

willen houden tegen het licht van het gemiddelde geval. Dit zal kunnen leiden tot hogere uitvoeringslasten en, bij toepassing van de hardheidsclausule, tot toekenning van hogere vergoedingen, die de verdeling van de beschikbare financiële middelen zoals in de overeenkomst is voorzien, in gevaar kan brengen.'

Ook de opt out-regeling is in deze relevant (art. 7:908 lid 2 en 3 BW). Deze regeling beoogt er mede in te voorzien benadeelden de mogelijkheid te bieden om een keuze te maken tussen de vergoeding waarop zij krachtens de overeenkomst aanspraak kunnen maken of het instellen van een individuele procedure. Benadeelden kunnen aldus kiezen voor een spoedig te verkrijgen vergoeding, of een wellicht hogere vergoeding die na het doorlopen van een, langdurige (en belastende), individuele procedure verkregen kan worden.

5. Tot slot

Na behandeling van deze vier verweren oordeelt het hof dat het verzoek tot verbindendverklaring aan de daaraan te stellen vereisten voldoet. Het hof bepaalt vervolgens de in

art. 7:907 lid 2 BW bedoelde termijn waarbinnen een benadeelde zich aan de verbindendverklaring kan onttrekken, op drie maanden na de in art. 1017 lid 3 Rv voorgeschreven aankondiging van de beschikking (in onder meer twee landelijke dagbladen en op enkele websites).¹⁰ Deze termijn is op 21 september 2006 verstreken. De verzoekende farmaceutische bedrijven en hun verzekeraars hebben nu nog tot 21 maart 2007 de tijd om te beslissen of de regeling definitief doorgang kan vinden. Art. 7:908 lid 4 BW biedt namelijk de mogelijkheid om – zoals hier is geschied – in de overeenkomst te bepalen dat de overeenkomst door deze partijen binnen een termijn van zes maanden kan worden opgezegd op de grond dat – kortweg gezegd – te veel benadeelden zich aan de verbindendheid hebben onttrokken. De gedachte daarbij is dat voor de partijen die tot schadevergoeding verplicht zijn de voordelen van de overeenkomst kunnen wegvallen indien een groot aantal benadeelden uiteindelijk toch niet gebonden is. Zoals gezegd, verstrijkt deze termijn op 21 maart 2007, waarna, naar mag worden gehoopt, eindelijk over kan worden gegaan tot schadeloosstelling van de DES-benadeelden.

¹⁰ Overigens roept de Palsgroep DES-benadeelden op zich aan de verbindendverklaring te onttrekken met de belofte om

op 'no cure no pay'-basis een hogere schadevergoeding binnen te halen. Dit roept de vraag op waarom de Palsgroep

pas na zoveel decennia, en nu eindelijk een afwikkeling in zicht is, zich plotseling om de DES-benadeelden bekommert.

Dr. dr. R.W.M. Giard*

Medische aansprakelijkheid als aansprekend recht**

Nr. 25

1. Inleiding

Wie medische hulp zoekt, heeft recht op veilige zorg.¹ Dit recht ligt weliswaar niet als een apart grondrecht vast, maar vloeit enerzijds voort uit gerelateerde (grond)rechten en rechtsregels verwoord in diverse internationale verdragen, de Grondwet en algemene en speciale wetgeving² en is

anderzijds een uitvloeisel van de vertrouwensrelatie die bestaat tussen arts en patiënt.³ Hoe krijgt dit recht op veilige zorg feitelijk gestalte? De primaire verantwoordelijkheid daarvoor ligt bij de medische professionals: op hen drukt deze zorgplicht. Op de schouders van de overheid rust de taak voor het voortdurend kunnen realiseren én bewaken van die zorgplicht. Dat gebeurt door wetgeving, toezicht (vanuit de Inspectie voor de Gezondheidszorg) en rechtspraak door sancties te verbinden bij het niet-nakomen van deze rechtsplicht via het tucht-, straf- of civiele recht.

* Raimond Giard promoveerde op 21 november 2005 aan de Rijksuniversiteit Leiden bij prof. mr. C.J.J.M. Stolker en prof. mr. W.H. van Boom op het proefschrift *Aansprakelijkheid van artsen. Juridische theorie en medische praktijk* (Meijersreeks nr. 93; Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2005). Hij werkt als klinisch patholoog in zowel het Medisch Centrum Rijnmond-Zuid en het Ikazia Ziekenhuis te Rotterdam en als jurist bij het Rotterdam Institute of Private Law van de EUR.

Met dank aan Willem van Boom voor diens commentaar op eerdere versies van dit artikel.

** Citeerwijze: R.W.M. Giard, 'Medische aansprakelijkheid als aansprekend recht', *AV&S* 2006, 25.

1 Driekwart van de Nederlands bevolking brengt per jaar minstens één bezoek aan de huisarts, een op de drie Nederlanders komt jaarlijks terecht bij een ziekenhuis-

specialist (Bron: CBS, *Statistisch Jaarboek 2005*).

2 Die regelgeving is sinds midden negentiger jaren sterk uitgebreid.

3 G.J. Annas, 'The patient's right to safety – improving the quality of care through litigation against hospitals', *New England Journal of Medicine* 2006, vol. 354, p. 2063-2066.

Het bijzondere rechtsgebied van de medische aansprakelijkheid is een tweestromenland van recht en geneeskunde. Binnen dit territorium zijn de twee wetenschappen – letterlijk – tot elkaar veroordeeld! Door afhandeling van claims worden ze niet alleen indringend met elkaar geconfronteerd, ze zullen elkaar beïnvloeden in hun denk- en werkwijze. De jurist heeft de mening van medici nodig om een zaak te kunnen beoordelen. Artsen dienen te begrijpen hoe civiele aansprakelijkheid in elkaar steekt. Geraadpleegde medisch deskundigen moeten bij de formulering van hun rapport weet hebben van de juridische gedachtegang en de daarop gebaseerde normen en toetsingsmomenten. Praktiserende artsen dienen er bij hun beroepsuitoefening rekening mee te houden dat ze zich, indien nodig, adequaat voor een juridisch forum kunnen verantwoorden.

Waar in een civielrechtelijke context de jurist binnen of buiten rechte moet beoordelen of de medicus zich jegens de patiënt wel als een goed hulpverlener heeft gedragen (ex art. 7:453 BW), staat dan ook meer op het spel dan alleen een schaderegelingskwestie. Naast het individuele is er ook het algemene belang: hoe staat het met de patiëntveiligheid? Maken artsen wel genoeg werk van die veiligheid? Hoe kunnen ze ertoe aangespoord worden optimale kwaliteit en veiligheid te verschaffen? Aansprakelijkheidsrecht heeft daarom naar zijn aard een duale functie: beoordeling van voorbij gedrag én beïnvloeding van toekomstig optreden.

