

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

-
- 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; idem, *Health and health legislation*, in: *Health legislation at the dawn of the XXIst century. Special issue International Digest of Health Legislation 1998*, No. 1; 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.

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) faculteiten leerstoelen tot stand gekomen.

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.³ 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 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 over de verhouding tussen medisch recht en gezondheidsrecht als persoonsgebonden versus activiteitsgericht H. Nys, Van medisch recht naar gezondheidsrecht; meer dan een verandering van naam, *Vlaams Tijdschrift voor Gezondheidsrecht* 1980, p. 5-17.

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 Nys, 1980, p. 7; 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.

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 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.⁸ Eenieder dient toegang te hebben tot voor de gezondheid noodzakelijke zorg en de zorg

8 H.J.J. Leenen, *Recht op zorg voor de gezondheid*. Preadvies VGR, 1997. Zie over dit recht verder par. 1.3.

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).

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 krijgen van een aanstelling of 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 gezondheidsschade, 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.

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. 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 overheidsbemoeyenis. 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, aldus Leenen in zijn preadvies voor de VGR in 1968.⁹ Dat is nog steeds zo. Er blijft op het gebied van het gezondheidsrecht

9 Gepubliceerd in het Tijdschrift voor Sociale Geneeskunde 1968, p. 778-785.

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.¹⁰ Veel thema's in dit handboek getuigen daarvan.

1.1.2 *Omschrijving van het gezondheidsrecht*

Gezondheidsrecht kan worden omschreven als: het geheel van rechtsregels dat betrekking heeft op de zorg voor de gezondheid en de toepassing van overig burgerlijk, bestuurs- en strafrecht in dat verband.

Bij rechtsregels moet niet alleen worden gedacht aan wettelijk recht, maar ook aan buitenwettelijk recht. Recht is niet beperkt tot de geschreven regel. Ook het rechtersrecht heeft in de gezondheidszorg een rol; de rechter heeft aan de ontwikkeling van het gezondheidsrecht in belangrijke mate bijgedragen, bijvoorbeeld ten aanzien van euthanasie en hulp bij zelfdoding. Andere rechtsbronnen zijn internationale overeenkomsten, verklaringen en aanbevelingen, maar ook zelfregulering, die in de gezondheidszorg veel voorkomt. Zelfregulering, recht in eigen kring, ook wel autonoom recht genoemd, fungeert naast het van buitenaf opgelegde, heteronome recht. Voorts hebben, net als in het recht in het algemeen, in het gezondheidsrecht gebruik of gewoonte en de invloed van wetenschap en literatuur hun doorwerking. Zie over de bronnen van het recht in de gezondheidszorg verder paragraaf 1.2.

Het eigen object van het gezondheidsrecht is het geheel van rechtsregels dat op de gezondheid is gericht. Het kan daarbij gaan om zowel preventieve activiteiten (ter bescherming van de gezondheid) als 'cure' (curatieve zorg gericht op diagnose, behandeling bij ziekte of aandoeningen) en 'care' (verpleging, verzorging, begeleiding en dergelijke). Dat geheel van rechtsregels is van grondwettelijke en internationaal verdragsrechtelijke, civielrechtelijke, bestuursrechtelijke en strafrechtelijke aard. Het gezondheidsrecht is een horizontaal specialisme, omdat het door die verschillende hoofdgebieden van het recht heen snijdt.¹¹ Dat wil natuurlijk niet zeggen dat die bij elk gezondheidsrechtelijk probleem allemaal relevant zijn. In veel gevallen zal een bepaald aspect – bijvoorbeeld het civielrechtelijke of het bestuursrechtelijke – overwegen.

In het tweede deel van de definitie is sprake van de toepassing van overig burgerlijk, bestuurs- en strafrecht. In de gezondheidszorg gelden uiteraard ook de algemene rechtsre-

¹⁰ J. Legemaate, *Rechtstekorten in het gezondheidsrecht*, TvGR 2018, p. 193-203.

