

1 PLAATSBEPALING EN UITGANGSPUNTEN VAN HET GEZONDHEIDSRECHT

1.1 PLAATSBEPALING

1.1.1 *Ontwikkeling van het gezondheidsrecht*

Het gezondheidsrecht als apart rechtsgebied is vooral sinds de jaren vijftig van de twintigste eeuw tot ontwikkeling gekomen.¹ Voor die tijd verschenen er wel juridische publicaties over gezondheidszorg, maar deze hadden een incidenteel karakter. Er was geen professioneel forum voor gezondheidsrecht en het vak werd aan de universiteiten niet onderwezen. In zijn preadvies voor het Nederlands Congres voor Openbare Gezondheidsregeling van 1954 hield C.J. Goudsmit een pleidooi voor het specialisme gezondheidsrecht als een specialisatie binnen het bestuursrecht. Dit was de eerste systematische beschouwing over gezondheidsrecht. De beperking tot het bestuursrecht heeft overigens geen aanhangers gevonden. Het gezondheidsrecht heeft zich ontwikkeld als een horizontaal specialisme dat wordt bestudeerd vanuit het civiel-, straf-, bestuurs- en internationaalrechtelijke perspectief.

Geleidelijk groeiden de contacten tussen een aantal juristen die in de gezondheidszorg werkzaam waren. Op het eerste Wereldcongres voor Medisch Recht in 1967 te Gent ontstond de gedachte om een nationale groepering voor gezondheidsrecht in het leven te roepen. Nog in 1967 werd de eerste bijeenkomst gehouden. Dat was het begin van de Vereniging voor Gezondheidsrecht (VGR).² In 1977 verscheen het *Tijdschrift voor Gezondheidsrecht* (TvGR), in 1994 het eerste nummer van het, in Nederland opgerichte, *European Journal of Health Law* (EJHL). Vanaf 1970 toonden ook de universiteiten belangstelling voor het gezondheidsrecht. Geleidelijk zijn aan verschillende (juridische en/of medische)

1 C.J. Goudsmit, Volksgezondheid en recht. Preadvies Nederlands Congres voor Openbare Gezondheidsregeling 1954; J.H. Hubben & H.D.C. Roscam Abbing, *Gezondheidsrecht in perspectief*. Utrecht: De Tijdstroom, 1993; H.J.J. Leenen, *Gezondheidsrecht – een poging tot plaatsbepaling*. Preadvies VGR, 1968; B.Sluijters, *Geknipt verband (oratie)*. Deventer: Kluwer, 1985; J.K.M. Gevers, *Gezondheidsrecht – een plaatsbepaling opnieuw beschouwd*, in: J.C.J. Dute e.a. (red.), *Omzien naar de toekomst*; 35 jaar preadviezen Vereniging voor Gezondheidsrecht. Houten: Bohn Stafleu van Loghum, 2002, p. 11-20.

2 H.J.J. Leenen, *Twintig jaren gezondheidsrecht*, TvGR 1987, p. 256-260; idem, *Vereniging voor Gezondheidsrecht 25 jaar: geschiedenis van de start*, TvGR 1992, p. 128-134; idem, *Vijfentwintig jaar gezondheidsrecht*, in: Hubben & Roscam Abbing, 1993, p. 16-27.

faculteiten leerstoelen tot stand gekomen. De laatste jaren zijn ook leerstoelen tot stand gebracht op aanpalende terreinen, zoals gezondheidsrecht en beleid en internationaal gezondheidsrecht.³