Maar zijn binnen een juridisch kader individuele schaderegeling en collectieve schadepreventie vruchtbaar met elkaar te verbinden? En hoe dan? Zowel in de medische als in de juridische wereld is discussie gaande hoe de patiëntveiligheid het beste kan worden bevorderd.⁴ In dit artikel wil ik deze materie verkennen. Wil het aansprakelijkheidsrecht artsen prikkelen tot meer inspanningen ten aanzien van patiëntveiligheid, dan zullen doelstellingen, methoden en effecten van medische aansprakelijkheid daarop onderzocht dienen te worden, waar nodig aangepast en ook afgestemd moeten worden met andere activiteiten ter vergroting van de patiëntveiligheid. Mijn stelling is dat de preventieve functie van de civiele medische aansprakelijkheid in de huidige situatie onvoldoende tot haar recht komt. Het kan beter, het moet beter en om dat te bereiken is intelligentie, inventarisatie en confrontatie nodig. Juristen en artsen moeten stevig met elkaar in debat maar daarnaast ook samen aan de slag! Goede bedoelingen en ideeën zijn niet genoeg. De ontwikkeling van methoden van onderzoek, empirische studies, een systematiek ter beoordeling van vermeende medische fouten, analyseren van bedrijfskundige

aspecten van rechtspleging en presentatie en communicatie van resultaten naar de medische professie toe zijn enkele van de hoofdpunten.

In dit artikel wil ik duidelijk proberen te maken dat, wil het aansprakelijkheidsrecht artsen aanspreken en tot ander gedrag aanzetten, daarvoor een gepaste strategie nodig is die vervolgens weer consequenties heeft voor de structuur van de juridische werkprocessen. Eerst wordt de context van medische aansprakelijkheid kort geschetst (§ 2). Is er nu wel of niet sprake van een medische claimcultuur (§ 3)? Als we zien hoe casusposities van medische aansprakelijkheid worden aangepakt (§ 4), welke methodologische problemen komen we daar dan bij tegen (§ 5)? Omdat vrijwel steeds een deskundig vakgenoot een oordeel moet geven, zal diens werkwijze ervan blijken dienen te geven dat met de gesignaleerde valkuilen terdege rekening wordt gehouden (§ 6). Omdat in dit artikel de pedagogische dimensie van rechterlijke beslissingen zo centraal staat, wordt ten slotte stilgestaan bij het fenomeen rechtsoverdracht (§ 7).

2. Artsen en het aansprakelijkheidsrecht

De meeste artsen vinden het afschuwelijk om zich te moeten verantwoorden voor een juridisch forum, ze beschouwen het als een affront.⁵ Juridische bemoeienis met hun werk wordt niet op prijs gesteld. Daarom ziet men vooral in de VS, maar ook in ons land, initiatieven vanuit de medische professie om beroepsfouten buiten de sfeer van het aansprakelijkheidsrecht te krijgen. Het argument daarbij is dat medische aansprakelijkheid het streven naar meer veiligheid in de zorg tegenwerkt. Uit gemaakte fouten moet lering kunnen worden getrokken, bijvoorbeeld door fouten of *near accidents* op een centraal punt te melden. Maar openheid maakt juridisch kwetsbaar. Een oplossing daarvoor is het 'veilig' melden van medische incidenten: de dader en tevens melder van de (bijna) fout verkrijgt door die daad immuniteit tegen gerechtelijke stappen.⁶ Daardoor, zo veronderstelt men, wordt er vaker gemeld, kunnen die meldingen worden geanalyseerd en kunnen daarmee betere veiligheidsmaatregelen genomen worden. Die benadering is afkomstig uit de luchtvaart, waar een dergelijk systeem al lang bestaat en zijn vruchten heeft afgeworpen.⁷ Maar werkt een dergelijk systeem ook als zodanig in de geneeskunde? Daarvoor is empirisch onderzoek nodig en uitkomsten daarvan ontbreken vooralsnog.⁸

Komt dit debat eigenlijk niet neer op een machtsstrijd tussen artsen en juristen over de hoofden van patiënten heen?⁹ Wat staat er werkelijk op het spel? Dat is de (on)-

4 P.P. Budetti, 'Tort reform and the patient safety movement', *Journal of the American Medical Association* 2005, vol. 293, p. 2660-2662.

5 'Doctors hate malpractice suits. They hate them passionately and continuously. Being sued becomes a recurring nightmare for many physicians, and occasionally an obsession.' Aldus W.M. Sage, 'Reputation, malpractice liability, and medical error', Columbia Law School, Columbia Public

Law & Legal Theory Working Papers Paper 0587. Te downloaden via papers.ssrn.com.

6 Zie voor ons land bijvoorbeeld: J. Lege-maate, 'Veilig melden', *Medisch Contact* 2004, nr. 28/29, p. 1169-1171 en diens recent gepubliceerde oratie *Patiëntveiligheid en patiëntenrechten*, Houten: Bohn Stafleu Van Loghum 2006.

7 A.N. Nicholson & P.C. Tait, 'Confidential reporting: from aviation to clinical medi-

cine', *Clinical Medicine* 2002, vol. 2 (3), p. 234-236.

8 Dat stellen Arah en Klazinga duidelijk in hun artikel 'How safe is the safety paradigm?', *Quality and Safety in Health Care* 2004, vol. 13, p. 226-232.

9 Zie daarover S.R. Latham, 'System and responsibility: three readings of the IOM Report on medical error', *American Journal of Law and Medicine* 2001, vol. 27 (2-3), p. 163-179.

veiligheid van medische zorg. Ondertussen is uit vele onderzoeken gebleken dat het bij fouten tijdens medische zorgverlening niet gaat om maar een handjevol incidenten, maar om een structureel en frequent voorkomend probleem: voorzichtige schattingen stellen dat minstens 1% van de in het ziekenhuis opgenomen patiënten slachtoffer wordt van vermijdbare fouten van zorgverleners.¹⁰ Dit percentage toegepast op de grote aantallen patiënten betekent in absolute zin zeer veel onnodig gelaedeerden en daarom moet er meer prioriteit toegekend worden aan bevordering van de patiëntveiligheid. Dat is vanzelfsprekend eerst een zaak voor de medische professie, maar niet uitsluitend. Ook wetgeving en rechtspraak spelen hierbij hun rol.

Voor verbetering van zowel de diagnostische als de therapeutische functie van medische aansprakelijkheid zullen artsen en juristen samen dienen te werken en zoeken naar oplossingen en een 'derde' weg vinden.¹¹ Voor de nabije toekomst zal een systeem van medische aansprakelijkheid tegelijk verschillende doelstellingen incorporeren:¹²

- patiënten kunnen verzekerd zijn van toekenning van legitieme aanspraken op vergoeding van letselschade;
- verzekeringspremies zullen betaalbaar blijven voor individuele zorgverleners en –instanties;
- draagt bij aan vermindering van vermijdbare letselschade zonder door te schieten naar defensieve geneeskunde;
- bevordert een open communicatie tussen hulpverleners en patiënten over (mogelijke) medische fouten in plaats van die te belemmeren uit angst voor claims.