¹¹ Kritisch over de verhouding tussen het gezondheidsrecht en het civiele recht is T. van Malssen, *Een verticale haven in een horizontale wereld. Wanneer opent het gezondheidsrecht de sluizen voor het civiele recht?* NJB 2019, p. 1312-1318.

gels.¹² Die kunnen daarom in het kader van het gezondheidsrecht niet buiten beschouwing worden gelaten. Overigens kan de toepassing van algemene rechtsregels in de gezondheidszorg toch een enigszins specifiek karakter krijgen. Dat is bijvoorbeeld het geval in de jurisprudentie over medische aansprakelijkheid. De kern van het gezondheidsrecht als discipline wordt echter primair bepaald door de specifiek op de gezondheidszorg betrekking hebbende regels.

In hoeverre heeft het gezondheidsrecht naast een eigen object een eigen identiteit in de zin van specifieke grondslagen van waaruit het recht in de gezondheidszorg dient te worden bestudeerd en bewerkt? Dat grond- en mensenrechten en daarin tot uitdrukking komende beginselen voor het gezondheidsrecht van belang zijn, zal duidelijk zijn; zie daarover in het bijzonder paragraaf 1.3. De vraag is echter of dergelijke grondslagen (zoals het zelfbeschikkingsrecht en het recht op gezondheidszorg) voor het gezondheidsrecht specifiek zijn en het daaraan een eigen karakter kan ontleenen. Over die vraag is vooral in de jaren tachtig van de vorige eeuw discussie gevoerd.¹³

Dat die discussie inmiddels is geluwd, heeft veel met de ontwikkelingen op het terrein van gezondheidszorg en recht te maken. Het belang van uitgangspunten en beginselen is (ook) op dit terrein sterk op de voorgrond getreden door de voortschrijdende internationalisering en de verdere doorwerking en 'receptie' van mensenrechten in het (gezondheids)recht. De toegenomen nationale en internationale discussie over de status en implicaties van het recht op gezondheidszorg (zie par. 1.3.2) en de totstandkoming van het Verdrag inzake mensenrechten en biogeneeskunde (Biogeneeskundeoverdrag) (Raad van Europa, 1997; zie par. 1.2.1) zijn daarvan voorbeelden. Het valt niet (meer) te ontkennen dat fundamentele beginselen op een gebied als het gezondheidsrecht, met zulke essentiële waarden als beschikking over het eigen lichaam, gezondheid, leven en dood, een relatief grote rol spelen. Die beginselen verschaffen op zichzelf weliswaar geen normatieve eenheid aan het gezondheidsrecht (beginselen als zelfbeschikking zijn uiteraard ook niet van exclusief belang voor dit rechtsgebied), maar hun belangrijke rol draagt wel bij aan de eigen aard van het vakgebied.¹⁴

12 Zie daarover o.m. T. Hartlief, De staat van het privaatrechtelijk gezondheidsrecht. Preadvis VGR. Den Haag: Sdu Uitgevers, 2007, p. 53-121 en P.A.M. Mevis, Gezondheidszorg en strafrecht; ontwikkelingen in een niet altijd even gemakkelijke relatie. Preadvis VGR. Den Haag: Sdu Uitgevers, 2007, p. 123-173.

13 H.J.L. Leenen, Gezondheidszorg en recht; een gezondheidsrechtelijke studie. Alphen aan den Rijn: Samsom, 1981, p. 13; Sluijters, 1985; H.J.J. Leenen, Handboek gezondheidsrecht; rechten van mensen in de gezondheidszorg, Alphen aan den Rijn: Samsom, 1988, p. 21, alsmede TvGR 1989, p. 233 e.v.

14 Zie ook J.K.M. Gevers, Gezondheidsrecht: ontwikkelingen en reflecties, TvGR 2010, p. 363-371. Verdere beschouwingen over het gezondheidsrecht en zijn uitgangspunten zijn onder meer te vinden in de Oratiebundel gezondheidsrecht; verzamelde redes 1971-2011. Vereniging voor Gezondheidsrecht. Den Haag: Sdu Uitgevers, 2012.

