

Dr. dr. R.W.M. Giard, Aansprakelijkheid van artsen

*Diss. U Leiden, 2005,
Meijers-reeks, Den Haag:
Boom Juridische uitgevers,
311 p., ISBN 90 545 633 6.*

1. Op 21 november 2005 promoveerde Raimond Giard, als patholoog en klinisch epidemioloog verbonden aan een Rotterdams medisch centrum, nogmaals en wel op een rechtsgeleerd proefschrift. De toch zeldzame combinatie van medische en juridische kennis en deskundigheid stelde hem in staat om zich grondig te verdiepen in een onderwerp dat de aandacht vasthoudt van velen die werkzaam zijn in de witte wereld van de geneeskunde en de

zwarte van het recht: medische aansprakelijkheid. De ondertitel van de dissertatie ('Juridische theorie en medische praktijk') is enigszins misleidend. Het boek is geen proeve van dogmatische rechtsgeleerdheid. Rechtstheoretische beschouwingen over bijvoorbeeld de ontwikkeling van het schadebegrip ontbreken en verwijzingen naar jurisprudentie zijn relatief schaars. Evenmin is het proefschrift de neerslag van door de auteur verricht empirisch onderzoek

naar het verschijnsel van de medische fout. Wat hij over de medische praktijk te melden heeft, is ontleend aan (grotendeels buitenlandse) literatuur. Maar deze vaststelling is allesbehalve een diskwalificatie, want in een geheel andere betekenis is de gekozen ondertitel een vlag die de lading prima dekt. Het betreft, zoals de auteur zelf stelt, een in hoofdzaak metajuridische studie naar de aansprakelijkheid van de uitoefening van het medische be-

roep. Nu ook in Nederland een claimcultuur dreigt te ontstaan, het aantal medische claims stijgt immers en de hoogte van de schadevergoedingen eveneens, wordt de roep om maatregelen almaar luider. Maar welke maatregel men ook kiest, het stellen van bovengrenzen aan de schadevergoeding, het opwerpen van processuele drempels, de invoering van een *no-fault*-verzekeringssysteem of sterker inzetten op de preventie van medisch tekortschieten, steeds dient daaraan vooraf de vraag naar het functioneren van het medische-aansprakelijkheidsrecht te worden beantwoord.

Giard stelt zich het medische-aansprakelijkheidsrecht voor als een systeem, waarvan hij de werking enerzijds denkt te kunnen beschrijven in termen van *input* (wie wenden zich tot het systeem?), *throughput* (wat gebeurt er met hen?) en *output* (wat zijn de uitkomsten?) en anderzijds hoopt te kunnen beoordelen in het licht van zijn doelstellingen. Over de doelstellingen van het systeem is hij kort: wat men zich uiteindelijk wenst is optimaal recht en veilige medische zorg. Het is dus niet alleen van belang om zicht te krijgen op het precieze functioneren van het huidige systeem van medische aansprakelijkheid, ook willen we weten of de beoogde taken van compensatie, preventie en repressie momenteel wel effectief en efficiënt worden vervuld. De beantwoording van deze tweeledige vraag vergt verheldering, aldus Giard, die slechts gebracht kan worden door onderzoek naar het systeem op fundamenteel, conceptueel en operationeel niveau.

2. Reeds in het tweede hoofdstuk beziet de auteur het medischeaansprakelijkheidsrecht op fundamentele, conceptuele en operationele aspecten. Voor deskundigen op dit gebied (letselschadeadvocaten, gezondheidsjuristen) zal dit vermoedelijk het minst interessante deel zijn. Giard staat stil bij de rationaliteit van het systeem, zijn functionaliteit (repressie, preventie, compensatie) en legt uit wat in dit verband onder zorgplicht, schade, schuld, en risico, gevaarstelling, causaliteit etc. moet

worden verstaan. Daarnaast schetst hij de mogelijkheden van geschilbeslechting bij medische fouten en wordt de kritiek weergegeven die op het functioneren van het medischeaansprakelijkheidsrecht is uitgeoefend. Voor niet-deskundigen, men denke daarbij vooral aan medici, is dit hoofdstuk vermoedelijk meer dan informatief, temeer daar de schrijver de stijl van een echte bèta hanteert: bondig, helder en trefzeker. Voor de juridisch geschoolde lezer is het even wennen (geen tussenzinnen, weinig bijzinnen, actieve vorm) en doet het aanvankelijk vreemd aan om klassieke juridische leerstukken zo weergegeven te zien, maar gaandeweg groeit het besef dat mede hierom deze dissertatie zo charmeert. Het omgekeerde is namelijk ook het geval. Omdat de auteur zich evenmin in medisch en sociaalwetenschappelijk jargon verliest, stelt zijn directe stijl diezelfde lezer zeer goed in staat kennis te nemen van de resultaten van niet-juridisch onderzoek naar het fenomeen van de medische fout.