In ons land is het nieuwe rechtsgebied vanaf het begin als ‘gezondheidsrecht’ aangeduid. Elders werd nog lange tijd (en soms ook nu nog) van ‘medisch recht’ gesproken, wat veel te maken heeft met de centrale plaats die de arts innam in de gezondheidszorg en (in die landen) ook in wettelijke regelingen op dat gebied. Medisch recht als beroepsgerichte (en niet activiteitsgerichte) aanduiding weerspiegelt die centrale positie van het medische beroep. Ook de World Association for Medical Law, die eind jaren zestig van de vorige eeuw werd opgericht, koos overigens voor de traditionele benaming. Bij ‘medisch recht’ gaat het niet alleen om een andere aanduiding, maar vaak ook om een andere achtergrond en een ander referentiekader. Van oudsher kwamen recht en geneeskunde elkaar tegen, enerzijds in de sfeer van het beroepsrecht van de medicus (beroepsgeheim, aansprakelijkheid), anderzijds bij de juridische kwalificatie van medische feiten in civiele en strafrechtelijke procedures. Vanuit de geneeskunde waren het vooral de forensisch geneeskundigen die zich voor vragen van medisch recht interesseerden (in de Angelsaksische wereld in dit verband ook wel aangeduid als ‘legal medicine’). Dat ‘medisch recht’ kan met goede reden ouder worden genoemd dan het recentere ‘gezondheidsrecht’. Dat laatste kwam meer voort uit de vele rechtsvragen die zich aandienen door een steeds complexer wordende en dieper ingrijpende gezondheidszorg.⁴ Het is ook tegen deze achtergrond dat wel gesproken wordt van medisch recht (of zelfs gezondheidsrecht) als ‘het kind van Themis en Aesculapius’.⁵ Tegen die beeldspraak zijn bezwaren aan te voeren, zeker waar het gaat om het gezondheidsrecht in de moderne zin, omdat dit daarmee ten onrechte wordt geplaatst tussen recht en geneeskunde in, en niet wordt beschouwd als juridische discipline.⁶

De groei van het gezondheidsrecht hangt samen met ontwikkelingen in de medische wetenschap en technologie en met veranderingen in de samenleving.⁷ Vooral in de twintigste eeuw is de publieke regulering van de gezondheidszorg en daarmee ook van de

3 Zie o.m. E. Brooks & A. de Ruijter, *Towards more comprehensive health law and policy research*, Health Economics, Policy and Law 2021, p. 104-110 en B. Toebes et al., *Health and human rights. Global and European perspectives*. Cambridge: Intersentia, 2022.

4 Zie hierover o.a. H. Nys, *Medical law and health law: from co-existence to symbiosis?* International Digest of Health Legislation 1998, p. 1-13.

5 Zie bijv. het Voorwoord van de toenmalige minister van Justitie in het eerste nummer van TvGR 1977.

6 Zie ook Sluijters, 1985, p. 10.

7 Zie hierover o.a. H.J.J. Leenen, *Mensen, rechten, instituties en de staat in de gezondheidszorg*. Alphen aan den Rijn: Samsom Tjeenk Willink, 1990.

beroepsbeoefening in de gezondheidszorg sterk toegenomen. Redenen daarvoor zijn onder andere:

- de groeiende behoefte van de samenleving om de gezondheidszorg, die zich geruime tijd betrekkelijk autonoom had ontwikkeld, onder de invloedssfeer van het openbaar bestuur te brengen;
- de wens om waarden en normen die in de samenleving leven ook in de gezondheidszorg tot uitdrukking te laten komen;
- de ontwikkeling van de rechten van de patiënt;
- de noodzaak tot beheersing van de kosten van de gezondheidszorg, de vraag naar de grenzen van de gezondheidszorg en een rechtvaardige verdeling van de schaarse middelen;
- de snelle evolutie van de geneeskunde en de daarmee samenhangende mogelijkheden voor dieper ingrijpen in lichaam en geest;
- de specialisatie en de arbeidsverdeling, waardoor hulpverlening meer en meer een zaak van samenwerking werd, en de daaruit voortvloeiende problemen ten aanzien van de verantwoordelijkheden van hulpverleners onderling en ten opzichte van de patiënt;
- de toenemende aandacht in de gezondheidszorg en samenleving voor de veiligheid en kwaliteit van de zorg en de behoefte om deze ook juridisch te waarborgen;
- de opkomst van nieuwe technologische ontwikkelingen in de gezondheidszorg, zoals de toepassing van artificiële intelligentie.⁸

Door deze ontwikkelingen zijn gezondheidszorg en beroepsbeoefening in de gezondheidszorg meer onder invloed van beleid en recht komen te staan.