1.1.3 *Gezondheidsrecht en gezondheidsethiek*

Gezondheidsrecht en gezondheidsethiek staan niet los van elkaar.¹⁵ Bij analyse van normatieve vragen op het gebied van de gezondheidszorg hangen ethische en juridische overwegingen vaak met elkaar samen.¹⁶ Ook bij het gezondheidsrecht gaat het (mede) om fundamentele beginselen, om individuele en maatschappelijke waarden en om de onderlinge verhouding tussen beide. Zoals al het recht is ook het gezondheidsrecht in belangrijke mate gebaseerd op morele uitgangspunten.¹⁷ De beginselen die in de gezondheidsethiek als uitgangspunt worden beschouwd (respect voor autonomie, rechtvaardigheid, niet-schaden en weldoen), zijn overigens voor een belangrijk deel ook in het recht geïncorporeerd, ook al zijn rechtsbeginselen niet in alle opzichten gelijk aan morele beginselen. Uit toetsing van geldend recht aan beginselen kan kritiek voortvloeien op geldend recht en kunnen voorstellen voor wenselijk recht worden ontwikkeld.¹⁸ Als studie van beginselen, normen en waarden overlappen gezondheidsrecht en gezondheidsethiek elkaar.

Het gezondheidsrecht houdt zich daarnaast bezig met wettelijke en andere juridische regelingen, met rechten en plichten, contractuele en andere verhoudingen, met rechtsprocedures, jurisprudentie, enzovoort. De gezondheidsjurist kan zich niet tot waarden en normen beperken. Dit verschil heeft ook gevolgen voor adviezen in individuele gevallen en kan leiden tot verschillende uitkomsten.

Een ander onderscheid tussen gezondheidsrecht en gezondheidsethiek is dat ethische opvattingen verschillen, terwijl het recht tot taak heeft de ethische verschillen in het rechtssysteem een plaats te geven. Daarbij is de verhouding tussen regel en pluriformiteit aan de orde. Het recht kan er niet omheen algemeen geldende regelingen te ontwikkelen in een systeem dat normatief bindt en de vrijheid erkent. Bij verschil van ethische opvattingen mag het recht zich niet met één ethische visie identificeren.

Een daarmee samenhangend verschil tussen gezondheidsrecht en gezondheidsethiek is dat ethiek weliswaar gedrag normeert, maar dat die norm niet direct juridisch bindend is. Wel kunnen ethische normen doorwerking in het recht krijgen, in het bijzonder waar

15 W. van der Burg & P. Ippel, *De Siamese tweeling; recht en moraal in de biomedische praktijk*. Assen: Van Gorcum, 1994; D.P. Engberts, *Met recht en reden; het gemeenschappelijk belang van medische ethiek en gezondheidsrecht*. Houten: Bohn Stafleu van Loghum, 2006; D.P. Engberts & L.E. Kalkman-Bogerd (red.), *Leerboek gezondheidsrecht*. Houten: Bohn Stafleu van Loghum, 2013, m.n. hoofdstuk 14; J.K.M. Gevers, *Gezondheidsrecht en gezondheidsethiek*. KNAW, 1997; H.J.J. Leenen, *Gezondheidsrecht en gezondheidsrecht, over de ontmoeting tussen ethici en juristen*, in: J. Reinders & W. Dondorp (red.), *Een mens moet van ophouden weten*. Baarn: Ten Have, 1994; H.D.C. Roscam Abbing & R. Dillmann, *Gezondheidsrecht en gezondheidsethiek*, *Medisch Contact* 1997, p. 220-224, 287-289 en 351-353.

16 J. Legemaate & G. Widdershoven (red.), *Basisboek ethiek en recht in de gezondheidszorg*. Amsterdam: Boom uitgevers, 2016.

17 G.A. den Hartogh, *De morele grondslagen van het gezondheidsrecht: de erfenis van Leenen*. Den Haag: Sdu Uitgevers, 2014, p. 15.

18 Zie verder par. 1.3.

de wetgever zogenoemde blanket termen heeft gebruikt. Dat zijn begrippen als redelijkheid, billijkheid en goede trouw. Ook overmacht (art. 40 Wetboek van Strafrecht (Sr)) kan ruimte bieden voor het aanvaarden van een zedelijke overtuiging en via gewetensbezwaren kan de werking van de rechtsregel terugtreden. Ethische opvattingen kunnen voorts via gewoonterecht en rechtspraak juridische gelding krijgen.