Ofschoon er voor de gezondheidsjurist en de letselschadeadvocaat weinig nieuws onder de zon zal zijn, biedt het tweede hoofdstuk toch ten minste één *eye-opener*. Reeds in dit hoofdstuk wijst Giard meermaals op onze kennistekorten. Het gebrek aan kennis dat de praktijk van het medischeaansprakelijkheidsrecht parten speelt, is werkelijk formidabel. Maar niet alleen dat, bij het nadenken over het komen tot een betere rechtspraktijk op dit terrein blijken we ons er nauwelijks van bewust te zijn hoezeer het ons ontbreekt aan inzichten ontleend aan gedegen empirisch onderzoek. Al in de slotsom van dit hoofdstuk breekt hij een lans voor de ontwikkeling van onderzoeksmethoden die zijn toegesneden op juridische vraagstellingen. Hoezeer deze investering nodig is, maakt Giard duidelijk in de volgende hoofdstukken.

3. Wie vormen de potentiële gebruikers van het systeem? Wat zijn de motieven van een zich gedupeerd voelende patiënt om een claim in te dienen? Welke factoren bepalen de *intake* door een letselschadeadvocaat?

Hoeveel claims worden er ingediend en hoe loopt het daarmee af? Hoe vaak komt de rechter eraan te pas? Wat voor effecten heeft het toewijzen van schadevergoeding? Waarom gaan cliënten in appel? Hoe beoordelen we het systeem aan de hand van zijn doelstellingen? Zijn er preventieve effecten van medische aansprakelijkheid merkbaar? En wat weten we eigenlijk van de compensatiefunctie?

Relevante vragen als deze doemen onmiddellijk op wanneer medische aansprakelijkheid eenmaal als systeem wordt voorgesteld. Grotendeels betreft het ook vragen die zich slechts laten beantwoorden door kwantitatief en/of kwalitatief empirisch onderzoek, onderzoek dat blijkens het proefschrift van Giard in Nederland niet of nauwelijks blijkt te zijn verricht. Nu is dat ook alles behalve eenvoudig. Reeds bij het bepalen van de grootte van de verzameling potentiële claimanten raakt men verstrikt in definitieproblematiek. Immers, welke definitie komt het begrip medische fout toe? In welke soorten zijn medische fouten te rubriceren? Het moge ook duidelijk zijn dat er vanuit juridisch oogpunt andere definities en soorten gelden dan vanuit medisch oogpunt. Epidemiologisch onderzoek, dat uitgaat van risicoschatting, laat zien dat waar het ziekenhuiszorg betreft, medische fouten een frequent en structureel probleem vormen. Bij minstens 4% van de ziekenhuisopnames gaat het fout en volgens de schrijver zijn er zelfs schattingen die het tienvoudige hiervan aangeven. Daarmee zou in Nederland het aantal potentiële claims op 250 000 per jaar uitkomen. Cijfers van o.a. verzekeraar MediRisk wijzen weer uit dat er uiteindelijk zo'n 2500 (1% dus) daadwerkelijk worden ingediend. Bij een schatting van het aantal juridische acties moet het blijven, want een centrale registratie van medische claims ontbreekt. Ook zijn niet alle uitspraken over medisch handelen eenvoudig te vinden. Van die 2500 ingediende claims wordt het overgrote deel afgewezen en komt maar 3% voor de rechter.