Bij de ontwikkeling van het gezondheidsrecht speelde na de Tweede Wereldoorlog ook de uitwerking van de rechten van de mens een rol, zowel in het kader van de bescherming van de patiënt, die in een afhankelijke positie verkeert (individuele grondrechten, rechten van de patiënt), als in het kader van het kunnen delen in de mogelijkheden van de gezondheidszorg (sociale grondrechten, recht op zorg voor de gezondheid).

Het eerste aspect, de rechten van de patiënt, hangt samen met het feit dat de patiënt die zich tot de gezondheidszorg wendt met een vraag om hulp, daarbij soms ook tegen die zorg beschermd moet worden. Het recht is een van de middelen om te zorgen dat de patiënt de positie heeft die hem toekomt. Daartoe strekt onder meer de wettelijke regeling van

8 H.B. van Kolschooten, Eerste stappen in Europese regulering van artificiële intelligentie: algoritmes en patiëntenrechten, TvGR 2021, p. 381-389; idem, EU regulation of artificial intelligence: challenges for patients' rights, Common Market Law Review 2022, p. 81-112; M. Hartlev, Health disparities and new health technologies – a patients' and human rights perspective, EJHL 2021, p. 142-164.

de geneeskundige behandelingsovereenkomst (Wet op de geneeskundige behandelingsovereenkomst (WGBO); zie verder hoofdstuk 2).

Ook het tweede aspect, de erkenning van het recht op zorg voor de gezondheid, speelt in het gezondheidsrecht een belangrijke rol. Dat recht kan worden onderverdeeld in het recht op gezondheidszorg en het recht op gezondheidsbescherming en -bevordering. Eenieder dient toegang te hebben tot voor de gezondheid noodzakelijke zorg en de zorg moet aan bepaalde kwaliteitseisen voldoen. Toegankelijkheid omvat beschikbaarheid (aanwezigheid van voorzieningen, eerlijke verdeling, geen ontoelaatbare wachttijden) en financiële bereikbaarheid (dit laatste is met name gewaarborgd in de Zorgverzekeringswet (Zvw) en de Wet langdurige zorg (Wlz); zie verder par. 1.3.2). Steeds meer aandacht is er ook voor de betekenis van het recht voor thema's als het bevorderen van een goede leefstijl en het ontmoedigen van tabak, alcohol en ongezond voedsel.⁹

Een van de andere factoren die een rol spelen in de ontwikkeling van het gezondheidsrecht is de toepassing van methoden uit de geneeskunde voor doelen en belangen buiten de gezondheidszorg. Dat gebeurt bijvoorbeeld bij keuringen voor het sluiten van een verzekeringsovereenkomst. Naarmate door medisch en genetisch onderzoek meer informatie kan worden verzameld over aanleg voor ziekte en risico's op toekomstige gezondheidschade, roept het uitvoeren van dergelijke keuringen meer problemen op. Bij keuringen gaat het primair om het belang van derden (zoals een werkgever of verzekeringsinstelling). Als dergelijke belangen in de hulpverlening een rol spelen, geeft dat aanleiding tot rechtsbescherming. Dit doet zich bijvoorbeeld ook voor bij medisch-wetenschappelijk onderzoek met mensen en bij orgaantransplantatie. Op dergelijke gebieden zijn dan ook de afgelopen decennia wettelijke regels tot stand gekomen. Ook vanwege de opsporing van strafbare feiten wordt soms een beroep gedaan op medische gegevens. De officier van justitie kan dan inzage vragen in een patiëntendossier. De regels van het beroepsgeheim staan daaraan in de weg, maar in uitzonderlijke omstandigheden kan de rechter op die regels een uitzondering maken.¹⁰

Het doel van het recht is de samenleving vreedzaam en rechtvaardig en op zo doelmatig mogelijke wijze te ordenen. Het doel van het gezondheidsrecht sluit daarbij aan, namelijk rechten van mensen in de gezondheidszorg te beschermen en evenwichtige verhoudingen in en ten aanzien van de zorg voor de gezondheid te scheppen. Het gaat uiteindelijk om goede en humane zorg en rechtvaardige verdeling van de beschikbare mogelijkheden.