Realisatie daarvan zal moeilijk zijn bij een grote toevloed aan claims en/of een gebrekkige kwaliteit van afhandeling ervan. Deze doelen impliceren niet dat er om meer veiligheid te realiseren eenvoudigweg meer geclaimd dient te worden. De focus zal moeten liggen bij de manier waarop artsen en ziekenhuizen zich langs litigieuze weg aangesproken voelen om meer werk te maken van patiëntveiligheid. Een belangrijke kwestie in dit verband is of er op dit moment sprake is van een doorgeschooten situatie, die van een claimcultuur, die het bewerkstelligen van de genoemde punten zal bemoeilijken.

3. De mythe van de claimcultuur

Vooral in Angelsaksische medische tijdschriften wordt regelmatig zorg geuit over de alsmaar toenemende stroom schadeclaims vanwege vermeende medische fouten, aange-

duid als 'Amerikaanse toestanden'.¹³ Is het in ons eigen land uit de hand gelopen? Een toename van claims alleen is nog geen teken van juridische hyperactiviteit want hoe verhouden zich de aantallen claims tot de aantallen werkelijke medische fouten? Moet het aantal claims worden vermindert of is het nodig om vaker te claimen?

Een veel geciteerd onderzoek over medische fouten is de *Harvard Medical Practice* studie, die ruim twintig jaar geleden in de VS werd gepubliceerd.¹⁴ In de onderzochte ziekenhuizen liep 4% van de patiënten schade op ten gevolge van medische interventies en bij een kwart daarvan was de schade vermijdbaar geweest en dus verwijtbaar aan de handelaar. Die laatstgenoemde groep gelaedeerden is op grond van medische argumenten gerechtvaardigd een claim in te dienen maar door meer dan 98% van de personen uit die groep werd dat niet gedaan. Van allen die een schadeclaim indienden, behoorde meer dan de helft niet tot de groep met een legitieme aanspraak op schadevergoeding. Uiteindelijk bleek bij toewijzing van claims vooral de ernst van de letselschade van doorslaggevend belang bij toewijzing van schadevergoeding, niet zozeer of de hulpverlener medisch gezien toerekenbaar tekort was geschoten.¹⁵

Soms lijkt het erop dat het aansprakelijkheidssysteem meer weg heeft van een loterij dan van een fair compensatiesysteem, vandaar de aanduiding 'litigation lottery'. Dat wordt nog geaccentueerd omdat tegenstanders van vooral het Amerikaanse systeem stellen dat een groot deel van de claims zogenaamde *frivolous claims* zouden zijn.¹⁶ Is dat een terecht karakterisering van de medische aansprakelijkheid? De enige manier om over dergelijke zaken helderheid te verkrijgen is het doen van empirisch onderzoek: onderzoek naar frequenties van fouten, naar oorzaken daarvan, de vermijdbaarheid ervan, de bekendheid van feiten bij patiënten, de communicatie. Wanneer en waarom wordt er geclaimd? Hoe loopt dat af?

Gezondheidszorg is een mega-industrie waarin bijna 10% van de beroepsbevolking werk vindt, die inmiddels 12,5% van het nationale inkomen opslokt en met meer dan 90 miljoen consulten en opnames per jaar in ons land. Vele onderzoeken sinds de *Harvard Medical Practice* studie bevestigen alleen maar dat de frequenties van medische fouten hoog zijn en de helft of meer achteraf vermoedelijk te voorkomen was geweest.¹⁷ Als men de kansen op medische incidenten extrapoleert op de aantallen arts-patiënt contacten, dan wordt ook in ons land maar bij een fractie van de gevallen waar het mis is gegaan geclaimd.¹⁸ Over de feite-

10 R.W.M. Giard, 'De epidemiologie van medische fouten: enkele methodologische kwesties', *Ned Tijdschr Geneesk* 2005, vol. 149 (49), p. 2715-9.

11 R.R. Bovbjerg, R.H. Miller & D.W. Shapiro, 'Paths to reducing medical injury: professional liability and discipline vs patient safety – and the need for a third way', *Journal of Law, Medicine & Ethics* 2001, vol. 2 (3&4), p. 369-380.

12 Daarover recent H.R. Clinton & B. Obama, 'Making patient safety the centerpiece of medical liability reform', *New England*

Journal of Medicine 2006, vol. 354, p. 2205-2208.

13 Daarmee wordt bedoeld dat bij enig vermoeden van een fout snel naar de rechter wordt gestapt en dat bovendien ook grote kans bestaat dat de schadeclaim wordt toegewezen.

14 Localio AR, Lawthers AG, Brennan TA, e.a., 'Relation between malpractice claims and adverse events due to negligence: results of the Harvard Medical Practice Study III', *New England Journal of Medicine* 1991, vol. 325, p. 245-251.

15 Een belangrijk verschil met Nederland is dat in de VS relatief meer zaken voor de rechter komen en dat een jury oordeelt over de claim.

16 Aldus gedefinieerd: 'A frivolous claim is one that present[s] no rational argument based upon the evidence or law in support of the claim.' (zie Annas, noot 3).

17 Zie proefschrift Giard, p. 112 e.v.

18 Als 1% van alle ziekenhuisopnames en poliklinische consulten in een fout zou resulteren, betekent dat 250 000 potentiële dossiers per jaar! Het aantal →

lijke situatie in Nederland zijn we echter niet precies geïnformeerd. Er is geen centrale registratie van claims, er is evenmin een centrale optekening van civielrechtelijke uitspraken inzake medische schadeclaims, schadeverzekeraars geven maar weinig van hun gegevens prijs.¹⁹

In zijn onlangs verschenen boek *The Malpractice Myth* stelt de Amerikaanse gezondheidsjurist Baker dat als er maar bij een fractie van de medische fouten wordt geclaimd er dus geen sprake van een claimcultuur is, maar van een verzekeringscrisis.²⁰ Wanneer er geclaimd wordt, blijkt dat ook meestal terecht zoals een recente Amerikaanse studie laat zien.²¹ Uit een willekeurige steekproef van 1452 afgesloten dossiers van vijf verschillende aansprakelijkheidsverzekeraars bleek dat er bij 97% daarvan sprake was van letselschade. Bij ongeveer tweederde van die claims (63%) bleek er bij dossieronderzoek door deskundigen sprake van onjuist medisch handelen. Daarbij werd uiteindelijk in 73% van die gevallen schadevergoeding toegewezen. Bij de groep met schade zonder foutief handelen (37%) werd in 28% van de gevallen de claim toch toegewezen. Tweederde van de claims was dus terecht ingediend, de al dan niet toewijzing van schadevergoeding spoorde grofweg met het medische oordeel over het handelen van hulpverleners maar was duidelijk wel voor verbetering vatbaar.

