige in het schaderegelingsproces* n.a.v. een symposium van de LSA in 2001, Lelystad: Vermande, 2001.

12 Hierover uitvoerig Akkermans (2003b).

13 Zie o.a. Kastelein (2001), p. 61, Giard (2001d) en Akkermans & Van (2002).

huisarts gezien de symptomen zowel een speculumonderzoek als een uitstrijkje had moeten verrichten.

Na het overlijden van zijn vrouw stelt de echtgenoot de huisarts aansprakelijk voor overlijdensschade op grond van art. 6:108 BW. Op voorstel van de aansprakelijkheidsverzekeraar wordt een hoogleraar huisartsengeneeskunde om een expertise gevraagd. In zijn rapport concludeert hij dat het handelen van gedaagde niet onzorgvuldig was. Als 'kernvraag' formuleerde deze deskundige in zijn rapport: ' [...] of het nalaten van het maken van een baarmoederstrijkje in dit geval zodanig fout is, dat van schuld in juridische zin gesproken kan worden. M.a.w.: is de huisarts wettelijk aansprakelijk te achten voor de fatale afloop van de ziekte?'. Vervolgens heeft de advocaat van eiser ernstige kritiek op dit rapport, die de deskundige als betichting van onzorgvuldigheid en onkundigheid ervaart en die hij niet anders kan opvatten als 'goedkope, doorzichtige truc om mijn rapportage in een kwaad daglicht te stellen'. Hoewel partijen hadden ingestemd met en meegewerkt aan de deskundigenrapportage vindt de rechter '...dat die klemmende bezwaren tegen het rapport van de deskundige inderdaad bestaan. Nog daargelaten dat deze deskundige bij de behandeling van het op zijn (eerste) rapport geleverde commentaar van de zijde van eiser niet heeft uitgeblonken in het bewaren van de vereiste professionele distantie, geldt immers dat de partijen met dat rapport niet een werkelijk antwoord hebben gekregen op de aan de deskundige gestelde vraag'. Er wordt een nieuwe deskundige benoemd.¹⁴

Casus 7.2: Bij een vrouw wordt een laparoscopische sterilisatie uitgevoerd, waarbij een klem wordt gezet op beide eileiders. Ondanks deze ingreep raakt ze zwanger. Achteraf wordt vastgesteld dat de linker eileider wel en de rechter niet met een ring was afgesloten. De vrouw stelt de gynaecoloog aansprakelijk en de rechtbank oordeelt dat in rechte moet worden aangenomen dat de klem op de rechter eileider inderdaad niet goed geplaatst was. De arts gaat hiertegen in beroep. Naast het rapport van de gynaecoloog die patiënte na de ongewenste zwangerschap opnieuw steriliseerde, werd op verzoek van de rechtbank over de mislukte sterilisatie door een hoogleraar gynaecologie gerapporteerd en na kritiek op diens verslag door patiënte nog door een tweede deskundige. Uiteindelijk werd mede op grond van deze drie deskundigenrapportages, waaronder ook die van de gynaecoloog die de herstelsterilisatie uitvoerde en als partijdeskundige namens de vrouw optrad, beslist dat klaagster niet in de op haar rustende bewijslast geslaagd was.¹⁵

Deze twee casusposities laten uiteenlopende problemen met deskundigen zien. Soms is een deskundige teveel de beschermer van de eigen beroepsgroep, soms heeft hij teveel last van zijn ego en ruikt de kans om op een juridisch podium te kunnen schitteren, soms is het de manier van werken en wordt de taak eenvoudig niet naar behoren uitgevoerd. Als de uitkomst van de door de rechtbank benoemde deskundige een van de procespartijen niet zint, wordt aangedrongen op nog een deskundigenonderzoek.

¹⁴ Rechtbank Arnhem 6 januari 2005, LJN-nummer AR8862.

¹⁵ Gerechtshof 's-Hertogenbosch 18 november 2003, TvGR 2004, nr. 4, p. 298-300 (2004/26).

Veel van de kritiek op het functioneren van deskundigen is terug te voeren op het toernooimodel. Voor een procespartij is het de kunst om een goede eigen deskundige te hebben. Als het oordeel van de deskundige van de tegenpartij of zelfs van de onafhankelijke door de rechtbank benoemde expert niet strookt met de eigen positie moet dat onderuit gehaald worden. De deskundige is een strijdmiddel.

7.1.3 De deskundige en het juridische gevecht

Er staan in het geschil twee partijen tegenover elkaar. In dit bipolaire model zou het idealiter om waarheidsvinding moeten gaan, maar de wens om te winnen blijkt toch vaak sterker. Experts worden dan een wapen in de strijd en dat roept een ware deskundigenindustrie in het leven. In de Verenigde Staten en in Engeland, maar ook in ons eigen land, bieden 'experts' zich in advertenties aan. Hun opvattingen raken in diverse kwesties bekend en dus kan een procespartij een voor zijn positie passende deskundige zoeken, een *hired gun*. Processen ontaarden daardoor geregeld in een veldslag van tegenover elkaar staande legers experts: *the battle of experts*.

En hoe staat het bij *expert shopping* met de wetenschappelijke integriteit? Daarmee is het vaak verdrietig gesteld. Zowel binnen de geneeskunde als bij andere wetenschapsgebieden geven 'deskundigen' blijk van grote creativiteit, waarbij theorieën en uitspraken weliswaar worden gepresenteerd alsof ze wetenschappelijk zijn, maar die ondertussen elke objectieve toetsingsgrond missen.¹⁶ Daarvoor is de naam *junk science* in zwang gekomen. In de Verenigde Staten werd door het Hooggerechtshof in de *Daubert* zaak op de noodzaak gewezen dat de rechter een deskundigenrapport inhoudelijk toetst om te zien of het daarin gestelde ook voldoende wetenschappelijke onderbouwing heeft.¹⁷

Ook Crombag heeft kritische vragen gesteld over het toetsen van deskundigen: hoe onderscheidt een rechter een quasi-deskundige van een echte? Hoe overtuigt de deskundige een ander dat hij werkelijk een echte deskundige is? Hebben rechter en deskundige het wel over hetzelfde?¹⁸ Het is in Nederland allesbehalve zeldzaam, zeker bij letselschadezaken, dat er door verschillende experts buiten rechte uiteenlopende meningen naar voren worden gebracht.

Bij de benoeming in ons land van een rechtbankdeskundige bij een zaak van medische aansprakelijkheid wordt een kandidaat vaak niet aanvaardbaar geacht door de advocaat van een der partijen op grond van niet-geobjectiveerde en veelal irreële vermoedens van partijdigheid. Wie bijvoorbeeld als spreker optreedt in een door letselschade-advocaten georganiseerde cursus is daarmee

16 Zie hierover Weintraub (1999), Huber (1991), alsmede Faigman (1999).

17 *Daubert versus Merrel Dow Pharmaceuticals inc.* 509 US 570, 1993. Zie uitvoerig, maar dan voor het strafrecht, Van Kampen (1998).

18 Vgl. Crombagh, p. 1659 e.v.

in de ogen van een advocaat van de gelaedeerde patiënt vaak al ‘verdacht’ geworden.

Daarnaast kan de gelaedeerde nog gebruik maken van een blokkeringsrecht.¹⁹ In 2004 besliste de HR dat aan degene die door een door de rechter benoemde medische deskundige wordt onderzocht, zonder meer een beroep toekomt op het zogenoemde blokkeringsrecht.²⁰ Welke consequenties dit heeft voor de bewijspositie van de eiser en de verdere procesgang is vooralsnog niet voldoende in de jurisprudentie uitgekristalliseerd.

Een laatste aspect van het strijd karakter is dat de deskundige na het uitbrengen van het rapport tucht- of civielrechtelijk soms wordt aangesproken door de partij die uiteindelijk nadeel heeft ondervonden van diens conclusies, de verliezer van het toernooi. Om die reden voelen deskundigen genoodzaakt zich te (laten) verzekeren. Ook wordt in toenemende mate door deskundigen verlangd dat bij een benoeming door de rechter op voorhand eventuele aansprakelijkheid wordt beperkt.²¹

7.1.4 Ethische dilemma's

Een medisch deskundige kan zijn functie in drie situaties vervullen: (1) optreden op verzoek van de eiser, de gelaedeerde patiënt, (2) optreden op uitnodiging van de gedaagde hulpverlener en (3) als deskundige binnen rechte. In het bijzonder in de eerste positie kan dat spanning opleveren met de beroepsgroep. In de Verenigde Staten is bijvoorbeeld gesignaleerd dat het letselschadeadvocaten steeds meer moeite kost om artsen bereid te vinden als deskundige ten behoeve van de gelaedeerde op te treden. Verondersteld wordt dat artsenverenigingen hun leden onder druk zetten om niet op een dergelijk verzoek in te gaan.

De vraag is of artsen die gevraagd worden door een letselschadeadvocaat om als partijdeskundige op te treden zichzelf voor een moreel dilemma plaatsen. Hetzelfde geldt ook de omgekeerde situatie. Idealiter zou het niet uit mogen maken of de deskundige binnen of buiten rechte optreedt; de positie

¹⁹ Art. 7:446 lid 5 BW jo. art. 7:446 lid 2 sub b.

²⁰ Zie ook HR 26 maart 2004, LJN-nummer AO1330 zaaknr. R03/045HR en voorts Elferink (2004), p. 51 e.v.

²¹ Over de vraag in hoeverre dat mogelijk is, werd door de Raad van de Rechtspraak gerapporteerd. Zie De Groot (2005).

mag niet van invloed zijn op de inhoud van het deskundigenbericht.²² De deskundige moet niet naïef zijn en zich laten gebruiken, door wie dan ook.

Zowel uit praktische, inhoudelijke en ethische overwegingen is er veel voor te zeggen om in medische zaken bij de uiteindelijke beslissing geen partijdeskundigen maar uitsluitend rechtbankdeskundigen te raadplegen.²³

7.1.5 De deskundige: conceptuele aspecten

Aan het bestuderen en oplossen van problemen rond materiële, processuele, procedurele en inhoudelijke aspecten van een deskundigenonderzoek gaat de vraag vooraf: *wat* is nu precies een deskundige? Volgens de Van Dale: een persoon die door beroep of studie in het bijzonder bevoegd is tot het beoordelen van een zaak. Wat maakt iemand *bijzonder bevoegd*?

Deze problematiek dient te worden geplaatst in de context van twee ontwikkelingen. In de eerste plaats werkt de sterke verwetenschappelijking van de samenleving door in het recht.²⁴ In de tweede plaats moet de rechter zich steeds vaker uitspreken over zaken waarbij zijn kennis tekortschiet, zoals bijvoorbeeld bij die van medische aansprakelijkheid. Maar hiermee zijn we nog niet bij een antwoord op de vraag wat iemand bijzonder bevoegd maakt tot het vellen van een oordeel.

Feitelijke kennis alleen is niet genoeg. De deskundige moet over wijsheid beschikken, weet hebben van cognitieve valkuilen en deze kunnen vermijden en in staat zijn de opgedragen taak integer en op de juiste manier uit te voeren. Er is dus een mix van intellectuele, morele en communicatieve eigenschappen nodig; de juiste persoonlijke kenmerken en professionele eigenschappen voor het juridische doel. De conceptuele kant is de wijze waarop de *taak* wordt uitgevoerd. De *persoon* is feitelijk instrumenteel: hij dient, evenals de rechter, zijn taak onpartijdig en deskundig uit te voeren.

Onontkoombaar rijst de praktische vraag: *wie* is er deskundig? Advocaten en rechtbanken moeten deskundigen zien te vinden en vaak komt men uit bij personen die hetzij op grond van hun positie (bijv. een hoogleraarschap) of op grond van hun bekendheid te achterhalen zijn. De vraag is of ze zich daarmee wel voldoende kwalificeren voor hun taak: grond van persoonlijkheidskenmerken vallen ‘deskundigen’ in verschillende groepen uiteen en die

22 In de VS met zijn juryrechtspraak ligt dat echter niet zo eenvoudig. De Amerikaanse jurist O'Brian stelt: "Most medical malpractice trials in the U.S. have little to do with science, truth, fairness, or civil discourse. It is theatre, pure and simple, and the best actors walk off the stage with the award." De Amerikaanse cardioloog Bertrand gebruikte in 1999 in een artikel in *Medical Economics* dezelfde woorden: "malpractice trials are more theater than law". Zie hierover verder Gorney (2003), p. 12 e.v.

23 In Engeland is n.a.v. de Woolf reforms ook besloten de partijdeskundige in civiele zaken van aansprakelijkheid zoveel mogelijk te weren.

24 Vgl. Nijboer (2004), p. 9 e.v.

eigenschappen maken hen soms ongeschikt voor de juridische taak.²⁵ Rechters en deskundigen hebben één ding gemeen: hun uitspraak zal, om geaccepteerd te kunnen worden, gezag moeten hebben. De fout die gemakkelijk gemaakt kan worden, is die autoriteit teveel aan een persoon te binden en de gezagsdrogreden ligt dan op de loer.

7.1.6 Op de stoel van de rechter?

Naast alle al genoemde kwesties nog een belangrijk punt: hoe moet een deskundige zich opstellen? Er zijn twee kampen. Het ene stelt dat de deskundige zich moet beperken tot zijn opdracht. Die omvat het inzicht geven in de stand van de wetenschap en voorts het toepassen van wetenschap in een concrete zaak. De rest doet de rechter.

Het andere kamp moedigt de deskundige juist aan het gezichtspunt van de rechter in te nemen opdat zo duidelijk wordt waarover nu precies een oordeel gevraagd wordt. Dit vergt meer dan alleen de vakinhoudelijke kennis, het vraagt ook de denkwijze van de rechter en de juridische dimensie van het probleem te zien. In zijn intreerede pleit Van Koppen voor de tweede positie. De deskundige moet juist gedwongen worden zich af te vragen *hoe* hij de rechter behulpzaam kan zijn en de enige manier is om zich daarbij diens positie voor te stellen.²⁶ Deze benadering verdient de voorkeur. Uiteraard zal er in de huidige wijze van civiele rechtspraak geen plaats zijn *naast* de rechter. Een gevolg van de stellingname dat de deskundige dicht (figuurlijk) tegen de rechter aan zou moeten schurken is dat de beslissing in zaken van medische aansprakelijkheid een kwestie van rechter(s) en medische rechtbank-deskundigen *samen* zou kunnen zijn.

7.2 DESKUNDIGEN EN HUN DESKUNDIGENBERICHT

Welke conceptuele en operationele vraagstukken doen zich bij het deskundigenonderzoek en hoe moet met die kwesties worden omgegaan? Wat hebben die te maken met de gronden en de grenzen van het aansprakelijkheidsrecht? Hoe beïnvloedt de juridische doctrine de werkwijze van de deskundige dokter? En wat zijn de mogelijkheden en de beperkingen van het onderzoek door de medische deskundige? Zijn de resultaten voldoende betrouwbaar en daarmee bruikbaar voor de rechter? Arts en jurist spreken niet noodzakelijk steeds dezelfde professionele taal: welke methodologische en communicatieve

25 Zie voor een even humoristische als bijtend scherpe indeling van *experts* Oxman et al. (2004), p. 1462. De auteurs van dit artikel zijn niet mild over de meeste deskundigen: “experts generate gobs of guano”.

26 Vgl. Van Koppen (2004).

barrières moeten er geslecht worden? De problemen die zich voordoen, zijn praktisch, processueel, psychologisch en methodologisch van aard.

7.2.1 De persoon van de deskundige

Men wendt zich vaak tot een gezaghebbende persoon die zijn sporen in een bepaald wetenschapsgebied verdiend heeft en aan wiens oordeel daarom grote waarde wordt toegekend. Het gezagsargument kan gaan prevaleren boven het inhoudelijke, het gevaar van afglijden naar een gezagsdrogreden ligt op de loer. Heeft de deskundige in deze speciale rol ook voldoende relativiseringsvermogen, vooral het vermogen tot zelfrelativering? Het is allesbehalve denkbeeldig dat het deskundigenonderzoek de gelegenheid tot pedanterie biedt ('ik had het nooit zo gedaan' of 'ik had dat onmiddellijk wél gezien'). Is de persoon wel zo belangrijk?²⁷ Is het niet de taak die moet prevaleren boven de persoon?

Een arts, aangezocht als deskundige, zal ook zelfonderzoek moeten doen: ben ik wel degene die op deze vraag antwoord kan geven? Daarnaast is het nodig om te zien of de deskundige werkelijk onafhankelijk kan opereren en niet op een of andere manier schatplichtig is aan de gedaagde. Diverse wetenschappelijke verenigingen hebben inmiddels een gedragscode opgesteld, waarbij aan deskundigenonderzoek te stellen voorwaarden zijn geformuleerd.²⁸ Het bestaan van die gedragsnormering moet ook in juridische kring bekend zijn.

7.2.2 Wat wordt er van de deskundige gevraagd?

Vakdeskundigen worden geraadpleegd waar de benodigde kennis van de jurist tekortschiet. Ten eerste heeft de jurist behoefte aan inzicht in de aard van het medische probleem door feitelijke voorlichting; in de tweede plaats bestaat behoefte aan een medisch-professioneel oordeel over de ter discussie staande gedraging van de arts. Het zijn vraagstukken rond toedracht, causaliteit en aard en omvang van de schade. Informatie daarover is van belang voor de juridische stellingname en het rechtelijke oordeel. De deskundige zal antwoord moeten geven op een door de rechtsvertegenwoordiger of rechtbank geformuleerde vraag en daarbij zal dus juridisch gedachtegoed praktisch vorm moeten worden gegeven.

27 Er wordt ook voor gepleit dat de expert duidelijk maakt wie hij is. Zie hierover Smeehuijzen (2003).

28 Zie bijvoorbeeld van de Nederlandse Vereniging voor Obstetrie en Gynaecologie 'Leidraad voor (getuigen-)deskundigen'. Te raadplegen via www.nvog.nl (rubriek NVOG, documenten). Vgl. voortz Franken (2004), p. 19 e.v.

Maar het belangrijkste vraagstuk ligt in het correct operationaliseren van het juridische concept dat centraal staat: heeft de arts gehandeld zoals van een redelijk bekwaam en redelijk handelende beroepsbeoefenaar in die situatie verwacht mag worden? In het concrete geval zal de deskundige aan het beschreven juridische concept handen en voeten moeten geven, maar de vraag is dan hoe?²⁹ Als juristen en artsen er samen niet in slagen duidelijk te maken wat er naar juridische maatstaven bij het geval dient te worden onderzocht en bovendien hoe, is de kans groot dat verschillende deskundigen over hetzelfde geval uiteenlopend zullen rapporteren en daarmee wordt niet aan de eis van rechtseenheid tegemoet gekomen.

7.2.3 Praktische aspecten van het inschakelen van een deskundige

Het inschakelen van deskundigen maakt een procedure ingewikkelder, langer en kostbaarder.³⁰ Een deskundige heeft tijd nodig. Niet zelden komen vervolgens feiten boven tafel die weer nadere bestudering vragen, of zelfs de inbreng van een andere deskundige als de materie buiten de competentie van de eerst aangezochte deskundige blijkt te liggen. Deze nieuwe informatie biedt nadien weer stof tot discussie tussen procespartijen. Ook vraagt het organiseren en begeleiden van een deskundigenonderzoek de nodige energie van de griffie. Tenslotte is er nog het vereiste van hoor en wederhoor, wat nog meer tijd vergt.³¹ Was deze extra stap van het inschakelen van een deskundige in het proces uiteindelijk wel de moeite waard?

7.2.4 Kwaliteit van de deskundige

Uit een 'pilot study' gehouden door Slabbers en Mulder blijkt de kwaliteit van de deskundige geen vanzelfsprekendheid te zijn. Bij sommige rechtscolleges bestaan er lijsten van personen die zich hebben aangeboden om als deskundige te fungeren. Rechters maken ook wel gebruik van 'vaste' deskundigen. Uit interviews noteerden de onderzoekers dat soms lang moet worden gezocht voordat een deskundige bereid wordt gevonden onderzoek te doen en dat de werving vaak *ad hoc* gebeurt, mede omdat de lijsten niet *up to date* zijn.³² De bedoelingen lijken goed, maar bij de feitelijke selectie kan men grote vraagstekens plaatsen.

Er wordt gezocht naar mogelijke oplossingen voor dit kwaliteitsprobleem. Een mogelijkheid is om voorwaarden te stellen aan de scholing van (potentiële)

29 Zie hierover Van (2003), p. 105 e.v.

30 Vgl. Westenberg (2001), p. 25 e.v.

31 Art. 19 en 198 lid 2 (nieuw) Rv en art. 6 EVRM.

32 Slabbers & Mulder, p. 231 en 232.

deskundigen, bijvoorbeeld door eisen van certificatie alvorens als deskundige te kunnen opereren. Op initiatief van de Nederlandse Vereniging van Letsel-schadeadvocaten (LSA) wordt momenteel gewerkt aan een door juridische en medische instanties gedragen deskundigenopleiding.

In Engeland bestaat een *academy of experts*, waaruit deskundigen kunnen worden gekozen. De aanwezigheid van een centraal register van medische deskundigen, geselecteerd op ervaring en deskundigheid, biedt praktische voordelen en wordt ook voor ons land bepleit.³³ De specifieke scholing van deskundigen is vanzelfsprekend belangrijk, maar het succes daarvan zal worden afgemeten aan de kwaliteit van de rapportage.

7.2.5 Eisen aan het deskundigenrapport

De kwaliteit van het rapport hangt in de eerste plaats af van de helderheid van de vraagstelling (zie 7.2.2) en voorts van de uitwerking en verslaglegging daarvan door de deskundige(n). Er is in juridische kring nog opvallend weinig aandacht aan vorm en inhoud van de rapportage besteed. Voor een taxatie van medisch handelen zal een gestructureerde aanpak dienen te worden gekozen, die systematisch alle relevante aspecten naloopt (zie 7.4).³⁴ Er wordt duidelijk gemaakt aan welke concrete norm de gedraging wordt gespiegeld, een uitspraak gedaan over de causaliteit en er is een nauwkeurig beargumenteerde conclusie.

Om een totaalbeeld te krijgen, zal het onderzoek letten op kennis, kundigheid, vaardigheid, inzet en bejegening. Toch blijft een groot probleem om vast te stellen in welke mate de ongewenste afloop het gevolg is van het ziekteproces en hoeveel de arts hiertoe negatief bijdroeg.

De deskundige treedt op namens de kring van zijn beroepsgenoten en de conclusie van het rapport kan daarom ook een uitwerking hebben op die groep. Daarom is het onmisbaar dat het rapport, alvorens te worden gebruikt, onderworpen wordt aan een *peer review*.³⁵ Dat zou ook als eis aan het deskundigenrapport vanuit de juristerij kunnen worden gesteld.

7.2.6 De deskundige te midden van doctrinair gewoel

Het burgerlijk procesrecht heeft meerdere functies. Het concrete einddoel van geschillenbeslechting is een degelijk gemotiveerd normatief oordeel van de rechter, waarmee recht (via een executoriale titel) wordt verschaft. Daarnaast zal het vonnis ook willen bijdragen aan de functies van rechtsontwikkeling,

33 Zie Tzankova (2003), p. 122 e.v.

34 Ook het *Kelderluikarrest* maakt gebruik van een waaier van gezichtspunten!

35 Zie Evans et al. (2004), p. 1240 e.v.

rechtseenheid en rechtszekerheid. Het deskundigenbericht is daarbij een middel en het juridische doel is dus van invloed op de te volgen medisch-wetenschappelijke methode. Het aansprakelijkheidsrecht heeft verschillende functies, zoals vergoeding van schade en preventie, en kent verschillende grondslagen (schuld- en risicoaansprakelijkheid en allerlei tussenvormen). Maar over al deze aspecten zijn de meningen niet eensluidend,³⁶ terwijl ook zeer genuanceerd wordt gedacht over de wijze van toerekening van een gedraging of nalaten aan de dader.³⁷ Is, temidden van dit doctrinaire gewoel, door de jurist het concrete doel voor de medische deskundige helder te formuleren?

7.3 PROBLEMEN BIJ HET OPERATIONALISEREN

Weet de expert nu concreet wat er van hem wordt verwacht en levert zijn werkwijze juiste en reproduceerbare antwoorden? Er zijn steeds twee samenhangende vragen: wat was in de gegeven situatie de meest geëigende handelwijze geweest (normstelling) en hoe verhoudt zich deze tot de toegepaste handelwijze (normschending)? Daarbij spelen drie lastige kwesties. De eerste heeft te maken met de normstelling, want de deskundige kan de professionele standaard omhoogstuwen. Voorts hebben de deskundigen over dezelfde feiten niet altijd een eensluidend oordeel, en tenslotte kan de expert vooringenomen zijn omdat hij weet heeft van de afloop.

7.3.1 De professionele norm: het gevaar van opdrijving

De deskundige kan de norm van de 'redelijk handelende en redelijk bekwame arts' door verschillende factoren opdrijven.³⁸ Alleen al de opdracht binnen een juridische context brengt met zich dat de expert geneigd is te formuleren wat er in een dergelijke situatie zou dienen te gebeuren, in plaats van wat er meestal in de praktijk gangbaar is. De deskundige zal voor zijn standpunt zorgvuldig de literatuur doorzoeken en eventueel ook andere artsen raadplegen. Daardoor wordt er eerder een maximale standaard dan een minimale maatstaf geformuleerd.

Het meeste werk wordt in de gezondheidszorg verricht door huis- en ziekenhuisartsen met een brede scholing, 'breedbanddokters', die waar nodig

36 Zie bijv. Hartlief's Leidse oratie (1997). De Grotius bundel *Aansprakelijkheid: gronden en grenzen*, Deventer: Kluwer 2001 en N.F. van Manen & R.H. Stutterheim (red.), *Honderd jaar billijkheid*, Nijmegen: Ars Aequi Libri 1999, evenals Spier (1999).

37 Zie de dissertatie van Sieburgh (2000), m.n. p. 97-246 en de talrijke besprekingen van haar dissertatie in (o.a. RM Themis 2001/7, p. 226-228, WPNR 01/6441, p. 335-341; NTBR 2001/10, p. 514-520, Verkeersrecht 2001/3, p. 71-74) en voorts Van Dam (2000).

38 Zie Merry & McCall Smith (2001), hoofdstuk 6 'The standard of care', p. 152-175. Ook: Van den Berg (2000), p. 165 e.v.

kunnen terugvallen op meer ervaren of meer gespecialiseerde artsen. Slechts in bepaalde centra treft men specialisten met een grote en diepgaande kennis over een beperkt terrein van de geneeskunde. Maar juist die worden in de praktijk vaak aangezocht voor een deskundig oordeel: de populatie geraadpleegde deskundigen kent een hoog ‘onder professoren’-gehalte. Omdat duidelijk is dat de keuze van de specialist van invloed is op de te stellen norm, stelde de Hoge Raad bijvoorbeeld dan ook dat het om een in de periferie (d.w.z. niet-universitair ziekenhuis) werkzame specialist en niet om een hoogleraar moet gaan; hoe groot de neiging ook is om die medicus te vragen aan wie voortreffelijkheid in het vak wordt toegeschreven.

7.3.2 Gebrek aan eensluidendheid

Wat betekent het als een deskundige anders over de situatie oordeelt of verschillend zou hebben gehandeld dan de aangesproken arts? Is dat een steekhoudend argument dat de arts anders had kunnen en moeten handelen? Twee artsen kunnen dezelfde situatie verschillend beoordelen en ook kan een arts bij twee opeenvolgende gelegenheden verschillende oordelen geven over precies dezelfde gebeurtenis. Dat leidt tot variabiliteit bij het toepassen van diagnostisch onderzoek of het kiezen van therapeutische interventies. Voor dit verschijnsel zijn verschillende, elkaar niet uitsluitende verklaringen mogelijk.

- *Spreiding van ervaring en talent.* Er bestaan tussen artsen verschillen in ervaring en talent: hoe langer een arts werkt, hoe meer hij heeft meegemaakt en des te beter diens beoordeling van een situatie. Ervaring is de som van gemaakte fouten. Iedere arts moet in ons land aan minimum-eisen voldoen en tussen dit laagst wenselijke en het hoogst haalbare niveau bestaat onmiskenbaar een marge. We schreven hierboven al dat het meeste werk in eerste instantie wordt verricht door minder diepgaand geschoolde ‘breedbanddokters’.
- *Uiteenlopende professionele meningen (scholen).* Er kunnen verschillende professionele opvattingen bestaan over de vraag welke benadering tot een juiste diagnose voert, wat in de gegeven situatie de juiste diagnose is, of welke therapeutische interventie is aangewezen. Maar wat is nu de juiste benadering? Telt de numerieke aanhang? Maar is een opvatting die in een gegeven situatie niet door de meeste artsen wordt aangehangen dan onjuist? In Engeland kwam dit probleem aan de orde in de zaak van een vrouw bij wie een achteraf onnodige diagnostische procedure tot stembandletsel had geleid.³⁹ Een bepaalde ‘school’ moet voldoen aan de eisen van wetenschappelijke fundering van hun principes. Deze kwestie is ook van

39 Maynard v. West Midlands Regional Health Authority (1985) 1 All ER 635, 638.

belang bij het opstellen van de vraag of vragen aan de deskundige en het beoordelen van diens rapport.⁴⁰

- *Cognitieve psychologie*. Voor een belangrijk deel zijn we tevens aangewezen op inzichten in het menselijke kenvermogen, het domein van de cognitieve psychologie.⁴¹ Waarnemings- en oordeelsvorming zijn complexe mentale processen, waarvan de uitkomsten door uiteenlopende in- en externe factoren worden bepaald. Dit verklaart waarom dezelfde gebeurtenis door verschillende personen uiteenlopend wordt waargenomen en beoordeeld, zoals ook bijvoorbeeld bekend is uit het strafrecht. Vanuit deze psychologie is bovendien duidelijk geworden dat elke menselijke beoordeling bepaald (mede) wordt door de al aanwezige kennis. De 'voorafkennis' van de afloop zal het oordeel over de gedragingen van een arts dus in belangrijke mate kunnen kleuren.

7.3.3 Nogmaals: hindsight bias

Als een arts ter verantwoording wordt geroepen, is er sprake van een omkering van de tijdstroom. De verantwoording gebeurt steeds achteraf, terwijl de verantwoordelijkheid vooraf gaat aan de gedraging en die fundeert (zie ook 2.4.5).⁴² Bovendien wordt het oordeel gegeven met kennis van de verkeerde afloop. Dat wringt, zoals uit diverse medische, psychologische en juridische onderzoeken is gebleken, want kennis van de afloop beïnvloedt het oordeel. De deskundige raakt hierdoor bevooroordeeld en dat wordt *hindsight bias* genoemd.⁴³ Deze wijsheid achteraf is een verschijnsel waar terdege rekening mee moet worden gehouden.⁴⁴ De mate van bevooroordeelings door kennis van de afloop houdt verband met de ernst ervan: hoe ernstiger de schade, des te harder het oordeel.⁴⁵ Wijsheid achteraf speelt niet alleen de medische deskundige maar ook de jurist parten: ook zij oordelen anders zoals onder andere experimenteel werd vastgesteld.⁴⁶ Hoe zou het Willibrord-arrest geluid hebben als de psychiatrische patiënt in kwestie in zijn dronken bui op wildplassen was betrapt of een abri had doen vergruizen in plaats van een huis in brand te steken? Is deze bedenkelijke afloop mogelijk allesbepalend geworden

40 Zie ook Bolitho v. City Health Authority (1997), a All ER 771, 778.

41 Zie ook Cook & Woods (1994), p. 255 e.v.

42 Vgl. Zijdeveld (2001), p. 3 e.v.

43 Vgl. Hugh & Tracy (2002), p. 277 e.v.

44 Zie hierover Bischoff (1975), p. 288 e.v. Voorts: Baron & Hershey (1988), p. 569 e.v., Berlin (2000), p. 597 e.v. en tenslotte Kaplan et al. (1991).

45 Vgl. LaBine & LaBine (1996), p. 501 e.v.

46 Kamin & Rachlinski (1995), p. 89 e.v. Zie voorts het fascinerende artikel van de Britse psycholoog P.T.W. Hudson, 'They didn't see it coming: Foresight and hindsight on the road to disaster', in: *Ramp en recht – Beschouwingen over rampen, verantwoordelijkheid en aansprakelijkheid*, (E.R. Muller & C.J.J.M. Stolker red.), Meijers-reeks nr. 37, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2001, p. 91 e.v.

voor de 'schuld' van de psychiatrische kliniek?⁴⁷ De consequentie is dat, om de invloed van hindsight bias zoveel mogelijk te beperken, technieken voor het *debiasen* dienen te worden gebruikt.

7.3.4 Wetenschap in rechte

Bij medische aansprakelijkheid wordt een beoefenaar van de medische wetenschap ter verantwoording geroepen. In sommige artikelen wordt dan gewezen op het feit dat de rechter een oordeel over een wetenschappelijke praktijk moeten geven.⁴⁸ Daarvoor wordt een medisch deskundige ingehuurd. Dan komt weer de vraag naar voren: op welke vraag moet de deskundige nu een antwoord geven? Is dat een primair medisch-wetenschappelijke vraag of is dat eerst en vooral een juridische opgave?

Hildebrandt wijst op het probleem dat juist het feit dat de expert op basis van zijn professionele praktijk kennis produceert die niet zomaar toegankelijk is voor leken, de rechter voor het probleem stelt hoe te beslissen inzake de feiten.⁴⁹ Wat de expert beweert, kan bovendien binnen zijn eigen professie betwist worden. Als de rechter wordt aangespoord meer in zijn geestelijke bagage mee te dragen dan alleen juridische kennis⁵⁰ is het maar de vraag of de rechtspraak daar echt beter van wordt. Gaat het bij medische aansprakelijkheid niet eerst en vooral om toetsing van gedrag en niet van wetenschappelijkheid? Zou de vraag aan de deskundige ook kunnen luiden: zou u als patiënt in zo'n situatie door deze arts op deze manier willen worden behandeld?

De medische aansprakelijkheid speelt zich af op het medische toneel tussen wetenschappelijke coulissen maar het gaat om het drama van het menselijke tekort.

7.4 DE UITWERKING VAN DE GEDRAGSTOETSING DOOR DE DESKUNDIGE

De opinie van een gezaghebbende persoon leidt dikwijls tot eindeloze discussies over de uitkomsten ervan; frequent worden er contra-expertises opgesteld. Ook disputen tussen partijdeskundigen over wie er nu eigenlijk gelijk heeft, zijn legio. Menig rechter wordt daar wel eens moe en moedeloos van. Er is dus praktisch behoefte aan een goed georganiseerd en daardoor efficiënt verlopend onderzoek waarbij een gestandaardiseerde en wetenschappelijk verantwoorde werkwijze wordt gehanteerd resulterend in een bruikbaar en

47 Zie Sint-Willibrord-arrest, HR 16 juni 2000, NJ 2000, 584.

48 Zie bijvoorbeeld Beecher-Monas (2000), Harrington (2001) en Park (2002).

49 Vgl. Hildebrandt (2004), p. 195.

50 Zie hierover ook Crombag (2000).

reproduceerbaar antwoord op rechtsrelevante vragen. Alleen dan draagt de deskundige bij aan kwalitatief verantwoorde geschillenbeslechting.

Een methodisch werkende deskundige zal de kwestie altijd vanuit verschillende gezichtspunten willen onderzoeken: alleen zo wordt duidelijk of er wel of geen sprake was van gevaarstelling. Daarmee verandert het accent: het deskundigenbericht is niet langer het ad hoc onderzoek van één gezaghebbende persoon, maar wordt een systematische niet-persoonsgebonden deskundigheidstoets vanuit de desbetreffende medische discipline – veelal uitgevoerd door een team. De vraag is vervolgens *welke* vaste onderdelen daar dan in voor moeten komen. Deze worden hieronder opgesomd en toegelicht.

7.4.1 De wetenschappelijke context

De reguliere geneeskunde pretendeert de patiënt adequate, wetenschappelijk gefundeerde zorg te verschaffen door gewetensvol, expliciet en oordeelkundig gebruik van de huidige stand van de kennis om beslissingen te nemen voor individuele patiënten.⁵¹ In de jaren tachtig van de vorige eeuw ontstond het begrip *evidence-based medicine*, een stroming die het klinisch handelen van artsen voldoende wetenschappelijke basis wil verschaffen door integratie van gegevens van zowel uitkomsten van basaal ziektekundig onderzoek als van evaluatie van diagnostische en therapeutische interventies. Aldus kan men aanbevelingen formuleren voor wat in een gegeven situatie het beste kan worden gedaan – na een methodische afweging van alle voor- en nadelen (zie ook hfdst. 4).

De kern van elke medische activiteit is dat het steeds handelen in onzekerheid is. Niet elke uitkomst van diagnostisch onderzoek weerspiegelt de werkelijke toestand van de patiënt, niet elke behandeling resulteert in genezing, maar levert veelal ook nog ongewenste – soms ernstige – bijwerkingen op. De diagnostische foutenkans en de nadelige effecten van behandelingen zijn in de medisch-wetenschappelijke literatuur beschreven. De vermeende fout, het onderwerp van de geschillenbeslechting, moet in die context worden geplaatst: hoe vaak en onder welke omstandigheden komt het voor? Plaatste de arts zich moedwillig buiten deze wetenschappelijke context?

7.4.2 De klinische context

Een cruciale factor die van grote – zoniet doorslaggevende – invloed is op het handelen van een arts is de klinische context. Daarmee worden alle kenmerken van de patiënt bedoeld zoals die zich presenteren vanaf de eerste

51 Zie Offringa et al. (2000), p. 1-10.

ontmoeting met de behandelaar. Hierdoor wordt de dokter op een bepaald spoor gezet, dat later een dwaalspoor kan blijken te zijn. Omdat pas achteraf bleek dat de verkeerde weg was ingeslagen, is het van groot belang de initiële fase nauwgezet te onderzoeken en te waarderen. Die klinische context bepaalt ook de interpretatie van diagnostische gegevens. Een negatieve test moet anders geïnterpreteerd worden bij iemand bij wie het vooraf al weinig waarschijnlijk is dat deze ziek is, dan wanneer er gerede kans op ziekte bestaat.

7.4.3 Procedurele toetsing

Er worden in de geneeskunde in toenemende mate richtsnoeren gegeven hoe in concrete situaties het beste te handelen (zie 6.2). Zo worden onderscheiden: protocollen, richtlijnen, standaarden en gedragsregels.⁵² Wanneer deze voldoen aan de eisen van juiste totstandkoming,⁵³ dan zullen ze de kansen op ongewenste uitkomsten zo gering mogelijk maken. Worden de voorschriften niet gevolgd, dan kan dat leiden tot een onnodige vergroting van het risico, tot gevaarstelling dus. Zo kon een patiënt die trombose ontwikkelde omdat de desbetreffende specialist geen antistolling had voorgeschreven en daarmee aantoonbaar het protocol dienaangaande niet had gevolgd, met succes het ziekenhuis in rechte aanspreken.⁵⁴

De deskundige zal dus steeds dienen te onderzoeken of er een praktijkrichtlijn is en als dat zo is of deze voldoet aan de daaraan te stellen inhoudelijke en procedurele eisen, of de fout in kwestie niet berust op een fout in het protocol⁵⁵ (goede protocollen kunnen gemakkelijk verouderen en daardoor niet meer toereikend zijn), en ten slotte of er wel of niet gemotiveerd van het richtsnoer werd afgeweken.

7.4.4 Uitkomsttoetsing

In een medische aansprakelijkheidszaak zal het vaak gaan om een individuele patiënt bij wie zich een bepaald risico heeft verwezenlijkt. Meestal gaat het om een bekend gevaar, maar de vraag is of het intreden daarvan voorkomen had moeten worden. Spant de arts zich onvoldoende in om gevaren te voorkomen, dan wordt de patiënt aan meer risico dan nodig blootgesteld. Om daar achter te komen is er de zogenoemde uitkomsttoetsing. De gegevens van

52 Vgl. Buijsen (2000a), p. 19-33 en Van Rijssen (1999).

53 Zie Buijsen t.a.p. Hij noemt als belangrijke eigenschappen: wetenschappelijkheid, gezag van de opstellende instantie, bereik, duidelijkheid, wijze van totstandkoming, kenbaarheid en tijdige actualisatie.

54 HR 2 maart 2001, RvdW 2001, 62, waarover Hartlief (2001), p. 376 e.v.

55 Vgl. Buijsen (2000b), p. 57-62.

vergelijkbare patiënten kunnen worden verzameld en zo kan op populatieniveau wordt vastgesteld hoe vaak diagnostische of therapeutische fouten binnen de onderzochte groep vóórkomen (zie hierboven 6.3. e.v.). Zo wordt de foutenkans geschat. Een dergelijk populatieonderzoek is dus mogelijk bij een arts of een ziekenhuisafdeling om te zien of de foutenkans bij die arts of op die afdeling afwijkt van het gemiddelde. Als die kans hoger ligt dan een gemiddelde of, indien geformuleerd, deze afwijkt van een streefnorm dan kan er sprake zijn van medisch tekortschieten.

Er is vanzelfsprekend wel gedegen kennis nodig van de interpretatie van verschillen in foutenkansen tussen de ene en de andere onderzochte populatie.⁵⁶ De praktische vraag is natuurlijk of in een concreet geval de deskundige een dergelijk onderzoek kan verrichten en ook of er 'normaalwaarden' uit de medisch-wetenschappelijke literatuur voorhanden zijn. Het antwoord op die vraag zal jammer genoeg vaak ontkennend luiden.

7.4.5 Objectiverende herbeoordeling

Een belangrijk onderdeel van het deskundigenonderzoek is een reconstructie van de feitelijke toedracht. Als de gebeurtenissen door een deskundige opnieuw worden beoordeeld, komt deze dan tot dezelfde of tot een andere conclusie? Beschikbare bronnen daarvoor zijn bijvoorbeeld het patiëntendossier, registraties van elektronische bewaking of gearhiveerde röntgenfoto's of microscopische preparaten.

Onmiddellijk roept dit het probleem van de *hindsight bias* op. De uitkomst van een herbeoordeling wordt immers beïnvloed door kennis van de afloop: radiodiagnostische 'gemiste' diagnosen borstkanker bijvoorbeeld bleken bij herbeoordeling van de foto's ruim tweemaal zo vaak wel achteraf te worden gezien met voorkennis van de afloop in vergelijking met een onbeoordeelde herbeoordeling.⁵⁷ Daarom is een speciale opzet van die herwaardering van de feiten noodzakelijk, maar ook dat is praktisch niet altijd eenvoudig uitvoerbaar. Deze uitvoering is te vergelijken met de *line-up* procedure in de forensische praktijk: een verdachte moet herkend worden uit een rij personen.⁵⁸

Een mogelijkheid is om bijvoorbeeld bij herbeoordeling van röntgenfoto's of microscopische preparaten deze onder te brengen in een reeks van vergelijkbare gevallen en die door verschillende redelijk bekwame beroepsgeenoten te laten beoordelen zonder voorkennis van de aanleiding tot dit onderzoek en vervolgens te zien hoe hun oordelen uitpakken.⁵⁹ Bij een patiëntendossier zou

56 De hamvraag is of die verschillen statistisch significant zijn of mogelijk op toeval berusten. Hierover Watkins (2000).

57 Zie bijvoorbeeld De Rijke et al. (2000).

58 Zie hierover voor de forensische wetenschappen verder Risinger et al. (2002).

59 Dit procédé is verder uitgewerkt door Giard & Broekman (2000), p. 566 e.v.

men een tweestappen benadering kunnen kiezen: eerst verzamelt iemand de relevante feiten en maakt daarvan een verslag dat zorgvuldig ontdaan is van alle mogelijke verwijzingen naar de ondertussen bekende afloop. Vervolgens beoordeelt een andere deskundige deze feiten en formuleert hoe hij op grond van deze feiten zou hebben geoordeeld en/of gehandeld. Ook hier zou het toevoegen van andere vergelijkbare – desnoods gefingeerde – gevallen kunnen helpen om de objectiviteit te vergroten. Deze werkwijze kost veel tijd en het is de vraag of de desbetreffende partijen daar wel geld voor hebben.

Al dergelijke voorzorgsmaatregelen ten spijt speelt bovendien steeds mee dat zodra iemand als deskundige wordt gevraagd bij hem onmiddellijk de vraag rijst “wat zouden ze hier nu toch fout gedaan hebben?”. Er wordt dan toch argwanender, oplettender of voorzichtiger naar alle feiten gekeken en behoedzamer gehandeld dan in de oorspronkelijke situatie en dat drijft de norm vervolgens weer omhoog.

7.4.6 De organisatorische context

Iedere arts, ook de individueel opererende huisarts, kent altijd een organisatorische inbedding die medebepalend is voor de kans op fouten: een slechte inrichting van de zorgverlening kan het maken van fouten uitlokken.⁶⁰ Een ‘fout’ is daardoor zelden of nooit een individuele aangelegenheid. Daarom zal het deskundigenonderzoek zich ook moeten uitstrekken over de *organisatorische* aspecten. Het belang van dit punt blijkt ook uit de ontwikkeling van het concept ‘risicomanagement’, waarbij van bedrijfsprocessen wordt onderzocht waar er zich onveilige situaties kunnen voordoen – om zo preventieve maatregelen te kunnen nemen.⁶¹

7.4.7 Is een daderprofiel van belang?

Iedere arts maakt geregeld fouten. Maar hoe komt het dan dat een kleine groep artsen een disproportioneel groot aandeel heeft van alle medische zaken?⁶² Bij de kwestie of de daad aan de dader kan worden toegerekend rijst de vraag: spelen persoonlijke kenmerken van de dader hier dan ook geen rol? Er bestaat een zeker algemeen risicoprofiel: er zijn artsen die op grond van persoonlijke kenmerken vaker problemen krijgen dan anderen.⁶³ Medisch tekortschieten ontstaat door het samenspel van de attitude van de arts(en) en omgevingskenmerken. Bestaat hier toch ook een *mens rea*?

60 Zie Giard (2001e), p. 2062 e.v.

61 Zie Wilson & Fulton (2000), p. 77-80.

62 Zie Hickson e.a. (2002), p. 2951-2957.

63 Zie Charles e.a (1992), p. 433-439 en Taragin et al. (1992), p. 537-542.

Welke eigenschappen predisponeren dan vooral tot juridische afrekeningen? Dat zijn: het mannelijke geslacht, een 'snijdend' specialisme, de leeftijd van de arts (een piek rond de leeftijd van 40) en diens communicatieve eigenschappen.⁶⁴ Maar de vraag is wel of 'daderkenmerken' eigenlijk passen in het civiele recht? Is dat niet meer iets voor het strafrecht? Een belangrijk deel van de medische incidenten is waarschijnlijk incidenteel, maar een deel heeft toch ook te maken met persoonlijke structurele tekortkomingen, die potentieel leiden tot een grotere foutenkans. Dat zijn dan de disfunctionerende specialisten bij wie zich bij herhaling problemen voordoen.⁶⁵

7.5 WAT GEBEURT ER MET HET DESKUNDIGENRAPPORT?

Als een rapport, zeker dat van de rechtbankdeskundige, eenmaal is opgemaakt: wat gebeurt er dan mee in de procedure? Heeft men blind vertrouwen in het rapport gelet op de deskundigheid van de opsteller(s)? Zal men, passend bij het strijdmodel, er selectief uitpikken wat men geschikt acht voor de eigen positie en onwelgevallige passages onderuit willen halen? Zal men zich wijze-lijk van elke kritiek onthouden als het rapport – onverwacht – gunstig uitpakt voor eiser of gedaagde?

In de huidige situatie is het aan de rechter om te bepalen wat hij met de uitkomsten van de rapportage zal doen. Op welke gronden het de status van bewijs krijgt, is onduidelijk. Wil men aan het deskundigenbericht een meer formele betekenis geven, dan zal het ten eerste aan minimumkwaliteitseisen dienen te voldoen. Als daaraan voldaan is zal vervolgens vastgesteld mogen worden wat de procesrechtelijke status ervan is. Is het de discretionaire bevoegdheid van de rechter om te bepalen wat hij ermee doet?

Wat moet een rechter met twee achtereenvolgende deskundigenonderzoeken binnen rechte, die tegenovergestelde conclusies opleveren? Een voorbeeld: aan twee grafologen wordt de vraag voorgelegd of een handtekening echt of nagemaakt is. De een vindt het een echte ondertekening, de andere namaak. Wat nu? Nog een deskundige? Kruis of munt gooien? Dit voorbeeld, waarvan ook medische varianten te geven zijn, onderstreept het belang om vooraf voldoende zekerheid te hebben dat een deskundigenonderzoek qua methode ook een voldoende betrouwbaar resultaat zal leveren.

7.6 SLOTSOM

In medische aansprakelijkheidszaken is de invloed van de deskundige groot. Een rechter kan zonder medische inbreng niet goed beslissen en moet hij zich

⁶⁴ Zie Wilson (1995), p. 458 e.v. en Sage (2002).

⁶⁵ Zie Lens & Van der Wal (1994) en Lens & Kahn (2000).

dus in hoge mate op hun oordeel verlaten. Maar, zoals de casusposities aan het begin van dit artikel illustreren, is de rechtspraktijk niet eenvoudig en doemen vele praktische en methodologische problemen op.⁶⁶ Die liggen enerzijds in de vraagstellingssfeer en anderzijds in het uitvoeringstraject.

Een door velen als aanzienlijk beschouwde kwestie is het formuleren van de opgave voor de deskundige: het is lastig om tot een goede vraagstelling te komen. Maar de praktische uitwerking wordt primair bepaald door de grondslag van het desbetreffende juridische leerstuk. Het lukt niet zonder goede medisch-juridische communicatie over en weer om tot een correcte vraagstelling te komen. Datzelfde geldt ook voor het uitvoeringstraject. Wat gevraagd wordt is te komen tot professionalisering van de deskundigeninbreng in rechte en daarvoor is zowel een ontwikkeling van de methodologie als de procedurele inkadering nodig. Aandacht zal ontgetwijfeld ook de *selectie* van de deskundigen behoeven. Met het signaleren van problemen groeit ook het besef in beide wetenschapsgebieden dat hier iets aan gedaan moet worden, niet in de laatste plaats door meer samenwerking.

Zo ontstonden er de laatste jaren talrijke werkgroepen of studiegroepen.⁶⁷ Binnen medisch-wetenschappelijke verenigingen kwamen er commissies die zich met deze problematiek gingen bezighouden, en deze formuleerden zowel gedragscodes voor (getuigen)deskundigen als methoden voor systematisch onderzoek.⁶⁸ Ook worden er formele richtlijnen in de medisch-wetenschappelijke literatuur gepubliceerd.⁶⁹ Maar daarmee zijn we er nog lang niet. In het recent vernieuwde Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering heeft het onderdeel over de deskundige nauwelijks wijziging ondergaan terwijl in Engeland naar aanleiding van het Woolf-rapport getracht is de rol van de partijdeskundigen sterk terug te dringen. Nog lang niet alle medische disciplines zijn bezig met organiseren en instrueren van hun deskundigen. Enige coördinatie van activiteiten lijkt, gezien de toename van het aantal werkgroepen en commissies, trouwens ook gewenst.