De interessante vraag is natuurlijk waarom er nu tussen de mogelijke

input van het systeem en de *output* zulke verschillen bestaan. Daarover kan worden gespeculeerd en Giard verwijst ook volop naar literatuur waarin dat wordt gedaan, waarin bijvoorbeeld stilgestaan wordt bij de mogelijke overwegingen van een letschadeadvocaat om een zaak wel of niet te accepteren. Maar ook hier blinken sociaalwetenschappelijke inzichten verder uit door afwezigheid. Om nu aan de vaststelling dat van alle iatrogene schade maar een fractie wordt gecompenseerd, aan het slot van dit hoofdstuk de conclusie te verbinden dat het aansprakelijkheidsrecht als systeem voor schadevergoeding nauwelijks fungeert, is misschien toch wat onvoorzichtig. In strikt civielrechtelijke zin is deze vaststelling vermoedelijk niet onaanvaardig, maar – zoals de auteur zelf ook aangeeft – de geschilbeslechting in de zorg is een diffuus geheel en zelfs wanneer we de informele mogelijkheden buiten beschouwing laten, biedt het recht al met al aardig wat mogelijkheden om getroffenen op andere manieren te compenseren. Voor de tweede conclusie geldt eigenlijk hetzelfde. Natuurlijk is het de vraag in hoeverre de preventiefunctie serieus genomen moet worden, gezien het kwantitatief zeer geringe aandeel van juridische geschilbeslechting aan het probleem van medische incidenten. De bewering dat het preventieve effect van het systeem niet erg groot kan zijn, moge waar zijn, maar ook hier heeft empirische toetsing welbeschouwd niet plaatsgehad. Giards eerdere opmerking dat de preventiefunctie een sterkere theoretische dan een empirische positie heeft, lijkt mij dan ook juist (want voorzichtiger).

4. In de drie volgende hoofdstukken beziet de schrijver verschillende aspecten van het door hem gesignaleerde kennistekort. Zo lijken juristen nauwelijks te beseffen hoe problematisch het begrip medische fout eigenlijk is. In het vierde hoofdstuk toont hij hoe moeilijk het is om het juridische foutbegrip voor de medische praktijk te operationaliseren. Het is immers geenszins de uitkomst die het handelen kwalificeert. Fouten en complicaties kunnen dezelfde

uitkomst hebben, dus zal men bij het nemen van beslissingen in aansprakelijkheidskwesties altijd ook naar andere zaken moeten kijken. In dit hoofdstuk ontwikkelt Giard onder meer een taxonomie van medische incidenten (naar het soort van schadeveroorzakende handeling), welke hij laat volgen door hun anatomie (naar hun cognitieve en technisch-organisatorische oorzakelijke factoren) en hun epidemiologie (naar hun frequentie, ontstaanskans, ernst etc.). De complexiteit van de werkelijkheden waarnaar abstracte juridische concepten als causaliteit, schade en toerekening kunnen verwijzen is oneindig veel groter dan casuïstiek en jurisprudentie doen vermoeden. Het mag een hele prestatie heten om de rechtsgeleerde lezer met zo weinig woorden hiervan te doordringen.

Juridische concepten zijn niet alleen abstract, ze willen daarenboven nog wel eens idealistisch zijn. Falende communicatie kan eveneens tot schade leiden, ook in de geneeskunde. De Wet op de geneeskundige behandelingsovereenkomst (Wgbo) veronderstelt 'horizontale' communicatie tussen de hulpverlener en zijn patiënt, en vertrekt vanuit de autonomie van de laatste. Opdat een hulpverlener kan overgaan tot behandeling, heeft hij toestemming nodig van zijn patiënt (of diens vertegenwoordiger) en aan die toestemming dient adequate informatieverstrekking vooraf te gaan. De werkelijkheid waarmee de idealistische wettelijke eisen ten aanzien van deze informatieverstrekking worden geconfronteerd, is natuurlijk heel vaak anders. In hoofdstuk 5 wijst de schrijver op de kern van informatieverstrekking (inzicht in mogelijke risico's), inventariseert hij de complicerende factoren en wordt de rechtspraktijk rond *informed consent* kritisch onder de loep genomen. Wat de schrijver dezes betreft had de promovendus hier nog meer aandacht mogen besteden aan de rol van de beroepsaansprakelijkheidsverzekeraar. Niet alleen is diens positie een bron van grote onzekerheid bij de individuele hulpverlener in de *post-error*communicatie (moet ik er niet voor waken te erkennen dat ik een

fout heb begaan?), het is ook een kwestie die vraagt om een principiële stellingname.