Er bestaat dus een groot stuwmeer van potentiële legitieme medische claims en dus ook een dreigende grote maatschappelijke kostenpost. We kunnen die massa aanspraken op schadevergoeding op twee manieren laten slinken: óf er worden meer claims ingediend óf er wordt voor gezorgd dat de aanvoer ervan sterk vermindert. In lijn met de vier voorwaarden, genoemd in § 2, is prioriteit geven aan verbetering van de patiëntveiligheid logisch. Daarvoor moet de medische professie echter gemotiveerd of liever onder druk gezet worden.²² En dat is al genoemde preventieve taak voor het aansprakelijkheidsrecht.²³ Op welke wijze kan die functie worden versterkt? Dit is een vraag naar de voorwaarden. Er zijn drie belangrijke groepen van condities: procedureel, methodologisch en communicatief.

4. Procedurele aspecten

Rechtspraak en regels horen onlosmakelijk bij elkaar. Het volgen van de juiste procesregels is voorwaarde voor het

realiseren van procedurele rechtvaardigheid. Bij de civiele rechter garandeert naleving van rechtsformalismen allerm minst een juiste uitkomst, maar probeert echter de kans daarop langs de weg van procesregels te maximaliseren.²⁴ Bezien vanuit het perspectief van preventie kan dit aspect van procesregels voor de medische aansprakelijkheid grote betekenis hebben, maar tot nu toe is daar nog maar weinig bij stilgestaan. Een belangrijk punt in de procedure en bepalend voor de afloop is immers de bewijslastverdeling. Wie stelt, moet bewijzen dat de arts toerekenbaar tekortschoot (art. 150 Rv) maar daarvan kan deels worden afgeweken. Bij medische aansprakelijkheid geldt in ieder geval een stelplicht van gedaagde artsen, om voldoende feiten beschikbaar te stellen.²⁵ Een mogelijkheid is ook toepassing van de omkeringsregel.²⁶

Een ongunstige afloop van een medische interventie kan het gevolg van het ziekteproces zijn, het resultaat van onjuist medisch handelen of eventueel een mix daarvan. Een veel voorkomende aansprakelijkheidskwestie is hersenbeschadiging van baby's blijvend na een gecompliceerd verlopen bevalling. Is dat nu het gevolg van het ingrijpen (tangverlossing, vacuümextractie) of juist het te laat of niet uitvoeren daarvan (keizersnede) of ligt dat buiten de schuld van artsen? Niet alleen de onrechtmatigheid zelf, maar vooral het causale verband is hier moeilijk te bewijzen. Omkering van de bewijslast kan het probleem voor de eisende partij verlichten. Maar hoe zit het met de bewijsmogelijkheid? Is het voor dit medische probleem wel mogelijk voor een arts om diens onschuld te bewijzen? Ja, er ontstond hersenbeschadiging tijdens de bevalling maar epidemiologisch en fundamenteel onderzoek hebben uitgewezen dat cerebrale schade bij pasgeborenen in de meeste gevallen niet aan artsen is toe te rekenen, de bevalling is niet voor niets moeizaam.²⁷ Als de bewijslevering ten aanzien van de beroepsfout vanuit medisch optiek onzeker is maar door de rechter wordt verondersteld en vervolgens de zogenoemde omkeringsregel wordt toegepast, plaatst dat artsen op voorhand 'op achterstand' en vanwege het onvermogen zich in het concrete geval vrij te kunnen pleiten, zullen zij vooral deze bewijslastverdeling in de procedure niet als fair ervaren.²⁸ Juist in deze situatie kan defensieve geneeskunde het winnen van de preventieve geest. In verschillende buitenlandse studies is een verband gelegd tussen een stijgende

actuele claims (geschat per jaar: 2500-3000) is ongeveer 1% daarvan.

19 Alleen verzekeraar MediRisk, waarbij circa 70% van de Nederlandse ziekenhuizen is verzekerd, brengt gegevens naar buiten doch met mate.

20 T. Baker, *The medical malpractice myth*, Chicago: Chicago University Press 2005.

21 Zie D.M. Studdert e.a., 'Claims, errors, and compensation payments in medical malpractice litigation', *New England Journal of Medicine* 2006, vol. 354, p. 2024-2033.

22 Na het verschijnen van een geruchtmakende studie over medische fouten in 2000 van het Amerikaanse Institute of Medicine *To err is human* hebben vijf jaar later diverse redactionele commentaren in

toonaangevende medische tijdschriften het gebrek aan voldoende effectieve maatregelen gehekelde, zoals bijv. Brennan e.a., 'Accidental death, saved lives, and improved quality', *New England Journal of Medicine* 2005, vol. 353, p. 1405-1409.

23 Zoals Annas (zie noot 3) stelt: 'Effective pressure for a change in safety culture seems most likely to come from an increased risk of liability, which is signalled by an increase in patient-safety lawsuits, one incentive to which hospitals (at least those not still covered by charitable immunity) seem to respond. Legal actions that are focused on patient-safety systems in hospitals, rather than on the actions of individual physicians, could help encour-

age more serious consideration of other reforms as well.'

24 Zie M.A. Loth, 'Oordelen op tegenspraak. Over de rationaliteit van het rechterlijk oordeel', *R&R* 2005-1, p. 58 e.v.

25 HR 20 november 1987, *NJ* 1988, 500.

26 Zie uitvoerig over de omkeringsregel M.J.J. de Ridder, 'Kroniek van het civiele recht', *Tijdschrift voor Gezondheidsrecht* 2006, vol. 30, p. 216-228.

27 A.T.M. Verhoeven, 'Letselschade in de verloskunde', *Letsel & Schade* 2002, nr. 2, p. 4-16.

28 Zie bijvoorbeeld Hof Amsterdam 2 maart 2006, IJN: AX3550. Tijdens een kunstverlossing had een kind neurologische schade opgelopen en bij de vraag naar →

aansprakelijkheid wegens verloskundige gebeurtenissen en het aantal keizersneden.²⁹ In ons land lijkt het met die defensieve verloskunde vooralsnog mee te vallen.³⁰

In Nederland wordt meer dan 95% van de medische claims buitengerechtelijk afgehandeld.³¹ Hier geldt vooralsnog een vacuüm wat betreft procedureregels. De vraag is dan ook of er vanuit het gezichtspunt van *fairness* enige protocollering zou moeten komen van deze buitengerechtelijke afhandeling.³² Ook hier is nog veel werk te doen.