Misschien kunnen al deze activiteiten, waarbij juristen en medici samen een oplossing zoeken voor een goede en rechtvaardige beslissing door een adequate deskundigeninbreng, er ook toe bijdragen de emotionele beladenheid van het tucht- of civiele recht weg te nemen, het is een gewoon maatschappelijk

⁶⁶ Vgl. Mulder (2001), p. 5-11.

⁶⁷ Bijvoorbeeld de Studiegroep Deskundigen en Rechtspleging, de Interdisciplinaire Werkgroep Medische Deskundigen (VU; zie <http://www.rechten.vu.nl/iwmd>), een werkgroep van de letselschadeadvocaten, of de werkgroep Artsen-advocaten.

⁶⁸ Zie bijv. 'Leidraad voor (getuige)deskundigen' opgesteld door de Nederlandse Vereniging voor Obstetrie & Gynaecologie, de Amerikaanse zustervereniging heeft een uitgebreid boekwerk *Ethics in Obstetrics and Gynecology* met daarin een hoofdstuk gewijd aan deskundigenonderzoek (zie: www.acog.org) en 'De omgang met fouten in de pathologie' door de Nederlandse Vereniging voor Pathologie.

⁶⁹ Zie Committee on Medical Liability, 'Guidelines for expert witness testimony in medical malpractice litigation', *Pediatrics* vol. 109, nr. 5, p. 974-979.

mechanisme van verantwoording voor professioneel handelen.⁷⁰ Die opdracht zal in de praktijk vooral een opdracht aan de rechtbanken zijn. De wijze waarop de vraagstelling aan de deskundige tot stand komt, maar zeker ook de betrekkelijk laconieke wijze waarop rechtbanken aan deskundigen lijken te komen,⁷¹ maken het onderwerp van de deskundige in geschillenbeslechting buitengewoon belangrijk. Even belangrijk is het zich voortdurend rekenschap te geven van de verschillen in denken en doen tussen juristen en artsen. De geneeskunde opereert in het wit, het recht in het zwart.

Niet zo lang geleden kwamen in Göttingen, aan de voet van het Harz-gebergte, een ziekenhuisdirecteur en een rechter elkaar tegen. De rechter zei: 'Wij leven in twee verschillende werelden. U leeft in een wereld van lichamelijk en psychisch lijden, vol van ziekte, hulpbehoevendheid, van hoop en van uitzichtloosheid. In uw wereld van lijden en sterven moet u voortdurend risico's nemen, als u tenminste succes wilt hebben bij het genezen van mensen.' 'Wij juristen daarentegen', zo vervolgde de rechter, 'leven in een wereld van ordening, van controle, van verantwoordelijkheid en aansprakelijkheid. Onze taak is het, om wat gebeurd is te achterhalen, terwijl ú zich aan de toekomst wijdt. Wij juristen zijn gericht op algemeen geldende regels, op bescherming van de burger ook tegen fouten van artsen. U moet maar niet proberen deze beide werelden met elkaar te laten samenvallen, of zelfs maar met elkaar in harmonie te brengen.'⁷² En juist dát wordt van de medische deskundige gevraagd.

70 De voorzitter van het Centraal Medisch Tuchtcollege, mr. R. Torrena, zei in een interview dat (tucht)rechtspraak een maatschappelijke manier is voor verantwoording. Zie *Medisch Contact* 2002, 57/17, p. 656-658.

71 Zie het artikel van Mulder en Slabbers, noot 7.

72 Aldus Hans-Ludwig Schreiber, in een rede 'Notwendigkeit und Grenzen rechtlicher Kontrolle der Medizin'.

8 | Sturing van het systeem: leren en controleren

*'Quality reformers complain that the tort system poisons the openness and honesty that are preconditions to safety improvement.'*¹

De patiëntveiligheid kan beter, maar welke sturingsmechanismen bestaan er om het gedrag van artsen zodanig te beïnvloeden dat patiënten zich met een gerust hart durven toe te vertrouwen aan een veilige medische zorg? Van fouten moet je kunnen leren maar openheid over medische fouten en medische aansprakelijkheid staan op gespannen voet met elkaar (8.1). Twee voorbeelden van botsende belangen uit de praktijk laten dit zien (8.2). Hoe bevorder je nu patiëntveiligheid? Moet je het melden van alle (bijna) fouten verplicht stellen (8.3)? Zijn feitenonderzoek gericht op verbetering van de veiligheid en het vaststellen van schuld wel voldoende van elkaar te scheiden (8.4)? Het probleem van medische fouten krijgt steeds meer aandacht in de media en fungeert als virtueel verantwoordingsforum (8.5). Binnen het geschetste spanningsveld zal naar de middenweg gezocht moeten worden (8.6).

8.1 GEDRAGSBEÏNVLOEDING: TERUGKOPPELING, REFLECTIE EN VERANTWOORDING

8.1.1 Verantwoording en vertrouwen

Over het naar behoren functioneren van de gezondheidszorg zal van binnenuit en van buitenaf gewaakt moeten worden. Ook is het wenselijk dat aan zowel afnemers als beleidsmakers periodiek verantwoording wordt afgelegd om duidelijk te maken dat er gerust op vertrouwd mag worden. Wanneer, waarover, aan wie en hoe wordt die verantwoording afgelegd? Het geven van rekenschap kan een structureel of een incidenteel karakter hebben. Men kan stelselmatig onderzoek doen naar de kwaliteit van (onderdelen van) de medische zorg. Een klacht van een individuele patiënt betekent een sporadische toetsing van de gedragingen van een individuele hulpverlener. Kwaliteitsbewaking bestaat bij de gratie van zowel systematische als incidentele terugkoppe-

1 Zie Schoenbaum & Bovbjerg (2004), p. 51.

ling; die twee zijn complementair.² Het juridische concept van gevaarzetting impliceert systematische toetsing van kwaliteit om het incident aan af te meten.³

Eenzelfde redenering betreffende kwaliteit geldt overigens ook voor het juridische systeem: doen ze de dingen die ze moeten doen en doen ze dat wel op de juiste manier? Hoe geven ze aan de noodzaak om zichzelf voortdurend te verbeteren vorm? Hoe en tegenover wie verantwoorden ze zich? Hoe volgen en structureren ze nieuwe ontwikkelingen?

De gemoederen kunnen hoog oplopen zodra het mankeert aan voldoende kwaliteit van zorg of rechtspraak. De maatschappij verwacht een kwalitatief goede medische dienstverlening dus zal de organisatie ingesteld moeten zijn op de twee-eenheid leren en controleren. Gesignaleerde fouten vormen een indicatie dat het beter kan. Eenzelfde gedachtegang geldt voor de rechtspraak. Daarom mag geen enkele fout onopgemerkt blijven: over wat er (bijna) misging moet nagedacht worden en correctie- en preventieactiviteiten ontplooid.

8.1.2 Van fouten kunnen leren

Een fout als leermoment: wie kent dit niet uit eigen ervaring en wie zal een arts deze mogelijkheid willen onthouden? Als een arts verwijtbaar tekortschoot met letselschade als gevolg – een fout dus in juridische zin – kan dat een reden vormen om hem aansprakelijk te stellen. Hij had immers anders kunnen en moeten handelen. Een veroordeling door de rechter vormt een vermanend signaal dat niet alleen de dader bereikt maar tevens de kring van vakgenoten, ook zij zijn gewaarschuwd. Dat is de theorie van de preventieve werking van het recht door gedragsbeïnvloeding. Dit gedachtegoed is nobel maar de werkelijkheid is tegelijk gecompliceerd én weerbarstig.

De meeste fouten komen niet onder de aandacht van geschilbeslechtende instanties eenvoudig omdat er geen claim wordt ingediend. In kwantitatieve zin is de bijdrage tot leren langs die weg dus gering. In hoofdstuk 3 werden vraagtekens geplaatst bij de preventieve werking van de civiele rechtspraak, de legitimiteit ervan wordt door artsen niet hoog geschat. Heeft rechtspraak niet een te incidenteel en te anekdotisch karakter met een te onzeker effect als het gaat om structurele en duurzame borging van de kwaliteit van zorgverlening? Of wordt het effect van het bestaan van juridische sancties, de 'scha-

2 Soms kan één incident de indicatie zijn voor het structureel tekortschieten van de kwaliteit van zorg in een ziekenhuis of op een afdeling. Zie Faunce & Bolsin (2004), p. 44 e.v.

3 Zie hierover hoofdstuk 6.

duwwerking' van het recht, ten onrechte onderschat?⁴ Kunnen we niet veel meer van fouten leren als we er actief en stelselmatig naar speuren?⁵

Afgezien van het biografische gegeven dat ieder van ons persoonlijk leert van zijn fouten is er in dit kader nog een belangrijke vraag te beantwoorden: leren we ook collectief van onze fouten en welke factoren bevorderen (of remmen) dit leerproces?⁶

8.1.3 Verantwoording, controle en toezicht: spanningsvelden

Bij het proces van controleren en garanderen van goede medische zorg zijn verschillende spelers betrokken met uiteenlopende belangen: artsen, patiënten, verzekeraars (zowel zorg- als aansprakelijkheidsverzekeraars), overheid en juristen. Als er naar aanvullende en meer structurele oplossingen voor de patiëntveiligheid gezocht wordt, ligt het voor de hand het primaat bij de medische professionals te leggen. Maar kan dat proces volledig aan het ethos van de beroepsgroep zelf worden overgelaten?

Rechtvaardigt de hierboven beschreven situatie van frequent voorkomende misslagen niet dat er meer en vooral beter toezicht op de medische zorg wordt uitgeoefend?⁷ Toezicht is geïnstitutionaliseerd wantrouwen. Zonder toezicht geen verantwoording en vice versa.⁸ Supervisie is nodig en nuttig maar er schuilen ook gevaren in. Ten eerste is toezicht een middel om aan te zetten tot goede dienstverlening maar het gevaar bestaat dat het een doel op zich gaat worden. Ten tweede ondermijnt teveel toezicht het functioneren van een systeem en kan het nemen van verantwoordelijkheid en vernieuwingen frustreren.

Is het bestaan van de schaduwwerking van het recht voldoende stimulans voor medische hulpverleners of is een meer dwingend wettelijk kader gewenst? En wat is het effect van *public pressure* via de media op de medische professie om medische incidenten doeltreffend aan te pakken? Er bestaan dus verschillende middelen om druk uit te oefenen op artsen om meer aandacht te besteden aan de kwaliteit van zorg. Motieven, middelen en doelen zijn niet altijd voor elke vorm van pressie gelijk en dat creëert spanningen. Het zoeken is

4 Vgl. Van Laar & Van Wetten (2005), p. 16-17.

5 Een uitvoerig rapport over het nut van leren van fouten, *An organisation with a memory*, verscheen van de Chief Medical Officer in 2000. (Department of Health, 2002). Zie hierover ook Carroll & Edmonson (2002), p. 51 e.v.

6 Er zijn nog maar weinig empirische studies op dit terrein gedaan. Zie bijvoorbeeld het onderzoek van Wu et al. (2003; dit is een herpublicatie van een studie uit 1991).

7 In Nederland wordt toezicht op de gezondheidszorg publiekrechtelijk uitgeoefend door de Inspectie voor de Gezondheidszorg. Het functioneren daarvan gaf en geeft reden tot zorg. Daarover o.a. Legemaate (2001), p. 354 e.v.

8 Zie het WRR-rapport (2004), hoofdstuk 7.

naar de gulden middenweg en artsen zullen daarbij met andere belanghebbenden moeten samenwerken.⁹

8.1.4 Incidentele juridische sancties en systematische bevordering van kwaliteit

Het credo van de *patient safety movement* is dat maximale veiligheid van zorg pas mogelijk is indien hulpverleners verplicht zijn om *alle* fouten te rapporteren, te analyseren en er lering uit te trekken.¹⁰ Maar vergemakkelijkt dat vervolgens weer niet litigieuze acties? Over het feitenonderzoek hoeft de letselschadeadvocaat zich immers geen zorgen meer te maken: dat ligt al voor hem klaar!

Er lijkt dus een spanningsveld te liggen tussen enerzijds medische aansprakelijkheid en anderzijds de systematische bevordering van patiëntveiligheid. Hoe schep je nu temidden van die tegenstrijdige belangen een situatie waarin er in openheid van fouten geleerd kan worden en waar – indien nodig – de rechter over het medisch handelen kan oordelen? Hoe vorm je het systeem van zorgverlening tot een lerende organisatie?

8.2 TWEE VOORBEELDEN VAN BOTSENDE BELANGEN

Als iedereen het – in theorie – eens is met de stelling dat medische accidenten altijd gebruikt moeten worden om ervan te kunnen leren, hoe gaat dat dan in de praktijk? Frustreert medische aansprakelijkheid het proces van openheid over fouten?¹¹ Twee voorbeelden uit de praktijk ter illustratie van deze problematiek.

Casus 8.1 Een te vroeg geboren meisje blijkt een ernstige aangeboren afwijking aan de uit het hart tredende lichaamsslagader te hebben, waarvoor twee weken na de geboorte een operatieve ingreep moet plaatsvinden. Daarbij is dan al duidelijk dat opnieuw operatief ingrijpen in een latere periode waarschijnlijk is. Zeven maanden later zijn er inderdaad opnieuw problemen en wordt er op een academisch kindhartcentrum door de betrokken specialisten gedelibereerd wat nu de beste behandeling zal zijn. De meningen zijn niet eensluidend. Wegens een verslechtering van de situatie wordt besloten tot een ingreep, die echter door een onervaren arts wordt uitgevoerd zonder directe supervisie van de verantwoordelijke specialist en waarbij ook de materiaaltechnische voorbereiding van de ingreep onvoldoende bleek. De baby overlijdt na deze cardiologische interventie. Voor, tijdens en na deze fataal verlopen ingreep spelen conflicten tussen stafleden van dit centrum, zijn er verschil-

⁹ Zie bijv. Lee et al. (2004), p. 2409 e.v.

¹⁰ Zie voor uitgebreide bespreking het rapport *To err is Human* van Kohn et al. (1999).

¹¹ Die vraag wordt bevestigend beantwoord door Gostin (2000), p. 1742 e.v.

len van inzicht over de behandelwijze, is er strijd over het wel of niet afgeven van een verklaring van natuurlijk overlijden. De ouders zijn zeer ontstemd over de gang van zaken. Naast een intern onderzoek worden er zowel een civielrechtelijke als een strafrechtelijke procedure in gang gezet.¹²

Dit incident werd door twee verschillende instanties onderzocht. Het instellingsmanagement verzocht een onafhankelijke commissie onderzoek te verrichten naar de feitelijke toedracht en de omstandigheden waaronder dit incident had plaatsgevonden¹³ en ook de Inspectie voor de Gezondheidszorg oordeelde over deze kwestie.¹⁴ De interne commissie deed haar werk onder de voorwaarde dat de vertrouwelijkheid van de verslagen gemaakt van gesprekken met alle betrokkenen gegarandeerd zou worden. Door die vertrouwelijkheid kon iedereen vrijuit spreken zonder angst voor repercussies. Het rapport was dan ook alleen bedoeld voor intern gebruik om orde op zaken te stellen. De commissie rapporteerde verschillende problemen met als grootste gemene deler falende communicatie en organisatie binnen de afdeling. De conclusie van de inspectie luidde dat er geen reden bestond het handelen van één of meer personen voor te leggen aan het tuchtcollege.

De ouders hadden zich ondertussen gewend tot een letselschadeadvocaat. Na aanvankelijke weigering van het ziekenhuis het vertrouwelijke rapport aan de advocaat ter beschikking te stellen, werd via de rechter openbaarmaking daarvan afgedwongen op grond van de Wet Openbaarheid van Bestuur. Het ziekenhuismanagement en de commissie waren hierover zeer ontstemd; de voorzitter van de commissie liet weten nooit meer een vertrouwelijk onderzoek te zullen leiden.¹⁵

Het tweede voorbeeld betreft een afdeling heelkunde van een middelgroot Nederlands opleidingsziekenhuis. Binnen deze afdeling bestaat al vele jaren de gewoonte om wekelijks alle complicaties en overlijdensgevallen te bespreken om te zien wat ervan geleerd kan worden. Van de necrologiebespreking wordt een registratie bijgehouden. Door één van de arts-assistenten in opleiding op de afdeling heelkunde van dat ziekenhuis werden deze gegevens over de periode 1990 – 2000 geanalyseerd en gepubliceerd.¹⁶ Enkele weken na verschij-

12 Rechtbank Utrecht 30 november 2004, LJN-nummer AR6673. De strafrechter veroordeelt de kindercardioloog wegens dood door schuld.

13 Onderzoekscommissie incident WKZ kinderhartcentrum o.l.v. prof. dr. H. Büller, 5 april 2001.

14 Onderzoekscommissie Incident WKZ Kinderhartcentrum, Utrecht, schriftelijke rapportage, april 2001. Daarbij werd tevens gebruik gemaakt van het rapport van de vertrouwenscommissie.

15 Deze affaire kreeg ruim aandacht in de media, waarbij het strafrechtelijke optreden tegen de arts die de ingreep had uitgevoerd breed werd uitgemeten.

16 Zie Van den Boogert et al. (2003), p. 599 e.v.

nen van dit artikel werd inzage in die registratie geëist door een letselschade-advocaat in verband met een mogelijke claim tegen het ziekenhuis.¹⁷

In beide voorbeelden botsen er twee belangen, namelijk enerzijds vanuit het ziekenhuis of een chirurgenmaatschap het belang om goed onderzoek naar de oorzaken en omstandigheden van incidenten te kunnen doen om herhaling te voorkomen en anderzijds voor de slachtoffers het juridische belang van het feitenonderzoek ter beantwoording van de schuldvraag. Voor iemand die meedoet aan een als vertrouwelijk aangemerkt onderzoek, zoals bij het eerste voorbeeld, zou toch minstens bij aanvang duidelijk mogen zijn wat de juridische gevolgen kunnen zijn van wat hij of zij verzwijgt, zegt of doet. Als de kans bestaat dat openbaarmaking van een rapport afgedwongen kan worden en de uitkomsten dus voor een ander doel gebruikt worden, bedreigt dat de coöperatieve houding van ondervraagden. De maatschap chirurgen van het betreffende ziekenhuis (voorbeeld 2) vroeg zich geschrokken af of ze niet beter konden stoppen met de registratie van de evaluatie van complicaties en overleden patiënten als die gegevens mogelijk tegen hen zouden kunnen worden gebruikt. De doofpot is geen veiligheidsinstrument. Hoe hier nu wijs mee om te gaan? Is die geheimhouding wel nodig? Welke inhoudelijke en procedurele lessen vallen er uit deze en soortgelijke incidenten te leren?

8.3 HOE BEVORDER JE PATIËNTVEILIGHEID?

Geneeskundige zorg wordt in een qua organisatie complexe omgeving verleend en daarbij zijn menselijke fouten onvermijdelijk.¹⁸ Er zijn echter maatregelen te nemen in de organisatorische sfeer die de kans op misslagen doen vermindere. Incidenten maken duidelijk dat er iets niet klopte.¹⁹ Daarom is het belangrijk dat fouten als zodanig worden herkend, erkend, op een centraal punt gemeld en vervolgens worden onderzocht zodat structurele maatregelen genomen kunnen worden om herhaling te voorkomen.²⁰ Een grondige analyse van gemaakte fouten samen met een actieve instelling om ervan te kunnen leren is dus de sleutel tot meer veiligheid en effectieve omgang met fouten (zie fig. 8.1).

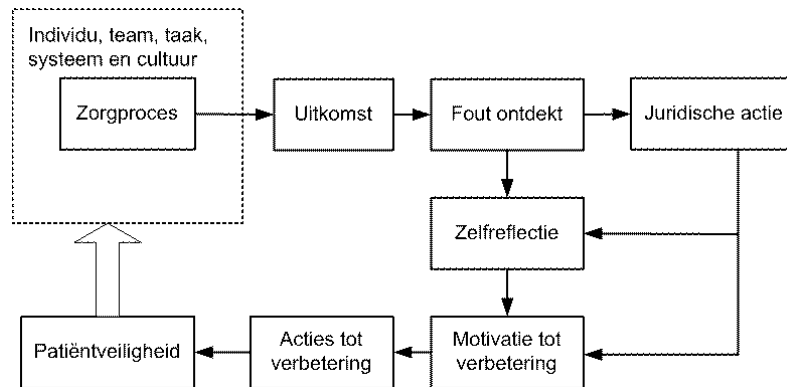
17 Dit werd geweigerd door het ziekenhuis. Er volgde geen verdere actie van de letselschade-advocaat.

18 Dit geldt niet alleen in ziekenhuizen, ook voor huisartsenzorg en andere soorten zorginstellingen, bijvoorbeeld verpleegtehuizen.

19 In de Angelsaksische literatuur wordt daarom gesproken van 'sentinel events'.

20 Zie Vincent et al. (2000), p. 777 e.v.

Figuur 8.1: Model voor het leren van een organisatie die medische zorg verleent



Wie zich systematisch in wil spannen om de patiëntveiligheid te bevorderen, heeft terugkoppelingsgegevens nodig om te zien hoe het met de organisatorische en inhoudelijke hoedanigheden van het zorgproces gesteld is. Openheid en eerlijkheid over fouten is primair een ethische imperatief, maar tegelijk ook een opdracht om op constructieve wijze met fouten om te gaan.²¹ Daaraan liggen zowel morele als juridische beginselen ten grondslag met het afleggen van verantwoording als bindende factor.

8.3.1 Een verplichting tot verantwoording?

In een recent verschenen Amerikaanse studie wordt beargumenteerd dat wanneer een arts zich verantwoordt c.q. moet verantwoorden voor zijn professionele prestaties dit impliceert dat daarover bij de aanbieder van medisch zorg een verplichting bestaat die voortvloeit uit de behandelovereenkomst tussen arts en patiënt.²² Is die verplichting tot het naar de patiënt toe reken-schap afleggen over het resultaat nu vooral juridisch of eerder moreel van aard? En, indien juridisch, wat is dan de inhoud van die overeenkomst? Een contract veronderstelt het aangaan van verplichtingen tussen partijen die tevoren duidelijk zijn gespecificeerd en onderling overeengekomen. In een behandelovereenkomst is de gewenste uitkomst tussen arts en patiënt besproken en dus zal de patiënt er recht op hebben om na de interventie te vernemen hoe goed het resultaat heeft uitgepakt.

21 Zie Blumenthal (1994); hij spreekt van het omtoveren van fouten in een medische schat. Zie ook Leape et al. (1998).

22 Zie Kazandjian (2003) p. xix en p. 1 e.v.

8.3.2 Noodzaak van het systematisch melden van (bijna) fouten

Wanneer het begrip patiëntveiligheid wordt gehanteerd, beoordeelt men de uitkomsten op geaggregeerd niveau. Om de patiëntveiligheid getalsmatig te kunnen omschrijven, zijn indicatoren voor de (on)veiligheid van een bepaald type interventie nodig. Daarmee stuiten we weer op het in § 4.2 behandelde probleem van de definitie en daarmee gerelateerde meetinstrumenten en -methoden van (on)juist medisch handelen. Dat wil echter niet zeggen dat men zich door deze methodologische moeilijkheden geen enkel idee kan vormen over de patiëntveiligheid.²³

Alleen als men bereid is *alle* mogelijke fouten en bijna-ongelukken te melden, is het denkbaar dergelijke indicatoren over de veiligheid geloofwaardig vast te stellen.²⁴ De betekenis van het systematisch melden van fouten in de geneeskunde is tweeledig. Interne rapportage betekent dat alle verantwoordelijken zich van de risico's van hun handelen bewust worden terwijl bovendien kan worden nagegaan wat het effect is van foutenpreventie. Externe berichtgeving waarschuwt artsen en patiënten voor tot nog toe onbekende eventualiteiten, toont mogelijke wegen voor foutenpreventie en laat landelijke trends zien. Mede gezien de hierboven beschreven voorvallen met (dreiging van) juridische acties bestaat er schroom om fouten spontaan en stelselmatig op één punt te melden.

8.3.3 Organisatie van het systematisch rapporteren

In sectoren waar riskante activiteiten worden verricht, is al ruime ervaring opgedaan met het verzamelen en analyseren van fouten. In de luchtvaart bijvoorbeeld bestaan meldsystemen voor fouten en bijna-ongevallen.²⁵ Daarbij hebben drie factoren het welslagen bevorderd:

-
- 23 Zo stelt Kazandjian (2004): "More than 20 years of experience in performance measurement and evaluation, primarily through indicators, have built a path upon which the more controversial, challenging, and yet similar concepts of safe practices can indeed proceed. Whether descriptive and qualitative (organizational culture towards punishment when errors are identified) or quantitative (use of successive measurement methods to build a performance profile), safer practice is affected by the same latent confounders of performance measurement."
 - 24 Zo stelt de Inspectie voor de Gezondheidszorg in haar jaarrapport (2003): "Ze worden niet op een uniforme wijze geanalyseerd, geclassificeerd en geregistreerd waardoor het onmogelijk is cijfers op nationaal niveau, laat staan op internationaal niveau, te verzamelen. Daardoor treden dezelfde soorten fouten steeds weer opnieuw op in de gezondheidszorg." (p. 82).
 - 25 Er zijn onderzoekscentra zoals in de VS het *Centre for Human Performance and Risk Analysis* van het College of Engineering, University of Wisconsin-Madison. Zie hun rapport over performance management *Personnel Accountability Policy* (te raadplegen via: <http://www.engr.wisc.edu/centers/chpra/pdfs/Accountability3.pdf>). Zie voor de luchtvaart Helmreich (2000), p. 777 e.v. en voorts Barach & Small (2000), p. 759 e.v.

- a. het rapporteren van fouten is ‘veilig’ want mits terstond en volledig gemeld, worden er geen sancties opgelegd;
- b. het melden is administratief gezien een eenvoudige procedure;
- c. het rapporteren blijkt zinvol omdat experts de fouten analyseren en aanbevelingen doen luchtvaart baat bij heeft zodat het piloten gemotiveerd worden dit melden te (blijven) doen.²⁶

Vanwege deze succesvolle werkwijze wordt het stelselmatig melden van ongewenste uitkomsten van medische interventies gepropageerd.²⁷ Maar welke weerstanden moeten daarbij worden overwonnen en moet het opgeven van (bijna) missers voortaan verplicht moet worden gesteld?

8.3.4 Redenen om fouten niet te rapporteren

Uit diverse onderzoeken is gebleken dat, als de mogelijkheid daarvoor bestaat, door artsen fouten relatief weinig gemeld worden: tot 96% van als ‘fout’ geduide gebeurtenissen wordt niet gerapporteerd.²⁸ De vraag is natuurlijk waarom er weerstand bestaat tegen dit stelselmatig melden van wat er (bijna) fout ging. Daarvoor worden in de literatuur verschillende oorzaken aangegeven.²⁹ De barrières kunnen zich bevinden op het niveau van de individuele arts, de ziekenhuisorganisatie of de samenleving en psychologisch, cultureel, financieel, en regulatief van aard zijn.

Medici hebben professionele autonomie, collegialiteit en zelfregulatie hoog in het vaandel staan. Het beschuldigen van een arts door middel van een juridische claim wordt als een diepe krenking ervaren.³⁰ Daarnaast leeft toch nog steeds, zowel bij artsen als patiënten, de hardnekkige gedachte dat artsen geen fouten mogen maken.³¹ De omgang met fouten, zowel naar de individuele patiënt (zie ook hoofdstuk 5) als beroepsmatig, wordt mede hierdoor bepaald.

8.3.5 Het melden van fouten: hoe nuttig is het?

Een te weinig genoemd mogelijk motief voor het niet melden van fouten is de efficiëntie en effectiviteit van meldingsprocedure. Het melden is immers

26 Zie Helmreich (2000), Leape (2002), Chassin (2002).

27 Met name in het rapport *To err is human* van Kohn et al. (1999), hoofdstuk 5 en 6.

28 Zie Lawton & Parker (2002).

29 Zie Vincent et al. (1999), p. 13 e.v.; Barach & Small (2000), p. 759 e.v.; Issue Brief no. 13 (2001); Lawton & Parker (2002), p. 15 e.v.; Firth-Cozens (2002), p. 7.

30 In Angelsakische gebieden spreekt men van ‘Naming, blaming and shaming’: benoemen, beschuldigen en beschamen (vertaling Henk Walvoort).

31 Zie Runciman et al. (2003), p. 975 e.v.

geen doel op zich maar een middel tot verbetering van medische zorg. Empirisch onderzoek naar praktische resultaten van een dergelijk meldingssysteem is nog schaars. Bovendien vormt het systeemdenken de basis voor een dergelijke opzet, maar is van dat systeemdenken bewezen dat dit *de* oplossing voor alle problemen is?

Onlangs werd een serie kritisch gestemde artikelen aan dit onderwerp gewijd.³² Organisatorische en technische verbeteringen aan een systeem van medische zorgverlening elimineren niet alle belangrijke oorzaken van ernstige medische incidenten.³³ Het primaire doel is een veiligere zorgverlening, niet een op zich perfect functionerende systeem. Het gevaar is niet denkbeeldig dat een vlekkeloos verlopend systeem het doel wordt.

Mogelijke oplossingen van het probleem van medische incidenten worden in studies vooral op theoretisch niveau besproken, waarbij regelmatig verwezen wordt naar niet-medische wetenschappelijke bronnen, bijvoorbeeld psychologie of industriële veiligheid.³⁴ De vraag is echter, hoe logisch dergelijke elders ontwikkelde benaderingen op het eerste gezicht lijken, of ze werkelijk oplossingen bieden op het specifieke terrein van medische incidenten.³⁵ In de eerste plaats doet zich hier het probleem weer gelden dat er (nog) te weinig empirisch onderzoek is gedaan om de veronderstellingen naar het effect van systeemverbetering te onderschrijven of te ontkrachten. Is er al vergelijkend onderzoek gedaan waarbij eenzelfde situatie met twee veiligheidsbenaderingen werd onderzocht en de uitkomsten vergeleken?

Een tweede probleem is de analogie. Is veiligheid van kerncentrales of de luchtvaart wel zo goed vergelijkbaar met de geneeskundige praktijk? Veel onderzoeken op dat terrein hebben een anekdotisch karakter.³⁶ Een systematische verbetering van medische zorgverlening vraagt een vergelijkend stelselmatig onderzoek van verschillende opties. Een van de specialismen binnen de geneeskunde waar de systeembenadering duidelijk vruchten heeft afgeworpen is de anesthesiologie.³⁷

Een derde kwestie is de vraag of fouten volledig geëlimineerd kunnen worden. Perrow geeft in zijn boek blijk van scepsis: complexe systemen kunnen nooit ontdaan worden van menselijke fouten.³⁸ Ook Nederlandse onderzoekers hebben vraagtekens geplaatst bij de pretenties van het patiënt-veiligheids-

32 Lancet 2004, vol. 363, p. 913-914, p. 970-977, p. 1061-1067, p. 1147-1154, p. 1224-1230 en p. 1314-1320.

33 Zie McNutt, Abrams & Hasler (2002), idem (2004).

34 Een veel geciteerd boek is dat van James Reason, *Human error* (1990); zie verder Van der Schaaf (2002).

35 Ook Hofer, Kerr & Hayward (2000) laten zich hier kritisch over uit: zie p. 264 e.v.

36 Vergelijk het onderzoeken naar rampen als die van de kerncentrales van Three Mile Island (USA), en Tsjernobyl of de scheepsramp met de Harald of Free Enterprise. Zie daarover Perrow (1999).

37 Zie het overzicht van Gravenstein (2002).

38 Zie het boek hierover van Perrow (1999).

paradigma.³⁹ Men treft dus een spectrum aan opvattingen aan over de mogelijkheden om de gevolgen van menselijke fouten in te perken. Perrows boek representeert het pessimistische uiteinde daarvan en het andere uiterste wordt gevormd door de *find-it-and-fix-it* optimisten.

8.4 SCHULD VINDEN EN VEILIGHEID BEVORDEREN: TWEE TEGENSTRIJDIGE BELANGEN?

Of het nu gaat om het bevorderen van de veiligheid of het beantwoorden van de schuldvraag, de eerste fase van het onderzoek van een incident is in principe voor beide hetzelfde: het feitenonderzoek. Voor het nemen van adequate maatregelen ter preventie is bij het oorzakenonderzoek volledige openheid van zaken nodig. Wil de uitspraak van de rechter (in een civiele zaak, een tucht- of een strafzaak) billijk zijn, dan zullen alle feiten boven water moeten komen. Dat is de theorie maar bij de praktische uitvoering van dit feitenonderzoek scheiden zich echter de geesten.

Bij beantwoording van de juridische schuldvraag ter zake van aansprakelijkheid zal de bereidheid van hulpverleners tot onthulling van feiten echter sterk afnemen als betrokkene daar mogelijk zelf nadeel van ondervindt.⁴⁰ Zo is men in het strafrecht niet verplicht aan zijn eigen veroordeling mee te werken. We hebben dus te maken met twee fundamenteel tegenstrijdige belangen. Deze kwestie speelt niet alleen in de geneeskunde, maar ook daarbuiten, zoals bij onderzoekscommissies van bijvoorbeeld ernstige ongelukken of rampen (de vuurwerkramp in Enschede, de cafébrand in Volendam) en bovendien is ze internationaal van karakter.

Ook al vallen de respectieve doelstellingen van het feitenonderzoek principieel te onderscheiden, ze zijn niet volledig van elkaar te scheiden, en evenmin te verzoenen. In de strijd tussen deze twee belangen is niet te zeggen welk belang zou moeten prevaleren. Het gevaar is evenwel allesbehalve denkbeeldig dat de eis tot schuldtoebedeling zwaarder zal gaan wegen dan het veiligheidsonderzoek. De positie van de rechter ligt namelijk wettelijk verankerd, die van onderzoekscommissies niet. Hoe is dit op te lossen?⁴¹

39 Zie Arah & Klazinga (2004), p. 226 e.v. Zij stellen: "However, these safety initiatives raise several questions. What are the key components of the efforts and what are they actually aimed at? Can other countries really adopt similar initiatives? If so, are they sufficiently safe and sound for crossnational learning? Will such initiatives solve the problems of health system safety? Although safety is the topic of a growing number of scientific papers, few articles have tried to critique the actual reactions to safety in health care."

40 Zie Liang (2000), p. 112 e.v.

41 Zie hierover uitgebreid de studie van Hallers et al. (2002).

8.4.1 Juridische aspecten van 'veilig' melden

Ter bevordering van de patiëntveiligheid biedt het zonder persoonlijk risico melden van zoveel mogelijk incidenten mogelijkheden voor structurele kwaliteitsverbetering.⁴² Maar wat wordt er nu precies met 'veilig' bedoeld? Degene die een (bijna-)incident meldt, hoeft bij deze wijze van mededeling doen geen angst te koesteren voor individuele maatregelen.⁴³ De vraag is of dit veilig melden moreel en juridisch kan en of het werkelijk tot een betere veiligheid leidt.⁴⁴

Hoe staat het met de positie van de gelaedeerde patiënt in dit geheel? De eerste die alle recht heeft op melding en uitleg van complicaties of fouten is toch de patiënt zelf. Een maatregel voor veilig melden mag niets afdoen aan het recht van de patiënt om een klacht in te dienen of een juridische procedure te starten. Van belang is wat er nu precies in deze context met 'veilig' melden wordt bedoeld.⁴⁵ Om dit 'veiligheidsrisico' voor de arts kan men niet heen. Al eerder werd duidelijk gemaakt (zie hoofdstuk 5) dat wél eerlijk en open melden van fouten 'veiliger' is dan verzwijgen: een oprechte, eerlijke en meelevende dokter heeft minder kans op een procedure dan een defensieve zwijgende arts.

Dit traject van informatie aan de patiënt moet gescheiden worden van het analysetraject en dat analysetraject ook weer van een procedurele route. De enige overeenkomst is dat ze allemaal van dezelfde broninformatie gebruik maken – het medische incident – met verschillende doelen en (deels) met verschillende middelen. Het is daarom goed deze drie wegen conceptueel gescheiden te houden, enige praktische overlap is echter mogelijk.

8.4.2 Bezwaren tegen 'veilig' melden

Hoe staat het met de motivatie om voor deze benadering te kiezen? Er zijn rationele maar ook emotionele argumenten. Een veelgenoemd en al besproken argument is dat civiele procedures een verbetering van de patiëntveiligheid in de weg zouden staan.⁴⁶ Daarom wordt ervoor gepleit om prioriteit toe te kennen aan de coöperatieve kwaliteitsbevordering boven individuele juridische afrekeningen.⁴⁷ Dat is de rationele kant.

42 Zie daarover Legemaate (2004), p. 1169 e.v.

43 Zie het heldere overzicht hierover van Legemaate (2005b), p. 1203 e.v.

44 Zie ook Issue Brief (2001) en voorts het onderzoek van Weissman et al. (2005) onder ziekenhuisdirecteuren.

45 Echter, de schadeverzekeraars maken artsen op dit punt onzeker; zie ook 5.4 en 5.5.

46 Zie Leape (1994), Gostin (2000), Sage (2001), Sage (2002), McNutt et al. (2002), Layde et al. (2002), Leape (2002), Schoenbaum & Bovbjerg (2004).

47 Zie bijv. het pleidooi van Sage (2003), p. 26 e.v.

Is de angst van artsen voor sancties wel een juist argument voor het instellen van een systeem van veilig melden? Hiertegen kunnen verschillende bezwaren opgeworpen worden. In de eerste plaats is de vraag waar de maatschappelijke sympathie zal liggen: waarschijnlijk *niet* bij maatregelen ter bescherming van artsen, die toch al de odeur van *conspiracy of silence* dragen!

Een tweede kwestie is: wie claimt de claims? Is de aanpak van medische incidenten primair iets voor de jurist of voor de dokter? Gaat onder deze principieel ogende strijd niet een verborgen agenda schuil namelijk een territoriumstrijd tussen de juristerij en de geneeskunde tot wiens domein medische fouten behoren?⁴⁸ Wanneer dokters hun fouten moeten melden en daarna juridische immuniteit krijgen, hebben de jurist en de patiënt het nakijken.

Een derde punt is dat niet alleen het recht van de patiënt om als civiele partij het ziekenhuis aansprakelijk te kunnen stellen, maar ook dat de taken van de Geneeskundige Inspectie of het Openbaar Ministerie niet mogen worden geblokkeerd.⁴⁹ Binnen het totaal van medische incidenten is er altijd een groep waarbij van zodanig ernstig verwijtbaar handelen sprake is, waarbij sancties moeten worden opgelegd.

Een vierde argument is medisch-inhoudelijk: als de arts duidelijk kan maken, bijvoorbeeld aan de hand van een praktijkrichtlijn, te hebben gehandeld als een redelijk bekwaam en redelijk handelend arts, wat heeft hij dan te vrezen? Iedere arts moet zich toch kunnen en durven verantwoorden voor diens gedragingen?

In diverse landen is inmiddels hetzij wetgeving ingevoerd of in voorbereiding om foutmelding verplicht te stellen⁵⁰ en de melders enige vorm van immuniteit te verschaffen.⁵¹ De vraag is echter wat de empirische grondslag voor dergelijke maatregelen is: de ondersteuning van dergelijke wetsontwerpen bestaat vooral uit retoriek.⁵²

48 Een fraaie uiteenzetting daarover biedt Latham (2001), p. 163 e.v.

49 "Het is duidelijk dat deze meldingen aan de inspectie niet *blamefree* kunnen zijn. De inspectie heeft namelijk tot taak de kwaliteit van gezondheidszorg te bewaken en te handhaven." Aldus gemeld op p. 81 van het Jaarrapport 2003 van de IGZ.

50 In Nederland bestaat sinds kort de wettelijke verplichting calamiteiten binnen zorginstellingen te melden. Zie de Wet van 7 april tot wijziging van de Kwaliteitswet zorginstellingen en de Wet klachtrecht cliënten zorgsector, Staatsblad 2005, nr. 216.

51 In enkele Amerikaanse staten is dat vanaf 2002 ingevoerd en in Denemarken is dat per 1 januari 2004 wettelijk geregeld.

52 Zie bijvoorbeeld de analyse van Leape (2002), p. 1863 e.v. Hij is geen tegenstander van het melden van fouten om er iets mee te doen, maar het effect van verplichte melding is twijfelachtig.

8.4.3 Oorzakenonderzoek inhoudelijk en procedureel versterken

Wanneer we van medische incidenten willen leren, dienen ze nauwkeurig onderzocht te worden. Aan een dergelijk onderzoek zijn procedurele en inhoudelijke aspecten te onderscheiden. Qua werkwijze is het belangrijk dat zo'n onderzoek wordt uitgevoerd door personen die niet bij de calamiteit betrokken waren en die onafhankelijk hun werk kunnen doen. De positie van zelfstandig oorzakenonderzoek ter verbetering en het waarborgen van de veiligheid zal daarom verstevigd moeten worden. Daarvoor zijn twee elkaar niet uitsluitende mogelijkheden denkbaar. De eerste is het geven van een wettelijke grondslag aan dergelijke commissies, zoals al het geval is bij klachtencommissies in ziekenhuizen krachtens de Wet Klachtrecht Cliënten Zorgsector. Een belangrijk punt is de garantie van vertrouwelijkheid van de gegevens zoals al voor commissies 'Meldingen incidenten patiëntenzorg' (MIP-commissies) omschreven, maar niet buiten dat kader. De tweede mogelijkheid is die maatregelen te nemen die én optimale onpartijdigheid én optimale kwaliteit van het onderzoek kunnen garanderen.

In een studie van het E.M. Meijers Instituut voor Rechtswetenschappelijk Onderzoek te Leiden over deze problematiek van botsende belangen zijn tien beginselen voor dergelijke onafhankelijke onderzoekscommissies geformuleerd.⁵³ De rechten en de plichten van de onderzoekers en onderzochten worden daarmee helder omschreven. Zo kan worden voorkómen dat later discussie ontstaat over de wijze van uitvoering van het onderzoeksproces.

Belangrijke voorwaarden vanuit medisch perspectief zijn onafhankelijkheid, deskundigheid, zorgvuldigheid, het principe van hoor en wederhoor, behoorlijke behandeling van getuigen en partijen en de scheiding van schuldvraag en oorzakvraag. Daarmee ontstaat – noodgedwongen – een zekere mate van juridisering van dergelijke commissies.

Gevoelige kwesties zijn de openbaarheid van het onderzoek en de mogelijkheid van geheimhouding. Geheimhouding wordt als belangrijke voorwaarde genoemd om ter wille van het nemen van effectieve maatregelen alle feiten boven water te kunnen krijgen. In de Verenigde Staten werden recent wetsontwerpen ingediend om bescherming te bieden aan diegenen die vrijwillig informatie verschaffen. De in 8.2 genoemde voorbeelden maken duidelijk dat ook in Nederland daarover een discussie nog gevoerd moet worden en maatregelen genomen.

8.5 DE MEDIA ALS VIRTUEEL VERANTWOORDINGSFORUM

Een niet-juridische mogelijkheid om artsen ter verantwoording te roepen en hun gedrag te beïnvloeden, is wanneer de media vermeende medische misstan-

53 Zie Hallers et al. (2002), p. 233 e.v.

den aan de kaak stellen. De arts die zo in het nieuws komt, loopt reputatieschade op en er wordt publieke druk op bestuurders uitgeoefend om corrigerende maatregelen te nemen.

De belangstelling voor medische fouten bij de nieuwsmedia is groot; ze mogen beslist misstanden aan de kaak stellen maar niet zonder het in acht nemen van de noodzakelijke zorgvuldigheid ten opzichte van de artsen die bij de kwestie zijn betrokken. Helaas wordt publiciteit door gelaedeerden of hun advocaten steeds vaker als strijdmiddel gebruikt. Het resultaat van het mediaspektakel is vaak dat deze ruchtbaarheid al een openlijke veroordeling inhoudt nog voordat de rechter zich heeft uitgesproken.⁵⁴ Er zijn daarbij twee juridische principes in het geding: de onschuldpresumptie en hoor en wederhoor.

De media, waaronder internet, bieden moderne schandpalen.⁵⁵ In de berichtgeving over vermeende fouten van artsen of tekortschietende kwaliteit van ziekenhuizen valt een spanning te constateren met de onschuldpresumptie zoals is vastgelegd in artikel 6 lid 2 EVRM. Ook bij publicatie van rapporten van de Inspectie op Internet⁵⁶ gaat de openbare mededeling vooraf aan de discussie in rechte. Het motief voor deze openbaarmaking is de mogelijke preventieve werking en om de consument te informeren. Dat staat op gespannen voet met de rechtsbescherming van de arts of de organisatie.⁵⁷

Het principe van hoor en wederhoor is moeilijk te realiseren. Een arts kan zich tegen aantijgingen moeilijk in het openbaar verweren: hij is gebonden aan het beroepsgeheim en kan zich derhalve zonder schending van de privacy van de betreffende patiënt niet openlijk verweren.

Een krantenartikel of de TV-rapportage is niet een plaats waar een zorgvuldige opsomming van feiten en afweging van argumenten mogelijk wordt gemaakt, maar het schept wel de situatie waarbij iemand schuldig wordt verklaard zonder de rechtsbeginselen van *fair trial* en waardoor vooroordelen tegen medici kunnen ontstaan.

De Britse psycholoog Reason heeft gewaarschuwd voor wat hij de schuldval ('blame trap') noemt bij calamiteitenonderzoek.⁵⁸ De neiging is groot om iemand als schuldige aan te wijzen maar is het zinken van een Engelse veerboot louter de schuld van de kapitein of het ontploffen van een Russische kerncentrale de fout van een technicus? Is de dood van de baby (casus 8.1) enkel de cardioloog te verwijten die de ingreep uitvoerde? Zou de verkeerde afloop van de ingreep bij een andere specialist, gegeven de omstandigheden,

54 Men realiseert zich overigens de begrijpelijke frustraties van de gelaedeerde over de gang van zaken.

55 Vgl. Doorenbos (2003), p. 2190 e.v. Op internet kan men tal van sites vinden waar artsen met naam en toenaam genoemd worden door patiënten die hen van alles beschuldigen.

56 Zie Tweede Kamer der Staten-Generaal 2004/05, 29 800 XVI, nr. 135.

57 Zie voor een uitgebreidere beschouwing van deze problematiek het NJB-themanummer *Mediamacht en recht*, 2003, nr. 38.

58 Reason (2000).

niet hebben plaatsgevonden? Voor de patiënt en diens omgeving lijkt een medische 'fout' meestal duidelijk herleidbaar tot één persoon, maar in de praktijk is het maken van fouten zelden een puur persoonlijke aangelegenheid. Vaak gaat het om slechte organisatie, falende communicatie of het slecht functioneren van een team.

De media die misstanden signaleren, kunnen zeker een bijdrage leveren aan het op gang brengen van processen om ongewenste situaties te veranderen. Het gevaar bestaat dat er daardoor echter voornamelijk incidentenpolitiek bedreven wordt om het probleem op te lossen. Bovendien ligt de nadruk teveel op het sensationele waardoor zaken uit hun verband getrokken worden. Als arts en patiënt er onderling en na hulp van derden niet uit kunnen komen, dan is de enige arena waar een geschil moet worden uitgevochten de rechtszaal en niet de publieke ruimte. Berichtgeving in de trant van *j'accuse* werkt eerder contraproductief als het gaat om veiligheidsbevordering in de zorg.

8.6 EEN MIDDENWEG MOGELIJK MAKEN

Leren en controleren zullen beter op elkaar moeten worden betrokken. Iedereen is gebaat bij een doordacht en evenwichtig beleid wat betreft de omgang met fouten. Patiëntveiligheid is niet het monopolie van artsen en evenmin van juristen. Het afleggen van verantwoording gebeurt tegenover verschillende fora. Het bewaken en bevorderen van kwaliteit van medische zorg is primair de verantwoordelijkheid van artsen maar vergt een multidisciplinaire aanpak. De afwikkeling van medische fouten vraagt – ook al vinden dokters dat onaangenaam – tevens inzet van niet-medici. De huidige organisatie en de inrichting van toezicht en de manier van verantwoording zijn dus tamelijk complex en veelal ondoorzichtig.

Daarnaast wordt het functioneren van de gezondheidszorg bepaald door factoren van binnen en buiten de medische wetenschap. Als er verschillende podia zijn waarop strijd voor een veiliger medische zorg wordt gevoerd, is er behoefte aan ordening daarvan. Een vruchtbaarder aanpak is het accent van het oorzakenonderzoek bij de organisatie te leggen: bij een fout is niet de belangrijkste kwestie wie de fout maakte, maar hoe en waarom de preventie- en correctiemechanismen faalden. Daarmee beweegt het onderzoek zich 'stroomopwaarts'.⁵⁹

Een aspect schreeuwt om aandacht. Als er teveel tijd en energie wordt gestopt in reguleren en formaliseren van werk- en sturingsprocessen en het toezicht daarop bestaat het gevaar dat de flexibiliteit van het systeem en innovatie van praktijkvoering in het gedrang komen.⁶⁰ De zorg moet beslist beter maar niet nog bureaucratischer worden. Processen van verbetering en

59 Vgl. Reason (2000), p. 768 e.v.

60 Zie Horrobin (2002), Shaywitz & Ausiello (2004).

vernieuwing moeten de boventoon voeren en goede prestaties beloofd en ten voorbeeld gesteld terwijl ondermaats presterende organisaties en professionals ook daadwerkelijk aangepakt worden.⁶¹

8.7 SLOTSOM

Fouten maken is menselijk en daarmee realiteit. Gezien de gevolgen ervan is de geneeskunde aan zichzelf maximaal verplicht de kans daarop te minimaliseren. De kans op fouten neemt echter momenteel alleen maar toe: er komen steeds meer diagnostische en therapeutische interventies, de zorgvraag groeit voortdurend bij een toenemend tekort aan artsen en medisch personeel, de zorgverlening wordt complexer en steeds vaker is het een teambehandeling, door fusies worden de ziekenhuizen alsmaar groter en moeten ze door een fase heen van cultuurconflicten, de managementcultuur maakt verantwoordelijkheden onduidelijker, het topmanagement bedrijft bestuur op afstand en loopt daardoor het risico vervreemd te raken van de concrete patiëntenzorg. De aandacht voor foutenpreventie zal dienovereenkomstig moeten stijgen. Een slechte organisatie induceert een cultuur van geringe verwachtingen, dat geldt ook voor verwachtingen wat betreft veiligheid.

Medische incidenten zijn organisatorische accidenten. Zoals Reason stelt: “wij kunnen de menselijke aard niet veranderen, maar wel de omstandigheden waaronder mensen werken”.⁶² Zo toont de dagelijkse praktijk waar de organisatie zwak is. Daarvoor is het nodig dat de plicht van gezondheidszorginstellingen tot veiligheidsbevordering en -handhaving ook het recht inhoudt op intern confidentieel onderzoek. Een vertrouwenwekkend beleid legitimeert dit vertrouwelijke oorzakenonderzoek.