In het maatschappelijk verkeer behoort men zich in principe aan rechtsregels te houden. Een ethische opvatting legitimeert niet zonder meer tot rechtens ongeoorloofd handelen. Toch zijn hier soms uitzonderingen op. Dat is het geval als een zodanig spanningsveld tussen wet en ethiek is ontstaan dat een wettelijke regel dwingt of dringt tot gedrag dat strijdig is met fundamentele waarden of beginselen. Dat er een spanning kan bestaan tussen ethische waarden en de wet, bewijzen de geschiedenis en het heden. Bij een dergelijke spanning kan de wet haar legitimatie verliezen en de ethiek prevaleren. Ook in het recht is erkend dat fundamentele rechtsbeginselen in omstandigheden boven de wet kunnen gaan.

Ook in een ander opzicht kan de ethiek verder gaan dan het recht. De juridische regel tendeert, voor zover die menselijk gedrag betreft, vaak – zij het niet altijd – in de richting van een minimum of een gemiddelde. Het recht laat ruimte voor een strengere ethische norm op grond van de eigen ethische impuls.

Ruimte voor de ethiek is er voorts waar het recht niet regelt. Recht en vooral de wet moeten niet beogen de samenleving in al haar aspecten te omvatten. Dit geldt zeker als ethische opvattingen uiteenlopen. Dan is terughoudendheid van de wetgever aangewezen. In controversiële aangelegenheden mag hij niet een bepaald ethisch standpunt via de wet opleggen. De wetgever heeft in dergelijke gevallen pas een taak als een erkende rechtsnorm zou worden geschonden.

De grenzen van wetgeving in de gezondheidszorg zijn in het gezondheidsrecht een veelbesproken onderwerp. Aan de zelfregulerende krachten in de samenleving moet de nodige ruimte worden gelaten, ook al kleven aan zelfregulering bezwaren.¹⁹ In die ruimte is plaats voor ethische normen. Maar ook buiten zelfregulering is er een breed terrein van directe betrekkingen tussen mensen waar eerder de ethiek dan het recht moet gelden.

1.2 BRONNEN VAN HET RECHT IN DE GEZONDHEIDSZORG

In deze paragraaf is de aandacht gericht op de regels die specifiek op de gezondheidszorg van toepassing zijn. In welk kader komen die regels tot stand? En daarbij aansluitend: waar zijn ze te vinden? Dergelijke vragen vallen in de rechtswetenschap onder de noemer

¹⁹ Zie daarover verder par. 1.2.

‘rechtsbronnen’. Als belangrijke rechtsbronnen worden doorgaans onderscheiden: internationale verdragen, wetgeving, rechtspraak en gewoonte. In de volgende paragrafen wordt dit onderscheid in hoofdzaak gevolgd. Het enige verschil is dat als vierde rechtsbron niet gewoonte maar zelfregulering wordt besproken; in onze snel veranderende samenleving en ook in de gezondheidszorg speelt zelfregulering een grotere rol als mechanisme van rechtsvorming dan gewoonte of gebruik. De bedoeling van deze paragraaf is inzicht te bieden in de verschillende soorten regels (onderscheiden naar rechtsbron) die in het gezondheidsrecht een rol spelen en in hun betekenis voor de praktijk.

1.2.1 *Bovennationale rechtsbronnen*

Ook voor de gezondheidszorg geldt dat het toepasselijke recht allang niet meer alleen het product is van rechtsvorming op nationaal niveau. De twee belangrijkste wegen waarlangs het gezondheidsrecht bovennationale trekken bezit, zijn enerzijds de internationale mensenrechtenverdragen²⁰ en anderzijds het supranationale recht van de Europese Unie (EU). Beide worden hierna kort besproken; de mensenrechten komen in paragraaf 1.3 uitvoeriger aan de orde.

De relevantie van mensenrechten voor de gezondheidszorg ligt voor de hand.²¹ Zorg is een belangrijke bestaansvoorziening; daarom wordt de toegang tot noodzakelijke zorg als een mensenrecht beschouwd. Voorts is de mens als patiënt in lichaam of geest onderwerp van bemoeienis van artsen of andere hulpverleners; daardoor kunnen mensenrechten in het geding komen, zoals het recht op bescherming van de privésfeer, op lichamelijke en geestelijke integriteit, op bescherming tegen onrechtmatige vrijheidsbeneming of tegen een mensenwaardige behandeling.