5. Methodologische aspecten: meer overtuigingskracht door betere werkwijze

Een kernpunt met betrekking tot meer preventieve werking is verbetering van de methodologische kwaliteit van de afhandeling van claims: maar hoe dan?³³ Het is het onderwerp van legitimiteit. Artsen zijn op dat punt wellicht nog kritischer dan gemiddelde burgers en willen van de juistheid van het juridische oordeel overtuigd worden. Als vonnissen niet vanzelfsprekend gezaghebbend zijn en bovendien regelmatig vanuit medische optiek gereede twijfel over de argumenten van de rechter bestaat, is meer aandacht voor de 'rechtsoverdracht', de manier waarop het vonnis bij de doelgroep overkomt, nodig.³⁴

Een eerste belangrijke stap daarbij is de overtuigingskracht van de gebruikte methoden. Bij de beoordeling van de individuele gevallen van medische aansprakelijkheid heeft men steeds met drie algemene methodologische aspecten te maken: het voorkómen van wijsheid achteraf, de noodzaak van het plaatsnemen van de calamiteit in een groter verband en recht doen aan de complexe genese van medische incidenten.

5.1. Wijsheid achteraf

De jurist, geconfronteerd met letselschade kijkt steeds terug in de tijd, dus vanuit historisch perspectief. Van de Deense filosoof Kierkegaard is de bekende uitspraak afkomstig dat het leven voorwaarts geleefd dient te worden, maar pas achteraf begrepen kan worden.³⁵ Dat naderhand begrijpen is impliciet aan het juridisch beoordelen. Van de rechter wordt

een rechtvaardig oordeel gevraagd over het gedrag van de medische hulpverleners in het gegeven geval. Wat houdt die 'rechtvaardigheid' hier dan in? Is een objectief oordeel achteraf mogelijk over een handelwijze als we al weet hebben van de afloop?³⁶

De studies van Fischhoff hebben duidelijk gemaakt dat kennis van de afloop het oordeel over gedrag beïnvloedt. Dit noemt men wel *hindsight bias*.³⁷ Het gevaar bestaat dat een beoordelaar met dergelijke 'wijsheid achteraf' een beslissituatie zoals die vóór het ongeval bestond, ten onrechte simplificeert of het ongeval wél voorzienbaar achtte. Die simplificatie kan ertoe leiden dat een multicausaal bepaald evenement wordt teruggebracht tot een deterministische loop der dingen die door één handeling is bepaald. Het schadevergoedingsrecht ontkomt zonder passende en structurele voorzorgsmaatregelen dus bijna niet aan een dergelijke deterministische denktrant.³⁸ Wanneer de rechter oordeelt dat de gedaagde partij verantwoordelijk voor de schade kan worden gesteld, past dat in het leerstuk van gevaarstelling behoudens wanneer er van eigen schuld sprake is. Overeenkomstig het De Heel/Korver arrest wordt ook letsel dat buiten de lijn der verwachting lag aan de laedens toegerekend. Een meer genuanceerde benadering van de causale keten maakt toekenning van schadevergoeding een stuk ingewikkelder.³⁹ Vanuit de optiek van de eiser dient de dader eenvoudigweg verantwoordelijk te worden gehouden. Het vaststellen van verantwoordelijkheid ligt echter een stuk ingewikkelder.⁴⁰

De door uiteenlopende factoren bepaalde causale keten van het ongeval wordt zodoende sterk eindimensionaal gemaakt. Daarmee wordt achteraf het ongeval niet alleen beheersbaarder maar ook verwijtbaarder gemaakt dan het in werkelijkheid was. Bij het evalueren van een medisch incident dringt zich de gedachte op dat de schade eenvoudig had kunnen worden voorkomen door één kleine handeling wel of niet te doen. Die notie kan symptoom zijn van de genoemde *hindsight bias*.⁴¹ Het gevolg daarvan is dat er meestal strenger geoordeeld wordt: men overschat de

het causale verband werd de omkeringsregel van toepassing verklaard. Verschillende deskundigen hadden over de gedragingen van de gynaecoloog tegengestelde opvattingen, maar verder dan opinies zonder goede feitelijke grondslag kwam men niet.

29 Zie recent daarover Studdert e.a., 'Defensive medicine among high-risk specialist physicians in a volatile malpractice environment.', *JAMA* 2005, vol. 293 (21), p. 2609-2617.

30 Daarover recent Van Boom, *AV&S* 2006, 3, p. 8-24.

31 J. Hubben & I. Christiaans, 'Geen spectaculaire ontwikkeling van medische schadeclaims in Nederland: 1993/'01 in vergelijking met 1980/'90', *Nederlands Tijdschrift voor Geneeskunde* 2004, vol. 148 (25), p. 1250-1255.

32 Zie daarover I.N. Tzankova & W.C.T. Wet-

erings, *Preprocessuele afwikkeling van personenschadeclaims*, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2003.

33 Over het gebrek aan juiste methodologie met name G.G.A. de Geest, 'Hoe maken we van de rechtswetenschap een volwaardige wetenschap', *NJB* 2004-2, p. 58-66.

34 Daarover N.J. Huls, 'De rechter is geen waarheidsvinder, maar een motiverende beslisser!', *R&R* 2006-1, p. 3-7.

35 H.V. Hong, *Kierkegaard's Writings*, Princeton: Princeton University Press 1978-2000, deel VII, p. 80.

36 Zie R. Hertwig, C. Fanselow & U. Hoffrage, 'Hindsight bias: how knowledge and heuristics affect our reconstruction of the past', *Memory* 2003, vol. 11 (4/5), p. 357-377.

37 Klassiek is inmiddels zijn artikel 'Hindsight ≠ foresight: the effect of outcome knowledge on judgment under uncer-

tainty', *Journal of Experimental Psychology: Human Perception and Performance* 1975, vol. 1, p. 288-299. Hij stelt: 'In hindsight, people consistently exaggerate what could have been anticipated in foresight.' Zie ook hierover: S.J. LaBine & G. LaBine, 'Determinations of negligence and the hindsight bias', *Law and Human Behavior* 1996, vol. 20 (5), p. 501-516.

38 Vgl. Robert Campbell, 'Philosophy and the accident', in: Roger Cooter & Bill Luckin (red.), *Accidents in History*, Amsterdam: 1997, p. 24 e.v.