61 Zie ook de aanbevelingen van het WRR-rapport (2004), par. 8.4.

62 Vgl. Reason (2000).

9 | Conclusies over het systeem van medische aansprakelijkheid

Judges prescribe sentence on lesser evidence about what works and what is cost effective than doctors prescribe medicines.¹

Dit onderzoek beschouwt medische aansprakelijkheid als een systeem en de vraag is, alles uit de voorgaande hoofdstukken overziende, welke conclusies we kunnen trekken. Om juist te kunnen oordelen over het systeem zijn de doelstellingen ervan essentieel, maar deze blijken niet erg scherp omlijnd (9.1). Hebben we enig idee over de aard van het systeem, nu we het van verschillende kanten hebben bekeken (9.2)? Welke problemen zijn we tegengekomen als het gaat om voldoende in- en overzicht over de problematiek te krijgen (9.3)? Dan evalueren we de verschillende achtereenvolgende componenten. Eerst de input van het systeem (9.4) en dan de processen ervan, om te beginnen met het buitengerechtelijke deel (9.5) en vervolgens de overheidsrechter (9.6) en tenslotte de output van het systeem (9.7). Zijn we wel beschouwd tevreden en dient het systeem zo gelaten te worden of moet het anders en vooral beter en zal er dus stevig aan gesleuteld dienen te worden (9.8)? Welke agendapunten voor de juridische en medische wetenschap komen uit dit onderzoek verder naar voren (9.9 en 9.10)? Is het niet boeiend te beseffen dat er een treffende probleemverwantschap bestaat tussen oordelende rechter en handelende dokters (9.11)?

9.1 DOELSTELLINGEN SYSTEEM ZIJN NIET ERG PRECIES

Om evenwichtige conclusies over het functioneren van het systeem van medische aansprakelijkheid te kunnen trekken, zijn duidelijk omschreven en tegelijk ook praktisch te evalueren doelstellingen een vereiste (zie 2.2.2 e.v.). De 'klassieke' kerndoelen zijn compensatie en preventie. De middelen om die doelstellingen te bereiken zijn respectievelijk gedragsbeoordeling en gedragsbeïnvloeding.

1 Bird (2004).

9.1.1 Compensatie

De term compensatie impliceert dat er iets moet worden vereffend. Die functie is voor het aansprakelijkheidsrecht vanzelfsprekend maar als men niet expliciet kan maken *wat* er nu precies gecompenseerd wordt, *waarom* en *hoe*, kan de compensatiefunctie niet adequaat worden geëvalueerd. Vooral het eerste punt, wat er wordt gecompenseerd, blijft schimmig.

Daarnaast dijt de aansprakelijkheid voortdurend uit,² is de grondslag van de vordering en de schadebepaling vaag en wordt het schadebegrip wel erg abstract gehanteerd. Een voorbeeld daarvan is de *wrongful life* casuspositie van baby Kelly.³ Daarbij wordt voor veel zaken schadeloosstelling gevraagd:

De kosten van de opvoeding en verzorging van het ernstig gehandicapte kind; de extra kosten voor medische en andere behandeling, alsmede de kosten ten behoeve van Kelly ter verzachting van het leed ten gevolge van de handicap; de met de handicap van Kelly samenhangende extra kosten voor de rest van het gezin; de kosten van de psychiatrische behandeling van de moeder als gevolg van haar confrontatie met het leed en haar jongste dochter en de daardoor veroorzaakte ontwrichting binnen haar gezin; de immateriële schade van Kelly, bestaande uit het ernstige fysieke en geestelijke lijden, waaraan zij sedert haar geboorte is, en in de toekomst nog zal worden blootgesteld; de immateriële schade van de moeder, ten gevolge van haar confrontatie met het leed van haar jongste dochter en de daardoor veroorzaakte ontwrichting binnen haar gezin; de immateriële schade van de vader, ten gevolge van zijn confrontatie met het leed van zijn jongste dochter en de daardoor veroorzaakte ontwrichting binnen zijn gezin; de kosten voor rechtsbijstand.⁴

Aan de hand van onze analyse en dit voorbeeld zien we dat de compensatiefunctie als doelstelling zich slecht laat evalueren omdat:

1. Voor het individuele schadegeval de concrete doelstellingen niet scherp gedefinieerd zijn en bovendien in de loop van de tijd qua inhoud veranderen en uitbreiden. Ook het ermee samenhangende schadebegrip is onvolgende geconcretiseerd.
2. Vanuit maatschappelijk perspectief de bredere betekenis van compensatie onduidelijk is, met name wat schadeloosstelling nu precies oplost. De nadelen van medische aansprakelijkheid zijn gemakkelijker op te sommen dan de voordelen.
3. Er lopen puur economisch nadeel en psychologische schade dooreen, waarbij vooral de tweede toch moeilijk concreet op geld te waarderen is.

2 Zie het inmiddels vermaarde preadvies van Bolt en Spier (1996).

3 Zie het commentaar van Buijsen (2005), p. 835 e.v.

4 HR 18 maart 2005, LJN-nummer AR5213, C03/206HR.

4. Het ontbreekt praktisch aan een goede boekhoudkundige organisatie waardoor niet alle kosten en baten volledig tegen elkaar kunnen worden afgewogen om de doelstelling te kunnen evalueren.

9.1.2 Preventie

Aansprakelijkheidsrecht wordt gezien als instrument van preventie.⁵ De consument van de gezondheidszorg zal juist in deze sector van maatschappelijke dienstverlening verlangen dat allerlei prikkels ertoe zullen bijdragen dat het systeem zo veilig mogelijk functioneert.⁶ Aangezien het doen en laten van artsen niet alleen via de juristerij wordt bepaald, is het voor plaatsbepaling ook nodig de betekenis van dit systeem ten opzichte van andere gedragsbeïnvloedende mechanismen te onderzoeken.

De vraag is of preventie hoofddoel of neveneffect is. Als doelstelling van medische aansprakelijkheid is het nogal abstract en daardoor in praktische zin vaag. Alleen al daardoor is het moeilijk empirisch te toetsen of deze doelstelling ook wordt gerealiseerd.

9.1.3 Gedragsbeoordeling

In essentie is medische aansprakelijkheid gedragsbeoordeling. Om juist en rechtvaardig over de gedraging van een hulpverlener te kunnen oordelen, zullen met diagnostische scherptheid de relevante feiten verzameld moeten worden en billijk beoordeeld. De situatie waarin dit alles plaats zal vinden biedt beoordelings- en beslisruimte: een rechter in deze tijd is niet iemand die geacht wordt klakkeloos gedragingen aan rechtsregels af te meten en mechanisch het recht toe te passen.⁷ Dat geeft de mogelijkheid voor recht op maat, maar biedt (zie 2.4) tegelijk de kans op fouten bij zowel het proces van diagnosticeren als beslissen op onjuiste beslissingen door uiteenlopende psychologische factoren.⁸

Voor wat betreft de rechter hebben we hier met twee groepen factoren te maken: elementen die gebonden zijn aan de persoon van de rechter en de niet-

5 Zie ook het pleidooi van Hartlief (2005) daarover.

6 Theorie en praktijk staan niet altijd op een lijn. Daarover een working paper van Sunstein et al. (1999).

7 Zie daarover Wiarda (1999).

8 Voor een uitgebreide inventarisatie en analyse van dergelijke problemen: zie Van Koppen et al. (2002) over psychologische aspecten van het recht en het artikel van Drahozal (2004).

persoonsgebonden factoren: de heuristieken en vooringenomenheden die een rol spelen bij mentale processen in situaties van onzekerheid.⁹

Juist wanneer een patiënt klaagt over door onjuist handelen opgelopen lichamelijke of psychologische schade komen bij alle betrokkenen sentimenten naar voren die een juist oordeel kunnen vertroebelen. Dat heeft een aantal implicaties als men (cognitieve) fouten tot een minimum wil beperken:¹⁰

- Alle betrokken medische en juridische professionals dienen zich van mogelijke cognitieve problemen bewust te zijn.
- Het proces van informatie verzamelen en oordelen moet zodanig ingericht worden dat de kans op verstoring zo gering mogelijk wordt gehouden. Dit vraagt om 'debiasing' technieken.¹¹
- Vermijd overbelasting, enerzijds cognitief (informatie overbelasting¹²), anderzijds qua werkdruk.
- Zorg voor snelle en systematische terugkoppeling naar de *decision makers* zodat fouten opgemerkt, begrepen en ook gecorrigeerd kunnen worden. Dat resulteert in beter en evenwichtiger functioneren van deze professionals.
- Organiseer ook fora van rekenschap juist ook op dit terrein voor rechters.

Degenen die in het recht werkzaam zijn, zullen de complexiteit van de menselijke psychologie dienen te begrijpen, te accepteren en die kennis toepassen in hun praktijk.¹³

9.1.4 Gedragsbeïnvloeding

In de inleiding van dit proefschrift (1.2) hebben we het begrip gedragsbeïnvloeding gebruikt. De vraag is daarbij gesteld op welke wijze en in welke mate het recht – als normenwetenschap – de handel en wandel van artsen kan bepalen, in het bijzonder via de civiele medische aansprakelijkheid. Die gedragsbeïnvloeding is erop gericht het leven te verbeteren dus om medische professionals ertoe aan te zetten een zo goed mogelijke kwaliteit en veiligheid van dienstverlening te realiseren. Dan zal dus helder moeten zijn *wat* er van hulpverleners verwacht wordt, zeker als ze zich daarvoor dienen te kunnen verantwoorden: waarnaar moeten ze hun gedrag richten?

9 Zie hierover Wagenaar & Crombag (2002), p. 835 e.v.

10 Vgl. de opsomming van Crosskerry (2003), p. 779.

11 Zie bijvoorbeeld Risinger et al. (2002), Giannelli (2002) en Broeders (2003).

12 Juridische dossiers zijn dik, correspondentie is omvangrijk. Door het gefragmenteerde karakter van de rechtsafhandeling moeten rechters en advocaten keer op keer het alsmear groeiende dossier weer doornemen. Sturing van het proces en betere organisatie van de inhoud lijkt dringend gewenst.

13 Zie Feldman (2000b), p. 1423.

Die gedragslijn wordt bepaald door professionele, morele en juridische factoren. In pedagogisch opzicht zullen de professionele normen het grootste gewicht hebben. De morele en juridische elementen zijn meer indirect sturend; het zijn vooral contextuele factoren. Hier worden de ethische en rechtsbeginselen geformuleerd waaraan het handelen getoetst kan worden.

9.2 DE AARD VAN HET SYSTEEM WORDT ONVOLDOENDE BEGREPEN

Onvrede met de bestaande en zich ontwikkelende situatie van medische aansprakelijkheid is het motief voor dit onderzoek en in het verlengde daarvan ligt logisch het plan om het systeem bij te sturen in de gewenste richting. Zowel de wijze van onderzoeken als het nemen van maatregelen voor bijstelling ervan vraagt fundamentele kennis van de *aard* van het systeem. Medische aansprakelijkheid – het geheel van regels, instituties, personen en drijvende krachten – is een complex sociaal systeem (zie 1.4.6) en te weinig wordt gerealiseerd welke gevolgen die constatering heeft voor zowel onderzoek als beleid.¹⁴

9.2.1 Geen reductionistische benaderingen

Analyse noch sturing van een complex sociaal systeem lenen zich voor een reductionistische benadering. Oorzaken en oplossingen van kwesties liggen bij een dergelijk stelsel niet eenvoudig voor de hand. We hebben eerst en vooral behoefte aan zicht op het totaal, in een atomistische benadering schuilt het gevaar van een mechanisch concept alsof medische aansprakelijkheid een uurwerk is waarvan men de verschillende radertjes en veren bestudeert en zonodig kan aanpassen of vervangen. Het veiligheidssysteemdenken van de *patient safety movement* of de pleidooien voor invoering van een *no-fault* verzekeringssysteem maakt op zijn best een einde aan maar een deel van het probleem maar hun toepassing roept weer nieuwe kwesties op. Er is dus een op die complexiteit toegesneden wijze van onderzoeken én sturen nodig.

9.2.2 Onderzoek aansprakelijkheid als complex systeem

Als we een beroep moeten doen op de leer van complexe systemen zien we andermaal nut en noodzaak van het ontwikkelen van op de problematiek toegepaste concepten en methoden. De vraag is natuurlijk hoe, maar deze wijze

14 Zie voor een uiteenzetting over complexiteit Chu et al. (2003).

van denken is binnen de juridische wetenschap nog weinig bekend, de medische is er al wel mee bezig.¹⁵

Een van de eigenschappen van complexe systemen, in tegenstelling tot 'eenvoudige' mechanische, is dat verandering van één element niet steeds tot voorspelbare aanpassingen leidt. De ad-hoc maatregelen betreffende medische aansprakelijkheid in het buitenland hebben geen duurzame oplossingen in de gewenste richting gegeven of leiden weer tot andere vraagstukken.¹⁶ Wanneer sturing van buitenaf van een dergelijk systeem maar in beperkte mate mogelijk is, stemt dat tot (politieke) bescheidenheid. Men moet juist gebruik proberen te maken van de intrinsieke adaptieve – dus zelfregulerende – vermogens van het systeem en dat niet nog ingewikkelder maken.

9.2.3 De valkuil van doctrinaire detaillering en meer regels

Als het systeem van medische zorg alsmaar uitdijt en de praktijk in kwaliteit tekortschiet waardoor meer claims, is met name vanuit juridisch en bestuurlijk perspectief de neiging groot ordenend en regelend te willen optreden. Er zijn dan ook de afgelopen jaren veel wetten op het gebied van regulatie van de medische zorg gekomen.¹⁷

Twee voorbeelden. In 1995 werd de WGBO ingevoerd. Deze kaderwet telt 23 wetsartikelen. Er volgde vijf jaar na introductie een evaluatie van onderdelen ervan (462 pagina's), die weer gevolgd werd door een studie over problemen rond de implementatie van de WGBO (4 delen, totaal 376 pagina's). De WKZ, eveneens daterend van 1995, werd geëvalueerd (ZonMw, NIVEL; 159 pagina's) en gevolgd door een praktijkrichtlijn klachten (309 pagina's). De materie is, althans afgaande op de omvang van de studies, degelijk onderzocht en breedvoerig uitgewerkt maar het gevolg daarvan is dat de complexiteit van het systeem alleen maar groter in plaats van kleiner wordt. Dit proces heeft kenmerken van een vicieuze cirkel.

De gemiddelde arts zal dergelijke omvangrijke en sterk juridisch getinte rapporten en praktijkrichtlijnen niet lezen. De materie wordt meer en meer het domein van een kring van ingewijden. Zo groeit de kloof tussen enerzijds de studeer- en vergaderkamer en anderzijds de medische praktijk. Een dergelijke aanpak miskent zowel de aard van het systeem als de kern van het praktische probleem. Wat het laatste betreft: men formuleert *juridische* oplossingen voor deelproblemen van het complexe *medische* systeem, bijvoorbeeld de

15 Zie de serie artikelen over complexiteit in de British Medical Journal in 2001 (vol. 323, p. 625-628, p. 685-688, p. 746-749, p. 799-803), m.n. het artikel van Plsek & Wilson (2001).

16 Dat geldt m.n. voor de VS, waar er verschillende *malpractice crises* zijn geweest, steeds gevolgd door maatregelen in procedurele (aanpassing tort law) of economische zin (bijv. damage caps). Zie Sage (2004) en voorts Mello et al. (2003) en Studdert et al. (2004).

17 Zie bijvoorbeeld de nieuwste druk *Tekst en Commentaar Gezondheidsrecht* (2005).

contractuele relatie, de informatieplicht, de communicatie over fout medisch handelen: het bekende spanningsveld tussen juridische concepten en de medische praktijk. Als iets aan de hand van rechts- of gedragsregels gestuurd wordt, wil dat nog niet zeggen dat daarmee de praktische oplossing van de kwestie is gegeven. Rekening houdend met de complexe aard van het systeem is het volgende van belang:¹⁸

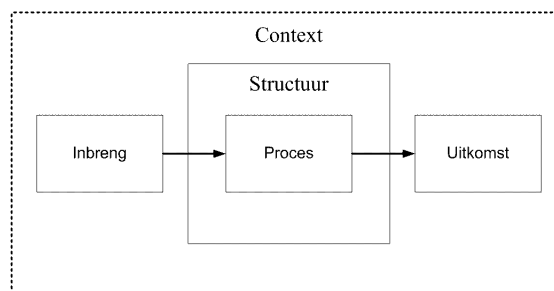
1. Noch het systeem, noch de context zullen zich ooit constant gedragen maar zijn voortdurend in beweging;
2. Individuen binnen een systeem gedragen zich onafhankelijk en ook creatief;
3. Onzekerheid is inherent aan het systeem;
4. Problemen kan men nooit echt oplossen maar er kan verbetering in de situatie worden aangebracht;
5. Effectieve oplossingen floreren eerder bij minimumspecificaties dan door maximale regulatie;
6. Kleine veranderingen kunnen grote effecten hebben.

Het draait dus bij sturing om uit te gaan van een totaalbeeld en -visie, de som van interacties van systeemonderdelen en van mensen en om eenvoud.¹⁹ Anders verdrinken we in regels en rapporten over details. Het zelforganiserend vermogen van (onderdelen van) het systeem moet worden bevorderd.

9.3 GEEN GOED OVERZICHT OVER HET SYSTEEM TE KRIJGEN

De centrale vraag in dit onderzoek is of het systeem van aansprakelijkheid van artsen in de praktijk ook functioneert zoals het is bedoeld. Als raamwerk daarvoor werd in hoofdstuk 1 een eenvoudig bedrijfskundig model getoond (fig. 9.1).

Figuur 9.1: Het systeemmodel



¹⁸ Zie Fraser & Greenhalgh (2001), p. 800.

¹⁹ Zie hierover De Bono (1998), p. 24. De auteur stelt in dit boek uitdagend: "Complexity is always failed simplicity."

Hebben we, als we voor dit vraagstuk oplossingen voor willen formuleren, het probleem eerst wel voldoende in kaart gebracht? Om zo'n overzicht te verkrijgen zal een andere manier van denken nodig zijn, een waar de jurist niet in getraind is: het is de overstap van casus- naar populatieonderzoek. Wat er met een eiser gebeurt als deze door het systeem 'wandelt' zegt te weinig. Pas op geaggregeerd niveau wordt duidelijk waarmee het systeem zich bezighoudt en wat er allemaal gebeurt: juridische epidemiologie. Als we voor die benadering kiezen, blijken we nog maar weinig te weten.

9.3.1 Grootte en ernst van het probleem van medische fouten

Hoewel primair vanuit de geneeskunde in verschillende landen onderzoek is verricht naar het vóórkomen van medische incidenten, hebben we voor Nederland niet de beschikking over empirisch onderzoek dat de omvang en de ernst van het probleem voldoende betrouwbaar kan schatten.²⁰ Ook buiten ons land is het maar de vraag hoe betrouwbaar het beeld is dat men van dit probleem heeft. Die bepaling – methodologisch allesbehalve simpel – is geen doel op zich maar het geeft enerzijds de urgentie van het probleem aan en anderzijds biedt het een ijkpunt waaraan effecten van maatregelen in de toekomst kunnen worden afgemeten.

Een beeld dat uit alle onderzoeken naar voren komt, is dat de kwestie van medische incidenten qua omvang en ernst groter is dan verondersteld: het wordt onderschat, het is een structureel probleem binnen de gezondheidszorg en moet daarom ook als zodanig systematisch aangepakt worden. De diagnostische methoden voor het opsporen van medische fouten zijn echter feilbaar en dat heeft gevolgen voor zowel de uitkomsten van epidemiologisch onderzoek naar fouten (mogelijke over- of onderschatting van het probleem) maar ook voor de juistheid van het oordeel van de rechter.

Het gaat niet alleen om de aantallen fouten, er is ook differentiatie naar ernst nodig. De mededeling dat er bij 10% van de patiënten tijdens ziekenhuisopnames fouten worden gemaakt, vraagt vervolgens om onderzoek naar ernst en gevolgen. De gegevens daarover zijn nog beperkt.

9.3.2 Geen totaalbeeld van frequentie klachten over medische fouten

Een andere mogelijkheid zou kunnen zijn om zich een beeld te vormen aan de hand van klachten die patiënten hebben ingediend, hetzij bij gerechtelijke

20 In 2005 wordt echter gestart met een op Nederland gericht onderzoek door het Nivel onder leiding van prof. dr. G. van der Wal van de afdeling Sociale Geneeskunde, Vrije Universiteit Medisch Centrum, Amsterdam.

of buitengerechtelijke instanties, en na te gaan hoe vaak die voorkomen, wat de aanleiding ertoe was en tenslotte de uitkomst van de klachtenprocedure.

Aangezien formele en informele klachtenafhandeling naast elkaar bestaan en de rapportage van formele klachtenafhandeling vaak incompleet is,²¹ kan een landelijk klachtenoverzicht niet gerealiseerd worden. Het is echter wel nodig dit beeld te verkrijgen en het zo nader te onderzoeken.

Als zowel de (bijna) fouten als de feitelijke klachten van patiënten volledig in kaart gebracht zijn, is vervolgens te onderzoeken hoe terecht de klachten zijn. Wanneer een belangrijk deel van de klachten niet blijkt te berusten op onzorgvuldig medisch handelen heeft dat twee consequenties. Ten eerste vormt de klacht geen betrouwbaar signaal van gebrekkige kwaliteit. Ten tweede moet er dus naar andere oorzaken van dat beklag gezocht worden. Het afwijzen van een klacht lost niet het probleem van de patiënt op.

9.3.3 Geen totaalbeeld van de effecten van (buiten)processuele geschilbeslechting

Als de sleutelfuncties juiste schadevergoeding (compensatie) en bevordering van kwaliteit zijn (preventief effect), zullen die effecten toch op een of andere wijze waarneembaar moeten zijn in de praktijk? Het vormt de noodzakelijke terugkoppeling naar de beoogde doelstellingen van het systeem.

Wat betreft de compensatiefunctie gaat het niet alleen over de gerechtvaardigdheid van schadevergoeding maar ook over de toereikendheid ervan. Maar hebben we daarvoor dan wel de juiste onderzoeks- en meetinstrumenten ontwikkeld? Is er sprake van voldoende rechtseenheid en rechtszekerheid bij toewijzing van schadeloosstelling of lijkt het eerder een roulettesysteem? We hebben op dit moment gewoon te weinig 'harde' bewijzen van effectieve en efficiënte dienstverlening van het aansprakelijkheidsrecht.

Of de preventiefunctie werkelijkheid is, daarvan weten we eveneens veel te weinig maar wat vooral zorgen baart is dat de mogelijkheid van een averechts effect, de defensieve geneeskunde, heel reëel lijkt.²²

Het grootste deel van de claims betreffende medische fouten wordt buiten de rechter om en daardoor goeddeels niet in de openbaarheid afgehandeld. Er bestaan geen formele toetsingskaders voor die buitenprocessuele afhandeling en de aansprakelijkheidsverzekeraars zijn om verschillende motieven niet

21 Zie bijv. Friele et al. (1999) de evaluatie van de Wet klachtrecht cliënten zorgsector. Overeenkomst art. 2 lid 7 van de Wet klachtrecht cliënten zorgsector is het ziekenhuis (1995) verplicht de zorgaanbieder aantal en aard van de door de klachtencommissie behandelde klachten in een kwaliteitsjaarverslag aan te geven.

22 Zie ook recente data gepresenteerd door Fenn et al. (2004).

bereid opening van zaken te geven. Slechts incidenteel worden gecensureerde gegevens openbaar gemaakt.²³

9.3.4 Geen inzicht in de totale kosten van medische aansprakelijkheid

Bij het beoordelen van de effectiviteit en de efficiëntie van de juridische dienstverlening is het kostenaspect van groot belang.²⁴ De redenen daarvoor zijn (1) dat men inzicht krijgt in de economische dimensies van het probleem, (2) kan vaststellen of de gekozen aanpak kosten-effectief is, en (3) onderzoek kan doen naar economische effecten van maatregelen. Engels onderzoek doet vermoeden dat de juridische kosten in veel gevallen hoger uitvallen dan de schadevergoeding.²⁵

Juist het wetenschapsgebied van de rechtseconomie zou de vruchten kunnen plukken van een goede en gedetailleerde boekhouding. Empirische toetsing van rechtseconomische modellen behoort dan tot de mogelijkheden en maakt daarmee ook de plaats binnen de rechtswetenschap van dit vakgebied duidelijk.

Het vaststellen van de totale schade door medische fouten (zie ook 2.7.3) betekent dat niet alleen naar de directe effecten wordt gekeken (langere ziekenhuisopnames, extra behandelingen et cetera) maar ook naar de langetermijneffecten (revalidatie, sociale voorzieningen).

9.3.5 De behoefte aan systeemonderzoek

De juridische en de medische wetenschap verschillen qua traditie wat betreft systeemonderzoek. De medische wetenschap kent een lange traditie als het gaat om het verzamelen van epidemiologische gegevens over allerlei aspecten van ziekte en de effecten van zorg en de laatste decennia is dit uitgemond in het stelselmatig kritisch evalueren van de medische praktijk.²⁶ Het is een manier van denken, die binnen de juridische wereld vooralsnog niet breed leeft.²⁷ Toch is er de laatste jaren een kentering merkbaar. Die heeft met ten-

23 Zie de studie van Hubben & Christiaans (2004) over MediRisk. Dit onderzoek toont echter de nodige methodologische manco's waardoor de uitkomsten niet goed generaliseerbaar zijn.

24 Zie daarover de WODC-studie van Barendrecht, Van Zeeland, Kamminga en Tzankova (2004).

25 Zie het rapport van de National Audit Office (2001) en de rapporten van het Department of Health (2001) en (2003).

26 De ontwikkeling van evidence-based medicine.

27 Zie bijvoorbeeld het overzicht van Goslings uit 1995 over medische aansprakelijkheid: het is een traditionele bespreking van juridische concepten en casuïstiek. Er worden geen kritische of zelfs ontologische vragen gesteld.

minste twee factoren te maken. Vanuit de rechtswetenschap is het vooral de rechtseconomie die effecten van het systeem onderzoekt en modelleert. Anderzijds is er de toenemende maatschappelijke druk dat publieke functionarissen zich dienen te verantwoorden over hun functioneren.

Als de juridische wetenschap meer werk wil maken van systematisch empirisch onderzoek van de verschillende aspecten dan zullen eerst relevante vraagstellingen geformuleerd moeten worden, methoden ontwikkeld voor dit type onderzoek en een infrastructuur voor het uitvoeren en rapporteren van studies. De vraag of de justitiabele terecht komt in een systeem waar voldoende rechtseenheid en -zekerheid wordt verschaft, kan pas met empirisch onderzoek worden beantwoord.

9.3.6 Nog te weinig ontwikkeling van methoden voor onderzoek

Vraagstellingen (theoretisch, observationeel, experimenteel) zijn er te over, maar hoe pak je die aan? Daarvoor is verdere ontwikkeling van methoden nodig en op dat gebied is er nog weinig traditie in de rechtswetenschap.²⁸ Het leren formuleren van onderzoeksvragen, het inventariseren welke gegevens nodig zijn, het ontwikkelen van reproduceerbare en betrouwbare meetmethodes, het selecteren van onderzoekspopulaties, dataverzamelmethode, analysetechnieken en tenslotte het rapporteren van het onderzoek en het interpreteren van die uitkomsten. Effecten die beoogd worden, dienen expliciteerbaar en dus waarneembaar te zijn.

Naast observationeel onderzoek zou er ook meer ruimte voor experimenteel onderzoek moeten zijn. Een vraagstelling als 'is mediation beter als methode voor geschiloplossing dan afhandeling door de overheidsrechter?' vraagt om een experimentele setting.

9.3.7 Geen infrastructuur voor empirisch onderzoek

Wil de juridische wereld meer empirisch onderzoek gaan verrichten, vooral *systematisch* navorsen, dan moeten daar ook de condities voor aanwezig zijn. De mogelijkheden voor onderzoek zijn nog maar beperkt. Weliswaar kunnen uitspraken van geschilbeslechtende instanties in geanonimiseerde vorm op internetsites worden geraadpleegd, zoals sinds 1999 www.rechtspraak.nl, maar daarbij wordt een selectie gepresenteerd.²⁹ Het ontbreekt aan een systeem

²⁸ Zie daarover De Geest (2004) en de Geest (2004b).

²⁹ Zoals de toelichting op deze site aangeeft: "Dagelijks worden er honderden uitspraken door de gerechten gedaan. Het is niet zinvol om al deze uitspraken te publiceren. Daarom zijn er selectiecriteria opgesteld op grond waarvan uitspraken geselecteerd worden voor publicatie door de gerechten. Het gaat hierbij in grote lijnen om uitspraken die of juridisch

van codering, bijvoorbeeld naar wetsartikel of toepassingsgebied. De combinatie van onvolledigheid en slechte zoekfuncties van de database beperkt het doen van goed systematisch onderzoek.

Ook de Tuchtcolleges voor de gezondheidszorg zijn begonnen met het op internet publiceren van beslissingen, eerst vanaf 1998 het Centraal Tuchtcollege voor de Gezondheidszorg³⁰ en sinds 2000 door het Regionale Tuchtcollege van Amsterdam.³¹ Wie onderzoek wil doen vanuit het oogpunt van systeem-evaluatie van medische aansprakelijkheid met deze gegevensbestanden bemerkt als problemen:

- Op de site worden afschriften van uitspraken in elektronische vorm beschikbaar gesteld zonder dat voldoende is doordacht wat men hiermee zou kunnen doen en aan welke voorwaarden dan voldaan zou moeten worden. Vorm moet wetenschappelijke functie volgen.
- Er is geen coderingssystematiek waarmee voor verschillende doeleinden zoekvragen kunnen worden gedaan. Het zoeken gaat nu voornamelijk op tekenreeksen, bijvoorbeeld tekstwoorden, of datum uitspraak. Een rubricering en verdere codering van uitspraken moet het zoeken vereenvoudigen en de opbrengst maximaliseren. Die coderingssystematiek vraagt een gulden middenweg tussen 'lumpers' en 'splitters'.
- Onvolledigheid van het bestand, niet *alle* uitspraken zijn beschikbaar. Volledigheid zou moeten worden nagestreefd.
- Er is te weinig standaardisatie van uitspraken, waardoor zoeken naar bepaalde rubrieken van een arrest tijdrovend zelfs of onmogelijk kan zijn. Het moet toch bestaanbaar zijn vaste rubrieken in een uitspraak te maken, bijvoorbeeld: klacht, rechtsvraag, feiten, motivering.
- Men moet kunnen 'doorlinken' naar eerdere (tussen)vonnissen. Bij appel en cassatie dienen de eerdere uitspraken van feitenrechter of hof te kunnen worden aangeklikt in de meest recente uitspraak.³²

9.3.8 Geen adequate kennisinfrastructuur

Wie vanuit juridisch perspectief onderzoek doet naar medische aansprakelijkheid heeft niet alleen behoefte aan de uitkomsten van de eigen empirische studie, maar zal ook naar de uitkomsten van andere analyses over dit onderwerp willen speuren. In tegenstelling tot de medische professie, waar veel

of publicitair belangwekkend zijn. Het is de verantwoordelijkheid van de gerechten om uitspraken te publiceren."

30 Zie: <http://www.tuchtcollege-gezondheidszorg.nl/>. Hier zijn alle sinds 1998 door het college gedane uitspraken in geanonimiseerde vorm te raadplegen. Zij zijn gerubriceerd per beroepsgroep waartoe de aangeklaagde zorgverlener behoort.

31 Zie: http://www.tuchtcollege-gezondheidszorg.nl/regionaal_files/amsterdam/index.htm.

32 Daarmee is men bij de rechtspraaksite onlangs begonnen, maar die mogelijkheden zijn nog erg beperkt.

belangrijke wetenschappelijke tijdschriften qua inhoud on-line zijn te raadplegen en waar ook voor iedereen toegankelijke databases bestaan,³³ beschikken veel Nederlandse juridische tijdschriften (nog) niet over een goede internet-site met zoekfuncties en is er geen centraal publicatiebestand. De digitale beschikbaarheid van Nederlandstalige juridische tijdschriften is onder de maat.

In de Verenigde Staten kan men bijvoorbeeld via Westlaw® naar juridische publicaties zoeken en de tekst daarvan opvragen.³⁴ Andere mogelijkheden zijn bijvoorbeeld HeinOnline of FindLaw. Daarnaast zijn er niet-commerciële verzamelsites waar (vaak) gratis juridische publicaties kunnen worden opgevraagd, zoals die van het Social Science Research Network (SSRN).³⁵

Er is voor dit punt de volgende agenda op te maken:

1. De bibliografische gegevens van de Nederlandstalige juridische publicaties zullen via één centraal punt te traceren moeten zijn en het is ook wenselijk dat men de artikelen on-line kan raadplegen. Dat vraagt een doordachte coderingssystematiek van artikelen zodat men met een zoekvraag ook die publicaties selecteert die relevant zijn. Het is zeker nodig dat een dergelijke infrastructuur betaalbaar is en blijft.³⁶
2. De Nederlandstalige juridische faculteiten kunnen de handen meer ineen slaan en gezamenlijk ook niet-commerciële sites verder ontwikkelen. Een mogelijkheid is het creëren van zgn. *repositories* waar juridische onderzoekers op de site van hun instituut publicaties beschikbaar stellen.³⁷
3. Niet alleen de beschikbaarheid van publicaties maar ook de kwaliteit vraagt om aandacht. De discussie over de juridische publicatiecultuur is onlangs geactiveerd door Stolker.³⁸ Er is, zeker in Nederland, bij juridische tijdschriften geen systeem van kwaliteitsborging zoals door middel van *peer review*.
4. Het spectrum van juridische publicaties zou meer verschoven mogen worden in de richting van *critical enquiry* en innoverende onderzoeken zodat de explorerende kant van de rechtswetenschap meer aandacht en gestalte krijgt. Op die manier krijgen de methodologische aspecten meer

33 Bijvoorbeeld PubMed, zie: <http://www.ncbi.nlm.nih.gov/entrez/query.fcgi>.

34 Zie www.westlaw.com. Dit is een commerciële site. Er bestaan verschillende landenspecifieke sites, bijv. In Groot-Brittannië (www.westlaw.co.uk), Ierland (www.westlaw.ie), Australië (www.westlaw.au), Spanje (www.westlaw.es).

35 Zie www.ssrn.com.

36 Reden daarvoor is dat door monopolieposities van wetenschappelijke uitgevers de prijzen van bladen en diensten vaak sterk stijgen. In reactie daarop zijn er in de geneeskunde inmiddels organisaties die publicaties kosteloos beschikbaar stellen zoals Open Access, PLOS.

37 Vgl. de reactie op het NJB-artikel van Stolker (2004) van Hoorn in NJB nr. 43 (2004), p. 2244. Er is een Internet Law Libraries (-ill) van enkele Nederlandse juridische faculteiten voor literatuur <http://www.portill.nl/>. Een Amerikaans voorbeeld is de The Berkeley Electronic Press (www.bepress.com).

38 Vgl. Stolker in het NJB (2004), p. 1409 e.v.

ontwikkeling en wordt de achterstand op dat punt aangepakt die verdere groei van kennis momenteel belemmert.

9.4 DE INPUT VAN HET SYSTEEM: TE WEINIG GEBRUIK OF VERKEERD GEBRUIK

Als het gaat om de input van het systeem vallen twee zaken op: ten eerste dat het systeem van civiele geschilbeslechting veel minder vaak wordt benut dan theoretisch mogelijk zou zijn en ten tweede dat het systeem veelal oneigenlijk wordt gebruikt.

9.4.1 Groot reservoir van potentiële litiganten, kleine klachtenstroom

We hebben gezien dat maar een fractie van potentiële claims ook daadwerkelijk resulteert in medische aansprakelijkheid, naar schatting (veel) minder dan 5% van alle gevallen van verwijtbaar tekortschieten van artsen. Hoeveel potentiële claimanten vanwege medisch tekortschieten bewust of onbewust afzien van actie is voor ons land onbekend en zelfs niet betrouwbaar te schatten. De recente geschilbeslechtingsdeltastudie levert in algemene zin eenzelfde beeld op dat veel justitiabelen afzien van een formele juridische procedure.³⁹

Deze constatering roept een aantal vragen op, vooral naar verklaringen. Is het klachtenstelsel voor de patiënt onduidelijk? Is het aansprakelijkheidssysteem te hoogdrempelig? Is de patiënt onwetend gehouden over de feitelijke toedracht? Bestaat er, omdat het veelal om onomkeerbare schade gaat, minder behoefte aan juridische actie? Een veldstudie als die van het WODC over het gedrag van burgers bij potentiële juridische problemen zou meer gedetailleerd onder patiënten kunnen worden uitgevoerd.

Die relatief kleine klachtenstroom ten opzichte van de grote pool van potentiële claimanten heeft verschillende gevolgen. Als er weinig *litigation pressure* is op de gezondheidszorg, dan prikkelt dat het systeem niet tot actie en zal dus het mogelijke preventieve effect onderbenut blijven. De ‘pakkans’ is gewoon te laag.

Als de bereidheid om te claimen toeneemt of wanneer er minder hoge drempels voor het systeem van aansprakelijkheid komen, bijvoorbeeld door te kiezen voor een no-fault vergoedingssysteem, zullen de kosten meer oplopen dan verwacht omdat zich meer mensen tot deze mogelijkheid zullen wenden.⁴⁰ Als er een dergelijk – dreigend – groot reservoir potentiële claims be-

³⁹ Zie Velthoven & Ter Voert (2003).

⁴⁰ Dit fenomeen blijkt bijvoorbeeld in Scandinavische landen waar invoering van dit systeem tot sterke stijging van het aantal claims heft geleid. Ook in Nieuw Zeeland is dit verschijnsel gebleken. Wat het te verwachten effect voor ons land zou zijn van de invoering van het no-fault systeem is onduidelijk. Vgl. Dute et al. (2002), p. 188 e.v.

staat, is explosieve toename van medische aansprakelijkheid te allen tijde mogelijk.

9.4.2 Het bestaande klachtenstelsel: onduidelijk en onvoldoende

Een goed functionerende civiele medische aansprakelijkheid vormt onderdeel van een stelsel van geschiloplossing waarbij voor diverse typen geschillen passende en doelmatige arrangementen beschikbaar zijn. In de beleidssfeer wordt gesproken over een klachten*stelsel*, maar de vraag is of er praktisch van een samenhangend systeem sprake is waarbij patiënten met klachten voldoende toegang hebben tot enige vorm van recht. Daarnaast is een belangrijk punt of die eenheid/samenhang door verschillende partijen wel als zodanig wordt beleefd.

Als er verschillende mogelijkheden voor klachtbehandeling bestaan, zullen de problemen van patiënten dienen te worden gedifferentieerd naar aard en ernst. Die splitsing vraagt een goede beoordeling van het ware karakter van de klacht zodat bijvoorbeeld een bejegeningkwestie niet onder de vlag van een schadeclaim in verband met onjuist medisch handelen wordt afgehandeld. Zowel wat betreft de aard als de ernst van de geconstateerde gedraging zal de doorstroming van de klacht naar toezichthouders (Inspectie voor de Volksgezondheid) of rechtsprekende organen (tucht-, civiel-, of strafrecht) adequaat moeten zijn. Afgaand op het hoge percentage afgewezen claims voor civiele zaken (60%) of niet ontvankelijk verklaarde tuchtzaken (85%), is er geen adequate voorselectie ('zeeffunctie').

Als geschilbeslechting door de overheidsrechter als ultimum remedium wordt gezien, zal het klachtenstelsel een piramidale structuur moeten hebben met een brede toegankelijkheid, goede mechanismen voor selectie en differentiatie zodat er een adequate zeeffunctie bestaat waardoor de klagers bij die instantie terechtkomen die het meest voor afhandeling van hun klacht geschikt is.

Als het aantal en de aard van de klachten indicatief geacht mag worden voor de kwaliteit van de medische zorg dan zullen die klachten ook op een centraal punt verzameld en beoordeeld moeten worden met terugkoppeling naar zorginstellingen of artsen. De vraag is steeds of er interventies nodig zijn met een preventief of een curatief karakter.

Vanuit de rechtswetenschap wordt bij de verschillende vormen van buitengerechtelijke klachtafhandeling vooral processturing gevraagd: de klager wil immers een normatieve uitspraak over de gedragingen van een hulpverlener of het functioneren van een organisatie. Het streven dient te zijn dat vergelijkbare klachten door verschillende instanties steeds op overeenkomstige wijze worden afgehandeld.

9.5 HET INFORMELE SYSTEEM: BUITENGERECHTELIJKE SCHIKKING

Het Engelse dictum *Don't go to law* geeft aan dat het wenselijk is dat partijen hun geschil buiten rechte proberen te beëindigen.⁴¹ Voor een buitengerechtelijke oplossing van het conflict bestaan praktisch verschillende mogelijkheden maar steeds is toch eenzelfde systematiek en normering van de werkwijze noodzakelijk zodat voldaan kan worden aan de juridische eisen van rechtvaardigheid en rechtszekerheid en aan de praktische eis van doelmatigheid. Om te weten waaraan men begint en om te kunnen voorspellen hoe het waarschijnlijk zal aflopen, is een expliciet en eenduidig normatief kader nodig.⁴² Er bestaat voor deze voorfase van de procedure nog geen wettelijke context en wordt daarom wel aangeduid als de 'vergeten' fase.⁴³ Er is evenmin sprake van systematische toetsing van de kwaliteit van de buitengerechtelijke geschiloplossingen achteraf.

9.5.1 Te weinig empirisch onderzoek van de voorfase

Op welke punten men minimale eisen dient te stellen wat betreft inrichting en normering, hangt af van de uitkomsten van evaluatie van de huidige praktijk. Een deel van de klachten wordt afgehandeld door gremia waarvoor een wettelijk kader bestaat, maar wat betreft klachten over medische fouten met schadeclaims wordt de afhandeling eerst op de 'vrije' juridische markt verricht en als schikking onmogelijk is, wordt een formele procedure bij de overheidsrechter aanhangig gemaakt. We weten niet hoeveel patiënten er klagen of claimen en waarom, of hun klacht of claim ontvankelijk wordt verklaard, wat er vervolgens mee gebeurt en hoe het afloopt en hoe partijen de uitkomst appreciëren. Een dergelijke evaluatie kent een procedurele, inhoudelijke (zowel medisch als juridisch) en emotionele dimensie. Daarover hebben we nog vrijwel geen gegevens uit systematisch onderzoek beschikbaar (zie 3.2 t/m 3.5).

9.5.2 Het voorkomen van escalatie

In de voorfase, het stadium van 'bargaining in the shadow of the law', moet meer de nadruk op goede conflicthantering en -oplossing worden gelegd.⁴⁴

41 Vgl. de Nederlandse Gedragsregels voor Advocaten 1992, Regel 3: "De advocaat dient zich voor ogen te houden dat een regeling in der minne vaak de voorkeur verdient boven een proces."

42 Vgl. Asser, Groen & Vranken (2003), p. 94 e.v.

43 Vgl. de titel van hoofdstuk 7 van het rapport van Asser, Groen & Vranken (2003).

44 Zie Barendrecht (2000) en (2003a).

Dit betekent dat getracht wordt te voorkomen dat partijen zich al in een vroeg stadium juridisch gaan ingraven.

In de huidige situatie is het verkrijgen van schadevergoeding alleen praktisch mogelijk door middel van (de dreiging met) een procedure. Klachten en claims zijn er in soorten en daarom is er een gedifferentieerd systeem van afhandeling nodig en een goede verwijzing van patiënten welke schades door wie kunnen worden afgehandeld. De eerste fase van klachtafhandeling is de belangrijkste want inzicht in de kern van de klacht van de patiënt kan escalatie voorkomen. Vooral de wijze waarop artsen met de gelaedeerde communiceren is van doorslaggevende betekenis gebleken. Als het toch tot een geding komt, zou steeds de vraag beantwoord moeten worden waarom een procedure niet te vermijden was.⁴⁵

9.5.3 Een betere organisatie van de preprocesuele fase

Hoe een en ander gestalte kan krijgen geeft het volgende Engelse voorbeeld van het NHS Redress Scheme aan. Dit arrangement voor schade veroorzaakt door *substandard care* binnen het systeem van nationale gezondheidszorg bevat de volgende vier belangrijke elementen:⁴⁶

- Er wordt een zorgvuldig onafhankelijk onderzoek gedaan van het incident.
- Er wordt aan de hand van de uitkomsten van dit feitenonderzoek naar betrokkenen uitleg gegeven hoe het is gebeurd en wat er gedaan zal worden om herhaling te voorkomen.
- Er wordt bij letselschade een behandelplan opgesteld voor zorg op korte en, indien nodig, voor de lange termijn.
- Er bestaat mogelijkheid om zonder tussenkomst van de rechter schadevergoeding uit te keren.

Met deze regeling is het de gelaedeerde toch toegestaan om uiteindelijk naar de rechter te stappen.⁴⁷ Ook wordt ernaar gestreefd deze regeling te koppelen aan andere arrangementen van klachtafhandeling.

De in dit schema aangegeven werkwijze impliceert ten eerste een definiëring van tekort schietende kwaliteit van zorg. Vervolgens de beschikbaarheid van een commissie opgebouwd uit competente en onafhankelijke onderzoekers, samengesteld uit zowel medisch als juridisch geschoolden, die zorgt voor een tijdige rapportage zodanig opgebouwd dat bij een eventueel vervolg bij andere instanties of de rechter al een belangrijk werkstuk klaarligt en het feitenonderzoek niet nog eens moet worden verricht. Er wordt ook veel zorg besteed aan de goede en empathische communicatie met de patiënt en als

⁴⁵ Vgl. Asser, Groen & Vranken (2003), p. 97 e.v.

⁴⁶ Zie Department of Health (2003), *Making Amends*, p. 16.

⁴⁷ Er wordt tegelijkertijd ook een *NHS Litigation Authority* in het leven geroepen.

onderdeel daarvan ook een medisch begeleidingstraject voor herstel en revalidatie.

Een belangrijke overweging is om in deze fase meer de nadruk op gezamenlijk onderzoek en minder op onderlinge juridische strijd te leggen. Juist bij een conflict over vermeend tekortschieten van een arts zal de uiteindelijke oplossing enerzijds moeten zorgen voor het behoud of het herstel van het vertrouwen in de geneeskunde maar anderzijds ook het vertrouwen in recht en rechtspraak niet mogen schaden. Zo gezien heeft elke vorm van conflict-oplossing betreffende de medische zorg dus een dubbele taak en is er een dubbele verantwoordelijkheid. Het geloof in zowel de gezondheidszorg als de rechtstaat wordt mede bepaald door de positie waarin de beoordelaar zich bevindt: van 'onderop' bekeken is het beeld vaak anders dan van 'bovenaf'.⁴⁸ Door een betere structurering en normering wordt de voorspelbaarheid van de uitkomst beter en daarmee de rechtszekerheid voor partijen.⁴⁹

9.6 HET FORMELE SYSTEEM: DE OVERHEIDSRECHTER

9.6.1 Het toernooimodel werkt te polariserend

Er zijn fundamenteel twee verschillende modellen voor geschilbeslechting: het toernooimodel of het ondervragingsmodel. Het toernooimodel heeft verschillende nadelen.⁵⁰

- *Emotionele factoren.* Door het systeem waarbij twee juridische vertegenwoordigers de ring betreden wordt het conflict maximaal op scherp gezet.
- *Argumentatieve factoren.* Binnen dit model worden ook de argumenten vanuit de positie van de eiser zo krachtig mogelijk naar voren gebracht en retorisch 'aangezet' en dat heeft vervolgens weer emotionele gevolgen.⁵¹ Door deze opstelling wordt waarheidsvinding verdrongen door de wens om het geschil te winnen. Daarbij past ook het gedrag met betrekking tot deskundigen: deze worden veelal gewraakt op onduidelijke gronden omdat men vermoedt dat hun opstelling niet gunstig zal zijn voor de procespositie.
- *Organisatorische factoren.* Het buitenprocessuele maar ook het processuele systeem verloopt hortend en stotend en is bovendien meestal erg traag

48 Vgl. het commentaar van Hertogh (2003) op het WRR-rapport (2002), *De toekomst van de nationale rechtsstaat*.

49 In een commentaar op het rapport van Asser, Groen & Vranken (2003) vreest Snijders (2003b) juist een *overkill* door invoering van de voorstellen. Hij miskent daarmee de problematiek zoals in deze studie is uiteengezet. De huidige situatie is er voor wat betreft medische aansprakelijkheid een van een *tekort*.

50 Een van de motieven van de Access to Justice Reforms van Lord Woolf was juist "... to tackle the excessively adversarial nature of the proceedings." Zie Woolf (2001).

51 Het dictum "als advocaat mag je alles doen wat niet verboden is".

wat niet bevorderlijk is voor een goede emotionele huishouding bij partijen en evenmin voor de beoogde bredere effecten van geschilbeslechting, m.n. niet voor de preventie.

De vraag is dus gerechtvaardigd of er een alternatieve mogelijkheid is, die op een minder polariserende, meer gezamenlijke en efficiëntere wijze tot oplossingen komt. Het concept toernooimodel met het ideaal van het dialectische proces van waarheidsvinding en de dagelijkse praktijk ervan liggen nogal eens ver uiteen. Een ondervragingssysteem waarbij een team bestaande uit juristen en artsen, de kwestie onderzoeken zou voordelen kunnen hebben. Twee methodes van geschilbeslechting tegenover elkaar afwegen betekent – om een goed antwoord te vinden – het doen van vergelijkend onderzoek naar de beste methode van geschiloplossing.

9.6.2 Deskundigheid van de rechter: liever een medische kamer

De deskundigheid van de civiele rechter omvat verschillende aspecten en vereist verschillende vaardigheden.⁵² Eenvoudig gesteld omvat de taak van de rechter het leiden van het proces en het nemen van een beslissing in een concrete zaak.⁵³ Als die uitspraak gezaghebbend wil zijn, moet – in het geval van medische aansprakelijkheid – die beslissing niet alleen juridisch geldig zijn maar ook medisch-inhoudelijk gerechtvaardigd. Is een rechter van het type generalist voldoende geëquipeerd om medische zaken af te handelen?⁵⁴ Traditioneel ingestelde juristen zullen hierop een voorspelbaar bevestigend antwoord geven. De vraag naar juridische geschilbeslechting is toegenomen, de context waarbinnen het recht functioneert verandert en vooral de maatschappelijke functie van de rechter weegt nu meer dan vroeger, zeker bij een onderwerp als medische aansprakelijkheid.