9 Zie B.C.A. Toebes e.a., *Ongezonder gedrag: de rol van het recht*. Preadvies VGR. Den Haag: Sdu Uitgevers, 2019, maar ook H. van Kolschooten e.a., *De gezonde voedselomgeving: juridische (on)mogelijkheden voor gemeenten*, NJB 2021, p. 586-593.

10 Zie nader par. 2.10.2.

Naast medische en ethische overwegingen zijn daarbij rechtsnormen in het geding. Bescherming van rechten van mensen is ook nodig tegen de overheid. Het is een klassieke taak van het recht de vrijheid van de burger te beschermen tegen onnodige of onevenredige overheidsbemoeienis. Dat is uiteraard ook het geval op het gebied van gezondheidszorg en gezondheidsbescherming.

Wat betreft de hulpverlening dient het gezondheidsrecht het kader aan te geven waarbinnen die hulp zich moet voltrekken en de posities van patiënt en hulpverlener te omlijnen. Binnen dat normatieve kader moeten patiënt en hulpverlener hun eigen vertrouwensrelatie opbouwen. Daarin kan het recht nooit voorzien. Doel van het gezondheidsrecht is niet het scheppen van een tegenstelling tussen patiënt en hulpverlener, maar van een evenwichtige situatie in de hulpverlening. Het gezondheidsrecht is niet statisch, maar in beweging en steeds opnieuw zullen de wetenschappelijke en maatschappelijke ontwikkelingen nieuwe vraagstukken voor het gezondheidsrecht aandragen.¹¹ Dat is nog steeds zo. Er blijft op het gebied van het gezondheidsrecht voortdurend nog genoeg te doen, zowel waar het gaat om conceptualisering, het verdiepen en uitwerken van normatieve grondslagen en beginselen als waar het gaat om de rechtsbeoefening en rechtshandhaving in de dagelijkse praktijk.¹² Veel thema's in dit handboek getuigen daarvan.

De toegenomen betekenis van het recht voor de praktijk van de gezondheidszorg wordt vaak aangeduid met de term *juridisering*. Deze term wordt doorgaans in negatieve zin gebruikt. Het is echter beter om *juridisering* neutraal te definiëren en wel als de toenevende invloed van het recht op sociale relaties. Daarmee wordt de omschrijving van *juridisering* losgemaakt van de problemen waartoe *juridisering* kan leiden. Door alleen de negatieve effecten van *juridisering* te benadrukken raken de positief te waarderen gevolgen van *juridisering* buiten beeld. Daarbij kan worden gedacht aan de vrijheidswaarborende, humaniserende en emancipatoire effecten van het recht. In sommige situaties kan, gelet op de functies van het recht, *juridisering* uitdrukkelijk geboden zijn. Het probleem waartoe *juridisering* kan leiden, is niet de bemoeienis van het recht als zodanig, maar een te overheersende rol van het recht in een situatie waarin met een andere, minder formele aanpak betere resultaten zouden kunnen worden bereikt.¹³

11 Zie de kronieken van het gezondheidsrecht die regelmatig in het NJB verschijnen, bijv. NJB 2024, p. 1093-1110.

12 J. Legemaate, *Rechtstekorten in het gezondheidsrecht*, TvGR 2018, p. 193-203.

13 J. Legemaate, *Goed recht. De betekenis en de gevolgen van het recht voor de praktijk van de gezondheidszorg*, Preadvies VGR, 1994.