39 HR 13 januari 1995, *NJ* 1997, 175 (*De Heel/Korver*).

40 Vgl. J. Gardner, 'The mark of responsibility', *Oxford Journal of Legal Studies* 2003, vol. 23, p. 157-171.

41 J.M. Flach, 'For those condemned to live in the future', *Quality and Safety in Health Care (QSHC)* 2003, vol. 12, p. 311-312.

voorspelbaarheid van voorbije zaken.⁴² Ook in jurisprudentie inzake letselschade als gevolg van foutieve medische interventies wordt niet duidelijk hoe men gepoogd heeft deze hindsight bias systematisch te elimineren.⁴³

Hoe hier dan wijs mee om te gaan? Op goede wijze oordelen betekent in elk geval (1) ervan weet hebben dat hindsight bias kan voorkomen, (2) onderkennen hoe deze hindsight bias het oordeel vertroebelt en (3) stappen ondernemen om die verstoring zoveel mogelijk te corrigeren. Dat is natuurlijk veel eenvoudiger gezegd dan gedaan. Het beste kan men zich, wanneer men gedrag toetst op zorgvuldigheid, vanuit een ex ante perspectief baseren op gegevens die objectief weergeven hoe groot de kans op een ongeval is en welke effecten beschermende maatregelen hebben, zonder dat men een situatie duidt met de kennis en emoties van een calamiteit. Deze constatering heeft gevolgen voor de wijze waarop men de feitelijke grondslag van aansprakelijkheid dient vast te stellen.

5.2. Toch liever geen 'Einzelfallgerechtigdheid'?

Voor het slachtoffer staat de eigen misère centraal maar elke individuele casuspositie van medische aansprakelijkheid behoort tot een 'familie' van soortgelijke gebeurtenissen en zal dus altijd in dit bredere perspectief dienen te worden gezien. Bij die verzamelingen soortgelijke gebeurtenissen kan men onderzoek doen naar frequentie van vóórkomen, analyse van mogelijke oorzaken en effecten van preventieve maatregelen ter voorkoming van onheil.

Artsen zijn door hun kennis van epidemiologie enigszins vertrouwd met deze denkwijze, juristen minder. Vranken heeft gewezen op de fixatie van juristen op individuele gevallen en ervoor gepleit om op andere, meer bredere, wijze met die casuïstiek om te gaan.⁴⁴ Hij stelt dat bij het streven naar rechtvaardige oplossingen in het individuele geval argumenten, die het individuele geval overstijgen, vaak buiten beschouwing blijven. Juist die argumenten die de casus in breder verband plaatsen, kunnen ertoe bijdragen dat de beslissing van de rechter meerwaarde voor andere gevallen krijgt.⁴⁵ Dezelfde denktrant treft men aan in het betoog van Van Boom in zijn Tilburgse oratie.⁴⁶

Een fraai voorbeeld van het nut van plaatsing van een casus in een breder verband treft men aan in het volgende voorbeeld.⁴⁷ Een man wordt geopereerd en is na de narcose zo onrustig dat hij uit bed valt en daarbij blind wordt aan één oog. Hij stelt het ziekenhuis aansprakelijk voor die

schade. Geoordeeld werd dat het ziekenhuis tekort was geschoten in zijn zorgplicht: indien er een bedhek was geplaatst, zou het niet zijn gebeurd. En als deze casus nu in dezelfde 'familie' van gebeurtenissen wordt geplaatst, hoe kijken we er dan tegenaan? Er bestaat gerechtvaardigde twijfel over het veronderstelde preventieve effect van bedhekken. Observationeel onderzoek heeft uitgewezen dat een dergelijke maatregel juist averechts kan werken. Zo verscheen onlangs in het medische tijdschrift *The Lancet* een commentaar met de titel 'Down with bedrails?'.⁴⁸ Het plaatsen van een dergelijk hek kan sommige patiënten juist geagiteerder maken. Onrustige patiënten kunnen ook over zo'n bedhek klimmen; dan vallen zij van een grotere hoogte waardoor hun verwondingen ernstiger zijn. Men daarnaast vastleggen in onrustbanden betekent dat ze zich daaraan op kunnen hangen of ze proberen zich door de spleet tussen het bedhek en matras door te wringen waardoor ze bekneld raken, soms met dodelijke afloop.⁴⁹ Empirisch onderzoek nuanceert dus de veronderstelling dat bedhekken altijd meer veiligheid geven. Er zijn juist studies die het tegendeel aangeven.⁵⁰ Gezien de uiteenlopende soorten patiënten ('gewoon' of met spoed opgenomen, net uit narcose, jong of oud, helder van geest of niet, ziekenhuis of verpleegtehuis etc.) en de uiteenlopende oorzaken van onrust is het onwaarschijnlijk dat één maatregel afdoende zal zijn.

Een tweede voorbeeld is het *Telfoutarrest* van de Hoge Raad.⁵¹ Bij een herniaoperatie vertelde de chirurg zich bij het tellen van de lendenwervels en opereerde op het verkeerde niveau, waardoor de patiënt vanwege het aanhouden van de rugklachten voor de tweede keer geopereerd worden. De chirurg werd uiteindelijk door de Hoge Raad deze fout toegerekend. Men kan het tellen van ruggenwervels om de hernia te lokaliseren manueel doen of anders met behulp van röntgenfoto's maar geen enkele methode blijkt onfeilbaar.⁵² Wederom blijkt het leerzaam om te weten te komen hoe vaak dit probleem voorkomt en empirisch onderzoek te doen naar wat van de redelijk bekwame en redelijk handelende chirurg verwacht mag worden om dit probleem zoveel mogelijk te voorkomen. Observationeel onderzoek heeft uitgewezen dat dit probleem allerm minst zeldzaam is: in diverse studies worden percentages fouten variërend van 0,14% tot 3% genoemd. Wil de rechter gebruikmaken van getalsmatige informatie, dan zal de medische professie niet alleen descriptieve methoden dienen te

42 Zie daarover ook J.J. Rachlinski, 'Heuristics and biases in the courts: ignorance or adaptation?', *Oregon Law Review* 2000, vol. 79 (1), p. 61-103.

43 Zie bijv. Centraal Tuchtcollege voor de Gezondheidszorg 9 februari 2006, *GJ* 2006, 35. De dodelijke afloop bij een patiënt was allesbepalend voor het onderzoek en de interpretatie van het feitencomplex.

44 Asser-Vranken, *Vervolg*, Deventer: Kluwer 2005 p. 4 e.v.

45 Ibid., p.12. Vranken illustreert dat aan de hand van de borgstelling door personen bij banken.

46 W.H. van Boom, *Structurele fouten in het*

aansprakelijkheidsrecht, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2003.

47 Zie noot 39, het al eerder genoemde De Heel/Korver arrest.

48 S.T. O'Keefe, 'Down with bedrails?', *Lancet* 2004, vol. 363, p. 343-344.

49 Recent kwam opnieuw in ons land een dergelijk probleem van een val uit bed zonder hekken voor de civiele rechter. De geraadpleegde deskundige constateerde dat er geen landelijke richtlijn bestaat die aangeeft wanneer er bedhekken geplaatst zouden moeten worden. Rb. Arnhem 3 oktober 2002, *TvGR* 2003, nr. 4, p. 261-263, jurisprudentie 2003/30.