- Bij beroepsaansprakelijkheid wordt vooral een niet-juridische expertise gevraagd. Welke feiten zijn bij deze casuspositie relevant? Hoe had het wel moeten gebeuren? Het is ondoenlijk om van een rechter een gedetailleerde medische kennis te verwachten maar om juist te kunnen beslissen is een minimumniveau nodig en voorts waar betrouwbare adviezen zijn in te winnen.⁵⁵ Een allround rechter werkt toch voornamelijk intuïtief-pragmatisch, een meer gespecialiseerde rechter heeft een eigen referentie-

52 Vgl. Van der Vlies (2000), p. 139 e.v.

53 Vgl. Everts (2000), p. 145 e.v.

54 Zie voor een uitgebreide discussie over de problematiek rond de deskundigheid van de rechter de bundel van Barendrecht, Brenninkmeijer, Huls & Kleiboer (2000), p. 33 e.v. en m.n. de bijdragen daarin van Van der Vlies, Everts en Van der Doelen.

55 Zo stelt Everts (2000): “Er zijn zoveel terreinen waarvan rechters in het algemeen “niets” weten, dat het tot hun standaard-competentie hoort om de benodigde informatie van betrokkenen te weten te komen.” (p. 147) Dat moge fier klinken maar om het waarheids-

kader. Toevoeging van goede medische expertise bevordert de kwaliteit van de beslissing.⁵⁶

- De – soms solistisch functionerende – generalistisch opererende advocaat ('eenpitter') is een uitstervende soort geworden; binnen de advocatuur is een sterke specialisatie gaande en binnen de letselschade-advocatuur tekent zich zelfs een subspecialisatie af voor wat betreft typen zaken. Kan de rechterlijke macht daar bij achterblijven? De juristerij zal eenzelfde weg gaan als de geneeskunde, specialisatie is onontkoombaar maar generalisten (huisarts) blijven onmisbaar.
- De rechterlijke macht wordt meer en meer afgerekend op geleverde prestaties. Aangezien vanuit het oogpunt van efficiëntie binnen bepaalde tijd een zaak moet worden afgewerkt is het maar de vraag of de rechter, die niet in een bepaalde materie zoals medische fouten is ingevoerd, voldoende tijd heeft om alle informatie te zoeken en of de kwaliteit van een beslissing dan ook voldoende is.
- Als men met rechtspraak niet alleen een compensatie maar ook een preventiefunctie ambieert, zal de kwaliteit – en daarmee de legitimiteit – van groot belang zijn. De rechten van de patiënt zijn belangrijk, maar het rechtssysteem mag artsen niet ten onrechte veroordelen. Dat vraagt investeren in kwaliteit waardoor vergelijkbare gevallen gelijk beoordeeld zullen worden. Een rechtbank speciaal voor medische zaken loont dan.
- Er bestaat al speciaal een Scheidsgerecht Gezondheidszorg waarmee het aparte karakter van de medische problematiek wordt erkend.

In verschillende publicaties is inmiddels aangedrongen op het inrichten van een gespecialiseerde medische kamer op grond van bovengenoemde argumenten.⁵⁷ Het gaat dan om rechtspleging door een combinatie van juristen en daartoe opgeleide medici. Het model valt te vergelijken met de huidige Nederlandse tuchtrechtspraak. De vanuit consumentenorganisaties opgerichte Geschillencommissie Ziekenhuizen werkt eveneens zodanig.

Aangezien bij tuchtrechtspraak feitenverzameling en normstelling niet afwijken van civielrechtelijke beoordeling,⁵⁸ zou het verenigen van deze functies in één rechtsorgaan uit het oogpunt van zowel kwaliteit als efficiency te verkiezen zijn. Beoordeling van medische fouten door hetzij uitsluitend juristen, hetzij enkel artsen schiet tekort gezien de duale dimensie (juridisch, medisch) van deze problematiek.⁵⁹ Een gezamenlijke aanpak bevordert de kwaliteit

gehalte van het aangeboden enigszins te kunnen beoordelen, zal er een minimale kennis nodig zijn.

56 Zie bijvoorbeeld Gill & Van Es (2000), p. 63 e.v.

57 Zie ook Rijken (2000), Gill & Van Es (2000) en Lockwood (2004).

58 Maar wel de doelstellingen en sanctiemogelijkheden!

59 Bij medische beroepsaansprakelijkheid heeft noch het recht noch de geneeskunde goede argumenten om dit onderwerp te monopoliseren.

van het rechtssysteem. Qua werkwijze verdient, zoals eerder gesteld, een inquisitoir model de voorkeur boven de confrontatiemethode.

9.6.3 Meer kwaliteitszorg van het rechtssysteem nodig

Bij de intensieve discussies over hervorming van de rechterlijke macht is herhaaldelijk het argument van de kwaliteit van de rechtspraak in het geweer gebracht.⁶⁰ Maar het argument van bedreiging van de kwaliteit wordt snel in het debat ingebracht zonder dat voldoende duidelijk is wat daar nu mee wordt bedoeld. Net zoals in de geneeskunde gelden daarvoor verschillende toetsingsmogelijkheden: van de organisatie, een procedurele toetsing en uitkomsttoetsing. Juist op dat laatste punt bestaat er nog vrijwel geen stelselmatige analyse van rechterlijke beslissingen.

Organisatorische aspecten. De organisatie dient doelmatig en efficiënt te zijn. Er zijn al activiteiten ontplooid om kwaliteit langs deze weg te bevorderen, bijvoorbeeld via de Raad voor de rechtspraak.⁶¹ Procedures en organisatie zijn in de rechtspraak nauw verweven. Zo zijn er verschillende activiteiten gaande om te komen tot een betere civiele rechtspleging door herbezinning over het procesrecht.⁶² Ook meer bedrijfsmatige aspecten zoals doorlooptijden en werkwijzen in relatie tot gestelde doelen mogen ruimer aandacht krijgen. Waarom duren procedures toch zo lang? Er worden daarbij grote hoeveelheden documenten geproduceerd, maar kan dat niet minder en beter? Bij een jarenlange procedure met een gefragmenteerd beloop moeten bij iedere volgende stap al die documenten weer worden doorgewerkt.⁶³ Door wijzigingen van het procesrecht wordt gepoogd tot een meer voortvarende procedure te komen. Of dat praktisch ook werkelijk lukt, is nog niet gemeten.

Procedurele toetsing. Bij juristen is dit onderdeel natuurlijk in goede handen. Er is de laatste jaren veel nagedacht over en veranderd aan de rechterlijke organisatie en er zijn de eerste stappen op het gebied van wetgeving zijn genomen om tot een nieuw en vooral beter procesrecht te komen. Na de introductie volgt de fase van het testen of de doelstellingen ook werden gerealiseerd.

Uitkomsttoetsing. Het achteraf onderzoeken en vergelijken van individuele uitspraken en van series beslissingen om te beoordelen of er naast een inhoudelijk juiste beslissing ook voldaan werd aan fundamentele eisen van rechtseenheid en rechtszekerheid wordt in ons land (en daarbuiten) nog niet of nauwelijks verricht. Net zoals in de geneeskunde is het probleem het ontbreken van

60 Zie het speciale NJB-nummer over modernisering van de rechtspraak in 2000, nr. 32.

61 Zie Voermans (2000), p. 641 e.v.

62 Vgl. de vele nota's over dit onderwerp zoals bijv. van Barendrecht & Klijn (2004) en Commissie verbetervoorstellen civiel (2004).

63 Gezien de grote hoeveelheid daarvan lopen lezers de kans op een cognitieve overbelasting.

een onafhankelijke 'gouden standaard' als toetsingsmogelijkheid. Dat wil echter niet zeggen dat onderzoek van de beslissingen onmogelijk is.

De controlerende functie van de Hoge Raad⁶⁴ bij het redresseren van rechterlijke dwalingen is nodig en nuttig, maar strikt genomen onvoldoende.⁶⁵ Bij maar een deel van de uitspraken in eerste aanleg wordt beroep aangetekend of uiteindelijk in cassatie gegaan: als die herbeoordeling de enige methode is om rechterlijk feilen te achterhalen, blijven veel fouten onopgemerkt.

Het is boeiend om hier een parallel te trekken met de geneeskunde: zolang er geen gerichte en systematische aandacht is voor menselijke feilbaarheid bij medisch handelen of rechterlijk oordelen, is er te weinig ruimte voor de ontplooiing van de samenhangende functies van leren en controleren. Waar medische fouten kunnen leiden tot onherstelbare fouten, heeft rechtspraak het voordeel uitspraken te kunnen herzien.

Zoals eerder betoogd,⁶⁶ vraagt borging van de kwaliteit van civiele rechtspleging toetsing van het geleverde product op deugdelijkheid, onderzoek van de procedures en ook bewaking van de instroom zodat het systeem goed werkt voor degenen voor wie het bedoeld is. Dat vraagt een duidelijke visie op kwaliteit en in het geval van medische aansprakelijkheid is daarvoor een inbreng van zowel juristen, medici als consumenten vereist. Bepalend daarbij is de rol die men aan medische aansprakelijkheid wil toekennen. Daarover zal meer nagedacht en daaraan gewerkt mogen gaan worden.

9.6.4 De rol van de medische deskundige

Zoals in hoofdstuk 7 werd uitgewerkt, is de rol van de medische deskundige van grote – zometer doorslaggevende – betekenis voor de beslissing. Daarbij werd al aangegeven dat het bruist van activiteiten om hierbij een kwaliteitsslag te maken. De winst zit hem voornamelijk niet in een betere procedurele inbedding van het deskundigenonderzoek, maar in een goede analyse van de werkelijke knelpunten. Dat is een taak voor zowel de medische als de rechtswetenschap, waarbij een 'samen-op-weg' aanpak de voorkeur verdient. Aandachtspunten zijn:

- De *opdracht*. Het juridische normatieve concept, de vergelijkingsfiguur met de modeldokter, zal meer geoperationaliseerd moeten worden. Dat kan als de beroepsgroep omschrijft hoe in een concrete situatie het beste gehandeld kan worden (zie hoofdstuk 6). Als er geen duidelijke professionele

64 Zie hierover de conclusie van de A-G mr. N. Jörg bij HR 31 januari 2005, LJN AR7190 nr. 01698/04 en de annotatie van Knoops (2005), p. 89 e.v.

65 Zie bijv. de discussie over dit onderwerp in de rubriek stelling van het NJB 2005, nr. 17, p. 893 e.v.

66 Zie 2.4 en m.n. het gedachtegoed van Donabedian (1996).

norm voorhanden is, bestaat het gevaar dat de retoriek in plaats van de ratio bepalend wordt.

- De *structuur* van de taak. Het is noodzakelijk dat er een vaste waaier van gezichtspunten komt, die minimaal aan bod komen in het deskundigenbericht (zie 7.4) en als stramien dienen voor de structuur van het bericht.
- De *persoon* van de deskundige. De persoon van de deskundige is instrumenteel. Er moet daarom minder aandacht komen voor het gezag op grond van maatschappelijke positie van de deskundige. De verschillende wetenschappelijke verenigingen zullen deskundigen beschikbaar kunnen stellen, die voldoende geschoold zijn voor deze speciale taak. Als bovendien een rapport wordt onderworpen aan een regime van peer review wordt de verantwoordelijkheid voor de inhoud gedeeld door deskundige en diens achterban.
- Het *type* deskundige. Het is gewenst zoveel mogelijk van rechtbankdeskundigen gebruik te maken. Aangezien de meeste claims buitengerechtelijk afgehandeld worden, is het benoemen van een onafhankelijke deskundige in een vroeg stadium van het proces van geschiloplossing nodig.
- De *inbreng* van de deskundige bij de beslissing. In lijn met het pleidooi om te komen tot een formele beoordeling van de gedragingen van artsen door juristen én artsen samen, kan men er niet omheen dat ook dat de deskundige in plaats in dit rechtsforum heeft.
- De *juridische status* van het deskundigenbericht. Binnen de huidige wetgeving is niets bepaald over de status van het deskundigenrapport. Als de kwaliteit van het deskundigenonderzoek is verbeterd en de deskundige ook medeverantwoordelijkheid krijgt voor de beslissing, zal het deskundigenbericht een meer omschreven juridische status dienen te hebben.
- De *methode* van onderzoek. De beschreven cognitieve valkuilen (zie 2.4.5. en 7.3.3) nopen tot een daarop aangepaste methode van onderzoek waarmee wijsheid achteraf wordt beteugeld.
- Meer *rechtsbescherming* van de deskundige. De emoties van de verliezers van de juridische strijd leiden steeds vaker tot procedures tegen deskundigen.⁶⁷ Die eventuele aansprakelijkheid dient op voor door de rechter benoemde deskundigen op voorhand te worden beperkt want anders zal men nauwelijks nog artsen bereid vinden deze taak op zich te nemen.

67 Zie daarover Van (2004).

9.7 DE OUTPUT VAN HET SYSTEEM

9.7.1 Gedragsbeïnvloeding

De impact van juridische factoren op het gedrag van hulpverleners moet op juiste waarde worden geschat. Bij de rechtsregels voor medische opleiding en beroepsuitoefening ligt de nadruk vooral op het bieden van kaders. Het primaat ligt voor wat betreft de verdere invulling bij de professionals. Wanneer het misgaat, zijn er de tucht-, civiel-, of strafrechtelijke fora die het gedrag van de hulpverlener toetsen. Als er daarbij een juridische sanctie wordt opgelegd, zal dat zeker een signaal afgeven naar de gehele beroepsgroep. Toch zijn er ook andere factoren die tot reflectie zullen stemmen: het schuldgevoel bij de dader, de reacties van de omgeving en in de media.

Gezondheidszorg zal optimaal functioneren als er een sfeer van vertrouwen is, iets waarvoor de aanbieders primair verantwoordelijk zijn. Er treedt erosie op van die publieke goodwill door herhaaldelijke berichten in de media over fouten, een grote stroom verhaalszaken en teveel geïnstitutionaliseerd wantrouwen in de vorm van streng toezicht.⁶⁸ Een goede dosering en een juiste toedieningswijze van deze verschillende ‘versterkende’ medicijnen is dus nodig!

In hoeverre er van gedragsbeïnvloeding van artsen via rechtspraak sprake is, laat zich moeilijk objectiveren (infra, 9.7.3) maar het gevaar is niet denkbeeldig dat men het gewicht ervan overschat en de nadelige effecten onderschat. Is gedragsbeïnvloeding wel een primaire taak van de rechtswetenschap of is het een bijkomstig product? Is de functie niet eerst en vooral gedragsbeoordeling en – als schuld aan het gebeurde vaststaat – veroordeling? Schaduwwerking van het recht is nuttig maar we zijn er het beste vanaf als we de rechter zo min mogelijk nodig hebben. Voorkomen is beter dan procederen en die verantwoordelijkheid ligt bij de artsen.

9.7.2 De compensatiefunctie: te onduidelijk, te weinig en te onzeker

De compensatiefunctie is de kernfunctie van medische aansprakelijkheid. Of deze functie naar behoren wordt vervuld, kan noch in bevestigende noch in ontkennende zin worden beantwoord: dat weten we eenvoudig niet! Wat er aan schaars empirisch onderzoek – voornamelijk buiten ons land – is verricht, laat de volgende conclusies toe:

- Bij een groot gedeelte van compensabele medische schade wordt meestal niet geclaimd.

⁶⁸ Vgl. Mello et al. (2004). Juist de grote hoeveelheid claims in Amerika beschadigt de medische stand en ondermijnt de kwaliteit van zorg.

- Compensatie wordt nogal eens toegewezen op grond van medisch gezien onterechte gronden.
- Om de compensatiefunctie te kunnen beoordelen, zal eerst dienen te worden vastgesteld *wat* er nu precies gecompenseerd dient te worden. Als aan een patiënt die letselschade opliep door een fout in juridische zin van een arts een schadevergoeding wordt toegekend waarop heeft dat bedrag dan concreet betrekking? Of is die toekenning van meer symbolische betekenis? Is het vooral een manier van genoegdoening omdat een arts reputatieschade oploopt als hij wordt veroordeeld? Een claim betekent escalatie van het conflict en de gelaedeerde (en diens advocaat) zullen daarbij vooral willen winnen. Toewijzing van die claim betekent nog niet dat er van juiste compensatie sprake is.
- Bij medische aansprakelijkheid gaat het meestal om onomkeerbare laedering. Of, en zo ja in welke mate, deze beschadiging aan de arts kan worden toegerekend, is uitermate lastig. Soms spreken de feiten voor zich maar in veel gevallen is de causaliteitsvraag lastig te beantwoorden. De gangbare conceptuele benadering van deze kwestie wordt echter door juristen en artsen niet of nauwelijks goed geoperationaliseerd. Een meer kwantitatieve analyse is nodig, bijvoorbeeld om proportionele aansprakelijkheid een empirische basis te verschaffen.
- Bij veranderingen aan het rechtssysteem, hetzij door drempelverlagende maatregelen, hetzij door veranderingen van het systeem (bijv. no-fault, directe schadefonds) zullen de kosten van schadevergoeding sterk kunnen stijgen. Om die reden staan vooral overheid en aansprakelijkheidsverzekeraars niet te trappelen om dergelijke veranderingen door te voeren.
- Maatregelen die stijgende kosten voor schadevergoeding willen beteugelen (zoals die in Amerikaanse staten voor toegankelijkheid tot procedures, beperking van de compensatie en/of honorering van advocaten) staan op gespannen voet met het recht op compensatie van de gelaedeerde.

9.7.3 De preventiefunctie: een zorgvuldig gekoesterde mythe?

Het empirisch onderzoeken van preventieve effecten is buitengewoon lastig. De enige betrouwbare manier is het doen van experimenteel vergelijkend onderzoek: vergelijk de (on)veiligheid van medische zorg tussen twee identieke populaties waarbij de ene wel en de andere niet is blootgesteld aan een regime van aansprakelijkheid. Dat is praktisch niet uitvoerbaar dus moeten onderzoekers hun toevlucht nemen tot indirecte observationele studies. Daarbij worden vergelijkingen gemaakt worden met het verleden of met andere regio's maar de interpretatie daarvan is hachelijk omdat er meer variabelen in het spel zullen zijn dan alleen het verschil in aansprakelijkheidsregime.

De teneur van de meeste studies is dat een preventief effect moeilijk aantoonbaar is of maar zwak. Als die constatering juist zou zijn, is de volgende

vraag of dit betekent dat er gewoon niet of nauwelijks een preventieve werking uitgaat van medische aansprakelijkheid of dat de huidige juridische praktijk een preventieve werking belemmert. Voor die laatste veronderstelling kunnen een aantal argumenten worden aangevoerd:

- De ‘pakkans’ is veel te laag: maar bij een zeer klein deel van compensabele medische fouten wordt daadwerkelijk een claim ingediend. Hetzelfde geldt voor andere juridische instrumenten (tucht- en strafrecht).
- De kwaliteit van de rechtspraak – vooral in buitenlands onderzoek – over medische fouten schiet tekort: als er claims worden toegewezen die dat op medisch inhoudelijke gronden niet verdienen, dan wordt dat door artsen als onrechtvaardig beschouwd en ontstaat wantrouwen ten opzichte van de rechtspraak.
- Door de combinatie van deze twee factoren ontstaat het beeld van aansprakelijkheidsrecht als *litigation lottery*, recht als tombola. Dan worden uitspraken door artsen niet serieus genomen en ontbreekt de stimulering tot verbetering.
- Van alle claims worden de meeste hetzij preprocesueel of ook procesueel afgewezen. Daardoor is er teveel ruis en te weinig signaal. Een betere voorselectie vermindert de ruis en versterkt daardoor het signaal.
- De terugkoppelfunctie is te traag: pas na jaren vallen er beslissingen hetzij bij rechter, hetzij bij aansprakelijkheidsverzekeraars. De casus is dan niet meer actueel, soms zijn er ondanks de procedure al maatregelen genomen of is de medische praktijk al weer gewijzigd zodat de uitspraak geen betekenis meer heeft.
- Het leereffect is te gering omdat de rechter meestal niet aangeeft hoe er *wel* in de betreffende situatie had moeten worden gehandeld.
- De juridische strijd wordt in een deel der gevallen onder verkeerde vlag gevoerd: onder het mom van onjuist medisch handelen gaat het dispuut in feite om het afstraffen van slechte communicatie tussen hulpverlener en patiënt.
- De cultuur binnen de medische professie ten opzichte van ‘fouten’ is nog teveel dat ze niet gemaakt mogen worden. Daarmee is de ontvankelijkheid voor stimuli om veranderprocessen op gang te brengen nog onvoldoende. Deze onterechte schaamte moet meer plaats maken voor de bereidheid tot leren.
- Het ontbreekt aan begeleidende stimuli die het proces van preventie kunnen versterken. Een lerende organisatie die gespitst is op signalen van falende kwaliteit, zal meer ontvankelijk zijn voor juiste omgang met claims. Ook economische consequenties van medische fouten (langere opnames, extra behandelingen etc.) blijven nu onopgemerkt en vormen dus geen prikkel. Het meer expliciet maken van de geldelijke gevolgen of zelfs het voelbaar maken daarvan in toegekende budgetten zal tot meer kwaliteitsbewustzijn bijdragen.

De veronderstelde gunstige preventieve (schaduw)werking van het aansprakelijkheidsrecht rechtvaardigt meer inspanning om die werkelijk beter tot zijn recht te kunnen laten komen. Het werken aan de hierboven genoemde punten draagt – zelfs als er geen preventieve werking valt te bespeuren – tenminste tot een betere kwaliteit van de rechtspleging bij.

Een ander punt is de doorgeschoten preventieve werking, de defensieve geneeskunde. Ook hier is het lastig om een dergelijk effect met voldoende zekerheid empirisch aan te tonen en te kwantificeren. Wederom zou een experimenteel vergelijkend onderzoek in theorie het beste antwoord op de vraag naar de aan- of afwezigheid van dit fenomeen kunnen geven maar een experimenteel vergelijkend onderzoek is ook op dit punt praktisch nauwelijks uitvoerbaar.

Is het gegrond om dit effect toe te schrijven aan de juridische bemoeienis? Het is de medische beroepsgroep die irrationeel handelt met het oog op mogelijke rechtsvervolging wegens het nalaten van diagnostiek of behandeling. Als er door de professie *evidence-based* wordt omschreven wat in een situatie te doen, zal overbodig handelen kunnen worden vermeden en kan men zich bovendien goed verantwoorden. De verantwoordelijkheid om teveel of te weinig te doen, ligt dus primair bij de medische professionals zelf.

Ondanks dat kan ook het rechtssysteem bijdragen aan het voorkomen of terugdringen van overbodige ingrepen uit angst voor juridische sancties. Ten eerste door ervoor te zorgen dat het oordeel accuraat is, zodat medisch zorgvuldig handelen ook als zodanig juridisch gewaardeerd wordt. Ten tweede door een goede filtering in het systeem in te bouwen waardoor niet reële claims niet in behandeling worden genomen. Het signaal naar de artsen is dan: wie goed werkt wordt juist beoordeeld, heeft daardoor niets te vrezen en hoeft zich niet te verdedigen tegen onterechte claims.

9.7.4 Overige functies

Pas de laatste jaren bestaat er meer aandacht voor de rol van het aansprakelijkheidsrecht bij de verwerking van het persoonlijke leed.⁶⁹ Juist bij medische aansprakelijkheid spelen deze emotionele factoren een belangrijke, zoniet doorslaggevende, rol. Daarom is meer aandacht voor juiste klachtenopvang zo belangrijk om de gang naar de rechter af te wenden. Voorts kan het besef van deze psychologische dimensie ertoe bijdragen dat men andere – betere – wegen zoekt voor conflictoplossing, zoals in ons land vooral door Barendrecht is bepleit.⁷⁰ Beslechting door de rechter is primair juridisch en niet psychologisch van aard. Probleemoplossend bemiddelen zal daarom bij medische

69 Zie het preadvies van de NJV 2003, *Het opstandige slachtoffer* en Van Maanen e.a. (2003).

70 Zie Barendrecht (2000) en Barendrecht (2002).

aansprakelijkheid meer vruchten af kunnen werpen. Empirische toetsing van dergelijke veronderstellingen is ook hierbij wederom nodig.

9.8 SLEUTELN AAN HET SYSTEEM?

Al jaren is er een constante stroom van artikelen en boeken over het functioneren van het aansprakelijkheidsrecht. Sommigen zien nieuwe wegen opdoemen, anderen bespeuren tekenen van een aangebroken eindtijd.

9.8.1 Verbeteren of veranderen?

Zowel in binnen- als buitenland zijn er de afgelopen jaren tal van initiatieven genomen om de problemen rond de civiele procesvoering te onderzoeken en verbetervoorstellen te doen.⁷¹ De kwestie is steeds: volstaat het om het huidige systeem van het positieve recht op punten aan te passen of bestaat de noodzaak met een geheel nieuwe aanpak te komen? Een mogelijkheid is ook om het bestaande systeem op onderdelen te combineren met andere mogelijkheden voor compensatie van schade. Het spreekt voor zich dat het startpunt moet zijn: waaruit blijkt dat de huidige werkwijze tekortschiet? Dat kan pas worden geconstateerd als de uitkomsten tegen de doelstelling(en) van het systeem worden afgewogen.

De perceptie van iets als een probleem vraagt vervolgens om substantiëring van dit vermoeden. Blijkt er inderdaad sprake van een moeilijkheid, dan rijst daarna de vraag wat daarvan de oorzaak of oorzaken zijn. Zijn er alternatieve mogelijkheden om dit vraagstuk beter aan te kunnen pakken? Tenslotte zal uit een vergelijkend onderzoek moeten blijken welke oplossing het meest doelmatig is. Men hoede zich voor de situatie 'oplossing aanwezig – probleem gezocht'.

De moeilijkheid is steeds dat de manieren waarop meestal gaten in het bestaande systeem worden gedicht uiteindelijk leiden tot voortschrijdende complexiteit (zie 9.2.5).⁷² Oude problemen worden daarmee wel opgelost maar nieuwe ontstaan. Degenen die gewend zijn geraakt aan deze ingewikkelde systemen hebben dit niet langer in de gaten. Zij zijn het die meestal betrokken

71 In GB is de bekendste het werk van Lord Woolf. In Australië werd eveneens advies uitgebracht. Zie bijvoorbeeld het Ipp report (2002) en reactie hierop, de APLA-nota (2002). In de VS zijn er periodiek *Restatements of tort law* maar daarnaast worden pogingen ondernomen om op het niveau van de federale overheid te komen tot maatregelen die het claimgedrag moeten inperken. In ons land wordt al enkele jaren gewerkt aan herstructurering van het procesrecht met een recente wijziging van de Wet op de rechtsvordering (2002). Zie verder het werk van de commissie Asser, Vranken & Groen (2003) met aanvullend onderzoek vanuit de Raad van de Rechtspraak door Barendrecht & Klein (2004).

72 Vgl. Klosse (2003), p. 79-80.

zijn bij aanpassingen en veranderingen en zo die complexiteit nog verder vergroten.

Zeker bij aangrijpende kwesties als personenschade bestaat de neiging tot het nemen van maatregelen waarbij de vraag is voor welk probleem nu een oplossing wordt aangedragen.⁷³

9.8.2 Is risicoaansprakelijkheid een oplossing?

Een overweging kan zijn om het huidige systeem dat geënt is op schuld en verwijtbaarheid om te zetten in een regime van risicoaansprakelijkheid. Zo is men in de Verenigde Staten in een aantal staten overgegaan op een systeem van *enterprise liability*.⁷⁴ Het ziekenhuis draagt zo risicoaansprakelijkheid voor schade veroorzaakt door medisch handelen. Maakt dat compensatie van medische schade eenvoudiger en beter? Heeft dit tot gevolg dat het management van ziekenhuizen daardoor meer gemotiveerd is om veiligheid te bevorderen? Resulteert dit ook in een betere zorg? Als men schuld- en risicoaansprakelijkheid conceptueel vergelijkt, vallen duidelijke verschillen op.⁷⁵ Of de vorm van de aansprakelijkheid nu uiteindelijk sterk bepalend is voor goede afhandeling weten we nog niet voor de problematiek van medische fouten. Ook hier geldt weer – wellicht tot vervelens opgemerkt – eerst deugdelijk empirisch onderzoek, dan pas kiezen.

Een bijzondere vorm van risicoaansprakelijkheid is een ‘no-fault-compensatiesysteem, zoals die in enkele landen, vooral in Scandinavië, is ingevoerd.

9.8.3 Alternatieve vergoedingssystemen: no-fault systemen als panacee?

De afgelopen jaren is ook in ons land nagedacht over de invoering van een systeem van *no-fault* vergoedingssysteem in navolging van bijvoorbeeld Scandinavische landen.⁷⁶ Het aanvankelijke enthousiasme voor dit systeem lijkt in ons land wat te zijn getemperd. Een dergelijk systeem is niet bedoeld om elke schade te vergoeden die optreedt na medisch handelen. Ook al hoeft schuld niet meer te worden bewezen, er dient wel een causale relatie te zijn aangetoond tussen het (onjuiste) handelen en de schade en in de praktijk blijkt juist die causaliteit zo’n lastig punt.

Het systeem biedt vooral psychologische voordelen. De beoordeling van vermeende schade geschiedt veelal door commissies en heeft zo minder het karakter van strijd en is daardoor minder bedreigend voor artsen en vriendelij-

73 Denk bijv. aan het Taxibusarrest, HR 22 februari 2002, LJN-nummer AD5356, C00/227HR.

74 Zie Mello (2003) en Sage (2004).

75 Zie voor een erudiete beschouwing hierover Gardner (2005).

76 Zie het ZonMw-rapport van Dute et al. (2002) en voorts Legemaate (2003), p. 1995 e.v.

ker voor klagers. De arts kan zelfs de klager hulp bieden bij het indienen van het verzoek. Het systeem regelt echter niet betere uitleg over wat er gebeurde en verontschuldigen van hulpverleners.

Het valt buiten het bestek van deze studie het *no-fault* vergoedingsstelsel gedetailleerd op zijn waarde te bezien. Een belangrijk bezwaar zal de kosten-toename zijn. De transactiekosten pakken bij dit stelsel wellicht wat lager uit, maar de schadelast neemt er – mogelijk fors – door toe.⁷⁷ De compensatiefunctie is waarschijnlijk beter, maar het wordt zeker duurder. Voorts is een tarifiering nodig om discussies over de hoogte van de vergoeding te vermijden.

Een ander punt is dat, hoezeer dit stelsel patiëntvriendelijker is, de centrale juridische kwesties er niet door opgelost worden. Nog steeds zal de causale relatie tussen medisch handelen en de schade aangetoond moeten worden en daarnaast komt ook hier dus weer de definitiekwestie van een medische fout naar voren.

En de preventieve werking? In het ZonMw-rapport stellen de auteurs dat er in ieder geval geen negatief effect uitgaat van een *no-fault* compensatiesysteem. Er is naast compensatie een extra stap nodig, zoals in Zweden geregeld, dat alle claims apart worden onderzocht op hun medisch-inhoudelijke aspecten om ervan te kunnen leren en om eventueel disciplinaire maatregelen te nemen bij ernstig tekortschieten.

Maar welk voordeel biedt invoering nu wel op dit punt? Vooralsnog staan mogelijke voordelen onvoldoende vast. Het systeem is zeker geen panacee voor de gesignaleerde problemen bij medische aansprakelijkheid. In Engeland is er geen bereidheid dit systeem te omarmen.⁷⁸ Ook in ons land loopt men er niet warm voor.

9.8.4 De vergeten derde: aansprakelijkheidsverzekeraars

Bij onderzoek van medische aansprakelijkheid richt de aandacht zich vanzelfsprekend op de partijen in het geschil en dus op medische en juridische zaken maar daarbij blijft de belangrijke rol van één partij onderbelicht: de aansprakelijkheidsverzekeraar.

Bij aanpak van de aansprakelijkheids crises in het buitenland, vooral de Verenigde Staten, Groot-Brittannië en Australië, is hoofdzakelijk gekeken naar oorzaken en effecten van die crises en de te nemen maatregelen maar niet naar de rol van aansprakelijkheidsverzekeraars. Toch zijn de crises in die landen grotendeels problemen rond de economische gevolgen van ongebreidelde aansprakelijkheid en vooral de verzekerbaarheid daarvan.

77 Er wordt een schatting gemaakt door Dute et al. (2002, p. 231) dat de schadelast 3 tot 7 keer zo hoog zal uitpakken bij invoering.

78 Zie *Making Amends*, Department of Health (2003), p. 15.

De aansprakelijkheidsverzekeraars vormen een in het debat vaak vergeten partij. De positie van de verzekeraars in het proces van analyse en oplossing zal dus prominenter dienen te zijn, maar ook de functie van de verzekeraar zal daarbij anders en vooral actiever worden. Niet langer is het een betalende instantie van de schade, die moet zorgen dat premies en uitgekeerde sommen met elkaar in evenwicht zijn. Meer en meer wordt de aansprakelijkheidsverzekeraar een partij die actief betrokken is bij preventieplannen (risicomanagement) samen met artsen en partner in wetenschappelijke onderzoeksprocessen naar het vóórkomen en voorkómen van medische misslagen.⁷⁹ Zorgelijk is wel dat het aantal aansprakelijkheidsverzekeraars minder wordt.⁸⁰

9.8.5 Schadefondsen

Sommige probleemgebieden van medische schade lenen zich voor het instellen van schadefondsen. Het meest aansprekende voorbeeld is perinatale hersenbeschadiging met veelal spasticiteit en/of geestelijke retardatie als gevolg. Gebleken is dat de meeste schade niet het gevolg is van medisch handelen.⁸¹ In de Verenigde Staten (Florida, Virginia) en sinds kort ook in Engeland geldt een no-fault systeem of wordt de mogelijkheid van een schadefonds overwogen.

Het voorbeeld van de perinatale hersenbeschadiging illustreert goed dat het moet gaan om een (relatief) frequent voorkomende medische kwestie die vaak tot claims leidt, waarbij de medische causaliteit zeer onzeker of in de meeste gevallen zelfs afwezig is en waarvan de gevolgen voor ouders en samenleving groot zijn.⁸²

Een zorgvuldige analyse van claims kan gebieden identificeren die in aanmerking komen voor een dergelijke regeling, waarmee de kwestie wordt gedejuridiseerd. Bij een dergelijk onderzoek zijn verschillende belanghebbenden, die ook op financiële wijze hun bijdrage daaraan zullen dienen te leveren (zie ook 9.8.6).

9.9 AGENDAPUNTEN VOOR DE MEDISCHE WETENSCHAP

9.9.1 De pretenties en de prestaties van de geneeskunde

Wie teleurgesteld raakt op grond van hooggespannen verwachtingen over de mogelijkheden van de geneeskunde, zal verhaal willen halen (zie 3.3.3).

79 Zie hierover uitvoerig Sage (2004), p. 10 e.v.

80 In Nederland zijn het nog voornamelijk MediRisk, Centramed en AEGON.

81 Zie hierover Verhoeven (2002).

82 Zie *Making Amends*, Department of Health (2003) en Studdert et al. (2004).

Belangrijk is dan ook ervoor te zorgen dat de pretenties en de prestaties van de geneeskunde goed met elkaar in balans zijn. Dat betekent dat er evenwichtige voorlichting over de (on)mogelijkheden van medische interventies zal moeten worden gegeven maar wie zorgt daarvoor?

De berichtgeving is de laatste jaren zowel kwantitatief als kwalitatief veranderd. Er zijn meer nieuwsmedia en het internet is tegenwoordig de belangrijkste bron van informatie voor het publiek. Nieuwe ontwikkelingen of 'doorbraken' komen al in het nieuws eer er wetenschappelijke publicaties over zijn verschenen. De commercie heeft meer greep gekregen op de berichtgeving, bijvoorbeeld via de (farmaceutische) industrie worden artsen gratis wetenschappelijke publicaties aangeboden⁸³ die vooral in hun straatje te pas komen.⁸⁴ Medici hebben daardoor nog maar weinig greep op de inhoud van berichten in de media.

Deze ontwikkeling is echter niet zonder gevaren.⁸⁵ De werkelijke waarde van medische interventies is eerst na langdurig onderzoek vast te stellen en soms komen schadelijke bijwerkingen pas na vele jaren aan het licht. De afwegingen die wat betreft voor- en nadelen gemaakt moeten worden, zijn soms zeer complex. In het eerste hoofdstuk werd de uitspraak van de Amerikaanse jurist Grady in 1988 al onder de aandacht gebracht:

"... medical innovation 'captures' what was previously natural risk and transforms it into medical risk."

Wie als arts deze bewering goed overdenkt, wordt toch tot terughoudendheid, bescheidenheid én prudentie gemaand?⁸⁶

9.9.2 Het noodzakelijke normatieve debat

Wat is goede medische zorg? Die dienstverlening krijgt gestalte in de communicatie over en weer tussen patiënt en hulpverlener. Bezien vanuit de optiek van de medische aansprakelijkheid wordt men geconfronteerd met situaties waar het (misschien) misging; het zijn de negatieve afwijkingen van het zorgsysteem die aandacht vragen. Fouten doen de roep om risicobeperking ontstaan en daaruit vloeit de behoefte aan toezichthouders en verantwoordingsfora voort. Die roep om regelgeving en rekenschap bergt gevaren in zich.

83 Bijvoorbeeld www.medscape.com.

84 Zie Ferner (2005), p. 855-856 en voorts het rapport van de House of Commons Health Committee (2005). *The influence of the pharmaceutical industry*, te raadplegen via <http://www.parliament.the-stationery-office.co.uk/pa/cm200405/cmselect/cmhealth/42/42.pdf>.

85 Zie bijv. Johnson (1998), p. 87 e.v. en Campion (2004), p. 2436-2437.

86 Zie daarover ook het onlangs verschenen boek van Deyo & Patrick (2005).

Er is de dreiging van de dictatuur van de middelmaat. In het WRR-rapport *Bewijzen van goede dienstverlening* wordt deze kwestie verder uitgewerkt.⁸⁷ Het accent ligt op het afrekenen op gemiddelde scores, ook in het aansprakelijkheidsrecht.⁸⁸ Waar de medische zorg wordt gemeten en gewogen, wil men de ‘ondermaats’ presterende organisaties naar een aanvaardbaar niveau tillen. Daardoor is er te weinig aandacht voor het goede voorbeeld.⁸⁹ Is juist medische zorgverlening niet een maatschappelijke dienst waar de normen zo hoog mogelijk behoren te liggen? Willen we niet allemaal de best mogelijke behandeling in plaats van middelmaat?

De vraag wat goede – liefst de optimale – medische zorgverlening is, zal primair door de medische professie dienen te worden beantwoord. Bij het zoeken naar antwoord op die vraag komt men ook verschillende juridische aspecten tegen. De middelen die worden aangewend om het gestelde doel van goede en effectieve zorg te bereiken, zullen daar dan ook de sporen van dragen. Een vruchtbare alliantie tussen juristen en artsen kan helpen de gulden middenweg te vinden tussen teveel en te weinig regelgeving.

Binnen dit debat hoort ook het nadenken over het soort norm in relatie tot de functie ervan.⁹⁰ Leggen we een minimumniveau vast in de vorm van een inspanningsverplichting of gaat het meer om een aspiratieve norm met een optimaliseringsgebod om een zo hoog mogelijke kwaliteit van zorg te bereiken? Juridisch gezien is een minimumnorm wenselijk, moreel gezien zal een patiënt verwachten dat een arts alles geeft om zo’n goed mogelijke kans van slagen te hebben.

9.9.3 Denk beter na over praktijkrichtlijnen

Helpt een praktijkrichtlijn om de (on)schuld van de hulpverlener beter te bewijzen? Praktijkrichtlijnen zijn ontstaan vanuit de behoefte aan een meer wetenschappelijk gegronde geneeskundige praktijk. Ze zijn echter ook door de juristerij ontdekt, in eerste instantie vooral door de letselschade-advocatuur. Voor de rechtsstrijd over vermeend onjuist medisch handelen vervullen ze – heel toepasselijk voor het toernooimodel – de functie van zowel zwaard als schild. Bij het zoeken naar oplossingen voor geschillen tussen patiënten en hulpverleners kan de komst van heldere en gefundeerde richtsnoeren voor goed medisch handelen behulpzaam zijn, maar niet zonder meer. Zowel de

⁸⁷ WRR (2004).

⁸⁸ Immers niet de top is de maat, maar de gemiddelde dokter in een vergelijkbare situatie, vgl. het Speeckaert/Gradener-arrest, HR 9 november 1990, NJ 1991, 26.

⁸⁹ Exemplarisch is het werk van de neonatoloog H. Molendijk van het Isala Ziekenhuis te Zwolle, die op de afdeling intensive care voor pasgeborenen naar optimale zorg streeft door een veiligheidscultuur na te streven waarbij ook het zoveel mogelijk melden van fouten wordt nagestreefd. Zie ook www.sneller.beter.nl.

⁹⁰ Zie 2.3.10.

geneeskunde als de rechtswetenschap juichen het ontwikkelen van praktijkrichtlijnen toe, maar zullen zich bewust dienen te zijn van beperkingen.⁹¹

- Een praktijkrichtlijn zal primair een medisch doel dienen: het bevorderen van een *best practice*. Wanneer ze voor juridische doeleinden worden aangewend, ontstaat de noodzaak dat ze zowel qua inhoud als qua wijze van totstandkoming aan extra voorwaarden moeten voldoen.
- Veel gedragsaanwijzingen voor artsen voldoen medisch niet aan de fundamentele methodologische eisen die aan 'echte' praktijkrichtlijnen worden gesteld en mogen dan niet in aanmerking komen om in een geschil als norm te worden gebruikt. Een voor juristen kenbaar en betrouwbaar keurmerk voor praktijkrichtlijnen is wenselijk.
- Qua aard zijn praktijkrichtlijnen vooral *aspiratieve* normen, ze beogen optimalisering van de medische praktijk.⁹² Naar huidige juridische opvatting moet de aanbevolen werkwijze vooral een *minimumnorm* omschrijven. De richtsnoeren dienen dan tenminste deze minimumnorm expliciet te maken en aan te sporen tot maxumprestaties met daarbij het aangeven van de weg waarlangs dat kan geschieden.
- De onzekerheid, inherent aan elk medisch handelen, wordt door praktijkrichtlijnen niet weggenomen. Die handelwijze die voor het grootst mogelijk aantal patiënten de meest gunstige afloop zal geven, wordt als beste aangeprezen.
- Er ligt een spanningsveld tussen het *medisch-wetenschappelijk* bewijzen van een beste handelwijze en het *juridisch* bewijzen van toerekenbaar tekortschieten bij het uitvoeren van een medische interventie. Praktijkrichtlijnen bevinden zich binnen deze sfeer.
- Door de toegenomen maatschappelijke verantwoordingsdruk (inclusief die van juridische fora) op artsen bestaat meer en meer de neiging praktijkrichtlijnen te maken.⁹³ Er is daardoor niet alleen een aanzwellende stroom van praktijkrichtlijnen, maar die worden ook steeds gedetailleerder en dus omvangrijker.⁹⁴ Dat komt de praktische bruikbaarheid vervolgens weer niet ten goede. Bezinning op vorm en inhoud is nodig.

Er is nog onvoldoende empirisch onderzoek gedaan naar de rol van praktijkrichtlijnen bij geschilbeslechting: lukt het de rechter (of ook buitenprocessueel) *met* de beschikbaarheid van praktijkrichtlijnen beter om te beslissen dan *zonder*?⁹⁵ De enige verantwoorde manier om daar antwoord op te krijgen, is het doen van vergelijkend onderzoek. Een ander vraag is meer medisch-prak-

91 Vgl. Kastelein (2003).

92 Zie nogmaals 2.3.10.

93 Daarnaast wil men soms ook exonerationclausules verwerken in deze richtsnoeren ter voorkoming van juridisch gebruik.

94 De eerder genoemde Klachtenrichtlijn Gezondheidszorg (2004) spant daarbij de kroon: 309 bladzijden!

95 Ook aan de hand van de jurisprudentie is hierover geen goede uitspraak te doen.

tisch: voorkomt het gebruik van praktijkrichtlijnen het maken van het type fouten waarover doorgaans geklaagd wordt? Dat heeft alles te maken met de vragen wat er fout ging en waarom het fout ging. Was dat kennistekort? Gebrek aan technische vaardigheden? Een attitudekwestie? Of was het de onvoorspelbaarheid van de uitkomst, ook al werd er door de hulpverlener lege artis gehandeld?

Het normatieve karakter van praktijkrichtlijnen dwingt tot een fundamentele discussie over welk doel of welke doelen men beoogt, welke manier van samenstellen daarvoor dan geschikt is en tot empirisch onderzoek om de effecten te beoordelen. Dat praktijkrichtlijnen ook een juridische dimensie zullen hebben, is onvermijdelijk, maar dat impliceert voor artsen twee zaken. Ten eerste niet alleen aandacht voor medisch-wetenschappelijke onderbouwing van de praktijk maar meer elementair onderzoek naar oorzaken van medische fouten. Ten tweede ook hier weer meer samenspraak met rechtswetenschappers over de fundamentele en praktische aspecten van praktijkrichtlijnen.

9.9.4 Interventies door toezichthouders

Wie de veiligheid van medische zorg beziet, wordt geconfronteerd met een gefragmenteerd landschap. Er bestaan verschillende vormen van intern en extern toezicht zonder dat duidelijk is om welke verantwoordelijkheden het gaat en hoe de onderlinge verhouding geregeld is. Wat is binnen dat complexe geheel toch de rol van de Inspectie voor de Gezondheidszorg?⁹⁶ De Inspectie is bezig met heroriëntatie op zijn functie en bepaling van de relatie met andere soorten toezicht.

Het beleid van de Inspectie is tegenwoordig vooral gericht op onderzoek op het niveau van organisaties om instellingen op te sporen die een risico zijn voor de patiënt.⁹⁷ Dat kan in theorie maar op twee manieren: of men doet als inspectie zelf onderzoek of men gaat af op meldingen. De Inspectie geeft niet aan *hoe* 'risicovolle' instellingen kunnen worden opgespoord, welk beoordelingskader daarvoor wordt gehanteerd en hoe men om wil gaan met geconstateerde gebreken.⁹⁸

⁹⁶ Zie Legemaate (2001).

⁹⁷ Zie het jaarrapport IGZ 2003, p. 178: "Aanvankelijk was het doel gegevens te verzamelen om een totaalbeeld te krijgen van de kwaliteit van zorg of producten van instellingen en bedrijven waarop de inspectie toezicht houdt. Nu staat vast dat de inspectie informatie vergaart om vooral instellingen en bedrijven op te sporen die een risico zijn voor de patiënt."

⁹⁸ Dit beleid heet "Gelaagd en gefaseerd toezicht"; Zie de verwijzing naar dit onderwerp via www.igz.nl.

Toezicht is geïnstitutionaliseerd wantrouwen. Daarbij is er een dubbelrol voor de Inspectie weggelegd: sanctioneren en adviseren.⁹⁹ De hoeveelheid toezicht dient goed gedoseerd te zijn, het beleid evenwichtig en steeds in samenhang met andere vormen van interne en externe controle georganiseerd. De verwachtingen over de mogelijkheden van supervisie dienen realistisch te zijn. Dus in het kader van veiligheidsbevordering is het gewenst dat de rol van toezichthouders – met name van de Inspectie – opnieuw wordt doordacht en afgestemd met elkaar en binnen het totale beleid.

9.9.5 Organiseer actieve en betrokken tegenspelers

Organisaties van consumenten en patiënten roeren zich meer en meer op het gebied van de organisatie en de kwaliteit van gezondheidszorg. Een Nederlands voorbeeld is het onderzoek dat in opdracht van de Nederlandse Consumenten en Patiënten Federatie door het NIPO werd uitgevoerd naar fouten bij medische informatieoverdracht.¹⁰⁰ De verhouding tussen patiënt en gezondheidszorg is een onvrijwillige en kenmerkt zich door afhankelijkheid van de arts.¹⁰¹

Het actief betrekken van patiënten bij vraagstukken van bijvoorbeeld veiligheid en omgang met klachten maakt het systeem meer open dan nu het geval is. Een punt van aandacht is *wie* de belanghebbenden zijn en *hoe* zij hun invloed kunnen en mogen doen gelden.¹⁰²

Het organiseren van goede tegenspelers is in het belang van organisaties van medische zorg. Zo kan men ‘van onderen’ informatie over kwaliteit en veiligheid verkrijgen en plannen ‘van boven’ laten beoordelen. Ook bij conflict-beslechting zullen consumentenorganisaties vaker een rol dienen te spelen.

Het beslissende aspect bij dit alles is dat organisaties van zorg en professionals zich kwetsbaar durven op te stellen, zich bewust van hun maatschappelijke verantwoordelijkheid: arrogantie wordt onverbiddelijk afgestraft.

9.9.6 De interferentie tussen aansprakelijkheidsrecht en veiligheidsbevordering

Vooraf vanuit medische hoek wordt er telkenmale op gewezen dat de kans om juridisch aansprakelijk te worden gesteld openheid over (bijna) fouten frustreert. Er is nog geen empirisch onderzoek bekend dat deze problematiek

99 Zie verder over de problematiek van toezicht houden hoofdstuk 7 van het WRR-rapport (2004).

100 Vgl. Hentenaar (2003).

101 Vgl. WRR-rapport (2004), p. 160.

102 WRR-rapport, p. 239-240.

werkelijk goed en diepgaand heeft geïnventariseerd.¹⁰³ Het zijn doorgaans veronderstellingen waarvoor theoretische argumenten en anekdotisch getint 'bewijs' voor wordt aangevoerd. Nemen litigieuze acties toe als fouten stelselmatig worden gemeld? Zolang er een grote pool aan potentiële litiganten bestaat, zal een gemakkelijkere identificatie van een foute medische interventie op basis van melding in theorie tot meer juridische afrekeningen daarvan kunnen leiden.

Er bestaat een verkeerd uitgangspunt onder veel artsen en andere hulpverleners. Zaken die fout gaan, horen niet verborgen te blijven.¹⁰⁴ Het is illustratief als ze zelf een medische interventie moeten ondergaan: ze kiezen bewust voor bepaalde hulpverleners en bemoeien zich bovendien met hun veiligheid. Ze zijn zich er dus van bewust dat sommige collegae minder goed werk leveren en waar er dingen fout kunnen gaan.

De grondslag is dat de medische bedrijfsvoering op veiligheid gericht dient te zijn; de titel van het Shell-rapport¹⁰⁵ – of je werkt hier veilig, of je werkt hier niet – is daarom zeer passend. Veiligheidsconcepten zullen geoperationaliseerd worden in een veiligheidssysteem en het goed functioneren daarvan blijkt uit periodieke controles en het opmerken en analyseren van incidenten. Wanneer tegenover de rechter verantwoording over het medisch handelen moet worden afgelegd, kan de organisatie op toetsbare wijze duidelijk maken dat of er wel of geen sprake van gevaarstelling is geweest. Een proactieve houding in plaats een reactieve loont.

Er is dus primair een cultuurverandering onder medici nodig. In deze tijd spreekt vertrouwen in artsen niet vanzelf, maar het is een kwaliteit die actief verworven moet worden.¹⁰⁶ Dat vraagt dat een arts zich durft en kan verantwoordt voor zijn gedragingen.