Naast het abstracte karakter van juridische concepten, en hun idealisme, is er ook nog hun vaagheid. Bij medische fouten gaat het om normschending. Het burgerlijk recht en het tuchtrecht gaan daarbij uit van de 'zorg van een goed hulpverlener', de 'professionele standaard' en de 'redelijk bekwaam en redelijk handelende vakgenoot'. Niet echt normen dus waaraan handelingen kunnen worden afgemeten, en de rol van *soft law* (in de vorm van protocollen, richtlijnen, standaarden en gedragsregels) in het medische aansprakelijkheidsrecht is dan ook groot. Heel vaak veronderstelt men dat de toemende protocollisering het werk van de rechter zal vergemakkelijken. In het zesde hoofdstuk zet Giard uiteen dat hier dan toch wel heel veel bij komt kijken. Bovendien is er bijzonder weinig bekend over hoe vaak en op welke wijze de rechter door de beroepsgroep ontwikkelde richtsnoeren gebruikt, en met welk gevolg. Ook hier is nader onderzoek geboden.

Bij afwezigheid van *soft law* zijn rechters aangewezen op deskundigen. Het inschakelen van medische experts is vaak onvermijdelijk maar brengt problemen met zich mee. Het risico is niet gering dat de expert, doorgaans een aan een academisch medisch centrum verbonden hoogleeraar, zijn vakgenoot *ex post facto* beoordeelt aan de hand van een te strenge norm. En wat als de meningen van experts uiteenlopen? En welk gewicht heeft het rapport van een medisch rechtbankdeskundige in medische aansprakelijkheidszaken eigenlijk? In hoofdstuk 7 signaleert Giard dat rechtbanken op tamelijk laconieke wijze aan hun deskundigen lijken te komen, hetgeen hem bevreemdt want juist van hen wordt gevraagd de achterwaarts gerichte, oordelende blik van het recht te verenigen met het toekomstgerichte medische perspectief. Zijn aanbeveling om meer de nadruk te leggen op de methode van het medisch deskundigenonderzoek (en minder op de persoon van de deskundige) is behartenswaardig.

5. Van juridische acties wordt wel gezegd dat zij fnuikend zijn voor het proces van kwaliteitsbewaking en -bevordering in de gezondheidszorg. Leren en controleren verdragen elkaar maar slecht, zo lijkt het, want om ervan te kunnen leren dient men wel over fouten te worden geïnfomeerd. Over het *blamefree* melden van incidenten wordt in de zorgsector al jaren gediscussieerd. De auteur stelt zich aan het eind van het voorlaatste hoofdstuk op het standpunt dat de plicht van gezondheidszorginstellingen tot veiligheidsbevordering en -handhaving ook het recht op intern confidentieel onderzoek moet inhouden. Over de precieze vormgeving daarvan, en over de wijze waarop de voor de hand liggende bezwaren weggenomen zouden kunnen worden, laat hij helaas het achterste van de tong niet zien.

6. Draagt Giards analyse van het medische aansprakelijkheidsrecht nu

bij aan de beantwoording van de vraag hoe we kunnen komen tot een betere rechtspraktijk? Men kan zich, met de auteur, serieus de vraag stellen of de prestaties van het systeem wel in balans zijn met de pretenties. Maar elk voorstel tot verbetering of hervorming moet zijn gebaseerd op wetenschappelijke kennis omtrent de praktijk van de medische aansprakelijkheid. En juist hier schort het volgens de auteur veelal aan. De jurist veronderstelt zoveel, maar weet eigenlijk zo weinig. In dit proefschrift worden deze veronderstellingen inderdaad meer dan eens ontmaskerd als vragen waarop empirisch (observationeel, experimenteel) onderzoek wel degelijk antwoord zou kunnen geven. Voor de juridische lezer een ontnuchterende ervaring. Waardevol is ten slotte ook het vogelperspectief dat hem geboden wordt en vanwaaruit hij de complexiteit van het doen en laten rondom medische fouten kan bezien. Nu maar hopen dat de dames en heren in

de witte jassen na lezing van dit proefschrift een soortgelijke ervaring zullen hebben ten aanzien van de werkzaamheden van de lieden in de zwarte toga's, en niet tot de conclusie komen dat dezen het maar met weinig moeten doen en niet of nauwelijks gehinderd worden door enige kennis van de praktijk!

M.A.J.M. Buijsen
Rotterdam, december 2005