50 Door vermindering van het gebruik van bedhekken nam het aantal valpartijen uit bed niet toe maar verminderde juist de ernst van de letsels. Zie daarover: H.C. Hanger, M.C. Ball & L.A. Wood, 'An analysis of falls in the hospital: can we do without bedrails?', *J Am Geriatr Soc* 1999, vol. 47, p. 529-531.

51 HR 12 juli 2002, *TvGR* 2003/2 (m.nt. Kastelein).

52 Zie voor uitvoerige documentatie van dit probleem R. Goodkin & L.L. Laska, 'Wrong disc space level surgery: medicolegal implications', *Surg Neurol* 2004, vol. 61, p. 323-342.

ontwikkelen ('hoe vaak komt het voor?') maar ook normatief dienen te zijn ('hoe vaak mag het voorkomen?').

Deze twee casusposities tonen een mix van hindsight bias en gebrek aan epidemiologische beschouwing. Het enkele feit van een val uit bed of het opereren van een verkeerd wervelniveau bewijst nog niet dat de hulpverlener toerekenbaar tekortschoot. Door de gebeurtenissen te bezien vanuit het epidemiologische familieperspectief wordt duidelijk gemaakt of het voorval waarover wordt gestreden werkelijk wel zo uitzonderlijk is en in dat verband kan ook worden bezien of hier sprake zou kunnen zijn van onrechtmatige gevaarzetting, dat wil zeggen: of de patiënt aan een groter risico werd blootgesteld dan nodig was. Het ontstaan van een calamiteit is echter zelden een kwestie van een simpele oorzaak—gevolg relatie. Een veelheid van factoren speelt meestal een rol en daarom is het volgende punt ook zo belangrijk: dat van een multifactoriële toetsing.

5.3. Het meerdimensionale onderzoek van incidenten

Als er vrijwel altijd sprake is van een samenloop van verschillende factoren die tot de eindtoestand hebben geleid, zal niet alleen de deskundige maar ook de rechter daarvoor een waaijer aan gezichtspunten hanteren. De Engelse psycholoog James Reason heeft veel onderzoek gedaan naar menselijk feilen.⁵³ Hij waarschuwt dan ook voor de *blame trap*. Het is te gemakkelijk om de persoonlijke ellende van de patiënt toe te schrijven aan enkel het onrechtmatig handelen van de hulpverlener.⁵⁴ Dat is weliswaar degene die op het scherpst van de snede handelt, maar dat doen vindt plaats vanuit een bepaalde vertreksituatie (de toestand van de patiënt), binnen een bepaalde organisatorische context en structuur van de betreffende zorgorganisatie, volgens daarvoor (protocollair) ontwikkelde zorgprocessen met hun inherente mogelijkheden én beperkingen.

Vanuit de centrale juridische beginselen van rechtseenheid en -zekerheid is bij het aansprakelijkheidsrecht de vraag wanneer de dader verantwoordelijk gehouden kan worden voor de schade. Om recht te doen aan deze belangrijke beginselen kan dus bij de beoordeling van elke casuspositie van medische aansprakelijkheid niet worden volstaan met de juridisch-dogmatische invalshoek – de basis van het recht – maar zullen de zonet genoemde drie factoren erbij betrokken dienen te worden voor de reconstructie en beoordeling van het geval. De consequentie van deze inzichten in het ontstaan van medische fouten is dat het feitenonderzoek uitgebreider en de beoordeling complexer is geworden. Dit alles heeft ook consequenties voor de beroepsgenoot die als deskundige wordt geraadpleegd.

6. Het deskundigenbericht

Een ander tot gedragsverandering van artsen motiverend aspect is een correct deskundigenonderzoek. Dit oordeel

komt immers vanuit de eigen professie. Vrijwel zonder uitzondering zullen bij kwesties van medische aansprakelijkheid juristen zich willen laten voorlichten, hetzij door vertegenwoordigers van een of beide procespartijen of een meer neutrale rechtbankdeskundige. De inbreng van artsen is in verschillende stadia van het geschil nodig. Om te zien of een claim kansrijk is, zal eerst een medisch oordeel dienen te worden ingewonnen. Het zijn veelal de medische adviseurs van letselschadeadvocaten die dat doen. Wordt er vervolgens daadwerkelijk een eis tot schadevergoeding ingediend, dan zal de schadeverzekeraar advies bij een terzake deskundige arts willen inwinnen. Komt de zaak voor de rechter, dan zal deze zich doorgaans willen laten voorlichten door een onafhankelijke deskundige.

Voor een rechtvaardige beoordeling van een casuspositie, maar ook voor de integriteit van de beroepsgroep, is een onpartijdig en objectief medisch oordeel dus van doorslaggevend belang. Twee gevaren bedreigen de inhoud van het deskundigenoordeel: de deskundige misbruikt diens positie door met gezag zaken te verkondigen die geen wetenschappelijke onderbouwing kennen of de goed bedoelende deskundige voert het onderzoek in methodologisch zin gebrekkig uit.

Zeker als er grote zakelijke belangen op het spel staan, bestaat het gevaar dat de opinie van een deskundige in het juridische steekspel een wapen gaat worden: de wens om te winnen gaat boven het vinden van de waarheid.⁵⁵ De talrijke rechtszaken die in de VS zijn gevoerd over vermeende nadelige effecten van siliconenborstprotheses, zoals daaraan toegeschreven reumatische klachten, vormen een goed voorbeeld van partijdigheid van medische 'deskundigen'. Het draait hierbij weliswaar om productaansprakelijkheid, maar het is een treffend voorbeeld van *junk science*. Als 'wetenschappelijk' aangeduide beweringen dienden hetzij om de procespositie van de klagers te bevestigen of de deugdelijkheid van het product aan te tonen. De remedie tegen een dergelijk theater, is 'echte' wetenschap. Een grondige en methodologisch goed verankerde studie wees siliconenborstprotheses als oorzaak van de klachten naar het rijk der fabelen.⁵⁶

Een andere mogelijkheid voor oneigenlijk gebruik van de positie als deskundige is de wens de eigen beroepsgroep te beschermen. Bij een claim tegen een huisarts stelde de als deskundige benoemde hoogleraar huisartsgeneeskunde bij een zaak van een gemiste diagnose baarmoederhalskanker dat een arts niet wettelijk aansprakelijk gesteld kan worden voor het fatale beloop van een ziekte. Toen de advocaat van de eisende partij hem wat betreft het rapport van onzorgvuldigheid en onkundigheid betichtte, repliceerde de deskundige dat dit een goedkope en doorzichtige truc is om zijn rapportage in een kwaad daglicht te stellen.⁵⁷ Een regionale klachtencommissie huisartsenzorg had eerder de

53 J. Reason, *Human error*, Cambridge: Cambridge University Press 1990.

54 J. Reason, 'Human error: models and management', *British Medical Journal* 2000, vol. 320, p. 768-770.

55 R.W.M. Giard, 'De deskundige en de rechter bij aansprakelijkheid voor schade door medische incidenten', *TvGR* 2001, nr. 4, p. 245-246.