Een materieelrechtelijke vrijwaring van gerechtelijke vervolging voor gemelde medische fouten is in strijd met de Grondwet (art. 17) en internationale verdragen (art. 6 EVRM; art. 14 IVBP); het tast het autonomiebeginsel aan. We kennen in onze rechtsstaat de mogelijkheid dat (rechts)personen tegenover de rechter verantwoording vragen van een wederpartij. Daarbij geldt het onschuldigheidsbeginsel: de gedaagde wordt voor onschuldig gehouden

103 Er zijn descriptieve studies uit de VS, waarbij een aantal staten wettelijk verplichte foutmelding ingesteld hebben. Zie daarover Leape (2002), p. 1633 e.v. en het rapport van Marchew (2003).

104 Zo stelt letselschadeadvocaat mw. Vogelzang in een recent artikel in MC (Pronk, 2005): "Een professional hoort te staan voor wat hij doet en met naam en toenaam verantwoording te nemen", p. 305.

105 Willems (2004).

106 Zie bijvoorbeeld het WRR-rapport (2004), *Bewijzen van goede dienstverlening*. Lord Woolf (2001) laat in een overzicht ook zien dat de afgelopen decennia het adagium *doctor knows best* is losgelaten: "The contemporary approach is a more critical approach. It could be said to be that doctor knows best if he acts reasonably and logically and gets his facts right."

totdat zijn schuld is bewezen. Artsen zullen er aan moeten wennen dat ze tijdens hun professionele leven zich zullen moeten verantwoorden¹⁰⁷

De oplossing van deze kwestie vraagt van de medische professionals een transparant en doelmatig veiligheidssysteem en aan juridische zijde op een juiste en rechtvaardige gevalsbeoordeling zodat de kans om als arts op onjuiste gronden te worden veroordeeld zo laag mogelijk is.

9.9.7 Anticipeer op mogelijke juridische gevolgen

Het feit dat een arts de kans loopt om juridisch ter verantwoording te worden geroepen voor zijn gedragingen betekent dat hij daarom terdege rekening moet houden met de wijze waarop de praktijk wordt gevoerd en de zorgvuldigheid waarmee een en ander wordt gecommuniceerd naar de hulpvrager en vastgelegd in het dossier. Anticiperend gedrag kent dus een organisatorisch, inhoudelijk en een administratief aspect. Het normatieve debat zal ertoe leiden dat expliciet wordt gemaakt hoe in een gegeven situatie het beste kan worden gehandeld (zie hoofdstuk 6 alsook supra 9.9.1). Wie zich aan goede standaarden conformeert (of eventueel gemotiveerd daarvan afwijkt), weet zich professioneel gerechtvaardigd en daarmee zal ook de neiging tot defensieve geneeskunde kunnen worden teruggedrongen.

Een binnen de geneeskunde verwaarloosd maar belangrijk aspect is de zorgvuldigheid waarmee het medisch handelen in het dossier wordt vastgelegd. In 4.4.5 werd gewezen op de problemen rond het feitenonderzoek. Als reconstructie van de situatie plaats moet vinden, is men sterk afhankelijk van administratie van de arts. De rechter kan zich niet verlaten op mededelingen achteraf. Keer op keer blijkt dat bijvoorbeeld operatieverslagen onduidelijk of onvolledig zijn of dat het patiëntendossier niet goed is bijgehouden. Als een arts een collega heeft geraadpleegd, staat dat feit en het resultaat van die consultatie vaak niet vermeld in de status. Argumenten om iets te doen of te laten worden niet genoteerd in het dossier of in correspondentie. Bij discussie over het toestemmingsvereiste blijken de cruciale notities of een ondertekende verklaring van de patiënt te ontbreken.

Medici klagen dan onmiddellijk over een alsmaar grotere administratieve druk. Daarvan is zeker sprake, maar dat komt eerder door de toegenomen complexiteit van de medische praktijk dan door de dreiging van rechtsvervolging. Nogmaals: een arts wordt gewogen op diens zorgvuldigheid van handelen. Het afleggen van die verantwoording geschiedt tegenwoordig voor meer fora dan alleen het juridische. Een proactief beleid dat daarop gericht is, geeft

107 De voorzitter van het Centraal Medisch Tuchtcollege, mr. R.A. Torrenge, benadrukte in een interview in Medisch Contact (2002, nr. 17) dat “artsen (tucht)recht moeten zien als een *gewoon* (curs. RG) mechanisme van verantwoording voor professioneel handelen”.

dan ook blijk van de bereidheid daartoe. Het is de juridische variant van het dictum dat voorkomen beter is dan genezen.

9.9.8 Implicaties voor de medische opleiding

In de medische studie komt het maken van fouten en de mogelijke juridische consequenties daarvan niet of nauwelijks aan bod. Bij gebrek aan werkervaring is de herkenbaarheid van de problematiek voor de studenten nog gering. Maar al praktiserend zullen ze allemaal fouten maken en dus is het toch belangrijk om tijdens de studie het al regelmatig aan de orde te stellen. Vanaf de studie tot het einde van de loopbaan is het nodig de competentie van reflexief handelen te blijven ontwikkelen: het leren analyseren van eigen handelen, zowel incidenteel als meer systematisch.

Iedere arts zal zich moeten specialiseren en dat is dus een belangrijke fase in de loopbaan om medisch tekortschieten onder de aandacht te brengen.¹⁰⁸ Hoe kan het voorkomen worden? Als het toch gebeurt, hoe er mee om te gaan? Steeds meer wetenschappelijke verenigingen gaan tijdens de opleidingen aandacht aan deze problematiek schenken. Er wordt inmiddels al door enkele verenigingen cursorisch onderwijs gegeven over medische aansprakelijkheid en bijvoorbeeld de Nederlandse Vereniging van Orthopedie traint de aankomende specialisten in het opstellen van een deskundigenrapport.

Het is nodig dat elke arts over een aantal competenties beschikt, die eigen zijn aan de moderne bedrijfsvoering van de geneeskunde.¹⁰⁹ Dat zijn:

- Besef hebben van eigen feilbaarheid;
- Besef van onderlinge afhankelijkheid voor de uiteindelijke kwaliteit;
- Kunnen werken in teams: de solist is nagenoeg uitgestorven;
- Het werk leren zien als een proces, dat ontworpen gestuurd en gecontroleerd dient te worden;
- Vaardigheden ontwikkelen in het registreren, samenvoegen en analyseren van uitkomstdata;
- Leren samen te werken met (organisaties van) patiënten;
- Leren samenwerken met managers;

Aangezien hoe er met fouten wordt omgegaan beslissend blijkt op welke wijze de gelaedeerde zich verder tegenover de arts of het ziekenhuis zal opstellen, is dat het kernpunt om aandacht aan te besteden tijdens studie en specialisatie. Het gaat om het bijbrengen van de juiste attitude, de imperatief om zorg te verlenen van een zo hoog mogelijk niveau.¹¹⁰

¹⁰⁸ Ook huisartsengeneeskunde is tegenwoordig een specialisme.

¹⁰⁹ Zie daarover Moss (2004), p. 406-407.

¹¹⁰ Zie Academic Medical Center Working Group (2003), p. 1085 e.v.

9.9.9 Implicaties voor professionele organisaties

Aangezien de klagende patiënt geen zeldzaamheid meer is, zullen zowel branche- als koepelorganisaties van artsen organisatorisch hun maatregelen moeten nemen. De meeste medisch-wetenschappelijke verenigingen hebben inmiddels een juridische commissie in het leven geroepen, die zich over de juridische dimensies van de arts enij buigt. Er is een landelijke koepel ontstaan in de vorm van het Platform Medisch Specialist & Recht.

Voor wat betreft medische aansprakelijkheid wordt er gewerkt aan opleidingen tot deskundigen, aandacht voor hun rapportages. Steeds meer wetenschappelijke verenigingen hebben gedragscodes voor deskundigen opgesteld of zijn daarmee doende. Bij veel van deze activiteiten worden juristen betrokken.

9.10 AGENDAPUNTEN VOOR DE RECHTSWETENSCHAP

Bij de beoordeling van aansprakelijkheidsrecht in het algemeen en medische aansprakelijkheid in het bijzonder zijn vier ijkpunten van belang: legaliteit, legitimiteit, effectiviteit en efficiency.¹¹¹ Voor het realiseren daarvan zijn verschillende soorten inspanningen nodig.

9.10.1 Meer observationele rechtswetenschap

Niet alleen inzicht maar ook overzicht is belangrijk. Wie vragen er om rechtshulp, waarom doen ze dat, hoe loopt het met hen af en hoe oordelen ze daarover? We hebben laten zien dat noodzakelijke gegevens nodig voor een overzicht over medische aansprakelijkheid in ons land nog maar weinig te vinden zijn.¹¹² De behoefte aan dergelijke data leeft nog te weinig binnen de juristerij. Een van de drijfveren zou toch zelfreflectie mogen zijn: wat zijn we aan het doen en wat richt het uit (of aan)?

In navolging van studies in Engeland en Schotland¹¹³ werd recent in ons land een peiling gehouden onder burgers over verloop en afloop van (potentiële) juridische problemen.¹¹⁴ Dergelijke onderzoeken zouden wel vaker en ook gedetailleerder kunnen worden gehouden. Daarvoor is zowel een financieel

111 Buruma (2004) ontleend deze opsomming aan een van zijn leermeesters, Erwin Muller.

112 De vraag bijvoorbeeld of er in Nederland bij de medische aansprakelijkheid zich een claimcultuur aan het ontwikkelen is, kan niet goed beantwoord worden. De verzekeraars houden gegevens meestal binnenskamers (behoudens een recent rapport van MediRisk, zie Hubben & Christiaans 2004). Aan de aantallen civiele rechtszaken per jaar kan men het vooralsnog niet aflezen.

113 *De Paths to Justice*-studies van Genn (1999) en Genn & Paterson (2001).

114 Zie het WODC-rapport *Geschiedbeslechtingdelta 2003* van Velthoven & Ter Voert (2004).

kader als een onderzoeksinfrastructuur noodzakelijk. Als zoveel onderzoekers binnen de rechtswetenschap het gemis aan empirisch onderzoek signaleren, dan moeten juridische faculteiten en beroepsinstanties deze taak op zich nemen.

Een speciaal onderwerp is kosten-effectiviteitsonderzoek (zie 2.7.3). Wat de totale kosten zijn van medische aansprakelijkheid, welke kosten gemaakt moeten worden voor elke uitgekeerde euro is bij benadering niet te zeggen.¹¹⁵

Een ander onderwerp is jurimetrie.¹¹⁶ Dit onderdeel van de rechtswetenschap stelt zich de vraag of recht meetbaar is en zelfs voorspelbaar, een vraag die bevestigend kan worden beantwoord.¹¹⁷ Wie effecten van jurisprudentie wil beoordelen, ontkomt eenvoudig niet aan kwantitatieve methoden die dan ook gericht op de specifieke vragen van de juridische praktijk moeten worden ontwikkeld en getoetst. Hier ligt dus duidelijk een uitdaging om evaluatief onderzoek met kwantitatieve methoden te ontwikkelen, maar sommige juristen zijn mordicus tegen een meetcultuur.¹¹⁸

Een speciaal onderwerp zijn de wetsevaluaties. Nieuwe wetgeving, zeker die betrekking heeft op de medische zorg, kent doorgaans een artikel waarin de verplichting is opgenomen de wet na een aantal jaren te evalueren. Dat vraagt in de eerste plaats een helder en objectiveerbaar doel van de wet en voorts niet alleen kwalitatieve gegevens, maar ook kwantitatieve. Een zgn. nulmeting vóór de invoering van de wet moet daar dan deel van uitmaken. Een dergelijke evaluatie vraagt om een objectieve norm en om deelname aan het proces van evaluatie door personen die niet direct of indirect betrokken waren bij de totstandkoming ervan en die geen belangen hebben.¹¹⁹

9.10.2 Meer experimentele rechtswetenschap

In het civiele recht worden maar mondjesmaat experimenten gedaan. Dat betreft voornamelijk simulaties waarbij concrete of hypothetische casuïstiek aan groepen juristen werd voorgelegd om te zien of ze tot dezelfde beslissing komen of wat de invloed is van gegevens op de wijze van beslissen. In het

115 Zie Barendrecht e.a. (2004) over dit WODC-rapport.

116 In de rechtswetenschap duikt deze term op in 1949 in de publicatie van Lee *Jurimetrics, the next step forwards* in de *Minnesota Law Review*, p. 455-493. De medische pendant is *clinimetrie*, een term in het leven geroepen door Alvan Feinstein in het gelijknamige boek *Clinimetrics* van zijn hand. New Haven: Yale University Press, 1987.

117 Zie het overzichtsartikel hierover van Combrink-Kuiters (2000), p. 151 e.v.

118 Vgl. opinie van Kortmann (2004) in het NJB en de reactie hierop van Giard (2005).

119 Zie het commentaar van Biesheuvel (2002) en Giard (2001f).

strafrecht is men inmiddels wel al bezig met het uitvoeren van gerandomiseerde onderzoeken.¹²⁰

Simulaties bieden de mogelijkheid de reproduceerbaarheid van beslissingen van rechters te onderzoeken, te zien wat de invloed is van veranderingen van informatie en methoden op de uitkomst. Deze vorm van experimenteren in de rechtswetenschap kan kleinschalig en met relatief weinig kosten geschieden.

Daarnaast zijn er praktische experimenten waarbij men de uitkomsten vergelijkt van twee verschillende benaderingen. Juist bij medische aansprakelijkheid zou deze vorm van experimenteel-observationele research. Vragen zijn bijvoorbeeld: is klachtafhandeling in een ziekenhuis beter af met een eigen klachtenfunctionaris of een onafhankelijke commissie? Welk systeem bereikt een betere afhandeling: mediation of de bestaande rechtspraak?¹²¹ Leidt juridische bescherming van foutmelding tot een veiligere medische praktijk dan de huidige aanpak? Tal van onderwerpen van deze studie lenen zich voor een dergelijk type experiment, maar dat is kostbaar, tijdrovend en moet voldoende grootschalig zijn om de uitkomsten betrouwbaar te maken. Zulk speurwerk is nog onbekend in de rechtswetenschap, er bestaat geen infrastructuur voor en er zal financiering voor moeten worden gevonden.

9.10.3 Meer wetenschappelijkheid: maar hoe dan?

Er zijn over de rechtswetenschap twee vragen te stellen: is er sprake van een wetenschappelijk tekort in het recht? Zo ja, wat dient hieraan te worden gedaan? Zowel op grond van de diverse artikelen van juristen over dit onderwerp als de uitkomsten van deze studie kan de eerste vraag bevestigend worden beantwoord. De contacten naar aanleiding van medische aansprakelijkheid tussen artsen en juristen confronteren de juristerij met zijn eigen wetenschappelijke premissen en methodieken. Er is bij de civielrechtelijke aansprakelijkheid voor medische fouten zeker sprake van zowel een empirisch als een wetenschappelijk tekort (zie o.a. 2.6).

Het bijzondere is dat hier (weer) een parallel tussen recht en geneeskunde te trekken is. Ook de geneeskunde is – weliswaar eerder – geconfronteerd geworden met de vraag naar haar grondslagen en naar de wetenschappelijkheid van haar methoden. Dat heeft de zoektocht in gang gezet naar methodo-

120 Dat gebeurt door het Justice Research Consortium onder toezicht van Lord Woolf. Hierin participeren het Jerry Lee Center of Criminology van de University of Pennsylvania en voorts het Center for Restorative Justice van de Australian National University. Zie: <http://www.sas.upenn.edu/jerrylee/rjWorkingPaper1.pdf>. Ook de Campbell Collaboration (zie 2.5.1) is hiermee actief: The Campbell Crime & Justice Coordinating Group (zie: <http://www.aic.gov.au/campbellcj/>).

121 Zie voor een inventarisatie van mogelijke problemen van implementatie van mediation Pel & Spliet (2003).

logisch verantwoorde wijzen van het bepalen van de beste geneeskundige praktijk: evidence-based medicine.

Ook voor het bepalen van het optimale recht zal het nodig zijn om meer en diepgaander na te denken over de qua wijze waarop het recht tot stand komt, *evidence-based law*. Daarbij kan de rechtsrechtswetenschap te rade gaan o.a. bij de medische om het wetenschappelijke karakter van rechtspleging te vergroten. Sommige juristen¹²² vinden dat niet nodig of zelfs gevaarlijk. Echter, als men wel put uit kennis en ervaring bij anderen gaat het 'eigene' van de rechtswetenschap daarbij stellig niet teloor, het krijgt juist meer zeggingskracht.

Op zoek naar antwoorden op de vraag hoe we verder kunnen komen met de kwestie van de methoden van de rechtswetenschap heeft een groep juristen van de Universiteit van Tilburg een verkenning verricht van de verschillende problemen en van binnen en buiten de rechtswetenschap zijn reacties gegeven.¹²³ Er is meer vraag naar verantwoording en dat werkt stimulerend. Deze kwestie heeft niet alleen te maken met fundamentele en conceptuele zaken, maar vooral met de problemen die men tegenkomt bij het operationaliseren ervan in de dagelijkse praktijk.

Als, zoals in het verleden bij de geneeskunde, er een grote variatie van opinies en werkwijzen in praktijk bestaat en voor eenzelfde probleem verschillend gehandeld wordt, is de vraag naar de kwaliteit gerechtvaardigd. Niet voor niets gebruikt Stolker in zijn artikel het voorbeeld van negen mogelijke juridische antwoorden op éénzelfde vraag, de kwestie van de *wrongful life* vordering. Het gaat hier om niets minder dan om het koesteren van de beginselen van rechtseenheid en rechtszekerheid en daarvoor is een reflexieve attitude nodig.

9.10.4 Implicaties voor de juridische opleiding

Wat moet er aan de rechtenstudie veranderen en wat zijn de kwesties voor de postdoctorale – of binnenkort de postmaster – vorming? Het is niet moeilijk een verlanglijstje op te stellen van nog extra toe te voegen onderwerpen en competenties, maar het is primair een zaak van cultuur. Op de casusgerichtheid van het vak is o.a. door Vranken gewezen. Die praktische betekenis van het vak, net zoals trouwens bij de geneeskunde, vormt uiteraard het maatschappelijke bestaansrecht ervan. Het gevaar daarvan is echter dat er teveel van klus naar klus wordt gegaan zonder achterom te kijken en afstand te nemen en te overzien. Het eigen maken van een beschouwende attitude is daarom

¹²² Zie bijvoorbeeld Van Rhee (2004), p. 200-201.

¹²³ Zie Barendrecht e.a. (2004) voor de Tilburgse bijdrage aan het debat en ook andere reacties in het themanummer van het NJB gewijd aan dit onderwerp (2004, nr. 28). Zie voorts de bundel opstellen van Broeksteeg & Stamhuis (2004).

gewenst: zowel reflectie-in-actie als reflectie achteraf. Vanuit die houding stelt men zich vragen over de gepastheid en toereikendheid van gehanteerde methoden, ontstaat de behoefte om kritisch het eigen handelen te bezien en zich af te vragen of er sprake is van een wetenschappelijk tekort. Het leren kijken vanuit metajuridische perspectief is voor de toekomstige jurist daarom zo belangrijk en daarom verdienen de metajuridica een prominentere plaats in faculteiten van rechtsgeleerdheid.

9.10.5 De twee werelden van het recht

Bestaat er een duidelijk, misschien wel principieel, verschil in omgang met het recht tussen bijvoorbeeld iemand die als opdracht heeft een geschil bindend te beslechten en een wetenschapper die het recht bestudeert? Cliteur waarschuwt de aankomende rechtenstudenten in een openingscollege¹²⁴ dat er twee soorten docenten zijn: die van de rechtsgeleerden en die van de rechtswetenschappers. Rechten heeft de Januskop van geleerdheid en wetenschap. Die twee totaal verschillende benaderingen staan volgens hem niet in een *concurrerende* verhouding tot elkaar.

Cliteur roept hier het beeld op van een tweeling, waarvan hij een helft (de rechtswetenschap) wat ondervoed vindt. Is die tweeling nu één- of twee-eig? Is het een beschrijving van een zijnstoestand die we op rationele gronden maar moeten accepteren? Of hebben we te maken met een historisch gegroeide gespletenheid tussen – om het scherp te stellen – studeerkamergeleerden en practici?

Ook anderen constateren dat de rechtswetenschap gekenmerkt wordt door een zekere dualiteit.¹²⁵ Rechtswetenschap is enerzijds een tekstwetenschap en anderzijds een praktische discipline. Voor wat betreft het laatste: er moet een probleem van of met een justitiabele gemotiveerd en bindend opgelost worden.

Stuiten we hier op een algemeen pijnpunt en herkennen we dat ook bij onze analyse van medische aansprakelijkheid? Jazeker. Juristen zijn sterk in het conceptuele maar moeite hebben met de operationele omvorming van begrippen tot werkbare entiteiten. Concepten bij medische aansprakelijkheid als toerekening, causaliteit, schade en ‘informed consent’ worden theoretisch diepgaand beschouwd maar men is daarbij soms ver verwijderd van de werkelijke medische praktijk. Het concept *informed consent* is daarvan een goed voorbeeld. Een citaat:¹²⁶

124 Cliteur (2003).

125 Vgl. Loth & Gaakeer (2003), p. 321.

126 Ontleend aan het evaluatierapport WGBO. Zie Dute et al. (2000), p. 54.

‘De rechter overweegt doorgaans dat de patiënt moet worden geïnformeerd over de redelijkerwijs te verwachten gevolgen van de behandeling en over de risico’s en complicaties, die, gelet op de aard van het risico en de kans dat het risico zich verwezenlijkt, voor de patiënt van belang moeten worden geacht. Dat betekent niet dat de arts gehouden is om de patiënt alle inlichtingen over mogelijke ontwikkelingen te verstrekken.’

De letselschadeadvocaat zal bovenstaande uitspraak en de daaraan ten grondslag liggende rechtsregel (art. 7:448 BW) anders uitleggen dan de rechtsvertegenwoordiger van de gedaagde arts. En welk rationeel en reproduceerbaar criterium heeft de rechter die concreet moet beslissen of er aan de wettelijke vereisten werd voldaan hiervoor tot zijn beschikking? Het is maar de vraag of een 135 pagina’s tellend rapport met daarin een modelrichtlijn voor hulpverleners¹²⁷ de problematiek verder helpt oplossen. De twee juridische werelden, die van schriftgeleerden en frontstrijders, dienen te worden verenigd en diepgaand geconfronteerd met de beslommingen van de medische praktijk.

9.11 EEN GEMEENSCHAPPELIJK PERSPECTIEF

In dit proefschrift hebben we gekeken naar het probleem van de onveiligheid van medische zorg en de beïnvloeding van het gedrag van hulpverleners met het doel daar waar mogelijk de risico’s op schade zoveel mogelijk in te perken. Daarmee hebben we zicht gekregen op een complex landschap waarin verschillende groepen belanghebbenden en uiteenlopende regulerende en toezichthoudende instanties actief zijn. Belangen en verantwoordelijkheden van al deze spelers overlappen elkaar ten dele maar staan soms ook tegenover elkaar.

Nu blijkt dat de medische zorg beslist veiliger kan, ligt er dus een taak voor *alle* betrokkenen om hier verandering in aan te brengen. Maar hoe? Als er zo duidelijk sprake is van fragmentatie zal er dus gestreefd moeten worden naar betere integratie, maar dat is een meer procesmatige kant van de zaak. Veel belangrijker nog is om de fundamentele en conceptuele aspecten van dit alles goed opnieuw te doordenken alsmede de bestaansvoorwaarden voor een systeem van veiliger zorg.

Als er meerdere spelers op dit toneel zijn, is de eerste vraag: wie waarvoor verantwoordelijk is. De primaire verantwoordelijkheid voor de veiligheid van zorg ligt bij de hulpverleners. De zorgverlening komt tot stand in de interactie tussen patiënt en arts of ondersteunende gezondheidswerkers. Het is noodzakelijk dat er, meer dan tot nu toe het geval is, grotere nadruk op veiligheid wordt gelegd. Dat vereist visie van de professionals, maar de context waarbinnen dit alles plaatsvindt mag niet te vrijblijvend zijn. Daarvoor is een samenhangend stelsel van toezicht gewenst, waarbij intern en extern toezicht op elkaar

127 Zie Wittmer & De Roode (2004), deel 2.

dienen te zijn afgestemd. Een controlestelsel zal liefst sober zijn: medisch zorg moet immers flexibel zijn en innovatief kunnen blijven.

Iedere casuspositie over medische aansprakelijkheid vraagt van de medische professie of ze wel voldoende onderzocht hebben én expliciet kunnen maken voor leken wat de beste en vooral meest veilige aanpak is. Voorts zal duidelijk gemaakt moeten worden of er in de organisatie waarbinnen dokters werken een veiligheidssysteem operationeel is. Omgekeerd vraagt iedere casuspositie net zo goed van de rechter hetzelfde: praktiseert de beslisser *evidence-based law* en is er sprake een systeem van kwaliteitscontrole van de rechtspraak?

Zo gezien bevinden de dokter en de rechter zich op gemeenschappelijke grond. Ze zijn beide professional in een systeem van maatschappelijke dienstverlening en moeten beslissingen nemen met vergaande gevolgen in situaties waarin ze niet volledig zijn geïnformeerd, waar ook geen absolute zekerheid bestaat en waarbij ze dus kunnen falen. Vanwege die probleemverwantschap delen ze eenzelfde perspectief en het leren kijken vanuit die invalshoek naar beider beroepspraktijk is zowel leerzaam als heilzaam.

Samenvatting

Deze studie bezieet – vooral vanuit metajuridisch perspectief – de medische aansprakelijkheid. Buiten Nederland, niet alleen in de VS, maar bijvoorbeeld ook in het Verenigd Koninkrijk, Ierland en Australië, is de *medical malpractice* uitgegroeid tot zowel een groot maatschappelijk als een economisch probleem. De gevolgen daarvan zijn velerlei. De kosten ervan zijn immens, de psychologische schade groot, aansprakelijkheidsverzekeraars trekken zich terug uit de markt, premies voor WA-verzekeringen voor artsen dreigen onbetaalbaar te worden, artsen weigeren behandelingen uit te voeren waaraan juridische risico's verbonden zijn, treden uit het vak of stoppen vervroegd met werken. Dit medisch-juridische strijdgewoel lijkt dus vooral verliezers op te leveren.

In tegenstelling tot het buitenland lijkt de situatie wat betreft medische aansprakelijkheid in ons land minder ernstig. Maar die situatie is de laatste jaren toch aan het veranderen: het aantal claims toont een stijging en de hoogte van de schadevergoedingen eveneens. Onze overheid is al enige tijd beducht voor een cultuur waarin burgers elkaar veelvuldig en voor hoge bedragen in juridische zin aanspreken. Als medische aansprakelijkheid sterk gaat uitdijen, zijn maatregelen geboden. Maar welke dan? De gang naar het recht ontmoedigen door hoge drempels op te werpen en schadevergoeding te limiteren of het beleid over een geheel andere boeg gooien met een systeem van *no-fault* verzekering? Of moet het probleem van medisch tekortschieten eerst en vooral bij de wortel worden aangepakt? Welke weg men ook kiest, alles draait om het bevorderen van goed gedrag van artsen teneinde medische missers tot een minimum te beperken, en de vraag is op welke directe of indirecte manier het recht hier een rol bij kan spelen.

Hoofdstuk 1. Medische fouten zijn bedreigend voor iedereen en vormen een belangrijk maatschappelijk probleem. Het recht als normenwetenschap raakt bij deze kwestie betrokken, hetzij in een geschilbeslechtende rol, hetzij in een ordenende rol. De civielrechtelijke medische aansprakelijkheid maakt in de eerste plaats aanspraak op zijn functie als vergoedingssysteem. Daarnaast wordt medische aansprakelijkheid meer en meer gezien als gedragsbeïnvloedingsmechanisme, de preventiefunctie. Zo wordt *ex post* of *ex ante* het gedrag van artsen beïnvloed: de dader moet tot inkeer komen, de beroepsgenoten zijn gewaarschuwd. Om te weten of die aanspraken op vergoedingsfunctie en profylactische rechtseffecten ook gerealiseerd worden, is het de moeite waard de casuïstiek te overstijgen en te zien wat er zich op macroniveau

allemaal afspeelt. Zo willen we het functioneren van de medische aansprakelijkheid als systeem onderzoeken en dat vraagt geëigende methoden en meetinstrumenten. Een eenvoudig bedrijfskundig systeemmodel is daarbij van dienst: wie wenden zich tot het systeem van de medische aansprakelijkheid (input)? Wat gebeurt er met hen (throughput, processen)? Wat zijn de uitkomsten ervan (output)? Een dergelijk systeem heeft een organisatorische structuur en functioneert steeds in een context. Alle structurele en functionele elementen samen zullen in de analyse meegenomen moeten worden.

Als we naast beschrijvend ook beoordelend bezig zijn, zal het functioneren van het systeem afgewogen moeten worden aan de doelstellingen ervan en de vraag beantwoord of die ook effectief en efficiënt worden gerealiseerd. De motivering voor een dergelijke *critical inquiry* spruit voort uit onvrede over het functioneren van het aansprakelijkheidsrecht. Er bestaat grote behoefte aan verheldering en daarvoor is een metajuridisch gezichtspunt, dat het systeem onderzoekt op fundamenteel, conceptueel en operationeel niveau, het meest geschikt. Het visioen is optimaal recht en veilige medische zorg. De vraag is hoe het huidige systeem van medische aansprakelijkheid functioneert en of de beoogde taken van compensatie en preventie effectief en efficiënt worden vervuld. Ook is de relatie van belang met andere mogelijkheden van beïnvloeding van gedrag en te weten of hier soms ook antagonistische effecten kunnen optreden.

Hoofdstuk 2. Wanneer we het systeem van juridische aansprakelijkheid willen beoordelen, is daarvoor een toetsingskader nodig. Kernvragen zijn die naar de redenen waarvoor het systeem bestaat (rationaliteit) en hoe het zijn taken vervult (functionaliteit). De fundamentele aspecten van het stelsel omvat het formuleren van de grondslagen van het aansprakelijkheidsrecht en de functies. De belangrijkste taken zijn de repressie-, de compensatie- en preventiefunctie. Die functies kunnen vervuld worden in verschillende gedaantes van het aansprakelijkheidsrecht, hetzij via de weg van schuldaansprakelijkheid, hetzij via de route van de risicoaansprakelijkheid.

Met de conceptuele aspecten behandelen we de bepaling van begrippen als verantwoordelijkheid, waarschuwingsplicht, zorgplicht, schuld, risico, gevaarstelling, schade, causaliteit en slachtoffer-bescherming. Als we het gedrag van artsen willen beoordelen, kunnen we verschillende normatieve kaders hanteren: die van recht of moraal en ons afvragen welk van deze twee effectiever is voor gedragsbeïnvloeding. Het juridische kader kent weer twee verschillende typen normen: de aspiratieve norm en de inspanningsverplichting. Dit zijn vooral praktisch gezien twee wezenlijk verschillende criteria: de eerste is abstract en schetst het ideaal, de tweede is concreet en formuleert op grond van de realiteit.

Waar het noodzakelijk is om over medisch handelen te oordelen, zullen juridische concepten voor de medische praktijk moeten worden geoperationaliiseerd. De praktijk laat zien dat de meeste claims worden afgehandeld zonder

dat een rechter eraan te pas komt en dus zal dat operationaliseren van aansprakelijkheidsconcepten zowel voor de niet-processuele als de processuele claimafhandeling nodig zijn.

Steeds voltrekt een procedure zich volgens het toernooimodel en er is maar weinig systematisch onderzoek verricht naar de effectiviteit en de efficiëntie van medische aansprakelijkheid. Naast dit bedrijfsmatige aspect zijn er meer inhoudelijke kwesties, namelijk de vraag welke kennis en kunde er nodig is voor optimale rechtspleging en welke psychologische valkuilen een juist oordeel in de weg kunnen staan. Met dit alles komt men op het gebied van het onderzoek naar de methoden van het recht. Er wordt discussie gevoerd over het wetenschappelijke gehalte van de rechtswetenschap en op dat punt zijn er evidente tekortkomingen gesignaleerd, zowel epistemologisch als empirisch. Vooral dat laatste punt is voor dit onderzoek van belang: voor het kunnen beoordelen van medische aansprakelijkheid zijn veel gegevens nodig, afkomstig van empirisch onderzoek.

Bij het systeemonderzoek zijn de maatschappelijke aspecten van betekenis, vooral de vraag wat de claimanten zoeken bij het aansprakelijkheidsrecht en of het systeem in hun ogen wel behoorlijk functioneert. Een ander belangrijk facet zijn de kosten van het systeem. Geneeskundige zorg is een systeem van maatschappelijke dienstverlening en zo'n bestel zal zich steeds opnieuw moeten bewijzen. Van fouten moeten artsen kunnen leren en voorts is er controle nodig. De vruchten van het leerproces en de uitkomsten van controle zijn voor dat vertrouwensproces van belang. Beroepsaansprakelijkheid is een van de verantwoordingsfora.

Hoofdstuk 3. Wie als patiënt een arts of een ziekenhuis voor een vermeende fout aansprakelijk stelt, zet het rechtssysteem in gang. Als we de medische aansprakelijkheid willen overzien, is de eerste stap beschrijving van de verschillende onderdelen van het systeem. Het volgende is het vaststellen wat er in de verschillende fasen van het proces plaatsvindt. Allereerst de input, de vraag wie de potentiële en wie de daadwerkelijke gebruikers van dit stelsel zijn. Niet iedereen die recht zou kunnen hebben op schadevergoeding dient een claim in, daarom is onderzoek naar de motieven van een zich gedupeerd voelende patiënt om metterdaad een claim in te dienen van belang.

Zonder hulp van een letselschadeadvocaat geen claim en dus is het van belang te weten hoe deze fase verloopt en welke factoren nu de 'intake' bepalen, in hoeveel claims dat concreet per jaar resulteert en ten slotte hoe het daarmee afloopt. Relevant is daarbij te weten welk deel wel en welk deel niet door de overheidsrechter wordt afgehandeld.

Als laatste de output: dat vraagt evaluatie hoe de direct betrokkenen de uitkomst ervaren en beoordeling van de bredere – indirecte – effecten van individuele geschilbeslechting. Een vraag die beantwoord moet worden, is of het juridische oordeel vanuit medisch-inhoudelijk perspectief ook billijk is. Het zijn vragen naar maatschappelijke perceptie en naar juridische kwaliteit.

Er is de kwestie van schadevergoeding, de vraag of die terecht en toereikend is, maar ook hoe de schadesom zich verhoudt tot de gemaakte kosten. Als de uitspraak door een van de partijen als onbillijk wordt ervaren, kan deze in appel gaan en is een logische vraag waarom zij dit doen: beschouwt men het rechtssysteem als een loterij en waagt men de gok?

De conceptuele doelen van het systeem zijn het bieden van een formeel verantwoordingsforum en gedragsbeïnvloeding van medische professionals. Naast beoordeling van de gevolgen van het toewijzen van schadevergoeding voor de direct betrokkenen zijn we bij systeembeoordeling geïnteresseerd naar de maatschappelijke effecten. Om op het gedrag van artsen effect te hebben, is het de vraag of artsen zich iets gelegen laten liggen aan de uitkomsten van juridische geschilbeslechting, de legitimiteit van medische aansprakelijkheid. Duidelijk is dat daarvoor aan verschillende voorwaarden zal dienen te zijn voldaan, wil er feitelijk van gedragsbeïnvloeding van artsen in positieve zin sprake zijn.

De concrete functies van medische aansprakelijkheid zijn compensatie en preventie. Een taxatie van de compensatiefunctie vraagt een nauwkeurige omschrijving *wat* er nu precies gecompenseerd wordt: er is een redelijk te begroten materiële schade, maar een niet goed te schatten immateriële schade. De vraag is wat er van preventieve effecten van medische aansprakelijkheid merkbaar is. Empirisch onderzoek op dat gebied biedt maar weinig zekerheid over de aanwezigheid van dat effect, maar wel duidelijkheid over de ongewenste bijwerking van aansprakelijkheid: te veel en vooral defensief georiënteerde geneeskunde.

Hoofdstuk 4. In dit hoofdstuk worden belangrijke methodologische kwesties besproken. De rechter moet op grond van onzekere feiten en veelal onduidelijke causale relaties toch over een claim oordelen. Die onzekerheid is niet primair psychologisch van aard, maar het gevolg van kennistekort. Bij het nemen van beslissingen speelt dit type twijfel zowel de dokter als de rechter parten. De vraag is hoe we die epistemologisch gefundeerde onzekerheid kunnen verminderen.

Van doorslaggevende betekenis is hoe we een medische fout ondubbelzinnig kunnen definiëren: zonder goede definitie geen billijk rechterlijk oordeel, geen goede meetinstrumenten en gebrekkige behandeling van de kwaal. Het juridische foutbegrip zal dan voor de medische praktijk dienen te worden geoperationaliseerd. Dat is allesbehalve eenvoudig, maar niet onmogelijk. Er dient onderscheid te worden gemaakt tussen fouten en complicaties. Het is niet de uitkomst die het handelen kwalificeert, maar de wijze van doen, de gedraging van de dader. In samenhang hiermee is er een taxonomie van medische fouten nodig. Bij aansprakelijkheid is het altijd nodig naar twee samenhangende zaken te kijken: het proces en de uitkomst daarvan.

Wil men fouten kunnen voorkomen, dan moeten we begrijpen hoe ze ontstaan. Dat impliceert onderzoek van alle mogelijke facetten van het proces.

Hoe fouten worden gemaakt, kan op verschillende wijzen worden geanalyseerd. Conceptueel gaat het om een van drie oorzaken: een medische interventie nalaten, onnodig of verkeerd toepassen. Operationeel kan men zien op welk organisatieniveau door welke concrete oorzaak een ongewenste uitkomst werd veroorzaakt. Men kan ook vanuit cognitief-psychologisch perspectief naar deze problematiek kijken waarom er een fout werd gemaakt. Voor het juridische feitenonderzoek, het selecteren en kwalificeren van feiten, heeft dit praktische consequenties.

Hoe groot is het probleem, de ongewenste effecten van medisch handelen, en hoe kunnen we dat onderzoeken? Dat is de epidemiologie van medische fouten. Het is niet eenvoudig een dergelijk onderzoek uit te voeren. De problemen bij het opsporen van fouten op epidemiologisch niveau zijn vergelijkbaar met die op individueel niveau. Het heeft te maken met het ondubbelzinnig kunnen definiëren van fouten om ze daarna te kunnen herkennen. De resultaten van empirisch onderzoek naar medische misslagen zijn schokkend te noemen: medische fouten zijn een veelvoorkomend probleem en wat de jurist daarvan bemerkt, is slechts het topje van de ijsberg. Bij ongeveer 10% van de ziekenhuisopnames zouden fouten gemaakt worden.

Na het bespreken van de medische problematiek bekijken we opnieuw de juridische concepten zoals die in hoofdstuk 2 werden besproken en vragen ons af hoe die moeten worden geoperationaliseerd, wat voor betekenis dat heeft bij de analyse van medische aansprakelijkheid. Vooral de relatie tussen toerekening en causaliteit wordt daarbij uitgewerkt.

Hoofdstuk 5. De denkbeeldige as van de arts-patiëntcommunicatie is de afgelopen decennia een kwartslag gedraaid: van verticaal naar horizontaal. Geen paternalistische houding van de arts meer, maar een wezenlijk en open tweerichtingsverkeer tussen hulpverlener en patiënt. Daarmee zijn de communicatieproblemen echter nog niet de wereld uit. Falende communicatie blijkt een belangrijke bron van conflicten tussen patiënten en hulpverleners en ligt aan de meeste claims ten grondslag. Voor goede 'horizontale' communicatie is de autonomie van de patiënt het uitgangspunt. Vanuit de Wet inzake de geneeskundige behandelovereenkomst (WGBO) zijn de eisen waaraan de informatie-uitwisseling zou moeten voldoen, in globale zin aangegeven. Pas nadat de patiënt adequaat is voorgelicht en op grond daarvan toestemming heeft gegeven voor een interventie, kan de behandeling pas plaatsvinden, in de Engelse taal kernachtig uitgedrukt met het begrip 'informed consent'.

De idealistische juridische concepten over de arts-patiëntcommunicatie worden geconfronteerd met de complexiteit en de realiteit van informatieoverdracht tussen mensen. Er bestaat bij artsen onzekerheid wat wel en wat niet uitgelegd moet worden, wat daarvan bij de patiënt overkomt en of die dat allemaal goed begrijpt. Risicocommunicatie is hier het centrale thema. Patiënten zijn er in soorten. Niet iedere patiënt wil zelf alles bepalen, maar laat zich graag leiden. Wat een patiënt uit een gesprek oppakt, blijkt vaak maar erg

weinig terwijl het toch expliciet werd meegedeeld. Daarnaast zijn er zieken die via internet soms beter geïnformeerd zijn dan hun dokter. Om te zien hoe ver theorie en praktijk uiteenlopen, wordt de rechtspraktijk rond 'informed consent' kritisch onder de loep genomen.

Een andere bron van communicatieproblemen is de berichtgeving over mogelijke fouten van hulpverleners aan patiënten en diens familie; de vraag hoe goed omgegaan moet worden met klachten en fouten. Eerlijk duurt het langst, maar de aansprakelijkheidsverzekeraars stellen dat de arts zich terughoudend moet opstellen wat betreft het melden van fouten, zij maken wel uit wat in juridische zin een fout is. De arts laveert tussen verschillende klippen: wel zeggen als ethisch imperatief, niet vertellen uit angst voor litigieuze acties, niet mogen melden van de verzekeraar. Als goede informatie-uitwisseling de sleutel is tot de oplossing of juist het voorkomen van veel van de klachten en claims, is duidelijkheid gewenst en zullen de essentiële elementen van goede communicatie opgesomd en in praktijk gebracht dienen te worden.

Hoofdstuk 6. Beoordeling van medisch handelen vergt een ijkpunt: voldoen aan de norm begint met het vaststellen ervan. In hoofdstuk 4 hebben we gezien dat we bij medische aansprakelijkheid dan zowel de uitkomst als het eraan voorafgaande proces moeten beschouwen. Voor het beoordelen en normeren van medisch handelen zijn er aldus twee met elkaar samenhangende routes: een kwalitatieve aan de hand van procesomschrijving en een kwantitatieve procescontrole waarmee beoordeling van de probabilistische causaliteit mogelijk wordt, elk steeds op een eigen gestructureerde en wetenschappelijk toetsbare wijze, de uitkomsttoetsing en procestoetsing.

De procestoetsing is primair kwalitatief van aard. Dit omvat de praktijkrichtlijnen, die zich in een groeiende belangstelling mogen verheugen zowel binnen de geneeskunde als binnen de juristerij. Ze worden wel aangeduid als *soft law*. Om hun geneeskundige en juridische functie te kunnen vervullen, zullen strenge inhoudelijke en procedurele eisen aan hun totstandkoming dienen te worden gesteld. Praktijkrichtlijnen hebben (nog) geen formele juridische status, maar dat betekent niet dat ze geen normatieve functie hebben: ze worden in de rechtspraktijk wel degelijk als argument gehanteerd, hetzij als schild, hetzij als zwaard. Er is nog weinig bekend over hoe vaak en op welke wijze de rechter praktijkrichtlijnen gebruikt en met welk gevolg.

Uitkomsttoetsing is primair kwantitatief van aard en helpt de vraag te beantwoorden of een patiënt aan een groter risico dan nodig werd blootgesteld, het juridische leerstuk van de gevaarstelling. Hierbij wordt het concrete individuele geval overstegen door deze toe te voegen aan de groep vergelijkbare patiënten die door de gedaagde arts werden gezien. Beoordeeld wordt dan of de risico's van diagnostiek en/of behandeling zich wel of niet vaker dan aanvaardbaar binnen deze populatie voordoen. Voorwaarden om dat te kunnen beoordelen zijn in de eerste plaats een kwantitatieve norm (wat is de maximaal aanvaardbare kans op de ongewenste gebeurtenis?) en voorts wat is de feitelijk-

ke kans op de gebeurtenis in de groep patiënten waartoe de zich gedupeerd voelende patiënt behoort? De vraag zal dan beantwoord dienen te worden of we met deze kwantitatieve benadering beter en vooral objectiever uit de voeten kunnen dan de huidige manier van gevalsbeoordeling. Er zal zowel methodologisch als juridisch aan expliciete voorwaarden dienen te worden voldaan. De medische professie heeft voor het ontwikkelen van dergelijke kwantitatieve methoden een grote verantwoordelijkheid, vooral wat betreft de normstelling en de beschikbaarheid van data.

Hoofdstuk 7. Wanneer een patiënt zich als slachtoffer beschouwt van onjuist medisch handelen en daarover klaagt, kan noch de letselschadeadvocaat noch de rechter de kwestie medisch-inhoudelijk goed beoordelen en daarvoor zullen vakgenoten van de gedaagde arts in actie moeten komen in de rol van medisch deskundige. Bij uitstek zijn zij het die de verschillende juridische concepten in het concrete geval zullen moeten operationaliseren en die tegen de daarmee samenhangende praktische problemen oplopen. Maar ook de juristen zitten met allerhande praktische vragen: wie is er op dit specifieke terrein inhoudelijk ter zake kundig én geschikt om als deskundige op te treden, welke concrete vraag of vragen dienen aan de deskundige gesteld te worden? Van de deskundige wordt gevraagd de gedragingen van de arts af te meten aan de norm, maar deze *ex post facto* beoordeling biedt het risico van een te strenge norm. Deskundigen blijken vaak niet eensluidend in hun opvattingen en wat moet de rechter daar nu weer mee? In essentie wordt van de deskundige een gedragsbeoordeling gevraagd: hoe zou een redelijk bekwaam arts in die situatie gehandeld hebben?

Er wordt voor gepleit om een dergelijke gedragstoetsing aan een vaste waaier van gezichtspunten te beoordelen: de nadruk moet komen te liggen op de *methode* van het deskundigenonderzoek en niet op de *persoon* van de deskundige. Vaste onderdelen zullen dan zijn de wetenschappelijke context, de klinische context, procedurele toetsing, uitkomsttoetsing, een eventuele objectiverende herbeoordeling van onderzoeken, de organisatorische context en wellicht toch ook persoonskenmerken van de dader. Als het rapport er eindelijk ligt, is de vraag wat er dan mee wordt gedaan. Wordt het in de context van het toernooimodel selectief gebruikt of toch integraal? De plaats en betekenis van het rapport van de rechtbankdeskundige binnen het beoordelings- en beslissingsproces van de rechter is onduidelijk.

Hoofdstuk 8. Als er fouten worden geconstateerd, betekent dit dat de patiëntveiligheid beter kan, maar welke sturingsmechanismen bestaan er om het gedrag van artsen zodanig te beïnvloeden dat patiënten zich durven toe te vertrouwen aan een zo veilig mogelijke medische zorg? Van fouten moet je kunnen leren, maar openheid over medische fouten en medische aansprakelijkheid lijken op gespannen voet met elkaar te staan, omdat bij erkenning van een fout de kans bestaat dat er een claim wordt ingediend. Twee praktische

voorbeelden van botsende belangen uit de praktijk laten dit zien. Hoe bevordert je nu in de dagelijkse praktijk patiëntveiligheid? Moet je om ervan te kunnen leren het melden van alle (bijna) fouten verplicht stellen? Het lijkt een voor de hand liggende gedachte, maar er is nog weinig deugdelijk empirisch onderzoek om het bewijs voor het nut van verplichte foutmelding te leveren.

Zijn feitenonderzoek dat gericht is op verbetering van de veiligheid en het vaststellen van schuld wel voldoende van elkaar te scheiden? Bij een claim kan de letselschadeadvocaat putten uit het al gereed liggende feitenonderzoek en daarom gaan er stemmen op om het melden van fouten en het daarop volgende feitenonderzoek af te schermen voor juridische bemoeienis, *blamefree reporting*. Hoezeer men deze scheiding tussen feitenonderzoek en juridische actie ook zou willen aanbrengen, het is niet goed mogelijk. Beweringen over verminderde bereidheid tot openheid of het nut van blamefree rapporteren stoelen eerder op veronderstellingen dan op de resultaten van empirisch onderzoek.

Het probleem van medische fouten krijgt steeds meer aandacht in de media en die fungeren in toenemende mate als virtueel verantwoordingsforum. De daarbij gevolgde weg staat op gespannen voet met de juridische principes van onschuldpresumptie en van hoor en wederhoor. Binnen het geschetste spanningsveld zal naar een middenweg gezocht moeten worden.

Hoofdstuk 9. In dit hoofdstuk maken we de balans op van ons onderzoek. Daarbij zien we in de eerste plaats dat een evaluatie van het systeem van medische aansprakelijkheid gehinderd wordt door het feit dat de doelstellingen van het systeem niet erg precies zijn. De hoofddoelen zijn schadevergoeding en preventie waarvoor als middelen gedragsbeoordeling en -beïnvloeding nodig zijn.

Een volgende kwestie is dat we voor onderzoek en sturing van het systeem van medische aansprakelijkheid de aard van het systeem dienen te begrijpen. Het is geen eenvoudig lineair systeem, maar een complex geheel, en onderzoeken die maar een onderdeel ervan uitpluizen, doen aan die complexiteit geen recht en zijn te reductionistisch van aard. Sturing van het systeem door meer regelgeving en meer doctrinaire inhoud maakt de zaak er ook niet eenvoudiger en evenmin beter op.

Als derde algemeen probleem zien we dat het (nog) niet goed lukt om het systeem voldoende gedetailleerd in beeld te krijgen. Er is veel te weinig systematisch uitgevoerd empirisch onderzoek, de behoefte daaraan wordt in juridische kring soms nog onvoldoende onderkend en mede daardoor is er gebrek aan goed ontwikkelde en praktisch uitgeteste methoden van wetenschappelijk onderzoek. Ook de infrastructuur voor het doen van research schiet tekort: databestanden zijn onvolledig en slecht toegankelijk voor zoekacties, het vinden van benodigde Nederlandstalige wetenschappelijke literatuur vraagt erg veel energie want internetbestanden bestaan nog niet of nauwelijks.

Dan beschouwen we de drie fasen van het systeem: input, verwerking en uitkomsten. Bij het grootste deel van de medische fouten waar een claim gerechtvaardigd zou zijn, wordt door de gelaedeerde niet tot actie overgegaan en dus blijft naar schatting meer van 95% van de medische fouten 'buiten beeld'. Van de klachten die wel ingediend worden, is ongeveer 2/3 niet terecht. De instroom van het systeem is dus gebrekkig. Tegelijk dient men te beseffen dat er een reusachtig reservoir aan potentiële claims bestaat.