Mensenrechten zijn te vinden in een breed scala van internationale verklaringen en verdragen. Vooral die laatste zijn van belang: als zij zijn geratificeerd, kan de burger de daarin opgenomen bepalingen die zich daartoe lenen voor de Nederlandse rechter inroepen (art. 93 Grondwet (Gw) spreekt in dit verband van bepalingen van verdragen die naar hun inhoud eenieder kunnen verbinden; volgens art. 94 Gw moet nationale wetgeving voor die bepalingen wijken).

De voor het gezondheidsrecht belangrijkste instrumenten zijn tot stand gekomen in het kader van de Verenigde Naties (VN) respectievelijk de Raad van Europa. Wat betreft

20 Het internationaal gezondheidsrecht bestaat naast mensenrechtenbepalingen ook uit verdragen en regelingen van de Wereldgezondheidsorganisatie (WHO), o.a. op het gebied van infectieziektebestrijding en tabaksontmoediging; zie daarover B.C.A. Toebes, Schets van het internationaal gezondheidsrecht, TvGR 2016, p. 513-526.

21 Zie ook B.C.A. Toebes, Schets van het internationaal gezondheidsrecht, TvGR 2016, p. 513-526.

de VN kunnen onder meer worden genoemd de Universele verklaring van de rechten van de mens (UVRM, 1948), het Internationaal Verdrag inzake burgerrechten en politieke rechten (IVBPR, 1966), het Internationaal Verdrag inzake economische, sociale en culturele rechten (IVESCR, 1966), het Internationaal Verdrag inzake de Rechten van het Kind (IVRK, 1989) en het VN-Verdrag inzake de rechten van personen met een handicap (2006).

Het Europees Verdrag tot bescherming van de rechten van de mens en de fundamentele vrijheden (EVRM), in 1950 gesloten te Rome in het kader van de Raad van Europa, is in algemene zin en ook voor de gezondheidszorg van het grootste belang. De invloed van dat verdrag doet zich in de Nederlandse rechtsorde sterk voelen. Afgezien van het feit dat de Nederlandse rechter de verdragsbepalingen die zich daarvoor lenen rechtstreeks moet toepassen, voorziet het EVRM in de instelling van een Europees Hof voor de Rechten van de Mens (EHRM). Daarmee is een internationale toezichtprocedure in het leven geroepen die (mede) door klachten van particulieren in werking kan worden gezet.

Het belang van het EVRM voor de gezondheidszorg²² blijkt allereerst uit uitspraken van Nederlandse rechters in zaken waarin een beroep werd gedaan op in het verdrag neergelegde mensenrechten, zoals het verbod op een onmenselijke of vernederende behandeling (art. 3) in relatie tot de grenzen die aan de (dwang)behandeling van psychiatrische patiënten kunnen worden gesteld, de betekenis van het recht op een eerlijk proces (art. 6) voor de tuchtrechtspraak en van het recht op privéleven (art. 8) voor uiteenlopende onderwerpen als het inzage-recht in medische gegevens en het recht op vrije artskeuze. Ook buiten de rechtszaal speelt het EVRM een rol; een voorbeeld is de discussie over de vraag of de Nederlandse euthanasiewetgeving zich verdraagt met het recht op leven neergelegd in art. 2.

In de tweede plaats zijn uiteraard de uitspraken van het EHRM zelf van belang.²³ Dan gaat het niet alleen om zaken waarin een klacht tegen Nederland is behandeld, zoals de befaamde Winterwerp-zaak uit 1979), waarin de Krankzinnigenwet van 1884 op onderdelen in strijd met het EVRM werd geoordeeld, maar ook om uitspraken tegen andere landen waarin belangrijke gezondheidsrechtelijke onderwerpen aan de orde komen, bijvoorbeeld de uitspraken van het Hof over de verenigbaarheid van nationale abortuswetgeving met art. 2 EVRM (zie hierover verder hoofdstuk 4). Of het in de praktijk veelvuldig zal komen tot een beroep op het EVRM hangt uiteraard af van de rechtsbescherming die aan het nationale recht kan worden ontleend: naarmate nationale wetgeving in een betere

22 Zie hierover J.K.M. Gevers (red.), *Het EVRM en de gezondheidszorg*. Nijmegen: Ars Aequi Libri, 1994; A.C. Hendriks, *De betekenis van het EVRM voor het gezondheidsrecht*. Den Haag: Sdu Uitgevers, 2009, p. 13-102.