Eenmaal binnen het systeem kunnen twee wegen bewandeld worden. Ofwel het geschil wordt tussen de rechtsvertegenwoordigers van eiser en gedaagde samen met de verzekeraar opgelost, de buitengerechtelijke route, of men stapt naar de rechter wanneer het niet lukt tot een vergelijk te komen, de rechterlijke route. Bij beide valt op dat het gangbare confrontatiemodel ('toernooimodel') waarbij partijen tegenover elkaar staan, het geschil op de spits drijft met alle psychologische gevolgen van dien. Er wordt – niet voor het eerst – gepleit voor een medische kamer volgens inquisitoir model.

In de praktijk blijkt het grootste deel van de claims buiten de rechter om af te worden gehandeld. Over wat er daarbij allemaal feitelijk gebeurt, hoe de werkprocessen verlopen en hoe het gesteld is met de kwaliteit, weten we eenvoudig niet. Meer empirisch onderzoek en enige inkadering van deze 'voorfase' is gewenst.

Kwaliteitscontrole is ook meer gewenst bij de overheidsrechter. Opvallend is het ontbreken van enig systematisch onderzoek van medische aansprakelijkheid, zowel in de zin van proces- als van uitkomsttoetsing. Ook de rol van de medisch deskundige, zoals hiervoor al aangegeven, dient beter te worden omschreven.

Als het gaat om beoordeling van de output lopen we weer aan tegen de problemen van de te vage omschrijving van doelstellingen van medische aansprakelijkheid. Gedragsbeïnvloeding wordt in toenemende mate een belangrijke functie geacht van medische aansprakelijkheid, maar dat laat zich moeilijk objectiveren. Er bestaat, afgaande op empirisch onderzoek, niet zoveel zekerheid over het preventieve effect, maar wel over het doorschieten ervan, de defensieve geneeskunde.

Alles overziende, is de vraag hoe we kunnen komen tot een betere praktijk van de medische aansprakelijkheid. Moet het helemaal anders of moet het gewoon beter? Zowel in het medische als juridische kamp biedt deze studie volop stof tot nadenken. Er loopt een rode draad door dat alles: de antwoorden op onze vragen en de mogelijke oplossingen voor de gesignaleerde problemen noden tot empirisch onderzoek, zowel observationeel als experimenteel. Meningingen over het functioneren van het aansprakelijkheidsrecht dienen te stoelen op feitelijke informatie. Verbeteringen van het aansprakelijkheidsrecht bewijzen zich pas als ze genadeloos op de testbank van de praktijk zijn gelegd.

Dit onderzoek houdt zowel de juridische als de geneeskundige professie een spiegel voor: zijn de prestaties wel in balans met de pretenties? Die reflectie is nuttig en nodig. De dokter en de rechter blijken in hetzelfde schuitje te zitten.

Ze moeten beslissingen nemen op grond van onvolledige en onzekere informatie en foute beslissingen kunnen grote gevolgen hebben voor hun cliënten, ze zijn feilbaar. Vanwege die probleemverwantschap delen ze eenzelfde perspectief en het leren kijken vanuit die invalshoek naar de beroepspraktijk is even leerzaam als heilzaam.

Summary

LIABILITY FOR MEDICAL NEGLIGENCE. LEGAL THEORY AND MEDICAL PRACTICE

Medicine may improve the health of patients but it can harm them too. Mishaps in medicine are far from rare and may be non-accidental in nature. Increasingly, patients litigate against doctors for their errors. Outside the Netherlands claims for medical negligence have exploded and are subsequently both an economical and societal burden. In the United States, the United Kingdom, Ireland and Australia especially, the consequences are immense, resulting in doctors leaving the profession, insurers pulling out of the market, and patients unable to find doctors who will help them, particularly in first aid or obstetrical care. The situation in the Netherlands is less disquieting but lawsuits for medical mishaps are on the rise here too. To avert a similar situation here in the Netherlands, the Dutch government is considering measures such as tort law reform and restriction of access to legal procedures by patients.

Few issues in health care spark as much fury and fear as medical-malpractice litigation. Rationality requires insight and oversight: what do we really know about this problem? If we want to take actions, we first have to analyse the problems in depth.

This study analyses medical malpractice from a meta-juridical perspective and observes its functioning as a system. What are the goals of the system? What are its effects? Where does it falter and why? Should we reform or overhaul it? A major goal of the legal system is that verdicts will motivate health care professionals to act more reasonably and responsibly but is it really effective?

Chapter 1. Law is a normative science. It scrutinizes human conduct; it regulates it and judges it. So, legal norms are applied in two separate ways: *ex ante* as rules of desired conduct or *ex post* trialling past behaviour when settling a dispute. The key functions of tort law in general and medical litigation in particular are compensation and prevention. How well does medical litigation perform these functions? To answer this question, we have to look at it from a systems perspective examining its total input, throughput and output. Such a societal system has both a physical and organizational structure and is influenced by the context in which it is embedded. We can analyse the system descriptively and prescriptively: how does it work and how should it work?

The aim of this thesis is a critical enquiry of medical litigation at systems level. Is tort law able to adequately compensate injured patients? Do the outcomes of litigation influence the behaviour of doctors and if so, in what way? How does tort law relate to other mechanisms of controlling human conduct?

Chapter 2. When examining the system of medical litigation, we will need different frames of reference. Why does this arrangement exist (rationality) and how does it fulfil its functions (functionality)? A philosophically oriented inquiry can be done from three different but interrelated levels: fundamental, conceptual and operational.

The fundamental aspects of medical litigation comprise its foundations and its functions. The primary legal obligation of prudence governs the conduct of persons. Failure to act in this way may result in indemnity: torts as wrongs. Compensation of material and immaterial damages is a prime function. But what is actually compensated, why and how? The verdict in a case should deter doctors from making the same mistake in similar cases in the future. This is another key function: prevention. But is this merely theoretical or is it reality? Is a defensive response more likely than a preventive one? Liability can be controlled using two fundamentally different approaches: fault liability or strict liability.

The conceptual aspects encompass definitions of key concepts: responsibility, duty of care, obligation of information, fault and risk, negligence, damage, causality and relativity. The normative content of each characterization may be either legal or social in nature. Norms come in two different ways: the ideal or aspirational norm and the realistic or reasonable norm. The reasonable person is the conceptual standard used in tort law. A main obstacle is to put legal concepts into practice.

The operational aspects include ways to settle disputes. The dictum “do not go to law” encourages seeking ways of resolving arguments without formal legal procedures. However, whichever formal or informal legal way is chosen, the procedure and the result should be fair. When judging human behaviour, care should be taken to avoid cognitive errors such as hindsight bias.

The problem of doing a systems analysis of medical litigation is that the legal profession is primarily case and not population orientated. It therefore lacks a tradition and an infrastructure for doing empirical studies on a series of cases and to summarize outcomes in general conclusions.

Chapter 3. In this chapter, all the successive components of the system are examined. How many potential litigants are ‘produced’ amid all patients medically treated? How many do actually take legal action and why? What are the motives of law firms to accept medical clients and do they act as a high-quality filtering system to select only those cases really deserving normative review? How many claims pass? How are they resolved and was that

settlement in, or outside the court? How often do claimants and/or defendants proceed to a court of appeal? Did the system accomplish its goals? All these questions have to be answered, but very few empirical studies have actually done so.

Chapter 4. This section deals with methodological aspects when analytically examining medical litigation. The prime topic is the definition of medical adverse events and of medical negligence. A harmful outcome is not necessarily at all times the result from negligent medical conduct. Both the process of care and its outcome are needed to properly define medical negligence.

We are in need of a taxonomy to classify medical errors. The basic mechanism, e.g. mistaken medication, incorrect diagnosis, wrong site or side operation, hospital acquired infection, communication error etcetera, may be used for classification of error type.

From a preventive viewpoint, the anatomy of an error is of particular interest: why and how do doctors err? A conceptual framework is whether the mishap was the result of underuse, overuse or misuse of a medical intervention. From an organizational point of view it is important to see where exactly the system faltered: was it at the level of the organization, the group, or the individual? And why did this happen?

Particularly important is the epidemiology of error. How often do doctors err and how good are the tests for detection of medical errors? Which factors are largely responsible for the commitment of errors? How must we interpret the results from such studies and which actions have to be taken in response?

Finally, general legal concepts have to be made practical for medical malpractice. These are: the contractual relationship, damages, attribution, causality, the relationship between attribution and causality, legal and scientific proof. Since legal science is basically conceptual in nature, to put these concepts into practice in medical negligence depends on close cooperation between jurists and doctors.

Chapter 5. Here the communication between patient and doctor is reviewed. This interaction is important for two different reasons. First, the patient has to be informed about his or her situation and to consent to subsequent medical interventions which may be risky: it is the model of informed consent. Second, when things go awry during treatment, openness and honesty from the care-takers is expected.

The legal concept informed consent is highly idealistic in nature. Transfer of information between doctors and patients is complex and ill understood. Adequate risk communication is central to this problem. The patient, when told of benefits and risks of an intervention, has to decide if he or she is willing to take the risk or to choose otherwise. But how far should this information on risk extend? Recent jurisprudence on materialized risks on which the patient was not informed make doctors uncertain as to what to tell and what not to

tell. Subsequently, even if doctors try to communicate a particular jeopardy is it fully understood by the patient? Not all patients want to decide for themselves but instead leave this decision to their physician.

When things go wrong, poor communication often is the basis for liability actions by the ill-treated patient. Honesty is the best policy, but liability insurers often restrict what doctors may tell in fear that such statements may induce legal actions. More clarity is needed what can be said and how, without breaching the insurers contract.

Both problems illustrate the necessity to address the problem of good communication between doctors and patients and the basic elements of such an interaction are described.

Chapter 6. A normative judgment on medical conduct requires a clear point of reference. As described in chapter 4, we have to look at both the process and the following outcome of medical care. Exploration of the process of care is predominantly qualitative in nature, whereas the results from medical interventions are to be examined quantitatively.

Practice guidelines intend to describe how the process of care should be performed. They are being developed more and more on the basis of methodologically sound comparative research and consequently may serve as a standard to prove that good care was given. But guidelines have also been discovered by lawyers to blame doctors for not doing what they were supposed to do. Therefore, guidelines may serve two functions: as a shield or as a sword. They are also designated as the *soft law* of medical litigation. The position of practice guidelines in medical litigation has yet to be established. Much depends on the quality of guidelines and the procedures within the medical community for developing and implementing them.

Outcome examination is primarily quantitative in nature and performance indicators are used for this purpose. They may indicate that medical care was given with a higher rate of adverse events than considered to be acceptable, but we will need both the observational data for ascertainment and a quantitative norm to provide the evidence of increased risk. For many, if not most, medical problems such quantitative information is still deficient.

It is up to the medical profession to formulate qualitative and quantitative norms of reasonable medical practice, this is not a task for the legal profession.

Chapter 7. Most claims of medical negligence require the involvement of a medical expert. The legal concepts of medical liability must be put into practice by the expert doctor, a complicated task. The medical expert must have knowledge of legal concepts, but the jurist has to face several practical problems. Which qualities really qualify a physician as an expert for legal purposes? What are the essential legal questions to be answered? Is the report sensible from legal perspective? Was the method used by the expert scientifically founded and well accepted by the medical community?

Several problems are encountered. The expert always has to scrutinize a case in retrospect where there is a real possibility of hindsight bias. If different experts form an opinion on the same case, their judgments often diverge. Sometimes, experts are very creative with *junk science* to 'prove' their conclusions. Therefore, there is an urgent need to develop a scientifically founded standard method for expert review to eliminate hindsight, personal beliefs and even fraud. It should be the method of expert examination which qualifies the report, not the person. Essential elements of such a report are the medical scientific context, the clinical context, procedural examination, (quantitative) outcome analysis, impartial retrospective review (e.g. of radiological examinations, biopsies etc.), organisational context and occasionally personal qualities of the doctor in question.

The choice, the task and the procedural role of the medical expert have to be made more explicit and the legal status of the report from a court appointed expert established. Debiasing techniques have to be developed to guarantee an unbiased examination of the case.

Chapter 8. Medical errors may provide an opportunity for clinical quality improvement and hence doctors must be able to learn from their mistakes. Medical litigation however may obstruct this occasion for learning. Not only is it necessary to be honest to oneself and to the patient, but learning from error in a structured way demands systematic reporting of all errors and of near-misses in a central database where these mishaps can be thoroughly analysed and recommendations formulated for prevention.

A legal procedure encompasses two steps. First, there is the collection of all relevant facts and second a normative verdict pronounced as to whether the doctor was at fault. Recording and reporting of mistakes for learning purposes may provide the litigants with an opportunity of easy data collection. Therefore, some immunity from these investigative actions of errors is fostered: a blamefree reporting of adverse outcomes. But it is a patient's fundamental right to go to court when medical fault is suspected. So, how to reconcile these two opposing opinions? Is medical negligence indeed blocking practice improvement? At this moment we lack empirical evidence confirming or refuting the existence of legal barricades for safe and efficient incident reporting. At the same time we also lack proof that reporting of all errors is actually contributing to safer medical care. It is cooperation, not encounter, between legal and medical professionals which will result in solutions based on scientific evidence and not suppositions.

Chapter 9. Finally, we draw up the balance of this study. Is it feasible to analyse medical litigation as a system? First, such an analysis is hampered by the fact that its goals, compensation and prevention, are rather broad and hence imprecise. Secondly, the true nature of the system is ill conceived: it is a com-

plex system and to study it requires distinctive methods. Any reductionist approach will fail to appreciate its multifaceted character in full.

Thirdly, we lack ample empirical investigations of the system and the impetus for such studies seems to be lacking in legal science. If we want to know how this particular legal system works, we need to analyse aggregated data, not distinct jurisprudence cases. Not only do we lack these observational studies but the process of retrieving relevant published literature is difficult because, contrary to other sciences, a good infrastructure to find articles from large databases is lacking, especially in the Netherlands.

The available data show us that medical mistakes abound but only a minority of these actually result in a claim. Of all complaints levelled against doctors, only a third of these prove to be justified. Those who should claim do not do it and the majority of those who claim should not. Most of the claims, about 95%, are settled outside the legal court.

Going to court means that the conflict becomes truly adversarial in nature with all the psychological consequences of forcing the issue. From a medical perspective, a guilty verdict against doctors is often based more on the destitution of patients than being based on true negligence. This will thwart the preventive goal of medical litigation and stimulate defensive medicine. Therefore, a more rigorous quality control of judicial procedures is needed.

Do we have to radically change tort law and the practice of medicine? As shown, we will first need sound observational and experimental research to answer the many questions brought forward. We do not know how to accurately define negligence and how many mishaps are inevitable in medicine; we are also still unaware of the best practical way to resolve conflicts, and attain the primary goals of justice. We cannot prevent all misfortune in life so we should not demand compensation for every medical calamity, but what we do need is sound information, good analysis and subsequent reflection of matters and wisdom when deciding on change.

Doctors and judges have in common that they must make decisions in situations of uncertainty due to imperfect information and not knowing whether their action will result in a good or a bad outcome. Because of this shared perspective, it is helpful to look at each others professions in terms of these boundaries of practice.

Lijst van aangehaalde literatuur

- Abas, P. (2003) De omkeringsregel moet weer worden omgekeerd: weg ermee! NTBR nr. 8, p. 448-450.
- Abel, R.L. (1990) A critique of torts. UCLA Law Review vol. 37, p. 785-832.
- Academic Medical Center Working Group (2003) The imperative for quality: a call for action to medical schools and teaching hospitals. Acad Med vol. 78(11), p. 1085-1089.
- AGREE Collaboration (2003) Development and validation of an international appraisal instrument for assessing the quality of clinical practice guidelines: the AGREE project. QSHC vol. 12, p. 18-23.
- Akkermans, A.J. (1997) Proportionele aansprakelijkheid bij onzeker causaal verband. Deventer: W.E.J. Tjeenk Willink.
- Akkermans, A.J. (2002) De 'omkeringsregel' bij het bewijs van causaal verband. Den Haag: Boom Juridische uitgevers.
- Akkermans, A.J. (2003) Zeven stellingen over de omkeringsregel. In: Causaliteit. Den Haag: Koninklijke Vermande, p. 13-32.
- Akkermans, A.J. (2003b) Causaliteit bij letselschade en medische expertise. TVP nr. 4, p. 93-104.
- Akkermans, A.J. (2004) De beoordeling van het verzoek om een voorlopig deskundigenbericht, in het bijzonder bij wijze van contra-expertise in een letselschadezaak. AV&S nr. 18, p. 91-99.
- Akkermans, A.J., Van, A.J. (2002) De medische expertise bij personenschade: knelpunten en mogelijke oplossingen. TVP nr. 2, p. 57-61.
- Alaszewski, A. (2005) A person-centred approach to communicating risk. PLoS Med vol. 2(2), p. e41.
- Algra, N.E. et al. (1997) Profiel van het recht. Deventer: Kluwer.
- Andariesz, C., Elwood, J.M., McAvoy, B.R. & Kenny, L.M. (2004) Whole-body computed tomography screening: looking for trouble? MJA vol. 181(6), p. 295-296.
- Andrews, L.B., Krizek, T., Gottlieb, L. et al. (1997) An alternative strategy for studying adverse events in medical care. Lancet vol. 349, p. 309-313.
- Annas, G.J. (1995) Medicine, death, and the criminal law. NEJM vol. 333(8), p. 527-530.
- APLA (2002) Inquiry to review the law of negligence. Via: revofneg.treasury.gov.au/content/subs/042Plaintiff.pdf.
- Arah, O.A. & Klazinga, N.S. (2004) How safe is the safety paradigm? QSHC vol. 13, p. 226-232.
- Arlen, J. (2000) 3500 Tort damages. In: B. Bouckaert & G. de Geest (red.). Encyclopedia of Law and Economics vol. I. The History and methodology of law and economics. Cheltenham: Edward Elgar, p. 682-734.
- Arlen, J., MacLeod, W.B. (2003) Malpractice liability for physicians and managed care organizations. New York University Law Review vol. 78 (6), p. 1929-2006.

- Asser, W.D.H. (1991) Stelplicht en bewijslastverdeling en medische aansprakelijkheid in het Nederlandse recht. TvGR p. 62-76.
- Asser, W.D.H. (2001) Enkele opmerkingen bij de rol van de deskundige in het civiele procesrecht, Lelystad: Vermande 2001, LSA – Vermande bundel, p. 1-12.
- Asser, W.D.H., Groen, H.A., Vranken, J.B.M. (2003) Een nieuwe balans. Den Haag: Boom Juridische uitgevers.
- Baker, G.R., Norton, P.G., Flintoft, V. et al. (2004) The Canadian adverse events study: the incidence of adverse events among hospital patients in Canada. CMAJ vol. 170(11), p. 1678-1686.
- Barach, P. & Small, S.D. (2000) Reporting and preventing medical mishaps. Lessons from non-medical near miss reporting systems. BMJ vol. 320, p. 759-763.
- Barber, N., Rawlins, M., Franklin, B.D. (2003) Reducing prescribing errors: competence, control, and culture. QSHC vol. 12 (Suppl 1), p. i29-i32.
- Barendrecht, J.M. & Akker, E.J.A.M. van den (1999) Informatieplichten van dienstverleners. Deventer: W.E.J. Tjeenk Willink.
- Barendrecht, J.M., Brenninkmeijer A.F.M., Huls, N.J.H., Kleiboer, M.A. (red.) (2000) Rechtspleging, samenleving en bestuur: een gerichte onderzoeksagenda. Utrecht: Lemma.
- Barendrecht, J.M. (1996) Rechtswetenschap: stoffig of inventief? NJB nr. 19, p. 705-714.
- Barendrecht, J.M. (2000) Rechtsvorming naar behoefte. NJB nr. 13, p. 690-698.
- Barendrecht, J.M. (2002) Aansprakelijkheid en welzijn. NJB nr. 12, p. 605-615.
- Barendrecht, J.M. (2003a) Bedrijfsmatige juridische dienstverlening en toegang tot het recht: actievere regulering is nodig, NJB 78(12), p. 1848-1859.
- Barendrecht, J.M. (2003b) Rechtvaardigheid en het welbevinden van slachtoffers. NJB nr. 23, p. 1175-1186.
- Barendrecht, J.M., Klijn, A. (2004) Balanceren en vernieuwen. Den Haag: Raad voor de rechtspraak.
- Barendrecht, J.M., Zeeland, C.M.C. van, Kamminga, Y.P., Tzankova, I.N. (2004) WODC-rapport "Schadeclaims: kan het goedkoper en minder belastend?" Tilburg: Schoor-dijk Instituut.
- Barendrecht, J.M., Vranken, J.B.M., Giesen, I. et al. (2004) Methoden van rechtswetenschap: komen we verder? NJB nr. 28, p. 1419-1428.
- Baron, J. (2004) Cognitive Biases, Cognitive Limits, and Risk Communication. Journal of Public Policy & Marketing vol. 23, p. 7-14.
- Baron, J., Hershey, J.C. (1988) Outcome bias in decision evaluation. J Pers Soc Psychol vol. 54, p. 569-579.
- Bates, D.W., Spell, N., Cullen D.J. et al. (1997) The costs of adverse drug events in hospitalized patients, JAMA vol. 277(4), 307-311.
- Beck, U. (1986) Der Risikogesellschaft: Auf dem Weg in eine andere Moderne. Frankfurt am Main: Suhrkamp Verlag.
- Beckman, H.B., Markakis, K.M., Suchman, A.L., Frankel, R.M. (1994) The doctor-patient relationship and malpractice. Lessons from plaintiff depositions. Arch Intern Med. vol. 154(12), p. 1365-1370.
- Beecher-Monas, E. (2000) The heuristics of intellectual due process: a primer for triers of science, New York University Law Review 75, 1563-1657.
- Benneyan, J.C., Lloyd, R.C., Plsek, P.E. (2003) Statistical process control as a tool for research and healthcare improvement. QSHC vol. 12, p. 458-464.

- Ben-Shahar, O. (2000) Causation and foreseeability. In: B. Bouckaert & G. de Geest (red.). Encyclopedia of Law and Economics vol. I. The History and methodology of law and economics. Cheltenham: Edward Elgar, p. 644-668.
- Ben-Shahar, O. (2004) Contracts without consent: exploring a new basis for contractual liability. Univ Penn Law Review vol. 152, p. 1829.
- Berg, P.G.J. van den (2000) Hoe onrechtvaardigheid en rechtsonzekerheid samen kunnen gaan. Over de voorspelbaarheid van het ontstaan van verbintenissen. In Feteris et al. (red.) Met recht en reden. Nijmegen: Ars Aequi Libri, p. 165-171.
- Berger, M.A. (2000) The Supreme Court's trilogy on the admissibility of expert testimony. In: Reference manual on scientific evidence (2nd ed). Federal Judicial Centre (air.fjc.gov/public/fjweb.nsf/pages/16).
- Berlin, L. (2000) Malpractice issues in radiology. Hindsight bias. AJR vol. 175, p. 597-601.
- Berwick, D.M. (2001) Not again! BMJ vol. 322, p. 247-248.
- Berwick, D.M. (2003) Errors today and errors tomorrow. NEJM 348(25) p. 2570-2572.
- Biesheuvel, M.B.W. (2002) Evaluatie van een evaluatie. NJB nr. 26, p. 1233.
- Bird, S.M. (2004) Prescribing sentence: time for evidence-based justice. Lancet vol. 364, p. 1457-1459.
- Bischoff, F. (1975) Hindsight foresight: The effect of outcome knowledge on judgment under uncertainty. J Exp Psychol vol. 1, p. 288-299.
- Bishop, M.C. (2004) The negligence of medical experts. BMJ vol. 329, p. 1353.
- Blendon, R.J., DeRoches, C.M., Brodie, M. et al. (2002) Views of practicing physicians and the public on medical errors. NEJM vol. 347(24) p. 1933-1940.
- Blumenthal, D. (1994) Making medical errors into 'medical treasures', JAMA 272(23) p. 1867-1868.
- Bogner, M.S. (1994) Human error in medicine. Hillsdale (NJ): Lawrence Erlbaum.
- Bolt, A.T. & Spier, J. (1996) De uitdijende reikwijdte van de aansprakelijkheid uit onrechtmatige daad (preadvies Nederlandse Juristen-Vereniging). Zwolle: Tjeenk Willink.
- Bono, E. de (1998) Simplicity. London: Viking.
- Boogert, J. van den, Hoed, P.T. den, Veen, H.F., Harteloh, P.P.M. (2003) De necrologiebespreking als instrument voor kwaliteitsverbetering; ervaringen in het Ikazia Ziekenhuis, 1990-2000. Nederlands Tijdschrift voor Geneeskunde vol. 147(13), p. 599-603.
- Boom, W.H. van (2003) Structurele fouten in het aansprakelijkheidsrecht, Den Haag: Boom Juridische uitgevers.
- Boom, W.H. van (2004) De gevolgen van Poortwachter voor de civiele letselschadepraktijk. NJB nr. 18, p. 928-936.
- Boom, W.H. van, Borgers, M. (red.) (2004) De rekenende rechter. Van 'iudex non calculat' naar actieve cijferaar? Den Haag: Boom Juridische uitgevers.
- Bouckaert, B. & Geest, G. de (2000) Encyclopedia of law & economics vol. I. The History and methodology of law and economics, Cheltenham: Edward Elgar.
- Bovbjerg, R.R. (2001) Medical safety: from stories to policy. Health Affairs vol. 20(2), p. 241-242.
- Bovbjerg, R.R., Miller, R.H. & Shapiro, D.W. (2001) Paths to reducing medical injury: professional liability and discipline vs patient safety – and the need for a third way. Journal of Law, Medicine & Ethics vol. 2(3&4), p. 369-380.

- Bovbjerg, R.R., Raymond, B. (2003) Patient safety, just compensation and medical liability reform. Oakland: Kaiser Permanente Institute for Health Policy (www.kp.org/ihp).
- Brashers, D.E., Goldsmith, D.J. & Hsieh, E. (2002) Information seeking and avoiding in health contexts. *Human Communication Research* vol. 28(2), p. 258-271.
- Brass, H. (2001) A question of quality. *Health Affairs* vol. 20(2), p. 255-262.
- Brennan, T.A. (2000) The Institute of Medicine report on medical errors – could it do harm? *NEJM* vol. 342(15) p. 1123-1125.
- Brennan, T.A. & Mello, M.M. (2003) Patient safety and medical malpractice: a case study. *Annals of Internal Medicine* 139(4), p. 267-273.
- Brennan, T.A., Leape, L.L., Laird, N.M. et al. (1991) Incidence of adverse events and negligence in hospitalized patients. Results of the Harvard Medical Practice Study I. *NEJM* vol. 324(6), p. 370-376.
- Brennan, T.A., Localio, R.J. & Laird, N.L. (1989) Reliability and validity of judgments concerning adverse events suffered by hospitalised patients. *Medical Care* vol. 27(12), p. 1148-1158.
- Brennan, T.A., Sox, C.M. & Burstin, H.R. (1996) Relation between negligent adverse events and the outcomes of medical malpractice litigation. *NEJM* vol. 335(26), p. 1963-1967.
- Broeders, A.P.A. (2003) Op zoek naar de bron. Over de grondslagen van de criminalistiek en de waardering van het forensisch bewijs. Deventer: Kluwer.
- Broekhuizen, J.Ph, Verheij, A.J. & van Vught, A.L.T. (red. 1996) Beroepsaansprakelijkheid. Nijmegen: Ars Aequi Libri.
- Broeksteeg, J.W.L. & Stamhuis, E.F. (red.) (2004) Rechtswetenschappelijk onderzoek. Over object en methode. Den Haag: Boom Juridische uitgevers.
- Bruinsma, F. (2003) Twee rapporten op de rechtssociologische korrel. *NJB* nr. 44, p. 2292-2295.
- Buijsen, M.A.J.M. (2000a) Richtsnoeren voor artsen: hun toepassing in de rechtspraak. *TvGR* nr. 1, p. 19-33.
- Buijsen, M.A.J.M. (2000b) Schade door gebrekkig medische protocollen. *NTBR* nr. 2, p. 57-62.
- Buijsen, M.A.J.M. (2005) In overeenstemming met de aard van de schade? Over de toewijzing van de wrongful-life vordering in de zaak Kelly. *NJB* nr. 16, p. 835-840.
- Buijssen, H. & Buis, S. (2003) Uit de praktijk. Indringende ervaringsverhalen van artsen. En een gids voor zelfhulp en collegiale steun na traumatische incidenten. Nijmegen/Tilburg: De Stiel/Tred.
- Burde, H. (2002) The implementation of quality and safety measures: from rethoric to reality. *Journal of Health Law* vol. 35(2), p. 263-281.
- Burke, J.P. (2003) Infection control – a problem for patient safety. *NEJM* vol. 348(7) p. 651-656.
- Buruma, Y. (2004) De betekenis van rechtseconomie. *NJB* nr. 37, p. 1941-1943.
- Calman, N.S. (2001) No one needs to know. A physician recalls taking part in his first cover-up. *Health Affairs* vol. 20(2), p. 243-290.
- Campbell, A. & Glass, K.C. (2001) The legal status of clinical and ethics policies, codes, and guidelines in medical practice and research. *McGill Law Journal* vol. 46, p. 473-489.

- Campion, E.W. (2004) Medical research and the news media. *NEJM* vol. 351, p. 2436-2437.
- Cane, P. (2002) *Responsibility in law and morality*. Oxford: Hart Publishing.
- Cantor, M.D. (2002) Telling patients the truth: a systems approach to disclosing adverse events. *QSHC* vol. 11, p. 7-8.
- Caplan, R.A., Posner, K.L. & Cheney, F.W. (1991) Effect of outcome on physician judgments of appropriateness of care. *JAMA* vol. 265(15), p. 1957-1960.
- Capstick, B. (2004) The future of medical or clinical negligence litigation? *BMJ* vol. 328, p. 457-459.
- Carroll, J.S. & Edmonson, A.C. (2002) Leading organisational learning in health care. *QSHC* vol. 11, p. 51-56.
- Chalmers, A.F. (1999) *What is this thing called science?* Buckingham: Open University Press.
- Chapman, K., Abraham, C., Jenkins, V., Fallowfield, L. Lay (2003) Understanding of terms used in cancer consultations. *Psycho-oncology* vol. 12(6), p. 557-566.
- Charles, S.C. et al. (1992) Predicting risk for medical malpractice claims using quality-of-care characteristics. *West J Med* vol. 157, p. 433-439.
- Chassin, M.R. & Becher, E.C. (2002) The wrong patient. *Annals of Internal Medicine* vol. 136(11), p. 826-833.
- Christiaans, I., Olde Kalter, P. Hubben, J. (2004) *KNO-arts en tuchtrecht 1993-2003*, Den Haag: Sdu.
- Chu, D., Strand, R., Fjelland, R. (2003) Theories of complexity. *Complexity* vol. 8(3), p. 19-30.
- Clasen, D.C., Pestotnik S.L., Evans, R.S. et al. (1997) 'Adverse drug events in hospitalized patients. Excess length of stay, extra costs, and attributable mortality', *JAMA* vol. 277(4), p. 301-306.
- Cliteur, P. (2003) *Rechten als wetenschap en rechten als geleerdheid*. Openingscollege 2003, Rijksuniversiteit Leiden.
- Cohen, M.R. (2000) Why error reporting systems should be voluntary. *BMJ* vol. 320, p. 728-729.
- Cohen, J.R. (2002) Legislating apology: the pros and cons. *University of Cincinnati Law Review* vol. 70, p. 819-895.
- Coleman, J. (2003) Theories of tort law. In: E.N. Zalta (red.) *The Stanford Encyclopedia of Philosophy*. zie <http://plato.stanford.edu/archives/win2003/entries/tort-theories>.
- Combrink-Kuiters, L. (2000) Is recht meetbaar en voorspelbaar? *NJB* nr. 3, p. 151-155.
- Cook, R.I., Woods, D.D. (1994) Operating at the sharp end: the complexity of human error. in: M.S. Bogner (red.). *Human error in medicine*. Hillsdale (NJ): Lawrence Erlbaum, p. 255-310.
- Cooter, R.D. (2000) Three effects of social norms on law: expression, deterrence and internalization. *Oregon Law Review* vol. 79 (1), p. 1-22.
- Copi, I.M. (1978) *Introduction to logic*. New York: MacMillan Publishing Co.
- Correia, N.G. (2002) Adverse events: reducing the risk of litigation. *Cleveland Clinic Journal of Medicine* vol. 69(1), p. 15-27.
- Crombag, H.F.M. (2000) *Rechters & deskundigen*. *NJB* nr. 33, p. 1659-1666.
- Crosskerry, P. (2003) The importance of cognitive errors in diagnosis and strategies to minimize them. *Academic Medicine* vol. 78(3), p. 775-780.
- Cunningham, W., Dovey, S. (2000) The effect on medical practitioners of disciplinary complaints: potentially negative for patient care. *NZ Med J* vol. 133, p. 464-467.

- Cuperus-Bosma, J.M., Roscam Abbing, H.D.C., Gevers, J.K.M. et al. (2002) Evaluatie Wet op de beroepen in de individuele gezondheidszorg. Den Haag: ZonMw.
- Dam, C.C. van (2000) Aansprakelijkheidsrecht. Een grensoverschrijdend handboek. Den Haag: Boom Juridische uitgevers. Aanvullingen en aanpassingen van delen van dit boek zijn te raadplegen via: www.aansprakelijkheidsrecht.com.
- Dam, C.C. van (2001) De ouders van Joost. Verkeersrecht p. 1-7.
- Dane, A., Lindert H. van, Friele, R.D. (2000) Klachttopvang in de Nederlandse gezondheidszorg. Utrecht: Nivel.
- Daniel, A.E., Burn, R.J. & Horarik, S. (1999) Patients' complaints about medical practice. MJA vol. 170(12), p. 598-602.
- Davis, P., Lay-Yee, R., Briant, R. et al. (2001) Adverse events in New Zealand public hospitals: principal findings from a national survey. Rapport Ministry of Health, Wellington, New Zealand.
- Davis, T.C., Williams M.V., Marin, E. & Parker, R.M. (2002) Health literacy and cancer communication. CA Cancer J Clin vol. 52, p. 134-149.
- De Ville, K. (1998) Medical malpractice in twentieth century United States. International Journal of Technology Assessment in Health Care vol. 14(2), p. 197-211.
- Dean, B., Schachter, M., Vincent, C. & Barber, N. (2002) Causes of prescribing errors in hospital inpatients: a prospective study. Lancet vol. 359, p. 1773-1378.
- Department of Health (GB) (2000) An organisation with a memory. Report of an expert group on learning from adverse events in the NHS.
- Department of Health (GB) (2001) Clinical negligence. What are the issues and options for reform?
- Department of Health (GB) (2003) Making Amends. A consultation paper setting out proposals for reforming the approach to clinical negligence in the NHS. London.
- Dewalt, D.A., Berkman, N.D., Sheridan S. et al. (2004) Literacy and health outcomes: a systemic review of the literature. J Gen Intern Med vol. 19(12), p. 1228-1239.
- Deyo, R.A., Patrick, D.L. (2005) Hope or hype: the obsession with medical advances and the high cost of false promises. New York: Amacom.
- Diamond, S.S. (2002) Empirical marine life in legal waters: clams, dolphins, and plankton. University of Illinois Law Review, nr. 4, p. 803-818.
- Dijk, Chr. van (2003) Toepassing van de theorie van het verlies van een kans bij medische aansprakelijkheid. In: W.R. Kastelein (red.) Medische aansprakelijkheid. Den Haag: Koninklijke Vermande, p. 27-43.
- Doelen, F.C.J. van der (2000) Grenzen aan de generalistendoctrine. In: Barendrecht e.a. (red.). Rechtspleging, samenleving en bestuur, p. 153-160.
- Dommering, E.J. (2004) Een ongelukkige samenloop van omstandigheden. NTBR nr. 2, p. 72-79.
- Donabedian, A. (1966) Evaluating the quality of medical care. Milbank Memorial Fund Quarterly vol. 44(1), p. 166-203.
- Doorenbos, D.R. (2003) Schandpaal en onschuldpresumptie. NJB nr. 42, p. 2190-2196.
- Dopson, S., Locock, L., Gabbay, J. et al. (2003) Evidence-based medicine and the implementation gap. Health vol. 7, p. 311-330.
- Doyal, L. (2001) Informed consent: moral necessity or illusion. Quality in Health Care vol. 10, p. i29-i33.
- Doyal, L. (2004) Informed consent: don't throw out the moral baby with the critical bathwater. QSHC vol. 13, p. 414-415.

- Drahozal, C.R. (2004) A behavioral analysis of private judging. *Law & Contemporary Problems* vol. 67(1), p. 105-132.
- Drion, C.E., Wechem, T.H.M. van (2004) Kroniek van het vermogensrecht. *NJB* nr. 10, p. 469-480.
- Dunné, J.M. van (2001) *Verbintenissenrecht*, Deventer: Kluwer.
- Durieux, P., Gaillac, B., Giraudeau, B. et al. (2000) Despite financial penalties, French physicians' knowledge of regulatory practice guidelines is poor. *Arch Fam Med* vol. 9, p. 414-418.
- Dute, J.C.J. et al. (2000) *Evaluatie Wet op de geneeskundige behandelingsovereenkomst*. Den Haag: ZorgOnderzoek Nederland.
- Dute, J.C.J., Faure, M., Koziol, H. (2002) *Onderzoek no-fault compensatiesysteem*. Den Haag: ZonMw. Reeks evaluatie regelgeving: deel 13.
- Eccles, M.P. (2003) Deriving recommendations in clinical practice guidelines. *QSHC* vol. 12, p. 328-329.
- Eccles, M.P. & Grimshaw, J.M. (2004) Selecting, presenting and delivering clinical guidelines: are there any "magic bullets"? *MJA* vol. 180, p. s52-s54.
- Edwards, I.R. & Aronson, J.K. (2000) Adverse drug reactions: definitions, diagnosis, and management. *Lancet* vol. 356, p. 1255-1259.
- Elferink, M.H. (2004) Onduidelijkheden rondom uitoefening 'blokkeringsrecht' bij medische expertises. *TVP* nr. 2, p. 51-58.
- Epstein, R.M., Alper, B.S., Quill, T.E. (2004) Communicating evidence for participatory decision making. *JAMA* vol. 291(19), p. 2359-2366.
- Evans, S.M., Berry, J.G., Smith, B.J., Esterman, A.J. (2004) Anonymity or transparency in reporting of medical error: a community-based survey in South Australia. *MJA* vol. 180, p. 577-580.
- Evans, R., Elwyn, G., Edwards, A. (2004) Review of instruments for peer assessment of physicians. *BMJ* vol. 328, p. 1240-1243.
- Everts, W.N. (2002). Het vak van rechter: leiden van terechtzittingen en beslissen in een concrete zaak. In: Barendrecht e.a. (red.) *Rechtspleging, samenleving en bestuur*, p. 145-148.
- Faigman, D.L. (1999) *Legal alchemy: the use and misuse of science in law*. New York; Freeman.
- Fallowfield, L. & Fleissig, A. (2003) *Communication with patients in the context of medical error. Rapport vanuit Brighton & Sussex Medical School University of Sussex voor de National Patient Safety Agency*.
- Faunce, T.A., Bolsin, S.N.C. (2004) Three Australian whistleblowing sagas: lessons for internal and external regulation. *MJA* vol. 181(1), p. 44-47.
- Faure, M.G. (2003) Proportionele aansprakelijkheid. In *Causaliteit*. Den Haag: Koninklijke Vermande, p. 33-88.
- Fazel, S. & McMillan, J. (2001) A climate of secrecy undermines public trust. *BMJ* vol. 322, p. 1239-1240.
- Feigal, D.W., Gardner, S.N., McClellan, M. (2003) Ensuring safe and effective medical devices. *NEJM* vol. 348(3), p. 191-192.
- Feinstein, A.R. (1985) *Clinical epidemiology. The architecture of clinical research*. Philadelphia: W.B. Saunders.

- Feldman, H.L. (2000) Prudence, benevolence, and negligence: virtue ethics and tort law. *Chicago-Kent Law Review* vol. 74, p. 1431-1466.
- Feldman, H.L. (2000b) Law, psychology, and the emotions. *Chicago-Kent Law Review* vol. 74(4), p. 1423-1430.
- Fenn, P., Gray, A., Rickman, N., Young, R. (2002) Deterrence and liability for medical negligence: theory and evidence *Proceedings EALE conference 2002* (<http://eale2002.phs.uoa.gr/papers/>).
- Fenn, P., Gray, A. & Rickman, N. (2004) Making amends. Current system operates well but reforms are still needed. *BMJ* vol. 328, p. 417-418.
- Fenn, P., Gray, A. & Rickman, N. (2004b) Liability, insurance and defensive medicine: new evidence. Working paper te downloaden via <http://www.bris.ac.uk/Depts/CMPO/events/seminarseries/fenn.pdf>.
- Ferner, R.E. (2000) Medication errors that have led to manslaughter charges. *BMJ* vol. 321, p. 1212-1216.
- Ferner, R.E. (2005) The influence of big pharma. Wide ranging report identifies many areas of influence and distortion. *BMJ* vol. 330, p. 855-856.
- Fetzer, J.H. (red.) (1987) *Probability and causality*. Dordrecht: D. Reidel Publishing Company.
- Finkelstein, C. (2003) Is risk a harm? *University of Pennsylvania Law Review* vol. 151, p. 963-1000.
- Firth-Cozens, J. (2002) Barriers to incident reporting. *QSHC* vol. 11, p. 7.
- Firth-Cozens, J., Cording, H., Ginsburg, R. (2003) Can we select health professionals who provide safer care. *QSHC* vol. 12, p. 16i-20i.
- Fischhoff, B. (1975) Hindsight $\square$ foresight: the effect of outcome knowledge on judgment under uncertainty. *Journal of Experimental Psychology* vol. 4, p. 330-344.
- Fitz-Gibbon, C. (2004) The need for randomized trials in social research. *J R Stat Soc* vol. 167, p. 1-4.
- Fleiss, J.L. (1981) *Statistical methods for rates and proportions*. New York: John Wiley & Sons, p. 211-236.
- Fortser, A.J., Clark, H.D., Menard, A. et al. (2004) Adverse events among medical patients after discharge from the hospital. *CMAJ* vol. 170(3), p. 345-349.
- Franken, A.Ch.H. (2004) Experts en hun gedragsregels (Nivre). *AV&S* nr. 1, p. 19-28.
- Fraser, S.W., Greenhalgh, T. (2001) Coping with complexity: educating for capability *BMJ* vol. 323, p. 799-803.
- Freckelton, I. & Mendelson, D. (red.) (2002) *Causation in law and medicine*. Dartmouth: Ashgate.
- Friele, R.D., Ruiter, C. de, Wijmen, F. van, Legemaate, J. (1999) *Evaluatie wet klachtrecht cliënten zorgsector*. Den Haag, ZonMw.
- Fumerton, R. & Kress, K. (2001) Causation and the law: preemption, lawful sufficiency, and causal sufficiency, *Law and Contemporary Problems* vol. 64, p. 83-105.
- Furrow, B.R. (2001) Patient injury and liability: why worry? *Journal of Law, Medicine & Ethics* vol. 2(3 & 4), p. 250-252.
- Galanter, M. (1996) Real world torts: an antidote to anecdote. *Maryland Law Review* vol. 55, p. 1093-1157.
- Gallagher, T.H., Waterman, A.D., Ebers, A.G. et al. (2003) Patients' and physicians' attitudes regarding the disclosure of medical errors. *JAMA* vol. 289(8), p. 1001-1007.

- Gardner, J. (2001) Obligations and outcomes in the law of torts. In: Cane & Gardner (eds). *Relating to Responsibility: Essays in Honour of Tony Honoré on his 80th Birthday*. Oxford: Hart Publishing.
- Gardner, J. (2003) What is tort law for? Lord Upjohn Lecture 2003, *Law Teacher* vol. 36, nr. 3.
- Gardner, J. (2004) Backwards and forwards with tort law. www.utexas.edu/law/news/-colloquium/papers/Gardnerpaper.pdf.
- Gardner, J. (2005). Wrongs and faults. In: A. Simester (red.). *Appraising strict liability*. Oxford: Oxford University Press.
- Gawande, A.A., Thomas, E.J., Zinner, M.J., Brennan, T.A. (1999) The incidence of surgical adverse events in Colorado and Utah in 1992, *Surgery* vol. 126(1), p. 66-75.
- Gawande, A.A., Studdert, D.M., Orav, E.J., Brennan, T.A. & Zinner, M.J. (2003) Risk factors for retained instruments and sponges after surgery. *NEJM* vol. 348(3), p. 229-235.
- Gaynes, R. et al. (2001) Feeding back surveillance data to prevent hospital-acquired infections, *Emerging Infectious Disease* vol. 7(2), p. 295-298.
- Geest, G.G.A. de (2004) Hoe maken we van de rechtswetenschap een volwaardige wetenschap. *NJB* 2, p. 58-66. Dit is een bewerking van de tekst van zijn oratie (2001); de volledige tekst daarvan is te downloaden via <http://home.planetinternet.be/~gdegeest/oratie.pdf>.
- Geest, G.G.A. de (2004b) Hoe groot zijn de inherente beperkingen van rechtseconomie bij criminaliteitsvraagstukken? *NJB* nr. 37, p. 1920-1929.
- Geistfeld, M. (2001) Scientific uncertainty and causation in tort law. *Vanderbilt Law Review* vol. 54, p. 1011-1037.
- Genn, H. (1999) *Paths to justice*. Oxford: Hart Publishing.
- Genn, H., Paterson, H. (2001) *Paths to justice Scotland*. Oxford: Hart Publishing.
- Gevers, J.K.M. (1998) *De rechter en het medisch handelen*. Deventer: Kluwer.
- Gevers, J.K.M. (2003) Informed consent. In: W.R. Kastelein (red.). *Medische aansprakelijkheid*. Den Haag: Koninklijke Vermande, p. 63-82.
- Gevers, J.K.M., Biesart, M.C.I.H. (1999) Medische beslissingen, kostenoverwegingen en richtlijnen voor medisch handelen; kanttekeningen vanuit het recht. *Nederlands Tijdschrift voor Geneeskunde* vol. 143, p. 2629-2632.
- Giannelli, P.C. (2002) Scientific evidence & miscarriages of justice. Working Paper for International Society for the Reform of Criminal Law (zie: <http://www.isrcl.org/Papers/Giannelli.pdf>).
- Giard, R.W.M. (2001a) De aansprakelijkheid voor vermeende diagnostische fouten bij bevolkingsonderzoek. *NJB* nr. 16, p. 751-759.
- Giard, R.W.M. (2001b) Artsen steeds vaker aansprakelijk gesteld voor het missen van kanker bij bevolkingsonderzoek. *Nederlands Tijdschrift voor Geneeskunde* vol. 145, p. 1074-1078.
- Giard, R.W.M. (2001c) Verwisseling van patiëntenmateriaal: minder fouten door systematische aanpak. *Nederlands Tijdschrift voor Geneeskunde* vol. 145, p. 8-10.
- Giard, R.W.M. (2001d) De deskundige en de rechter bij aansprakelijkheid voor schade door medische incidenten. *TvGR* nr. 4, p. 245-246.
- Giard, R.W.M. (2001e) Medische incidenten: onvermijdelijk maar bestrijdbaar. *Nederlands Tijdschrift voor Geneeskunde* vol. 145, p. 2062-2065.

- Giard R.W.M. (2001f) Het evaluatierapport over de Wet op de Geneeskundige Behandelingsovereenkomst (WGBO): subjectief en slecht onderbouwd. *Nederlands Tijdschrift voor Geneeskunde* vol. 145(11), p. 512-5.
- Giard, R.W.M. (2003) Screening: zorgvuldige afwegingen versus commerciële medicalisering. *Nederlands Tijdschrift voor Geneeskunde* vol. 147(39), p. 1893-1896.
- Giard, R.W.M. (2003a) Meer veiligheid voor patiënten vereist vertrouwelijkheid bij het onderzoek naar medische fouten. *Nederlands Tijdschrift voor Geneeskunde* vol. 147, p. 8-10.
- Giard, R.W.M. (2003b) Medisch aansprakelijk voor diagnostische fouten. *Medisch Contact* vol. 58(8), p. 307-309.
- Giard, R.W.M. (2005) Kortmann en de kunst van het kwantitatieve. *NJB* nr. 6, p. 306.
- Giard, R.W.M., Broekman, J.M. (2000) Naar een objectieve herbeoordelingsprocedure bij een mogelijke diagnostische dwaling. *Nederlands Tijdschrift voor Geneeskunde* vol. 144, p. 566-572.
- Giard, R.W.M. & Bonneux, L.G.A. (2001). Borstkankerscreening onvoldoende effectief. *Nederlands Tijdschrift voor Geneeskunde* vol. 145, p. 2205-2208.
- Giard, R.W.M. & Bosman, F.T. (1992) Een normaal uitstrijkje en toch baarmoederhalskanker. *Nederlands Tijdschrift voor Geneeskunde* vol. 136, p. 2311-2314.
- Giesen, I. (1999) Bewijslastverdeling bij beroepsaansprakelijkheid. Deventer: W.E.J. Tjeenk Willink.
- Giesen, I. (2003) Medische aansprakelijkheid in Nederland: een stand van zaken ten aanzien van de bewijslastverdeling. In: W.R. Kastelein (red.). *Medische aansprakelijkheid*. Den Haag: Koninklijke Vermande, p. 11-26.
- Gigerenzer, G. (2002) Calculated risks. How to know when numbers deceive you. New York: Simon & Schuster.
- Gill, K., Es, A. van (2000) Tuchtrechtspraak in opspraak. De rechtszekerheid aangetast? *Medisch Contact* vol. 55(2), p. 63-65.
- Glasziou, P. Vandenbroucke, J. & Chalmers, I. (2004) Assessing the quality of research. *BMJ* vol. 328, p. 39-41.
- Godolphin, W. (2003) The role of risk communication in shared decision making. *BMJ* vol. 327, p. 692-693.
- Goldberg, J.C.P. (2002) Twentieth-century tort theory. Vanderbilt University Law School. Working Paper 02-15 (te raadplegen via www.ssrn.com/abstract_id=347340).
- Goldberg, J.C.P. (2003) Twentieth-century tort theory. *Georgetown Law Journal* vol. 91, p. 513-583.
- Gorney, M. (2003) Expert witnesses caught in a moral and ethical dilemma. *Bulletin of the American College of Surgeons* vol. 88 (10), p. 12-14.
- Gostin, L. (2000) A public health approach to reducing error. Medical malpractice as a barrier *JAMA* vol. 283(10), p. 1742-1743.
- Graaf, Y. van der, Kallewaard, M. & Algra, A. (1998) Kroniek van een ondeugdelijke hartklepprothese. *Ned. Tijdschr Geneesk* vol. 142(29), p. 1645-1648.
- GRADE Working Group (2004) Grading quality of evidence and strengths of recommendations. *BMJ* vol. 328, p. 1490-1494.
- Gravenstein, J.S. (2002) Safety in anesthesia. *Anaesthesist* vol. 51(9), p. 754-759.
- Grilli, R., Magrini, N., Penna, A. et al. (2000) Practice guidelines developed by specialty societies : the need for a critical appraisal. *Lancet* vol. 355, p. 103-106.
- Grimes, D.A. & Schulz, K.F. (2002) Bias and causal associations in observational research *Lancet* vol. 359, p. 248-252.

- Groot, A.D. de (1994) *Methodologie. Grondslagen van onderzoek en denken in de gedragswetenschappen*. Assen: Van Gorcum.
- Groot, G. de (2005) *Transparantie tussen rechter, partijen en deskundige. Aansprakelijkheidsbeperking van door de civiele rechter benoemde deskundigen*. Uitgave Raad voor de Rechtspraak Den Haag.
- Gunst, J., Bruinsma, F. (2004) Hoe commercieel zijn advocaten? NJB nr. 20, p. 1020-1026.
- Guthrie, C., Rachlinski, J.J., Wistrich, A.J. (2001) Inside the judicial mind. *Cornell Law Review* vol. 86, p. 777-830.
- Haack, S. (2001) An epistemologist in the bramble-bush: at the Supreme Court with mr. Joiner. *JHPPL* vol. 26, p. 217-248.
- Habiba, M., Jackson, C., Akkad, A. (2004) Women's accounts of consenting to surgery: is consent a quality problem? *QSHC* vol. 13, p. 422-427.
- Hall, M.A. & Green, M.D. (2002) 'Introduction', themanummer 'The standard of care'. *Wake Forest Law Review* 37, p. 663-674.
- Hall, M.A. et al. (2002) Measuring medical practice patterns: sources of evidence from health services research. *Wake Forest Law Review* 37, p. 779-820.
- Hallers, M., Mauritz, A.J., Muller, E.R., Stolker, C.J.J.M. (2002) *Beginselen van behoorlijk rampenonderzoek*. Den Haag: Boom Juridische uitgevers.
- Hamer, D. (2004) Probabilistic standards of proof, their complements and the errors that are expected to flow from them. *University of New England Law Journal*, p. 71-107.
- Harrington, J.A. (2001) Art or science? Understanding medicine and the common law. *Health Law Journal* vol. 9, p. 129-148.
- Harley, M., Mohammed, M.A., Hussain, S. et al. (2005) Was Rodney Ledward a statistical outlier? Retrospective analysis using routine hospital data to identify gynecologists' performance. *BMJ* vol. 330, p. 929-932.
- Hart, H.L.A. & Honoré, T. (1985) *Causation in the law*, Oxford: Clarendon Press.
- Hartlief, T. (1997) *Ieder draagt zijn eigen schade*. Deventer: Kluwer.
- Hartlief, T. (2000a) *Klassieken van het Nederlandse privaatrecht: verzekering en aansprakelijkheidsrecht van H. Drion*. NTBR nr. 1, p. 11-16.
- Hartlief, T. (2000b) Baby Joost en het verdriet van Nederland. *AA* 2000 vol. 49(12), p. 863-873.
- Hartlief, T. (2001) Aansprakelijkheid voor schending van een medisch protocol. *NTBR* nr. 7, p. 376-378.
- Hartlief, T. (2003a) De meerwaarde van het aansprakelijkheidsrecht. In: T. Hartlief & S. Klosse (red.). *Einde van het aansprakelijkheidsrecht?* Den Haag: Boom Juridische uitgevers, p. 1-76.
- Hartlief, T. (2003b) *Kroniek van het aansprakelijkheids- en schadevergoedingsrecht 2002-2003*. NTBR nr. 10, p. 572-591.
- Hartlief, T. (2004) Autonomie en solidariteit. *Beweging in het verbintenissenrecht*. WPNR 6564, p. 106-118.
- Hartlief, T. (2004b) *Kelderluik revisited. De kracht van een waarschuwing*. *AA* vol. 53, nr. 12, p. 866-873.
- Hartlief, T. (2005) *Leven in een claimcultuur: wie is er bang voor Amerikaanse toestanden?* NJB nr. 16, p. 830-834.
- Hartlief, T. (2005b) *Hollandse toestanden: de Hoge Raad over 'wrongful life'*. NTBR nr. 6, p. 232-248.

- Hartlief, T. & Klosse, S. (red.). (2003) Einde van het aansprakelijkheidsrecht? Den Haag: Boom Juridische uitgevers.
- Hartogh, G.A. den (2004) Waarom behoren rechtsbeginselen tot het recht? In: E.T. Feteris et al. (red.). In het licht van deze overwegingen. Nijmegen: Ars Aequi, p. 17-30.
- Hashem, A., Chi, M.T.H., Friedman, C.P. (2003) Medical errors as a result of specialization. *Journal of Biomedical Informatics* vol. 36, p. 61-69.
- Hayward, R.A. & Hofer, T.P. (2001) Estimating hospital deaths due to medical errors. Preventability is in the eye of the beholder, *JAMA* vol. 286(4), 415-420.
- Hébert, P.C., Levin, A.V., Robertson, G. (2001) Bioethics for clinicians: 23. Disclosure of medical error. *CMAJ* vol. 164(4), p. 509-513.
- Heijden, E. van der (2001) Punitive damages en de calculerende schadeveroorzaker. *NJB* nr. 36, p. 1749-1756.
- Heinrich, H.W. (1969) *Industrial Accident Prevention*, 1931 (4th edition heruitgave bewerkt door D. Peterson and N. Ross, McGraw Hill, New York).
- Helmer, D., Savoie, I., Green, J., Kazanjian, A. (2001) Evidence-based practice: extending the search to find material for the systematic review. *Bull Med Libr Assoc* vol. 89(4), p. 346-352.
- Helmreich, R.L. (2000) On error management: lessons from aviation. *BMJ* vol. 320, p. 781-785.
- Henriksen, K., Kaplan, H. (2003) Hindsight bias, outcome knowledge and adaptive learning. *QSHC* vol. 12 (suppl II), p. ii46-ii50.
- Hentenaar, F. (2003) Patiënten over fouten in medische informatie overdracht. Een verkennend onderzoek. NIPO-rapport i.o.v. NCPF.
- Hertogh, M.L.M. (2003) Het maatschappelijk vertrouwen in 'onze' rechtsstaat. *NJB* nr. 11, p. 550-552.
- Hertwig, R., Fenselow, C., Hoffrage, U. (2003) Hindsight bias: how knowledge and heuristics affect our reconstruction of the past. *Memory* vol. 11(4/5), p. 357-377.
- Herweijer, M. (2004) Normen en rechtshandelingen. *Rechtswetenschap als interpreteren en observeren*. In: Broeksteeg & Stamhuis (2004; zie aldaar), p. 53-65.
- Herrxheimer, A. (2005) Communicating with patients about harms and risks. *PLoS Med* vol. 2(2), p. E42.
- Hickson, G.B., Federspiel, C.F., Pichert, J.W. et al. (2002) patient complaints and mal-practice risk. *JAMA* vol. 287(22), p. 2951-2957.
- Hijma, J., Dam, C.C. van, Schendel, M.A.W. van, Valk, W.L. (2004) *Rechtshandeling en overeenkomst*. Deventer: Kluwer.
- Hildebrandt, M. (2004) Wetenschap in rechte. *Trema* p. 187-195.
- Hofer, T.P., Bernstein, S.J., DeMonner, S. & Hayward, R.A. (2000) Discussion between reviewers does not improve reliability of peer review of hospital quality. *Medical Care* vol. 38(2), p. 152-161.
- Hofer, T.P., Kerr, E.A. & Hayward, R.A. (2000) What is an error?, *Effective Clinical Practice* vol. 3(6), p. 261-269.
- Hofer, T.P. & Hayward, R.A. (2002) Are bad outcomes from questionable clinical decisions preventable medical errors? A case of cascade iatrogenesis. *Ann Int Med* vol. 137, p. 327-324.
- Hoffrage, U. & Pohl, R.F. (2003) Research on hindsight bias: a rich past, a productive present, and a challenging future. *Memory* vol. 11(4/5), p. 329-335.

- Holbrook, J. (2003) The criminalisation of fatal medical mistakes. *BMJ* vol. 327, p. 1118-1119.
- Holmes jr., O.W. (1897) The Path of the Law. *Harvard Law Review* vol. 10, p. 457 e.v.
- Holmgren, B. (2002) The expert witness. *New England Law Review* vol. 36(3), p. 593-600.
- Hondius, E. (2004) De slak in de fles. *NTBR* nr. 5, p. 239-242.
- Honoré, A. (2002) Principles and values underlying the concept of causation in law, in: Freckelton & Mendelson p. 3-13.
- Horrobin, D.F. (2002) Effective clinical innovation: an ethical imperative. *Lancet* vol. 359, p. 1857-1858.
- Hout, F.A.G., Cuperus-Bosma, J.M., Peuter O.R. de, Hubben, J.H., Wal, G. van der (2004) Tuchtrechtspraak niet verbeterd sinds de invoering Wet op de Beroepen in de Individuele Gezondheidszorg (Wet BIG). *Nederlands Tijdschrift voor Geneeskunde* vol. 148, p. 135-139.
- Hout, F.A.G., Cuperus-Bosma, J.M., Agema, G.J., Hubben, J.H., Wal, G. van der (2004) Publicatiepraktijk en -beleid van de tuchtrechtspraak voor de gezondheidszorg. *Nederlands Tijdschrift voor Geneeskunde* vol. 149(8), p. 425-429.
- Hubben, J. & Christiaans, I. (2004) Geen spectaculaire ontwikkeling van medische schadeclaims in Nederland: 1993/'01 in vergelijking met 1980/'90. *Nederlands Tijdschrift voor Geneeskunde* vol. 148(25), p. 1250-1255.
- Hubben, J.H. (2003) Vermeende 'Amerikaanse toestanden' in de gezondheidszorg en de rol van de media, *NJB* nr. 38, p. 2020-2021.
- Hubben, J.H. (2003b) Kroniek van het gezondheidsrecht. *NJB* nr. 10, p. 542-548.
- Huber, p. (1991) *Galileo's revenge: junk science in the court room*. New York Basic Books.
- Hugh, T.B., Tracy, G.D. (2002) Hindsight bias in medicolegal reports. *MJA* vol. 176, p. 277-278.
- Hulka, B.S., Kerkvliet, N.L., Tugwell, P. (2000) Experience of a scientific panel formed to advise the federal judiciary on silicone breast implants. *NEJM* vol. 342, p. 812-815.
- Huls N.J.H. (2005) Over rechtshulpgolven en juridische probleemstromen. *NJB* nr. 1, p. 3-8.
- Hulst, E.H. (2002) Een medisch protocol is geen veiligheidsnorm. *NTBR* nr. 9, p. 438-448.
- Hurwitz, B. (2004) How does evidence based guidance influence determinations of medical negligence? *BMJ* vol. 329, p. 1024-1028.
- Hyams, A.L., Brandenburg, J.A., Lipsitz, S.R. et al. (1995) Practice guidelines and malpractice litigation. A two-way street. *Annals of Internal Medicine* vol. 122(6), p. 450-455.
- Hyman, D.A. (2002) Medical Malpractice and the Tort System: What Do We Know and What (If Anything) Should We Do About It? Via: http://www.law.umaryland.edu/pdf_files/faculty/HymanRP.pdf.
- Inspectie voor de Gezondheidszorg (2003) Jaarrapport 2003. Te downloaden via www.igz.nl.
- Inspectie voor de Gezondheidszorg (2004) Staat van de gezondheidszorg 2004. Patiëntveiligheid: de toepassing van geneesmiddelen en medische hulpmiddelen in zorginstellingen en thuis.
- Ipp, D.A., Cane, P., Sheldon, D., Macintosh, I. (2002) Review of the law of negligence report. Commonwealth of Australia.

- Issue Brief no. 13 (2001) Medical error reporting: professional tensions between confidentiality & liability. Massachusetts Health Policy Forum.
- Janowsky, E.C., Kipper, L.L., Hulka, B.S. (2000) Meta-analysis of the relation between silicone breast implants and the risk of connective tissue diseases. *NJEM* vol. 342, p. 781-790.
- Jansen, C.J.H. (2003) De Nederlandse bakermat van annoteren. *NJB* nr. 33, p. 1757-1759.
- Janssen, M.C.H., Roumen-Klappe, E., Alink, F. et al. (2005) 2 patiënten met aanwijzingen voor veneuze trombo-emboli, bij wie werd afgeweken van de richtlijn. *Nederlands Tijdschrift voor Geneeskunde* vol. 149(15), p. 789-793.
- Jetter, D. (1994) Geschiedenis van de geneeskunde. Utrecht: Uitgeverij Het Spectrum.
- Johnson, T. (1998) Medicine and the media *NEJM* vol. 339, p. 87-92.
- Jones, M.A. (1999) Informed consent and other fairy stories. *Medical Law Review* vol. 7(2), p. 103-134.
- Jong, B. de (2005) Kanttekeningen bij Donners bezwaren tegen 'no cure, no pay'. *NJB* nr. 12, p. 631-633.
- Kamin, K.A. & Rachlinski, J.J. (1995) Ex post Ex ante. Determining liability in hindsight. *Law and Human Behavior* vol. 19(1), p. 89-104.
- Kampen, P.T.C. van (1998) Expert evidence compared, Rules and practices in the Dutch and American Criminal Justice system. diss. Leiden, Meijers-reeks nr. 8, Antwerpen/Groningen: Intersentia.
- Kaplow, L. (2000) General characteristics of rules. In: B. Bouckaert & G. de Geest (red.), *Encyclopedia of Law and Economics* vol. V. The economics of crime and litigation, Cheltenham: Edward Elgar, p. 502-558.
- Kaplow, L., Shavell, S. (2000) Principles of fairness versus human welfare: on the evaluation of legal policy. Harvard Law School 2000 John M. Olin center for law, economics, and business. Discussion Paper No. 277.
- Kaptchuk, T. (2003) Effect of interpretative bias on research evidence. *BMJ* vol. 326, p. 1453-1455.
- Kastelein, W.R. (2001) Het (voorlopige) deskundigenonderzoek: deskundig, onpartijdig en onafhankelijk? *TvGR* nr. 2, p. 61.
- Kastelein, W.R. (2003) Protocollen en richtlijnen: de juridische opmars van het recht van 'binnen' in het medische aansprakelijkheidsrecht. In: W.R. Kastelein (red.) *Medische aansprakelijkheid*. Den Haag: Koninklijke Vermande, p. 83-100.
- Kazandjian, V.A. (2003) Accountability through measurement. A global healthcare imperative. Milwaukee: ASQ Quality Press.
- Kazandjian, V.A. (2004) Does appropriate prescribing result in safer care? *QSHC* vol. 13, p. 9-10.
- Keirse, A.L.M. (2004) Een prijskaartje van zelfbeschikking: over wrongful conception, wrongful birth, adoptie en abortus. *AA* vol. 53(9), p. 607-617.
- Kennedy, I. (2001) Learning from Bristol. Te raadplegen via: www.bristol-inquiry.org.uk.
- Kerkmeester, H.O. (1998) De terugkeer van het bemiddelend vonnis: de doctrine van het kansverlies bij medische aansprakelijkheid. *NJB* p. 435 e.v.
- Kerkmeester, H.O. (1999) Twee benaderingen bij gebruik van statistisch bewijs. *AA* 48, nr. 11, p. 793-799.
- Kessels, R.P. (2003) Patients' memory for medical information. *J R Soc Med.* vol. 96(5), p. 219-222.

- Kessler, D.P. & McClellan, M.B. (1996) Do Doctors Practice Defensive Medicine?, Q.J. ECON vol. 111, p. 353, 388.
- Kessler, D.P. & McClellan, M.B. (1997) The effects of malpractice pressure and liability reforms on physicians' perceptions of medical care. *Law and Contemporary Problems* vol. 60, p. 81-106.
- Kievit, J. (2001) Uit de doofpot. *Medisch Contact* vol. 56(48), p. 1776-1780.
- Kinney, E.D. (2001) The brave new world of medical standards of care. *Journal of Law, Medicine & Ethics* vol. 2(3 & 4), p. 323-334.
- Klosse, S. (2003) Meerwaarde van alternatieve (vergoedings)systemen. In : T. Hartlief & S. Klosse (red.). *Einde van het aansprakelijkheidsrecht?* Den Haag: Boom Juridische uitgevers, p. 77-148.
- Knobe, J. (2003) Intentional Action in Folk Psychology: An Experimental Investigation. *Philosophical Psychology* vol. 16(2), p. 309-324.
- Knobe, J. (2004) Intention, intentional action and moral considerations. *Analysis* vol. 64(282), p. 181-187.
- Knoops, G.G.J. (2005) De controlerende functie van de Hoge Raad bij het redresseren van rechterlijke dwalingen: de strafrechtelijke revisie in rechtsbeschermend perspectief. AA nr. 2, p. 89-96.
- Koenig, T.H. & Rustad, M.L. (2003) *In defense of tort law*. New York: New York University Press.
- Kohn, L.T., Corrigan, J. & Donaldson, M.S. (red) (1999) *To err is human: building a safer health care system*, National Academy Press, Washington DC.
- Koningsveld, H. (1976) *Het verschijnsel wetenschap*. Amsterdam: Boom.
- Koppen, P.J. van (2004) *Paradoxen van deskundigen*. Over de rol van experts in strafzaken. Deventer: Kluwer.
- Koppen, P.J. van, Hessing, D.J., Merckelbach, H.L.G.J., Crombag, H.F.M. (2002) *Het recht van binnen*. Psychologie van het recht. Deventer: Kluwer.
- Korobkin, R. (2002) Empirical scholarship in contract law: possibilities and pitfalls. *University of Illinois Law Review* nr. 4, p. 1033-1066.
- Kortmann, C.A.J.M. (2004) Meten. *NJB* nr. 43, p. 2243.
- Kottenhagen, R.J.P. (2003) Smartengeld bij medische aansprakelijkheid. In: W.R. Kastelein (red.). *Medische aansprakelijkheid*. Den Haag: Koninklijke Vermande, p. 45-62.
- Kraman, S.S. & Hamm, G. (1999) Risk management: extreme honesty may be the best policy. *Annals of Internal Medicine* 131(12), p. 963-967.
- Kunneman, F. (1991) *Rechtswetenschap*. Nijmegen: Ars Aequi Libri.
- Laar, J. van, Wetten, J. van (2005) Toegankelijke, onafhankelijke en slagvaardige rechtspraak. *NJB* nr. 1, p. 16-17.
- LaBine, S.J. & LaBine, G. (1996) Determinations of negligence and the hindsight bias. *Law and Human Behavior* vol. 20(5), p. 501-516.
- Lamb, R. (2004) Open disclosure: the only approach to medical error. *QSHC* vol. 13, p. 3- 5.
- Landrigan, C.P. et al. (2004) Effect of reducing interns' work hours on serious medical errors in intensive care units. *NEJM* vol. 351, p. 1838-1848.
- Larson, E.B. (2000) First do no harm – to err is human, *Effective Clinical Practice* vol. 6, 294-295.
- Latham, S.R. (2001) System and responsibility: three readings of the IOM Report on medical error. *American Journal of Law and Medicine* vol. 27 (2-3), p. 163-179.

- Lawton, R. & Parker, D. (2002) Barriers to incident reporting in a healthcare system. *QSHC* vol. 11, p. 15-18.
- Layde, P.M., Maas, L.A., Teret, S.P. et al. (2002) Patient safety efforts should focus on medical injuries. *JAMA* vol. 287(15), p. 1993-1997.
- Leape, L.L. (1994) Error in medicine. *JAMA* vol. 272(23), p. 1851-1857.
- Leape, L.L. (1994b) Making medical errors into medical treasures. *JAMA* vol. 272(23), p. 1867-1868.
- Leape, L.L. (2000) Institute of medicine medical errors figures are not exaggerated. *JAMA* vol. 284(1), p. 95-97.
- Leape, L.L. (2002) Reporting of adverse events. *NEJM* vol. 347(20) p. 1633-1638.
- Leape, L.L., Brennan, T.A., Laird, N. et al. (1991) The nature of adverse events in hospitalized patients. Results of the Harvard Medical Practice Study II. *NEJM* vol. 324, p. 377-384.
- Leape, L.L., Woods, D.D., Hatlie M.J. et al. (1998) Promoting patient safety by preventing medical error. *JAMA* vol. 280(16), p. 1444-1447.
- Leape, L.L., Berwick, D.A. & Bates, D.W. (2002) What practices will most improve safety? Evidence-based medicine meets patient safety. *JAMA* vol. 288(4), p. 501-507.
- Lee, T.H. (2002) A broader concept of medical errors. *NEJM* vol. 347(24), p. 1965-1967.
- Lee, T.H., Meyer, G.S., Brennan, T.A. (2004) A middle ground on public accountability. *NEJM* vol. 350 (23), p. 2409-2412.
- Legemaate, J. (1994) Goed recht. De betekenis en de gevolgen van het recht voor de praktijk van de hulpverlening. Utrecht: Preadvies Vereniging voor Gezondheidsrecht.
- Legemaate, J. (2001) Het toezicht van de Inspectie voor de Gezondheidszorg (IGZ) op de kwaliteit van de zorg. *TvGR* nr. 6, p. 354-367.
- Legemaate, J. (2003) Open en eerlijk. Omgaan met fouten en klachten. *Medisch Contact* vol. 58 nr. 28/29, p. 1128-1130.
- Legemaate, J. (2003b) Voor- en nadelen van een 'no-fault'-compensatiesysteem. *Nederlands Tijdschrift voor Geneeskunde* vol. 147 (41), p. 1995-1997.
- Legemaate, J. (2004) Veilig melden. *Medisch Contact* nr. 28/29, p. 1169-1171.
- Legemaate, J. (2005) Dubbel bestraft. Inconsequenties in de samenloop van tuchtrecht en strafrecht. *Medisch Contact* vol. 60, nr. 20, p. 836-839.
- Legemaate, J. (2005b) Veilig melden van incidenten en (bijna-)fouten: betekenis en mogelijkheden van wetgeving. *Nederlands Tijdschrift voor Geneeskunde* vol. 149, p. 1203-1205.
- Lempert, R. (2002) Following the man on the Clapham Omnibus: social science evidence in malpractice litigation. *Wake Forest Law Review* vol. 37, p. 903- 924.
- Lens, P., Wal, G. van der (1994) Een onderzoek naar disfunctioneren van specialisten. *Nederlands Tijdschrift voor Geneeskunde* vol. 138, p. 1127-31.
- Lens, P., Kahn P. (2000) Over de schreef. Over het functioneren en disfunctioneren van artsen. Utrecht: Lemma.
- Liang, B.A. (2000) Risks of reporting sentinel events. *Health Affairs* vol. 19(5), p. 112-120.
- Liang, B.A. (2001) The Adverse Event of Unaddressed Medical Error: Identifying and Filling the Holes in the Health-Care and Legal Systems. *Journal of Law, Medicine & Ethics* vol. 2 (3 & 4), p. 346-368.
- Liang, B.A. (2002) A system of medical error disclosure *QSHC* vol. 11, p. 64-68.
- Lieberman, C.B. & Hyman, C.S. (2004) A mediation skills model to manage disclosure of errors and adverse events to patients. *Health Affairs* vol. 23(4), p. 23-32.

- Lilford, R.J., Mohammed, M.A., Braunholtz, D., Hofer, T.P. (2003) The measurement of active errors: methodological issues. *Qual Saf Health Care* vol. 12, Suppl 2, p. ii8-12.
- Lindenbergh, S.D. (2004) De betrekkelijkheid van de omkeringsregel. *WPNR* 6580, p. 433-435.
- Localio, A.R., Lawthers, A.G., Brennan, T.A. et al. (1991) Relation between malpractice claims and adverse events due to negligence. Results of the Harvard Medical Practice Study III. *NEJM* vol. 325(4), p. 245-251.
- Localio, A.R., Lawthers, A.G., Bengtson, J.M. et al. (1993) Relationship between malpractice claims and caesarean delivery. *JAMA* vol. 269(3), p. 366-673.
- Localio, A.R., Weaver, S.L., Landis, R. et al. (1996) Identifying adverse events caused by medical care: degree of physician agreement in a retrospective chart review. *Annals of Internal Medicine* vol. 125(6), p. 457-464.
- Lockwood, C.J. (2004) Expert medical courts: an idea whose time has come. *Contemporary Ob/Gyn* vol. 49, p. 11-12.
- Loth, M.A. & Gaakeer, A.M.P. (2003) Meesterlijk recht. Over recht, rechtswetenschap en juristerij. Den Haag: Boom Juridische uitgevers.
- Maanen, G. van (red., 2003) De rol van het aansprakelijkheidsrecht bij de verwerking van persoonlijk leed. Den Haag: Boom Juridische uitgevers.
- MacLennan, A. (1999) A template for defining a causal relation between acute intrapartum events and cerebral palsy: international consensus statement. *BMJ* vol. 319, p. 1054-1059.
- Manen, N.F. van & Stutterheim, R.H. (red.) (1998) Wie draagt de schade? De allocatie van risico's in het recht. Nijmegen: Ars Aequi Libri.
- Manhattan Institute (2000) Regulation through litigation. Assessing the role of bounty hunters and bureaucrats in the American regulatory regime. (http://www.manhattan-institute.org/mics_2.pdf).
- Marchew, M. (2003) Medical malpractice and medical error disclosure: balancing facts and fears. Portland: National Academy for State Health Policy.
- Mayer, D. (2004) Essential evidence-based medicine. Cambridge: Cambridge University Press.
- Mazor, K.M., Simon, S.R.S., Yood, R.A. et al. (2004) Health plan members' view about disclosure of medical errors. *Annals of Internal Medicine* vol. 140(6), p. 409-418.
- Mazor, K.M., Simon, S.R.S., Gurwitz, J.H. (2004b) Communicating with patients about medical errors. *Arch Intern Med* vol. 164, p. 1690-1697.
- McDonald C.J., Weiner, M. & Hui, S.L. (2000) Deaths due to medical errors are exaggerated in Institute of Medicine report. *JAMA* vol. 284(1), 93-95.
- McEwin, R.I. (2000) No-fault compensation systems. In: B. Bouckaert & G. de Geest (red.). *Encyclopedia of Law and Economics* vol. I. The History and methodology of law and economics, Cheltenham: Edward Elgar, p. 735-763.
- McHale, J. (2002) Quality in health care: a role for the law? *QSHC* vol. 11, p. 88-91.
- McNutt, R., Abrams R., Hasler, S. et al. (2002) Determining medical error. Three case reports, *Effective Clinical Practice* vol. 5(1), p. 23-28.
- McNutt, R.A., Abrams, R. & Aron, D.C. (2002) Patient safety efforts should focus on medical errors. *JAMA* vol. 287(15), p. 1997-2001.
- McNutt, R., Abrams R., Hasler, S. (2004) Why blame systems for unsafe care? *Lancet* vol. 363, p. 913-914.

- Meadow, W. (2002) Operationalizing the standard of medical care: uses and limitations of epidemiology to guide expert testimony in medical negligence allegations. *Wake Forest Law Review* vol. 37, p. 675-698.
- Meadow, W. & Lantos, J. (1998) A proactive, data-based determination of the standard of medical care in pediatrics. *Pediatrics* vol. 101, no. 4, E6 (via www.pediatrics.org).
- Meadow, W. & Sunstein, C.R. (2001) Statistics, not experts. *Duke Law Journal* vol. 51, p. 629-646.
- Melchior, M., Pronk, E. (2005) Bij nader inzien. Hoe het centraal tuchtcollege oordeelt over uitspraken uit de regio's. *Medisch Contact* vol. 60(13), p. 520-524.
- Melles, D.C., Hendriks, W.D.H., Ott, A. & Verbrugh, H.A. (2004) Uitbraak van meticillineresistente *Staphylococcus aureus* (MRSA) in de regio Rijnmond: grootste MRSA-epidemie in Nederland. *Nederlands Tijdschrift voor Geneeskunde* vol. 148(21), p. 1038-1043.
- Mello, M.M. (2000) Of swords and shields: the use of clinical practice guidelines in medical malpractice litigation. *Univ Penn Law Rev* vol. 149, p. 645-710.
- Mello, M.M. (2002) Using statistical evidence to prove the malpractice standard of care: bridging legal, clinical, and statistical thinking. *Wake Forest Law Review* vol. 37, p. 821-859.
- Mello, M.M. (2003) Malpractice liability and medical error prevention: strange bed-fellows? Working paper for the Council on Health Economics and Policy (http://www.allhealth.org/recent/audio_09-29-03/MalpracticeAndErrors-Mello.pdf).
- Mello, M.M. & Brennan, T.A. (2001) Demystifying the law/science disconnect. *JHPPL* vol. 26(2), p. 429-438.
- Mello, M.M., Studdert, D.M. & Brennan, T.A. (2003) The new medical malpractice crisis. *NEJM* vol. 348(23), p. 2281-2284.
- Mello, M.M. & Brennan, T.A. (2002) Deterrence of medical errors: theory and evidence for malpractice reform. *Texas Law Review* vol. 80, p. 1595-1637.
- Mello M.M., Studdert, D.M., DesRoches, C.M. et al. (2004) Caring for patients in a malpractice crisis: physician satisfaction and quality of care. *Health Affairs* vol. 23(4), p. 42-53.
- Merckelbach, H.L.G.J., Crombag, H.F.M., Koppen, P.J. van (2003) Hoge verwachtingen. Over het corrumperende effect van verwachtingen op forensische expertise. *NJB* nr. 14, p. 710-716.
- Merry, A. & McCall Smith, A. (2001) *Errors, medicine and the law*. Cambridge: Cambridge University Press.
- Meulemans, E.W.M. (2001) Protocol als veiligheidsnorm? *TvGR* nr. 3, p. 137.
- Michel, P., Quenon, J.L., Djihoud, A., Tricaud-Vialle, S., Sarasqueta, A.M. de, Domecq, S. (2005) Les événements indésirables graves liés aux soins observés dans les établissements de santé: premiers résultats d'une étude nationale. *Études et résultats*; N° 398:1-15.
- Miller, S.M. (1991) Monitoring and blunting in the face of threat: implications for adaptation and health. In: Montada, L., Filipp, S.H. & Lerner, M.J. (red.) *Life crises and experiences of loss in adulthood* Englewood Cliffs: Erlbaum.
- Miller, S.M. (1995) Monitoring versus blunting styles of coping with cancer influence the information patients want and need about their disease. Implications for cancer screening and management. *Cancer* vol. 76(2), p. 167-177.
- Mohr, J.C. (2000) American medical malpractice litigation in historical perspective, *JAMA* vol. 283(13), p. 1731-1737.

- Moray, N. (1994) Error reduction as a systems problem. In: M.S. Bogner (1994), hoofdstuk 5, p. 67-91.
- Moss, F. (2004) The clinician, the patiënt and the organisation: a crucial three sided relationship. QSHC vol. 13, p. 406-407.
- Mot, J.P.B. de, Canta, A., Gangapersadsing, V. (2004) The Learned Hand formula : the case of the Netherlands. Global Jurist Advances vol. 4(2), artikel 1. www.bepress.com.
- Mulder, N.M. (2001) De (medische) deskundige in de civiele procedure. Letsel & Schade nr. 4, p. 5-11.
- National Audit Office (2001) Handling clinical negligence claims in England. London: The Stationery Office.
- Nebeker, J.R., Barach, P., Samore, M.H. (2004) Claifying adverse drug events: a clinicians guide to terminology, documentation, and reporting. Annals of Internal Medicine vol. 140(10), p. 795-801.
- Neuhauser, D. (2005) Surgical experience, hospital size and severity adjusted mortality: James Y Simpson, 1869. QSHC vol. 14, p. 67-68.
- Newman, P. (2000) Law and science: the testing of justice. New York University Annual Survey of American Law vol. 57, p. 419-428.
- Nicholson, A.N. & Tait, P.C. (2002) Confidential reporting: from aviation to clinical medicine. Clinical Medicine vol. 2(3), p. 234-236.
- Nieuwenhuis, J.H. (1999) De zeven zuilen van het ongeschreven recht. NJB nr. 45, p. 2130-2135.
- Nieuwenhuis, J.H. (2002) Berichten uit de dissertatiefabriek. NTBR nr. 8, p. 355.
- Nieuwenhuis, J.H. (2002b) Eurocausaliteit. Agenda voor het Europese debat over toerekening van schade. TPR 2002, p. 36.
- Nieuwenhuis, J.H. (2003) Onrechtmatige daden. Délits, Unerlaubte Handlungen, Torts. Deventer: Kluwer.
- Nijboer, J.F. (2004) De rol van expertise in de rechtspraktijk. Forensische Expertise vol. 30(1), p. 9-19.
- Offringa, M., Assendelft, W.J.J. & Scholten, R.J.P.M. (2000) Inleiding in evidence-based medicine. Klinisch handelen gebaseerd op bewijsmateriaal. Houten: Bohn Stafleu Van Loghum, p. 1-10.
- O'Hear, A. (1989) An introduction to the philosophy of science. Oxford: Clarendon Press.
- O'Keeffe, S.T. (2004) Down with bedrails? Lancet vol. 363, p. 343-344.
- Olsen, R.E. (2000) The regulation of medical professions. In: B. Bouckaert & G. de Geest (red.), Encyclopedia of Law and Economics vol. I. The History and methodology of law and economics, Cheltenham: Edward Elgar, p. 1018-1054.
- O'Neill, A.C., Petersen, L.A., Cook, E.F. et al. (1993) Physician reporting compared with medical-record review to identify adverse medical events. Annals of Internal Medicine vol. 119(5), p. 370-376.
- Oxman, A.D., Chalmers, I., Liberati, A. (2004) Expert's eye view. A field guide to experts. BMJ vol. 329, p. 1460-1463.
- Park, R.L. (2002) Science in the courts. New England Journal Law Review vol. 36, p. 575-586.

- Passmore, K. & Leung, W.C. (2002) Defensive practice among psychiatrists: a questionnaire survey. *Postgrad. Med. J.* vol. 78, p. 671-673.
- Patterson, D. (2001) Normativity and objectivity in law. *William and Mary Law Review* vol. 43, p. 325-363.
- Paulos, J.A. (1989) *Ongecijferdheid*. Amsterdam: Bert Bakker.
- Pel, M., Spliet, M.A.M. (2003) Implementatie van mediation naast rechtspraak. *NJB* nr. 36, p. 1897-1902.
- Pelly, J.E., Newby, L., Tito, F. et al. (1998) Clinical practice guidelines before the law: sword or shield? *MJA* vol. 169, p. 330-333.
- Perron, C.E. du (2003) *Genoegdoening in het civiele aansprakelijkheidsrecht*. *Handelingen NVJ* 133/2003-1. Deventer: Kluwer.
- Perrow, C. (1999) *Normal accidents. Living with high-risk technologies*. Princeton: Princeton University Press.
- Peursen, C.A. van (1980) *De opbouw van de wetenschap*. Amsterdam: Boom.
- Peters, P.G. (2002) Empirical evidence and malpractice litigation. *Wake Forest Law Review* vol. 37, p. 757-777.
- Pezzo, M.V. (2003) Surprise, defence, or making sense: what removes hindsight bias? *Memory* vol. 11(4/5), p. 421-441.
- Plsek, P.E., Wilson, T. (2001) Complexity, leadership, and management in healthcare organisations. *BMJ* vol. 323, p. 746-749.
- Polinsky, A.M., Shavell, S. (2000) Punitive damages. In: Bouckaert & De Geest, nr. 3700.
- Porter, R. (1997) *The greatest benefit to mankind*. London: Harper Collins.
- Pronk, E. (2005) Klokkenluiderregeling voor artsen. *Medisch Contact* vol. 60(8), p. 304-305.
- Rachlinski, J.J. (1999) The "new" law and psychology: a reply to critics, skeptics, and cautious supporters. *Cornell Law Review* vol. 85, p. 101-126.
- Rachlinski, J.J. (2000) Heuristics and biases in the courts: ignorance or adaptation? *Oregon Law Review* vol. 79(1), p. 61-102.
- Rachlinski, J.J. (2000b) The limits of social norms *Chicago-Kent Law Review* vol. 77(4), p. 1537-1567.
- Rea, E. & Upshur, R. (2001) Semmelweis revisited: the ethics of infection prevention among health care workers. *Canadian Medical Association Journal (CMAJ)* vol. 164(10), p. 1447-1448.
- Reason, J. (1990) *Human error*. Cambridge: Cambridge University Press.
- Reason, J. (2000) Human error: models and management. *BMJ* vol. 320, p. 768-770.
- Reason, J. (2005) Safety in the operating theatre. *QSHC* vol. 14(1), p. 56-61.
- Redelmeier, D.A. (2005) The cognitive psychology of missed diagnoses. *Ann Int Med* vol. 142(2), p. 115-120.
- Redelmeier, D.A., Ferris, L.E., Tu, J.V. et al. (2001) Problems for clinical judgment: introducing cognitive psychology as one more basic science. *CMAJ* vol. 164(3), p. 358-360.
- Rekenkamer (2000) *Informatievoorziening klachtrecht en medezeggenschap patiënten zorgsector*. (Rapport van 28 april 2000).
- Relman, A.S. (1988) Assessment and accountability: the third revolution in medical care. *NEJM* vol. 319(18), p. 1220-1222.
- Rhee, C.H. van (2004) Geen rechtsgeleerdheid, maar rechtswetenschap! *RM Themis* nr. 4, p. 196-201.

- Rijke, J.M. de et al. (2000) A blind review and an informed review of interval breast cancer cases in the Limburg screening program, the Netherlands. *Journal of Medical Screening* vol. 7(1), p. 19-23.
- Rijken, G.J. (2000) Concentratie van medische zaken in een Medisch Hof gewenst. *NTBR* nr. 6, p. 230-231.
- Rijssen, P.P.M. van (1999) *Medisch-professionele autonomie en gezondheidsrecht*. (dissertatie) Lelystad: Koninklijke Vermande.
- Risinger, D.M., Saks M.J., Thompson, W.C., Rosenthal, R. (2002) The Daubert/Kumho Implications of Observer Effects in Forensic Science: Hidden Problems of Expectation and Suggestion. *California Law Review* vol. 90(1), p. 1-56.
- Robinson, P. (2004) Does criminal law deter? A behavioural science investigation. University of Pennsylvania Law School Working Paper nr. 32 (lsr.nellco.org/upenn/wps/paparesr/32).
- Rodenburg, C.J., Bronkhorst, C.A., Heins-Van Valburg, A. (2003) De raad van bestuur, stafbestuur en professionele fouten. *Medisch Contact* vol. 58, nr. 16.
- Rosenthal, M.M., Sutcliffe, K.M. (red.) (2002) *Medical error. What do we know? What do we do?* San Francisco: Jossey-Bass.
- Royal Statistical Society (2004) Performance indicators: good, bad, and ugly.
- Runciman, W.B., Edmonds, M.J. & Pradhan, M. (2002) Setting priorities for patient safety. *QSHC* vol. 11, p. 224-229.
- Runciman, W.B., Merry, A.F., Tito, F. (2003) Error, blame, and the law in health care – an antipodean perspective. *Annals of Internal Medicine* 138(12), p. 974-979.
- Safranski, R. (1998) *Het kwaad. Het drama van de vrijheid*. Amsterdam: Uitgeverij Atlas.
- Sage, W.M. (2001) Principles, pragmatism, and medical injury, *JAMA* vol. 286(2), p. 226-228.
- Sage, W.M. (2002) Putting the patient in patient safety. Linking patient complaints and malpractice risk, *JAMA* vol. 287(22), p. 3003-3005.
- Sage, W.M. (2003a) Medical liability and patient safety, *Health Affairs* vol. 22(4), p. 26-36.
- Sage, W.M. (2003b) Understanding the first malpractice crisis of the 21st century. In: A.C. Gosfield (red.) *Health Law Handbook*. Minneapolis, Thomson-West, p. 1-31.
- Sage, W.M. (2004) The forgotten third: liability insurance and the medical malpractice crisis. *Health Affairs* vol. 23(4), p. 10-21.
- Saks, M.J. (1992) Do we really know anything about the behaviour of the tort litigation system-and why not? *University of Pennsylvania Law Review* vol. 140, p. 1147-1288.
- Samanta, A., Samanta, J., Gunn, M. (2003) Legal considerations of clinical guidelines: will NICE make a difference? *Journal of the Royal Society of Medicine* vol. 96, p. 133-138.
- Savater, F. (2004) *De vragen van het leven*. Utrecht: Bijleveld.
- Schaaf, T.W. van der (2002) Medical applications of industrial safety science. *QSHC* vol. 11, p. 205-206.
- Schäfer, H-B. (2000) 3000 Tort law: general. In: B. Bouckaert & G. de Geest (red.). *Encyclopedia of Law and Economics*, p. 569-596.
- Schäfer, H-B. & Ott, C. (2004) *The economic analysis of civil law*. Cheltenham (UK): Edward Elgar.

- Schoenbaum, S.C. & Bovbjerg, R.R. (2004) Malpractice reform must include steps to prevent medical injury. *Annals of Internal Medicine* vol. 140(1), p. 51-53.
- Schön, D.A. (1988) From technical rationality to reflection-in-action. In: J. Dowie & A. Elstein (red.) *Professional judgment*. Cambridge University Press, p. 60-77.
- Schut, G.H.A. (1997) *Onrechtmatige daad*. Deventer: W.E.J. Tjeenk Willink.
- Schwartz, A., Scott, R.E. (2003) Contract theory and the limits of tort law. *Yale Law Journal* vol. 113, p. 541-619.
- Schwartz, G.T. (1994) Reality in the economic analysis of tort law: does tort law really deter? *UCLA Law Review* vol. 42, p. 377-445.
- Schwartz, G.T. (2002) Empiricism and tort law. *University of Illinois Law Review* vol. 4, p. 1067-1082.
- Schwartz, W.F. (2000) Legal error. In: B. Bouckaert & G. de Geest (red.). *Encyclopedia of Law and Economics*, p. 1029-1040.
- Sehon, S.R. & Stanley, D.E. (2003) A philosophical analysis of the evidence-based medicine debate. *BMC Health Services Research* www.biomedcentral.com/1472-6963/3/14.
- Senders, J.W. (2004) FMEA and RCA: the mantras of modern risk management. *Qual Saf Health Care* vol. 13, p. 249-250.
- Shaneyfelt, T.M., Mayo-Smith, M.F., Rothwangl, J. (1999) Are guidelines following guidelines? *JAMA* vol. 281, p. 1900-1905.
- Shavell, S. (2002) Law versus morality as regulators of conduct. *Am Law Econ Rev* vol. 4, p. 227-257.
- Shaw, J. & Baker, M. (2004) "Expert patient"-dream or nightmare? *BMJ* vol. 328, p. 723-724.
- Shaywitz, D.A., Ausiello, D.A. (2004) Preserving creativity in medicine. *PLoS Medicine* vol. 1(3), p. e34 (www.plosmedicine.org).
- Shekelle, P.G., Woolf, S.H., Eccles, M., Grimshaw, J. (1999) Developing guidelines. *BMJ* vol. 318, p. 593-596.
- Shekelle, P.G., Ortiz, E., Rhodes, E. et al. (2001) Validity of the Agency for Healthcare Research and Quality Clinical Practice Guidelines. *JAMA* vol. 286, p. 1461-1467.
- Shojania K.G., Duncan, B.W., McDonald, K.M. & Wachter, R.M. (2002) 'Safe but sound. Patient safety meets evidence-based medicine', *JAMA* 288(4), p. 508-513.
- Shuck, P.H. (1994) Rethinking informed consent. *The Yale Law Journal* vol. 103, p. 899-959.
- Sieburgh, C.H. (2000) *Toerekening van een onrechtmatige daad*. Deventer: Kluwer.
- Sieburgh, C.H. (2001) Wat beweegt de buitencontractuele aansprakelijkheid omstreeks 2000? *WPNR* nr. 6450, p. 580-594.
- Singer, P.A. (2001) Learning to love mistakes *BMJ* vol. 322, p. 1236.
- Skegg, P.D.G. (1999) English medical law and 'informed consent': an antipodean assessment and alternative. *Medical Law Review* vol. 7, p. 135-165.
- Skene, L. & Smallwood, R. (2002) Informed consent: lessons from Australia. *BMJ* vol. 324, p. 39-41.
- Slabbers, S., Mulder, N.M. (2001) Het deskundigenbericht in de civiele procedure: wet en praktijk. *TvGR* nr. 4, p. 228-244.
- Slangen, P.C. (2004) Foetale nood. *NTBR* nr. 6, p. 264-271.
- Sluijs, E.M., Friele, R.D., Hanssen, J.E. (2004) *WKCZ klachtbehandeling in ziekenhuizen: verwachtingen en ervaringen van patiënten*. Den Haag: ZonMw (Reeks evaluatie regelgeving deel 16).

- Sluijters, B. (2003) Medische aansprakelijkheid, ontwikkelingen. In: Kastelein (red.) Medische aansprakelijkheid. Den Haag: Koninklijke Vermande, p. 1-9.
- Smeehuijzen, J.L. (2003) Wie is de deskundige eigenlijk? Pleidooi voor en 'disclosure statement'. TVP nr. 4, p. 126-129.
- Smorenburg, S., Legemaate, J. (2004) Goed omgaan met klachten. Medisch Contact vol. 59(49), p. 1955-1957.
- Snijders, H.J. (2002) Inleiding Nederlands burgerlijk procesrecht. Deventer: Kluwer.
- Snijders, H.J. (2002b) Geschilbeslechting buiten de overheidsrechter als centraal thema revisited en updated. AA nr. 7/8, p. 483-498.
- Snijders, H.J. (2003) Annoteren, een summum van rechtswetenschappelijk presteren? NTBR nr. 3, p. 173.
- Snijders, H.J. (2003b) They have a dream ... een fundamenteel nieuw wetboek van rechtspleging. NJB nr. 32, p. 1696-1707.
- Sox, H.C. & Woloshin, S. (2000) How many deaths are due to medical error? Getting the number right, Effective Clinical Practice vol. 6, p. 277-283.
- Spelman, D.W. (2002) Hospital – acquired infections, MJA vol. 176, p. 286-291.
- Spier, J. (1999) Een nieuwe dageraad voor het aansprakelijkheidsrecht? Deventer: W.E.J. Tjeenk Willink.
- Spier, J., Hartlief, T., Maanen, G.E. van, Vriesendorp, R. (2003) Verbintenissen uit de wet en schadevergoeding. Deventer: Kluwer.
- Sreenivasan, G. (2003) Does informed consent to research require comprehension? Lancet vol. 362, p. 2016-2018.
- Stapleton, J. (2001) Legal cause: cause-in-fact and the scope of liability for consequences. Vanderbilt Law Review vol. 54(3), p. 941-1009.
- Stapleton, J. (2002) Scientific and legal approaches to causation in: Freckelton & Mendelson, p. 14-37.
- Steinberg, E.P. (2003) Improving the quality of care – can we practice what we preach? NEJM vol. 348(26), p. 281-283.
- Steptoe, A., O'Sullivan, J. (1986) Monitoring and blunting coping styles in women prior to surgery. Br J Clin Psychol. (Pt 2), p. 143-144.
- Stolker, C.J.J.M. (2003) 'Ja, geleerd zijn jullie wél!' Over de status van de rechtswetenschap. NJB nr. 15, p. 766-778.
- Stolker, C.J.J.M. (2004) Wat maakt een juridisch tijdschrift wetenschappelijk? NJB nr. 28, p. 1409-1418.
- Stolker C.J.J.M. & Sombroek-van Doorn, M.P. (2003) De wrongful-life vordering: schadevergoeding of euthanasie? NTBR nr. 9, p. 496-506.
- Studdert, D.M., Thomas, E.J., Burstin, H.R. et al. (2000) Negligent care and malpractice claiming behaviour in Utah and Colorado. Medical Care vol. 38(3), p. 250-260.
- Studdert, D.M. & Brennan, T.A. (2001) No-fault compensation for medical injuries. The prospect for error prevention', JAMA vol. 286(2), p. 217-223.
- Studdert, D.M. & Brennan, T.A. (2001b) Toward a workable model of "no-fault" compensation for medical injury in the United States. American Journal of Law and Medicine vol. 27(2-3), p. 225-252.
- Studdert, D.M., Brennan, T.A., Thomas, E.J. (2002) What have we learned since the Harvard Medical Practice Study? In: Rosenthal & Sutcliffe (red.) (2002), p. 3-18.
- Studdert, D.M., Mello, M.M. & Brennan, T.A. (2003) Medical monitoring for pharmaceutical injuries. Tort law for the public's health?, JAMA vol. 289(7), p. 889-894.

- Studdert, D.M., Mello, M.M. & Brennan, T.A. (2004) Medical malpractice. *NEJM* vol. 350, p. 283-292.
- Studdert, D.M., Mello, M.M., Sage, W.M. et al. (2005) Defensive medicine among high-risk specialist physicians in a volatile malpractice environment. *JAMA* vol. 293(21), p. 2609-2617.
- Stutterheim, R.H. (1998) Erosie in het aansprakelijkheidsrecht. De allocatie van schade-risico's in het privaatrecht. In: Van Manen & Stutterheim (red.), p. 11-22.
- Summerton, N. (1995) Positive and negative factors in defensive medicine: a questionnaire study of general practitioners. *BMJ* vol. 310, p. 27-29.
- Sunstein, C.R., Schkade, D., Kahneman, D. (1999) Do people want optimal deterrence? *John M. Onlin Law & Economics Working Paper* no. 77.
- Taragin, M.I. et al. (1992) Physician demographics and the risk of medical malpractice. *Am J Med* vol. 93, p. 537-542.
- Taragin, M.I., Willett, L.R., Wilczek, A.P. et al. (1992) The influence of standard of care and severity of injury on the resolution of medical malpractice claims. *Annals of Internal Medicine* vol. 117, p. 780-784.
- Teff, A. (red.). (2001) Medical practice and malpractice. Dartmouth: Ashgate.
- Thomas, E.J., Studdert, D.M. & Brennan, T.A. (2002) The reliability of medical record review for estimating adverse event rates. *Annals of Internal Medicine* vol. 136(11), p. 812-816.
- Thomas, E.J., Studdert, D.M., Burstin, H.R. et al. (2000) Incidence and types of adverse events and negligent care in Utah and Colorado. *Medical Care* 38(3), p. 261-271.
- Thornton, H. (2003) Patients' understanding of risk. *BMJ* vol. 327, p. 693-694.
- Thornton, R.G. (2002) The limited use of inferred negligence in medical cases. *BUMC Proceedings* vol. 15, p. 228-230.
- Towse, A., Danzon, P. (1999) Medical negligence and the NHS: an economic analysis. *Health Economics* vol. 8, p. 93-101.
- Trigg, R. (2002) *Philosophy matters* Oxford: Blackwell publishers.
- Tussing A.D., Wojtowycz, M.A. (1992) The cesarean decision in New York State, 1986. Economic and noneconomic aspects. *Med Care* vol. 30(6), p. 529-540.
- Tzankova, I.N. (2001) De Civil Procedure Rules en de pre-action protocols van Lord Woolf. Richtsnoer voor de Nederlandse letselschadepraktijk? *TVP* nr. 1, p. 1-12.
- Tzankova, I.N. (2003) Een 'academy of experts': nodig of overbodig? *TVP* nr. 4, p. 122-125.
- Tzankova, I.N. & Weterings, W.C.T. (2003) *Preprocessuele afwikkeling van personen-schadeclaims*. Den Haag: Boom Juridische uitgevers.
- Vaan, L.A.C. de (2002) 'No cure no pay' in de praktijk; de VS versus Nederland. *NJB* nr. 44, p. 2174-2182.
- Van, A.J. (2003) Vraag het de deskundige! Maar hoe? *TVP* nr. 4, p. 105-110.
- Van, A.J. (2004) De tuchtrechtelijke en civielrechtelijke aansprakelijkheid van medische deskundigen. *TvGR* nr. 7, p. 505-516.
- Van Cott, H. (1994) Human errors: their causes and reduction. In: Bogner (red.), p. 53-65.
- Vansweevelt, Th. (2004) Patiëntenrechten in België: gelijkenissen en verschilpunten met Nederland. *TvGR* nr. 2, p. 91-108.