23 Voor periodieke overzichten van de rechtspraak van het EHRM, zie de jaarlijkse kronieken in TvGR, o.a. A.C. Hendriks, *Kroniek rechtspraak rechten van de mens*, TvGR 2019, p. 459-482.

bescherming voorziet, zullen klachten over schending van het verdrag minder vaak voorkomen.

In het kader van de Raad van Europa is niet alleen het EVRM tot stand gekomen, maar ook het Europees Sociaal Handvest (ESH; voor de gezondheidszorg onder meer van belang vanwege het in art. 11 opgenomen recht op gezondheidszorg), alsmede een groot aantal (formeel niet-verbindende, maar politiek en beleidsmatig wel belangrijke) aanbevelingen (bijvoorbeeld over bloedbanken, orgaandonatie, medische gegevens, genetische screening). Bijzondere vermelding verdient het Biogeneeskunde­verdrag (1997).²⁴ In dit verdrag is niet alleen een aantal algemene rechten opgenomen (zoals recht op informatie en toestemming, regels over de positie van wilsonbekwame patiënten), het beoogt ook gemeenschappelijke principes te formuleren met het oog op de ontwikkelingen in de biomedische wetenschappen. In verband met dat laatste bevat het Biogeneeskunde­verdrag onder meer bepalingen over medisch-wetenschappelijk onderzoek, de positie van het embryo, genetisch onderzoek en orgaandonatie. Ongeveer dertig landen hebben het verdrag inmiddels geratificeerd. Nederland behoort tot de groep van landen die het verdrag wel heeft ondertekend, maar het nog niet heeft geratificeerd. Langere tijd was het voornemens om tot ratificatie over te gaan. In 2015 heeft de regering echter aan de Tweede Kamer laten weten dat men van ratificatie wil afzien.²⁵ Argumenten daarvoor zijn onder meer dat de algemene bepalingen van het verdrag te onbestemd zijn en de meer toegespitste bepalingen te gedetailleerd; ook zou Nederland te veel voorbehouden bij het verdrag moeten maken.²⁶ Het Biogeneeskunde­verdrag is inmiddels aangevuld met vier Additionele Protocollen, respectievelijk inzake het verbod van klonen van menselijke wezens (1998), inzake orgaan- en weefseltransplantaties (2002), inzake biomedisch onderzoek (2005) en inzake genetisch testen voor gezondheidsdoeleinden (2008).

Mensenrechten zijn ook opgenomen in het Handvest van grondrechten van de Europese Unie (EU) (2000), bindend sinds het in werking treden van het Verdrag van Lissabon in 2009. Het belang van het EU-recht voor de gezondheidszorg vindt echter vooral zijn basis in de EU-verdragen (Verdrag betreffende de Europese Unie (EU-Verdrag) en Verdrag betreffende de werking van de Europese Unie (VWEU)), waarvan de instelling van een gemeenschappelijke markt, met vrij verkeer van goederen, personen, diensten en kapitaal,

24 Zie o.a. H.D.C. Roscam Abbing, *The Convention on Human Rights and Biomedicine: an appraisal of the Council of Europe Convention*, EJHL 1998, p. 377-387; J.K.M. Gevers, E.H. Hondius & J.H. Hubben (eds.), *Health law, human rights and the Biomedicine Convention*. Leiden: Martinus Nijhoff, 2005.

25 Kamerstukken II 2014/15, 34000 XVI, 106.

26 Voor een kritische bespreking van deze en andere argumenten, zie J.C.J. Dute, *Buiten de (mensenrechten)orde? Over het niet ratificeren van het Biogeneeskunde­verdrag door Nederland*, TvGR 2015, p. 394-402; zie ook M. Buijsen, *Ratificatie van het Biogeneeskunde­verdrag: kwestie van menselijke waardigheid*, Socialisme en Democratie 2015, nr. 4, p. 56-63.