- Vansweevelt, Th., Lierman, S. (2000) Rechtsvergelijkende aantekeningen bij de medische aansprakelijkheid: evolutie en hervorming. *Tijdschrift voor gezondheidsrecht / Revue de la droit de la santé* (België), p. 318-328.
- Velthoven, B.C.J. van & Voert, M.J. ter, m.m.v. M. van Gammeren-Zoetewij (2004) *Geschilbeslechtsdelta 2003*, WODC-rapport 219. Den Haag: Boom Juridische uitgevers (ook te downloaden via www.wodc.nl).
- Verhoeven, A.T.M. (2002) Letselschade in de verloskunde. *Letsel & Schade* nr. 2, p. 4-16.
- Verkerk, M., Bree, M. den, Jaspers, F. (2004) Visies op professioneel gedrag. *Medisch Contact* vol. 59(51), p. 2035-2037.
- Vetjens, R. (1995) *De werkelijkheid achter kwaliteitszorg*. Amsterdam: Addison-Wesley.
- Vincent, C. (2003) Understanding and responding to adverse effects. *NEJM* vol. 348(11) p. 1051-1056.
- Vincent, C., Young, M. & Phillips, A. (1994) Why do people sue doctors? A study of patients and relatives taking legal action. *Lancet* vol. 343, p. 1609-1613.
- Vincent, C., Stanhope, N. & Crowley-Murphy, M. (1999) Reasons for not reporting adverse incidents: an empirical study *J Eval Clin Pract* vol. 5(1), p. 1-4.
- Vincent, C., Taylor-Adams, S., Chapman, E.J. et al. (2000) How to investigate and analyse clinical incidents: Clinical Risk Unit and Association of Litigation and Risk Management protocol. *BMJ* vol. 320, p. 777-781.
- Vincent, C., Neale, G., Woloshynowych, M. (2001) Adverse events in British hospitals: preliminary retrospective record review. *BMJ* vol. 322, p. 517-519.
- Vincent, C.A. & Coulter, A. (2002) Patient safety: what about the patient? *Quality & Safety in Health Care* vol. 11, p. 76-80.
- Viscusi, W.K., Litan, R.E., Hahn, R.W. (2002) *Regulation through litigation*. Washington DC: AEI-Brookings Joint Center for Regulatory Studies.
- Visscher, J. de (2004) *Werkwoorden van de ethiek*. Kampen: uitgeverij Klement.
- Vlies, I.C. van der (1996) De vlucht van een denktank. *NJB* nr. 19, p. 715-718.
- Vlies, I.C. van der (2000) Deskundigheid van de rechter. In: Barendrecht e.a. (red.). *Rechtspleging, samenleving en bestuur*, p. 139-144.
- Voermans, W. (2000) Kwaliteitsbevordering van rechtspleging via een Raad voor de rechtspraak? *NJB* nr. 12, p. 641-648.
- Volpp, K.G.M., Grande, D. (2003) Residents' suggestions for reducing errors in teaching hospitals. *NEJM* vol. 348(9), p. 851-855.
- Vranken, J.B.M. (2003) *Springen met lemen voeten. Preadvies voor de Vereniging voor Wijsbegeerte van het recht*. Universiteit van Tilburg.
- Wagenaar, W.A., Crombag, H.F.M. (2002) Ook rechters maken menselijke fouten. In: Van Koppen et al. (red.). *Het recht van binnen*, p. 835-853.
- Warren, E. (2002) The market for data: the changing role of social sciences in shaping the law. *Wisconsin Law Review* vol. 1, p. 1-42.
- Watkins, S.J. (2002) Conviction by mathematical error? Doctors and lawyers should get probability theory right. *BMJ* vol. 320, p. 2-3.
- Weber, M. (1984) *Gesamtausgabe Band 22/1: Wirtschaft und Gesellschaft. Die Wirtschaft und die gesellschaftlichen Ordnungen und Mächte*. Tübingen: Mohr.
- Weingart, S.N., Wilson R.M., Gibberd, R.W., Harrison, B. (2000) Epidemiology of medical error. *BMJ* vol. 320, p. 774-777.
- Weingart, S.N. & Iezzoni, L.I. (2003) Looking for medical injuries where the light is bright. *JAMA* vol. 290(14), p. 1917-1919.

- Weintraub, M.I. (red.) (1999) Medical-legal issues facing neurologists, neurologic clinics. Philadelphia PA: W.B. Saunders.
- Weissman, J.S., Annas, C.L., Epstein, A.S. et al. (2005) Error reporting and disclosure systems. *JAMA* vol. 293(11), p. 1359-1366.
- Wensing, M., Elwyn, G., Edwards, A., Vingerhoets, E., Grol, R. (2002) Deconstructing patient centred communication and uncovering shared decision making: an observational study. *BMC Medical Informatics and Decision Making*. [www.biomedcentral.com /1472-6947/2/2](http://www.biomedcentral.com/1472-6947/2/2).
- Wells, C.P. (2001) A pragmatic approach to improving tort law. *Vanderbilt Law Review* vol. 54(3), p. 1447-1465.
- Westerman, P. (2004) In de beperking toont zich de meester. In: E.T. Feteris et al. (red.). *In het licht van deze overwegingen*. Nijmegen: Ars Aequi, p. 31-37.
- Westenberg, J.W. (2001) Gooi het maar in mijn pet. In: W.D.H. Asser, e.a. (red.). *De rol van de deskundige in het schaderegelingsproces (LSA Symposium 2001)*, Lelystad: Vermande p. 25-33.
- Weston, W.W. (2001) Informed and shared decision-making: the crux of patient-centred care. *CMAJ* vol. 165(4), p. 438-439.
- Weterings, W.C.T. (1999) Vergoeding van letselschade en transactiekosten. Een kwalitatieve en kwantitatieve analyse. Deventer: W.E.J. Tjeenk Willink.
- Whitney, S.N., McGuire, A.L. & McCullough, L.B. (2004) A typology of shared decision making, informed consent, and simple consent. *Annals of Internal Medicine* vol. 140, p. 54-59.
- Wiarda, G.J. (1999) Drie typen van rechtsvinding (vierde druk, bewerkt door T. Koopmans) Deventer: W.E.J. Tjeenk Willink.
- Wieten, H.L.G. (2002) *Bewijs*. Deventer: Kluwer.
- Wiggers-Rust, L.F. (2004) Baby Kelly en het relativiteitsvereiste. *NTBR* nr. 8, p. 363-367.
- Wijmen, F.C.B. (red.) (2004) *Klachtenrichtlijn Gezondheidszorg*. Utrecht: Van Zuiden Communications.
- Willems, R. (2004) *Hier werk je veilig, of je werkt hier niet*. Den Haag: Shell Nederland.
- Williams M.V., Davis, T., Parker R.M., Weiss, B.D. (2002) The role of health literacy in patient – physician communication. *Family Medicine* vol. 34(5), p. 383-389.
- Wilson, L.L., Fulton, M. (2000) Risk management: how doctors, hospitals and MDO can limit the costs of malpractice litigation. *Med J Austral* vol. 172, p. 77-80.
- Wilson, R.M., Runciman, W.B., Gibberd R.W. et al. (1995) The quality in Australian Health Care Study. *MJA* vol. 164, p. 458-471.
- Witmer J.M., Roode, R.P. de (2004) *Van wet naar praktijk. Implementatie van de WGBO. Deel 1: Eindrapport. Deel 2: Informatie en toestemming. Deel 3: Dossier en bewaartermijnen. Deel 4: Toegang tot Patiëntengegevens*. Uitgave van het KNMG namens het Samenwerkingsverband Implementatieprogramma WGBO. (zie www.knmg.nl/wgbo).
- Woods, D.D. & Cook, R.I. (2003) Mistaking error. In: M.J. Hatlie & B.J. Youngberd (red.) *Patient safety handbook*, San Diego: Jones and Bartlett, p. 95-108.
- Woods, J.R., Rozovsky, F.A., Guzick, D.S. (2003) The legal context for disclosing bad news. In: *What do I say? Communicating intended or unintended outcomes in obstetrics*. Wiley, Jossey-Bass.
- Woolf, Lord (2001) Are the courts excessively deferential to the medical profession? *Med Law Review* vol. 9, p. 1-16.

- Woolf, S.H., Grol, R., Hutchinson, A. et al. (1999) Potential benefits, limitations, and harms of clinical guidelines. *BMJ* vol. 318, p. 527-530.
- Woolf, S.H. (2004) Patient safety is not enough: targeting quality improvements to optimize the health of the population. *Annals of Internal Medicine* vol. 140, p. 33-36.
- Woolf, S.H., Kuzel, A.J., Dovey, S.M., Phillips, R.L. (2004b) A string of mistakes: the importance of cascade analysis in describing, counting and preventing medical errors. *Annals of Family Medicine* vol. 2(4), p. 317-326.
- Worthington, D.L., Stallard, M.J. (2002) Hindsight bias, Daubert, and the silicone breast implant litigation. *Psychology, Public Policy, and Law* vol. 8(2), p. 154-179.
- Wright, R.W. (1988) Causation, responsibility, risk, probability, naked statistics, and proof: pruning the bramble bush by clarifying the concepts. *Iowa Law Review* vol. 73, p. 1001-1077.
- Wright, R.W. (2003) The grounds and extent of legal responsibility. *San Diego Law Review* vol. 41, p. 1-85.
- Wright, R.W. (2003b) Hand, Posner and the myth of the "Hand Formula". *Theoretical Inquiries in Law* vol. 4, p. 1-132.
- WRR (2002) De toekomst van de nationale rechtsstaat. Den Haag: Sdu.
- WRR (2004) Bewijzen van goede dienstverlening. Amsterdam: Amsterdam University Press.
- Wu, A.W. (1999) Handling hospital errors: is disclosure the best defence? *Ann Int Med* vol. 131, p. 970-972.
- Wu, A.W. (2000) Medical error: the second victim. *BMJ* vol. 320, p. 821-813.
- Wu, A.W., Folkman, S. McPhee, S.J., Lo, B. (2003) Do house officers learn from their mistakes? *QSHC* vol. 12, p. 221-228.
- Zeeland, C.M.C. van, Kamminga, Y.P. & Barendrecht, J.M. (2003) Waar het mensen om gaat en wat het burgerlijk recht daarmee kan. *NJB* nr. 16, p. 818-827.
- Zahl, P.-H. et al. (2004) Incidence of breast cancer in Norway and Sweden during introduction of nationwide screening: prospective cohort study, *British Medical Journal* vol. 328, p. 921-924.
- Zhan, C. & Miller, M.R. (2003) Excess length of stay, charges, and mortality attributable to medical injuries during hospitalization, *JAMA* vol. 290(14), p. 1868-1874.
- Zijderfeld, A.C. (1999) Maatschappelijke juridisering. *AA* 48(9), p. 634-638.
- Zijderfeld, A.C. (2001) Verantwoordelijkheid en aansprakelijkheid. In: *Aansprakelijkheid: gronden en grenzen (Grotius-bundel)*. Deventer: Kluwer, p. 3-23.
- Zimmerli, W., Trampuz, A., Ochsner, P.E. (2004) Prosthetic-joint infections. *NEJM* vol. 351, p. 1645-1654.
- Zuger, A. (2004) Dissatisfaction with medical practice. *NEJM* vol. 350, p. 69-75.

Trefwoordenregister

A

aansprakelijkheid voor eigen gedrag | p. 34
aansprakelijkheid, buitencontractueel | p. 31
aansprakelijkheid, conceptuele aspecten | p. 34
aansprakelijkheid, contractueel | p. 31
aansprakelijkheid, kosten van systeem | p. 59
aansprakelijkheid, vormen van | p. 34
aansprakelijkheidsrecht | p. 20, 38
aansprakelijkheidsrecht, alternatieve mogelijkheden | p. 14
aansprakelijkheidsrecht, bedrijfskundig model van | p. 63
aansprakelijkheidsrecht, doelstellingen | p. 6, 217
aansprakelijkheidsrecht, functies | p. 30
aansprakelijkheidsrecht, grondslagen | p. 27
aansprakelijkheidsrecht, kritiek op functioneren ervan | p. 58
aansprakelijkheidsrecht, maatschappelijke aspecten | p. 58
aansprakelijkheidsrecht, preventiefunctie | p. 219
aansprakelijkheidsrecht, structurele fouten | p. 55
aansprakelijkheidsverzekeraar | p. 246
aansprakelijkheidsverzekeraars, rol bij fouten | p. 143
aansprakelijkheidsverzekering | p. 72, 89
aanvullende informatieplicht | p. 61
aanvullende stelplicht | p. 61, 123
ADR | p. 46
adverse event | p. 100
AGREE | p. 156

annotatie | p. 56, 57
apologie, juridische status | p. 144
apparatuurgebonden fouten | p. 105
appel | p. 83-85
aspiratieve norm | p. 43, 158
autonomiebeginsel | p. 253
autonoom recht | p. 11

B

baarmoederhalskanker | p. 151, 179
baby Joost | p. 2
Bayes, theorema van | p. 116, 167
bedhek | p. 171
behandelfouten | p. 104
beoordelingsfouten van rechters | p. 48, 49
beoordelingskader | p. 25
beroepsaansprakelijkheid | p. 60, 61
bewijslast, omkering | p. 123
bewijsproblematiek | p. 123
bijna-ongelukken | p. 206
blamefree melden | p. 149
blunters | p. 133
buitengerechtelijke geschilbeslechting | p. 225
buitengerechtelijke schikking | p. 232
buitenrechterlijke regeling van schade | p. 45

C

casusgerichtheid | p. 50
causaal verband, bij informed consent-fout | p. 137, 139
causaliteit | p. 40, 161
causaliteit, juridische | p. 41, 174
causaliteit, natuurwetenschappelijk | p. 41
causaliteitskwestie | p. 121
civil law | p. 22, 29

claimanten | p. 64
 claimanten, feitelijke | p. 68
 claimanten, potentiële | p. 66
 claimcultuur | p. 14
 claims, aantallen | p. 80
 claims, historisch perspectief | p. 70
 class-actions | p. 82
 cognitieve valkuilen | p. 47
 common law | p. 22, 29
 communicatie, arts-patiënt | p. 147
 communicatiefouten | p. 107
 compensatie | p. 6
 compensatiefunctie | p. 31, 92, 240
 complexiteit | p. 16, 221
 complicatie | p. 101
 conceptueel | p. 18
 condicio sine qua non-verband | p. 123
 consumentenorganisaties | p. 252
 context | p. 9
 contractuele relatie | p. 117
 controleren | p. 200
 controleren, zie leren
 coping | p. 133
 corrective justice | p. 93
 critical enquiry | p. 21
 cultuurverandering | p. 253

D

daderbescherming | p. 58
 daderprofiel | p. 195
 debiasing technieken | p. 47, 220
 defensieve geneeskunde | p. 91, 225
 definitieproblematiek | p. 97
 descriptieve statistiek | p. 173
 deskundige, kwaliteit van | p. 186
 deskundigenbericht | p. 184, 187
 deskundigenonderzoek | p. 178
 deskundigenonderzoek, voorlopig
 | p. 178
 deskundigenrapport | p. 196
 deterrence theory | p. 86
 diagnosefout | p. 106
 distributive justice | p. 32
 Donabedian | p. 100
 duty of candour | p. 148

E

effectiviteit | p. 13
 efficiëntie | p. 13
 eigen schuld, bij informed consentfout
 | p. 137
 empirisch onderzoek | p. 90, 227
 empirisch tekort | p. 55
 enterprise liability | p. 245
 epistemologisch tekort | p. 53, 54
 evidence-based justice | p. 19
 evidence-based law | p. 259
 evidence-based medicine | p. 10, 155,
 192
 ex ante facto | p. 30
 ex post facto | p. 30
 experimentele rechtswetenschap
 | p. 257
 expert patient | p. 138
 expert shopping | p. 181

F

fout | p. 101
 fout, operationele definitie | p. 100
 fouten melden, effecten | p. 146
 fouten melden, juridische immuniteit
 | p. 145
 fouten, epidemiologie | p. 112 e.v.
 fouten, feitenonderzoek | p. 111
 fouten, leren van | p. 200
 fouten, melden van | p. 206
 fouten, oorzakenonderzoek | p. 108,
 109
 fouten, openheid over | p. 144
 fouten, psychologische factoren
 | p. 111
 fouten, risicofactoren | p. 115
 foutnegatiefkans | p. 164
 frivolous claims | p. 68
 fundamenteel | p. 18

G

gedragsbeïnvloeding | p. 3, 84, 199,
 220, 240
 gedragsbeoordeling | p. 3, 219
 gedragstoetsing | p. 191
 geneeskundige behandeling, overeen-
 komst | p. 130
 geneeskundige geletterdheid | p. 133

geneesmiddelenfouten | p. 106
geschillenbeslechting, alternatieve
| p. 46
Geschillencommissie Ziekenhuizen
| p. 77, 236
geschiloplossing | p. 15
gevaarstelling | p. 39, 161
gevoeligheid | p. 164
Gezondheidszorg Jurisprudentie | p. 89
grove schuld | p. 33

H

Harvard Medical Practice Study
| p. 69, 82
herbeoordelingsprocedure | p. 165
hindsight | p. 134
hindsight bias | p. 47, 99, 190, 194

I

individualiseringsdilemma | p. 174
informatiebronnen | p. 133
informatiemanagement | p. 132
informatieongelijkheid | p. 133
informatieplicht | p. 130, 134
informed consent | p. 37, 108
inspanningsverplichting | p. 43
interdisciplinariteit | p. 50

J

junk science | p. 181
jurimetrie | p. 257
jurisprudentie, aansprakelijkheid
| p. 50
juryrechtspraak | p. 78

K

kankerscreening | p. 166
kennisinfrastructuur | p. 228
kennislacunes | p. 19
klachten, goede omgang met | p. 143
klachtenstelsel | p. 76, 231
klachtenstroom | p. 230
klinische context | p. 192
kwaliteit, systeemfactoren | p. 110
kwaliteitsbewaking | p. 199
kwaliteitstoetsing, rechtspraak | p. 49
kwaliteitsverbetering | p. 8

L

legitimiteit | p. 86
leren | p. 200
leren en controleren p. 59, 60
leren van fouten | p. 21
letselschadeadvocatuur | p. 13, 71, 77-78

M

massaschade | p. 10
materiaalgebonden fouten | p. 104
media, verantwoording via | p. 213
medische aansprakelijkheid | p. 17, 20
medische aansprakelijkheid, kosten
| p. 226
medische deskundige | p. 177, 238
medische fout | p. 66
medische fout, definitieproblematiek
| p. 66
medische fouten, frequentie | p. 224
medische kamer | p. 235
metajuridisch | p. 22
methodologie van onderzoek | p. 227
monitors | p. 133
moraal | p. 86
moraalfilosofie | p. 27
motieven om te claimen | p. 69

N

necrologiebespreking | p. 203
no cure, no pay systeem | p. 79
no-fault systeem | p. 245
norm | p. 97
normatieve kaders | p. 42
normativiteit | p. 40-41
normenwetenschap | p. 3
normomschrijving | p. 97
normschending | p. 161
normstelling | p. 97, 151

O

objectiverende herbeoordeling | p. 194
ongevallen in het ziekenhuis | p. 107
onzekerheid | p. 17, 95-96
oorzakenonderzoek | p. 212
open rechtsnorm | p. 42
operationeel | p. 18

operationele aspecten | p. 44
organisatorische context | p. 195

P

pakkans | p. 89
paternalisme | p. 129
patient safety movement | p. 8, 202
patiënt, autonomie | p. 127
patiëntveiligheid | p. 3-4, 204
peer review | p. 187, 229
praktijkrichtlijnen | p. 153, 249
pre-action protocols | p. 45
preprocessuele afhandeling | p. 45
preprocessuele fase | p. 233
preventie | p. 6
preventiefunctie | p. 32, 88, 241
preventieve werking | p. 200
primary legal obligation | p. 28, 29
procedurele toetsing | p. 193
professionele norm | p. 188
professionele standaard | p. 153
proportionele causaliteit | p. 124
punitive damages | p. 32

R

rationaliteit, instrumenteel | p. 26
rationaliteit, substantief | p. 26
reasonable person | p. 35, 44
rechtbankdeskundige | p. 181
rechterlijke dwaling | p. 48
rechtseconomie | p. 57
rechtsplicht, inbreuk op | p. 29
rechtsplichten | p. 28
redelijk goed geïnformeerde patiënt
| p. 138
redelijke bekwaamheid | p. 103
redelijke mens | p. 35
repositories | p. 229
repressiefunctie | p. 30
res ipsa loquitur | p. 123
responsief recht | p. 11
risico | p. 38, 67, 161
risicoaansprakelijkheid | p. 34, 245
risicocommunicatie | p. 141
risicodenken | p. 12
risicomaatschappij | p. 14
risicosysteem | p. 18
roekeloosheid | p. 33

S

schade | p. 39, 119
schadefondsen | p. 247
schadevergoeding | p. 83
schadevergoedingsovereenkomst
| p. 81
schuld | p. 38
schulddenken | p. 38
schuldval | p. 213
schuldvraag | p. 209
secondary legal obligation | p. 28, 29
sensitiviteit | p. 164
shared decision making | p. 141
slachtofferbescherming | p. 51, 58
soft law | p. 155
statusonderzoek | p. 112
sterilisatie | p. 180
strafrecht, verhouding aansprakelijk-
heidsrecht tot | p. 32
strafrechtelijke sancties | p. 33
systeem, functionaliteit van | p. 26
systeem, rationaliteit van | p. 26
systeembeoordeling | p. 5
systeemonderzoek | p. 227

T

taxonomie van fouten | p. 104
tegenspelers | p. 252
toerekenbaar tekortschieten | p. 97
toerekening | p. 120
toernooimodel | p. 234
toestemmingsvereiste | p. 132
toevalsfactor | p. 35
toezicht | p. 201
toezichthouders | p. 251
tort law | p. 12
transactiekosten | p. 59
tuchtrecht | p. 61

U

uitkomsttoetsing | p. 193
uitstrijkje | p. 163
Utah en Colorado-studie | p. 69

V

veiligheidsbevordering | p. 252
veiligheidsregulering | p. 7
veiligheidssysteem | p. 253

verantwoordelijkheid | p. 34-36
verantwoording | p. 85, 199, 201
vergelijkingstype | p. 103
verlies van een kans | p. 165
vermijdbaar | p. 99, 102
vertrouwen | p. 199
vertrouwensbeginsel | p. 130
verwisselingsfouten | p. 105
voorzorgsmaatregelen | p. 37

W

waarschuwingsplicht | p. 36
welzijn, bevordering van | p. 30
wenselijk recht | p. 21
Wet Klachtrecht Cliënten Zorgsector
| p. 77

wetenschappelijk tekort | p. 53
wetenschappelijkheid | p. 12, 258
wetenschapsfilosofie | p. 12
wetsevaluatie | p. 57, 257
WGBO | p. 130
wrongful life | p. 218
wrongful life vordering | p. 72

Z

zeeffunctie | p. 231
zelforganiserend vermogen | p. 223
ziekenhuisinfecties | p. 106, 168
zorgplicht | p. 37
zorgvuldigheidsnorm | p. 152, 158

Dankwoord

Als arts heb ik een gastvrij onthaal gevonden in de wereld van het recht om dit onderzoek te kunnen doen. Juristen houden meer van het intellectuele debat dan artsen en xenofobe reacties op mijn kritische bemoeienis met rechtswetenschappelijke onderwerpen als niet-jurist heb ik niet ondervonden. Qua vraagstelling past deze studie goed binnen het doel van het E.M. Meijers Instituut om het recht ook te bestuderen vanuit andere wetenschappelijke gezichtspunten. Twee juristen die zelf de rechtswetenschap en het aansprakelijkheidsrecht kritisch benaderen, bleken enthousiast voor dit onderzoek.

Jurriaan Zee, student-assistent van prof. Stolker, heeft me zeer met het opzoeken van literatuur en arresten geholpen door artikelen via Westlaw te downloaden en het on-line bestand van de Nederlandse Jurisprudentie herhaaldelijk te raadplegen.

John Overbeke, uitvoerend hoofdredacteur van het *Nederlands Tijdschrift voor Geneeskunde*, heeft de hoofdstukken in een pril stadium van commentaar voorzien en vooral onderzocht op medische onzin en daarnaast ook het rode redacteurpotlood gehanteerd. Mevr. Lesley Fisher was behulpzaam bij het redigeren van de Engelse samenvatting.

Het secretariaat van het E.M. Meijers Instituut was me op vele manieren behulpzaam. Vooral Nathalie Borst heeft veel secretariële ondersteuning gegeven. Daarnaast dank aan Riekje Boumlak, Karin van Heijningen en Suzan Leenheer.

Van mijn maten Jules Boldewijn en Harry van den Ingh kreeg ik de ruimte om dit onderzoek te doen. *Last but not least* heeft mijn thuisfront het geduld moeten opbrengen voor het feit dat er door mij zonodig een tweede proefschrift moest worden geschreven. Heerlijk dat ik die ruimte heb gekregen en ik ben me bewust van de daaruit jegens hen voortvloeiende schatplichtigheid!

Curriculum vitae

Raimond Giard werd op 4 juni 1950 in Den Haag geboren. Na de HBS-B-opleiding op het Openbaar Dalton Lyceum te Voorburg begon hij in 1968 aan de studie medicijnen te Leiden. In 1971 behaalde hij cum laude het kandidaats-examen en in 1973 het doctoraalexamen, eveneens cum laude. Na zijn arts-examen in 1975 begon hij aan de opleiding tot internist in het Bronovo Ziekenhuis te Den Haag (opleider: drs. H. Schrijver) en vervolgde deze specialisatie in 1978 op de afdeling Inwendige Geneeskunde van het Academisch Ziekenhuis Leiden (opleider: prof. dr. J. de Graeff), waar hij zich met name specialiseerde in de klinische oncologie (hoofd: prof. dr. P. Thomas). In 1980 werd hij ingeschreven in het specialistenregister als internist. Hij startte vervolgens de opleiding tot klinisch patholoog (opleiders respectievelijk prof. dr. Th.G. van Rijssel en prof. dr. Ph.J. Hoedemaeker) en werd in 1983 ingeschreven als klinisch patholoog. Hij promoveerde in 1986 op een klinisch-epidemiologische studie naar de betrouwbaarheid van biopsiediagnostiek bij chronische ontstekingsziekten van de dikke darm (promotor: prof. dr. Ph.J. Hoedemaeker).

Vanaf 1 januari 1984 vestigde hij zich als patholoog in het St. Clara Ziekenhuis (thans Medisch Centrum Rijnmond-Zuid, locatie Clara) en het Ikazia Ziekenhuis, beide te Rotterdam. Daarnaast was hij in de periode 1987-1994 werkzaam als universitair docent voor de klinische besliskunde, eerst op het Centrum voor Klinische Besliskunde van de Erasmus Universiteit Rotterdam (hoofd: prof. dr. J. Lubsen), later op de Afdeling Medische Besliskunde van de Leidse universiteit (hoofd: prof. dr. J. Kievit).

Hij was werkzaam in diverse bestuurlijke functies, waaronder lid van het Centraal Bestuur van de Landelijke Specialisten Vereniging, secretaris van het algemeen bestuur van de Nederlandse Vereniging voor Pathologie, voorzitter van de Wetenschappelijke Raad van de stichting PALGA (Pathologisch Anatomisch Landelijk Geautomatiseerd Archief), was lid van het Consilium Pathologicum en lid van diverse adviescommissies voor de NVVP, waaronder die voor de kwaliteit.

In het collegejaar 1999-2000 studeerde hij rechten aan de Campus Den Haag van de Universiteit Leiden. Wat betreft juridische activiteiten is hij sinds 1999 secretaris van de juridische taakgroep van de pathologenvereniging, vanaf 2002 lid van de Studiekring Deskundigen & Rechtspleging en vanaf 2004 bestuurslid van het Platform Medisch Specialist & Recht en treedt regelmatig op als medisch deskundige. Vanaf 1 januari 2001 is hij redacteur van het *Nederlands Tijdschrift voor Geneeskunde*.

In de boekenreeks van het E.M. Meijers Instituut voor Rechtswetenschappelijk Onderzoek van de Faculteit der Rechtsgeleerdheid, Universiteit Leiden, zijn verschenen:

- MI-1 T. Barkhuysen, *Artikel 13 EVRM: effectieve nationale rechtsbescherming bij schending van mensenrechten* (diss. Leiden), Lelystad: Koninklijke Vermande 1998, ISBN 90 5458 530 7
- MI-2 E.E.V. Lenos, *Bestuurlijke sanctietoepassing en strafrechtelijke waarborgen in de sociale zekerheid* (diss. Leiden), Lelystad: Koninklijke Vermande 1998, ISBN 90 5458 558 7
- MI-3 M.V. Polak (red.), *Geschillenbeslechting naar behoren. Algemene beginselen van behoorlijke geschillenbeslechting in traditionele en alternatieve procesvormen*, Deventer: Kluwer 1998, ISBN 90 2683 298 2
- MI-4 C.E. Smith, *Feit en rechtsnorm* (diss. Leiden), Maastricht: Shaker 1998, ISBN 90 4230 045 0
- MI-5 S.D. Lindenberg, *Smartengeld* (diss. Leiden), Deventer: Kluwer 1998, ISBN 90 2683 324 5
- MI-6 P.B. Cliteur, G.J.J. Heerma van Voss, H.M.T. Holtmaat & A.H.J. Schmidt (red.), *Sociale cohesie en het recht*, Lelystad: Koninklijke Vermande 1998, ISBN 90 5458 618 4
- MI-7 M.H. Elferink, *Verwijzingen in wetgeving. Over de publiekrechtelijke en auteursrechtelijke status van normalisatienormen* (diss. Leiden), Deventer: Kluwer 1998, ISBN 90 2683 352 0
- MI-8 P.T.C. van Kampen, *Expert Evidence Compared. Rules and Practices in the Dutch and American Criminal Justice System* (diss. Leiden), Antwerpen/Groningen: Intersentia 1998, ISBN 90 5095 049 3
- MI-9 N.C. van Steijn, *Mobil Oil III, een uitvinding of een ontdekking? Een onderzoek naar de gevolgen van de Mobil Oil III-beschikking van het Europees Octrooi Bureau van Nederland*, Den Haag: Jongbloed 1999, ISBN 90 7006 221 6
- MI-10 R.A. Lawson, *Het EVRM en de Europese Gemeenschappen; bouwstenen voor een aansprakelijkheidsregime voor het optreden van internationale organisaties* (diss. Leiden), Deventer: Kluwer 1999, ISBN 90 2683 463 2
- MI-11 J. Junger-Tas & J.N. van Kesteren, *Bullying and Delinquency in a Dutch School Population*, New York: Kugler Publications 1999 (or PB 97747, 2509 GC Den Haag), ISBN 90 6299 171 8
- MI-12 T. Hartlief & C.J.J.M. Stolker (red.), *Contractvrijheid*, Deventer: Kluwer 1999, ISBN 90 2683 511 6
- MI-13 P.W. Brouwer, M.M. Henket, A.M. Hol & H. Kloosterhuis (red.), *Drie dimensies van recht: rechtstheorie, rechtsgeleerdheid, rechtspraktijk*, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 1999, ISBN 90 5454 026 5
- MI-14 T. Hartlief, *De vrijheid beschermd*, Deventer: Kluwer 1999, ISBN 90 2683 567 1
- MI-15 H.B. Krans, *Schadevergoeding bij wanprestatie*, Deventer: Kluwer 1999, ISBN 90 2683 557 4
- MI-16 H.I. Sagel-Grande & M.V. Polak (eds.), *Models of conflict resolution*, Antwerpen: Maklu 1999, ISBN 90 6215 651 7
- MI-17 H.J.Th.M. van Rosmalen, *The King can do no wrong. Overheidsaansprakelijkheid naar Engels recht onder invloed van de jurisprudentie van het Hof van Justitie van de Europese Gemeenschappen*, Den Haag: Jongbloed 2000, ISBN 90 7006 223 2
- MI-18 R.A. Lawson & E. Myjer, *50 jaar EVRM*, Leiden: Stichting NJCM-Boekerij 2000, ISBN 90 6750 038 0
- MI-19 C.B. van der Net, *Grenzen stellen op het Internet. Aansprakelijkheid van Internet-providers en rechtsmacht*, Deventer: Gouda Quint 2000, ISBN 90 2683 622 8
- MI-20 R.P. Raas, *Het Benelux Merkenrecht en de Eerste Merkenrichtlijn: overeenstemming over verwarring?*, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2000, ISBN 90 5454 028 1
- MI-21 R.H. Haveman, P. Ölçer, Th.A. de Roos & A.L.J. van Strien (red.), *Seks, zeden en strafrecht*, Deventer: Gouda Quint 2000, ISBN 90 3870 798 3
- MI-22 W.J. Zwolve, *Qui solvit alii. Beschouwingen over betaling aan inningsonbevoegden*, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2000, ISBN 90 5454 033 8
- MI-23 Hans Krabbendam & Hans Martien ten Napel (eds.), *Regulating Morality. A Comparison of the Role of the State in Mastering the Mores in the Netherlands and the United States*, Antwerpen: Maklu 2000, ISBN 90 6215 736 x

- MI-24 Jan-Peter Loof, Hendrik Ploeger & Arine van der Steur, *The right to property. The influence of Article 1 Protocol no. 1 ECHR on several fields of domestic law*, Maastricht: Shaker Publishing 2000, ISBN 90 4230 103 1
- MI-25 D.L.M.T. Dankers-Hagenaars, *Op het spoor van de concessie. Een onderzoek naar het rechtskarakter van de concessie in Nederland en in Frankrijk*, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2000, ISBN 90 5454 042 7
- MI-26 T. Hartlief & M.M. Mendel (red.), *Verzekering en maatschappij. Juridische beschouwingen over de maatschappelijke rol van verzekeringen en verzekeringsmaatschappijen*, Deventer: Kluwer 2000, ISBN 90 2683 713 5
- MI-27 J.E.M. Polak, *Effectieve bestuursrechtspraak. Enkele beschouwingen over het vermogen van de bestuursrechtspraak geschillen materieel te beslechten* (oratie Leiden), Deventer: Kluwer 2000, ISBN 90 2715 268 3
- MI-28 H.F. Munneke, *Recht en samenleving in de Nederlandse Antillen, Aruba en Suriname. Opstellen over recht en sociale cohesie*, Nijmegen: Wolf Legal Productions 2001, ISBN 90 5850 011 x
- MI-29 C.P.M. Cleiren, *Geding buiten geding. Een confrontatie van het geding voor de strafrechter met strafrechtelijke ADR-vormen en mediation* (oratie Leiden), Deventer: Kluwer 2001, ISBN 90 3870 833 5
- MI-30 W.M. Visser 't Hooft, *Japanese Contract and Anti-Trust Law. A Sociological and Comparative Study*, Richmond: Curzon Press 2001
- MI-31 M.H. Wissink, *Richtlijnconforme interpretatie van burgerlijk recht*, Deventer: Kluwer 2001, ISBN 90 2683 763 1
- MI-32 X.E. Kramer, *Het kort geding in internationaal perspectief. Een rechtsvergelijkende studie naar de voorlopige voorziening in het internationaal privaatrecht*, Deventer: Kluwer 2001, ISBN 90 2683 784 4
- MI-33 P.B. Cliteur & V. Van Den Eeckhout, *Multiculturalisme, cultuurrelativisme en sociale cohesie*, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2001, ISBN 90 5454 093 1
- MI-34 C.P.M. Cleiren & G.K. Schoep (red.), *Rechterlijke samenwerking*, Deventer: Gouda Quint 2001, ISBN 90 3870 848 3
- MI-35 A.C. 't Hart, *Hier gelden wetten! Over strafrecht, openbaar ministerie en multiculturalisme*, Deventer: Gouda Quint 2001, ISBN 90 3870 847 5
- MI-36 U. Drobnič, H.I. Sagel-Grande & H.J. Sniijders, *Neue Entwicklungen im deutschen und niederländischen Insolvenzrecht sowie Kreditsicherheiten an Mobilien*, Amsterdam: Rozenberg Publishers 2001, ISBN 90 6170 546 8
- MI-37 E.R. Muller & C.J.J.M. Stolker, *Ramp en recht. Beschouwingen over rampen, verantwoordelijkheid en aansprakelijkheid*, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2001, ISBN 90 5454 113 x
- MI-38 P.B. Cliteur, H.J. van den Herik, N.J.H. Huls & A.H.J. Schmidt (red.), *It ain't necessarily so*, Deventer: Kluwer 2001, ISBN 90 2683 854 9
- MI-39 E.R. Muller, *Conflictbeslechting: Kruisbestuiving van rechtswetenschap en bestuurskunde* (oratie Leiden), Alphen aan den Rijn: Kluwer 2001, ISBN 90 1408 204 5
- MI-40 H.C. Wiersinga, *Nuance in benadering. Culturele factoren in het strafproces* (diss. Leiden), Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2002, ISBN 90 5454 155 5
- MI-41 W. den Ouden, *De subsidieverplichting; wie betaalt bepaalt? Een onderzoek naar de rechtmatigheid van subsidieverplichtingen*, Deventer: Kluwer 2002, ISBN 90 2683 887 5
- MI-42 I. Sagel-Grande, *In the best interest of the child. Conflict resolution for and by children and juveniles*, Amsterdam: Rozenberg Publishers 2001, ISBN 90 5170 572 7
- MI-43 W.M. Visser 't Hooft, *Japanese Contract and Anti-Trust Law. Sociological and Comparative Study*, Richmond Surrey: Curzon Press 2002, ISBN 07 0071 577 0
- MI-44 M. Dekker, *Het water meester. Het recht rond de overheidszorg voor de beveiliging tegen overstroming*, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2002, ISBN 90 5454 188 1
- MI-45 M. Lurks, W. Den Ouden, J.E.M. Polak & A.E. Schilder, *De grootste gemene deler. Opstellen aangeboden aan prof. mr. Th.G. Drupsteen ter gelegenheid van zijn afscheid van de Universiteit Leiden op 31 mei 2002*, Deventer: Kluwer 2002, ISBN 90 2684 004 7

- MI-46 S.C. Huisjes, *Over dode lijnen en een heuvel recht. De privaatrechtelijke aansprakelijkheid voor schade als gevolg van falende telecommunicatiedienstverlening*, Deventer: Kluwer 2002, ISBN 90 2684 003 9
- MI-47 M. Hallers, C. Joubert & J. Sjöcrona (eds.), *The Position of the Defence at the International Criminal Court and the Role of the Netherlands as the Host State*, Amsterdam: Rozenberg Publishers 2002, ISBN 90 5170 625 1
- MI-48 K. Teuben, *Rechtsregelingen als 'recht' in de zin van art. 79 Wet RO*, Den Haag: Jongbloed 2002, ISBN 90 7006 231 3
- MI-49 M. Hallers, A.J. Mauritz, E.R. Muller & C.J.J.M. Stolker, *Beginselen van behoorlijk rampenonderzoek*, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2002, ISBN 90 5454 251 9
- MI-50 J.C. van der Steur, *Grenzen van rechtsobjecten. Een onderzoek naar de grenzen van objecten van eigendomsrechten en intellectuele eigendomsrechten*, Deventer: Kluwer 2003, ISBN 90 268 4117 5
- MI-51 Y.L.L.A.M. Delfos-Roy, C. de Groot, P.A.C.E. van der Kooij, S.J.A. Mulder (red.), *Zekerheidshalve. Opstellen aangeboden aan prof. mr. M.M. Mendel*, Deventer: Kluwer 2003, ISBN 90 268 4083 7
- MI-52 B. Barentsen, *Arbeidsongeschiktheid. Aansprakelijkheid, bescherming en compensatie*, Deventer: Kluwer ISBN 90G 0000 61X
- MI-53 A.F.M. Brenninkmeijer, M. Hallers, A.T. Marseille, N.M. Mulder & G.K. Schoep (red.), *De taakopvatting van de rechter*, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2003, ISBN 90 5454 279 9
- MI-54 H. Snijders & S. Weatherill, *E-commerce Law. National and transnational topics and perspectives*, Londen: Kluwer International 2003
- MI-55 F.B. Ronkes Agerbeek, *Zeg ik dat goed? EU-ambtenaren en hun vrijheid van meningsuiting*, Den Haag: Jongbloed 2003, ISBN 90 7006 2 33 x
- MI-56 A.C. Damsteegt, *De aansluiting van de Werkloosheidswet op het ontslagrecht*, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2003, ISBN 90 5454 312 4
- MI-57 P. Vos, *Kredietopdraging en Insolventierisico. Overlevingskansen van bedrijven in financiële moeilijkheden en de Faillissementswet*, Deventer: Kluwer 2003, ISBN 90 13 00580 2
- MI-58 P.B. Cliteur & H.-M.Th.D. ten Napel (red.), *Rechten, plichten, deugden*, Nijmegen: Ars Aequi Libri 2003, ISBN 90 6916 485 X
- MI-59 F.J.M. Feldbrugge (red.), *Law's beginnings*, Leiden/Boston: Martinus Nijhoff Publishers 2003, ISBN 90 0413 705X
- MI-60 A.F.M. Brenninkmeijer, *Effectieve conflictoplossing bij individuele arbeidsconflicten*, en L.C.J. Sprengers, *Collectieve belangen – uiteenlopende geschillen (oraties Leiden)*, Den Haag: Sdu 2003
- MI-61 A.H. Scheltema, *De goederenrechtelijke werking van de ontbindende voorwaarde*, Deventer: Kluwer 2003, ISBN 90 13 00744 9
- MI-62 W.H. Pokorný-Versteeg, *Milieu-effectrapportage in Nederland en de direct aangrenzende EU-lidstaten. Een rechtsvergelijkend onderzoek*, Deventer: Kluwer 2003, ISBN 90 13 00946 8
- MI-63 A.P.A. Broeders, *Op zoek naar de bron. Over de grondslagen van de criminalistiek en de waardering van het forensisch bewijs*, Deventer: Kluwer 2003, ISBN 90 13 00964 6
- MI-64 C.L.J. Caminada & K.P. Goudswaard, *Verdeelde zekerheid. De verdeling van baten en lasten van sociale zekerheid en pensioenen*, Den Haag: Sdu 2003, ISBN 90 1210 006 2
- MI-65 B.T.M. van der Wiel, *De rechtsverhouding tussen procespartijen*, Deventer: Kluwer 2004
- MI-66 A.J. Mauritz, *Liability of the operators and owners of aircraft for damage inflicted to persons and property on the surface*, Maastricht: Shaker 2003, ISBN 90 423 0234 8
- MI-67 T. Hartlief, Jac. Hijma & L. Reurich (red.), *Coherente instrumenten in het contractenrecht*, Deventer: Kluwer 2003 ISBN 90 13 0092 47
- MI-68 E.I. Helsloot, E.R. Muller, R. Pieterman & W.J.M. Voermans (red.), *Vervoer gevaarlijke stoffen in perspectief. Evaluatie van de Wet vervoer gevaarlijke stoffen 1996-2002*, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2003, ISBN 90 5454 420 1
- MI-69 W.J.M. Voermans, *Toedeling van bevoegdheid (oratie Leiden)*, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2004, ISBN 90 5454 433 3

- MI-70 M.C. Zwanenburg, *Accountability under International Humanitarian Law for UN and NATO Peace Support Operations* (diss. Leiden), 2004
- MI-71 M. Kuijer, *The Blindfold of Lady Justice. Judicial Independence and Impartiality in Light of the Requirements of Article 6 ECHR*, Nijmegen: Wolf Legal Productions 2004, ISBN 90 5850 074 8
- MI-72 V.J.A. Sütő, *Nieuw Vermogensrecht en rechtsvergelijking – reconstructie van een wetgevingsproces (1947-1961)*, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2004, ISBN 90 5454 467 8
- MI-73 Paul Cliteur, Hans Franken & Wim Voermans (red.), *Naar een Europese Grondwet*, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2004, ISBN 90 5454 471 6
- MI-74 S.L. Kuipers, *Cast in Concrete? The Institutional Dynamics of Belgian and Dutch Social Policy Reform*, Delft: Eburon Academic Publishers 2004, ISBN 90 5972 028 8
- MI-75 J. Heinsius, *Collectief ontslagrecht. Enkele voorstellen betreffende een betere regelgeving*, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2004, ISBN 90 5454 502 x
- MI-76 N. Djebali, *Procedures ter beslechting van interstatelijke verrekenprijsgeschillen*, Den Haag: Jongbloed 2004, ISBN 90 70062 36 4
- MI-77 M.M. Groothuis, *Beschikken en digitaliseren. Over normering van de elektronische overheid*, Den Haag: Sdu 2004, ISBN 90 5409 448 6
- MI-78 K. Teuben, *Rechtsregelingen in het burgerlijk (proces)recht* (diss. Leiden), Deventer: Kluwer 2004, ISBN 90 1302 144 1
- MI-79 K.P. Goudswaard, C.L.J. Caminada & H. Vording, *Naar een transparanter loonstrookje?*, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2004, ISBN 90 5454 521 6
- MI-80 P.J. Slot & M. Bulterman (eds.), *Globalisation and Jurisdiction*, Den Haag: Kluwer Law International 2004, ISBN 90 411 2307 5
- MI-81 R. Holtmaat, *Grenzen aan gelijkheid* (oratie Leiden), Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2004, ISBN 90 5454 523 2
- MI-82 J. van der Leun & L. Vervoorn, *Slavernij-achtige uitbuiting in Nederland*, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2004, ISBN 90 5454 534 8
- MI-83 B.C. Labuschagne (red.), *Religie als bron van sociale cohesie in de democratische rechtsstaat?*, Nijmegen: Ars Aequi Libri 2004, ISBN 90 6916 526 0
- MI-84 J.H. Crijns, P.P.J. van der Meij & G.K. Schoep (red.), *De taak van de strafrechtswetenschap*, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2005, ISBN 90 5454 554 2
- MI-85 G.K. Schoep & P.M. Schuyt, *Instrumenten ter ondersteuning van de rechter bij straftoemeting*, Nijmegen: Wolf Legal Publishers 2005, ISBN 90 5850 107 8
- MI-86 M.E. Koppenol-Laforce (red.), *De Europese vennootschap (SE) in de praktijk*, Deventer: Kluwer, ISBN 90 13023 22 3
- MI-87 A.P.A. Broeders, *Ontwikkelingen in de criminalistiek. Van vingerspoot tot DNA-profiel – van zekerheid naar waarschijnlijkheid*, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2005, ISBN 90 5454 576 3
- MI-88 I.S.J. Houben, *Contractdwang* (diss. Leiden), Deventer: Kluwer 2005, ISBN 90 1302 715 6
- MI-89 T. Barkhuysen, W. den Ouden & J.E.M. Polak (red.), *Recht realiseren. Bijdragen rond het thema adequate naleving van rechtsregels*, Deventer: Kluwer 2005, ISBN 90 130 2811 X
- MI-90a L. Reurich, *De articulatie van gedragsnormen. Deel I: normen van vaagheid*, Deventer: Kluwer 2005
- MI-90b L. Reurich, *De articulatie van gedragsnormen. Deel II: vaagheid van normen* (diss. Leiden), Kluwer: Deventer 2005, ISBN 90 1302 776 8
- MI-91 R. Haveman & H. Wiersinga, *Langs de randen van het strafrecht*, Nijmegen: Wolf Legal Publishers 2005, ISBN 90 5850 116 7
- MI-92 P.C. van Es, *De actio negatoria. Een studie naar de rechtsvorderlijke zijde van het eigendomsrecht*, (diss. Leiden), Nijmegen: Wolf Legal Publishers 2005, ISBN 90 5850 131 0.
- MI-93 R.W.M. Giard, *Aansprakelijkheid van artsen. Juridische theorie en medische praktijk*, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2005, ISBN 90 5454 633 6

Overige publicaties van het E.M. Meijers Instituut:

- H.D. Ploeger, *Privaatrechtelijke aspecten van de aanleg van boortunnels*, Kluwer Rechtswetenschappelijke publicaties, Deventer: Kluwer 1997, ISBN 90 2683 122 6
- T. Heukels, N. Blokker & M. Brus (eds.), *The European Union after Amsterdam; A Legal Analysis*, The Hague: Kluwer Law International 1998, ISBN 90 411 1131 x
(together with the Europa Instituut, Universiteit Leiden)
- T. Barkhuysen, M.L. van Emmerik & P.H.P.H.M.C. van Kempen (eds.), *The Execution of Strasbourg and Geneva Human Rights Decisions in the National Legal Order*, The Hague: Kluwer Law International 1999, ISBN 90 411 1152 2
(together with Van Asbeck Centrum, Universiteit Leiden)
- H. Peter van Fenema, *The International Trade in Launch Services, The Effects of us Laws, Policies and Practices on its Development*, Leiden 1999, ISBN 90 901 3064 0
(together with International Institute of Air and Space Law)
- E.C. Nieuwenhuys & M.M.T.A. Brus, *Multilateral Regulation of Investment*, Den Haag: Kluwer Law International 2001, ISBN 90 411 9844 x
- E. Nieuwenhuys, A. Toussaint & M. Valstar, *Verslag van het symposium Internationale Dimensies van Maatschappelijk Verantwoord Ondernemen*, Leiden: E.M. Meijers Instituut 2002, ISBN 90 9016 080 9
- E.R. Muller & J.P. Coenen, *Parlementair onderzoek in Nederland*, Den Haag: Sdu Uitgevers 2002, ISBN 90 1209 700 2
- E.R. Muller, D. Starink, J.M.J. Bosch & I.M. de Jong, *Krijgsmacht. Studies over de organisatie en het optreden*, Alphen aan den Rijn: Kluwer 2004, ISBN 90 1301 130 6
- E.R. Muller, *Veiligheid. Studies over inhoud, organisatie en maatregelen*, Alphen aan den Rijn: Kluwer 2004, ISBN 90 1301 129 2