56 E.C. Janowsky e.a., 'Meta-analyses of the

relation between silicone breast implants and the risk of connective-tissue diseases', *New England Journal of Medicine* 2000, vol. 342, p. 781-90.

57 Rb. Arnhem 14 juli 2004, LjN: AR8862.

klacht van de nabestaanden over onzorgvuldig handelen van de huisarts wél gegrond verklaard.

Ook al zijn de bedoelingen van de deskundige geheel zuiver, dan toch kan een kwestie verkeerd aangepakt worden. Daarbij spelen dezelfde drie methodologische kwesties als genoemd in § 5. Ook voor de deskundige gaapt de valkuil van de hindsight bias, de meerdimensionale benadering is uitermate belangrijk en het incident dient binnen het familie kader van soortgelijke gevallen te worden ondergebracht. De neiging bestaat bij juristen en rechters om af te gaan op het vermeende gezag van een deskundige op grond van diens academische c.q. wetenschappelijke status. Veel belangrijker dan de persoon van de deskundige is de gehanteerde methode.⁵⁸ Steeds vaker ook zijn er juridische commissies van wetenschappelijke verenigingen beschikbaar, die adviezen over aansprakelijkheidskwesties kunnen uitbrengen.

Een voorbeeld uit de recente jurisprudentie om dit te illustreren. Bij een vrouw die voor het eerst deelnam aan het bevolkingsonderzoek op borstkanker classificeerden de radiologen de bij haar gemaakte mammogrammen⁵⁹ als 'niet suspect'. Enige tijd later bleek zij toch aan borstkanker te lijden en ontstond juridische strijd of de screeningsradiologen aansprakelijk gesteld konden worden voor het missen van de diagnose.⁶⁰ Er werd een deskundige benoemd uit de kring van screeningsradiologen die mét voorkennis van zaken de foto's herbeoordeelde en verder niet of nauwelijks deze casus vanuit verschillende relevante gezichtspunten bekeek. Bij deze casuspositie speelde het fenomeen hindsight bias de deskundige parten. Het met juridisch oogmerk opnieuw beoordelen van bijvoorbeeld röntgenfoto's vraagt een andere opzet.⁶¹ In hoger beroep werd een meer objectieve beoordeling van deze casuspositie verlangd.⁶²

Het optreden als deskundige bij medische aansprakelijkheid, zowel binnen als buiten rechte, stelt hoge ethische én methodologische eisen aan artsen. In medische kringen dringt het besef door dat het in ieder geval al in het belang van de eigen professie is om een en ander goed op orde te hebben.⁶³ Hoofdthema's daarbij zijn richtlijnontwikkeling en deskundigheidsbevordering. Vanuit juridische kring is groeiende aandacht voor de specifieke juridische procedurele aspecten.⁶⁴ Dat brengt mij bij het volgende onderdeel, waarbij ik de vraag wil stellen op welke manier vanuit juridisch perspectief gewerkt kan worden aan vergroting van de legitimiteit van het oordeel.

7. Communicatieve aspecten: een betere 'rechtsoverdracht' bij medische claims

Een laatste maar belangrijke factor om bij stil te staan, als het draait om het versterken van de preventiefunctie, is te zien hoe het rechterlijke oordeel uitwerkt op de medische beroepsgroep, de legitimiteit. Centraal staat het doel van gedragsbeïnvloeding? Welke factoren zijn daarbij van invloed?

Actualiteit. Waar dingen zijn misgelopen, is het gewenst zo snel mogelijk duidelijkheid te verschaffen waar de verantwoordelijkheden liggen en wat daarvan de gevolgen zijn. Helaas, juridische molens malen erg traag.⁶⁵ Als er pas na jaren een uitspraak komt, is het probleem psychologisch niet actueel meer. Snelrecht is geen realistische oplossing, sneller recht wel.

Kwaliteit. Recent zijn er in het strafrechtelijke domein enkele grote uitglijders geweest, die duidelijk hebben gemaakt hoe belangrijk het is de kwaliteit van rechtspraak te bewaken. Als voortdurend de deugdelijkheid van processen inzake rechtspleging wordt gecontroleerd en gegarandeerd, kan men zich vol vertrouwen daar aan overgeven.

Motivering. Huls wees er onlangs nog eens op dat het uitmaakt naar wie toe de rechter motiveert bepaalt hoe die argumentatie eruit ziet.⁶⁶ Als het gaat om de preventieve functie, zal de motivering van de beslissing naar de gedaagde partij dus essentieel zijn en die groep moeten overtuigen.

Het alternatief. In rechtszaken staat centraal hoe het *niet* had dienen te lopen, maar bij preventie is het nodig aan te geven hoe er *wel* in het vervolg gehandeld zal kunnen worden. Als proces technisch een van de voorwaarden voor het aantonen van onrechtmatigheid het bewijzen van de fout is, ligt dat op een lijn met het benoemen van het goede.

Meer aandacht voor preventie betekent meer aandacht voor de psychologische aspecten van het rechtsbedrijf. Motivatie van beslissingen door rechters zal daarom in deze tijd meer van hen vragen: er zijn uiteenlopende doelgroepen met uiteenlopende belangen.

8. Conclusies

Hartlief, hoofdredacteur van dit blad, riep vorig jaar uitdagend op om in ons land 'Amerikaanse toestanden' te verwelkomen.⁶⁷ Het is ook zijn motivatie om juist langs de weg van het aansprakelijkheidsrecht een veiligere samenleving te helpen realiseren. Het is echter de vraag of dat doel wel

58 Zie hiervoor R.W.M. Giard & C.J.J.M. Stolk, 'Medische aansprakelijkheid: de rol van de dokter als deskundige. Valkuilen, voetangels en zelfs klemmen', *NJB* 2003, p. 751-760, alsmede hoofdstuk 7 van mijn proefschrift.

59 Dat zijn de röntgenfoto's van de beide borsten.

60 Rb. Zwolle 4 februari 2004, LJN: AO6195 en Rb. Zwolle-Lelystad 8 september 2004, LJN: AQ9892.

61 R.W.M. Giard & J.M. Broekman, 'Naar een objectieve herbeoordelingsprocedure bij

een mogelijke diagnostische dwaling', *Nederlands Tijdschrift voor Geneeskunde* 2000, vol. 144, p. 566-572.

62 Hof Arnhem 17 januari 2006, JA 2006, 37 (m.nt. Giard).

63 Zo werd op 1 juni 2006 bijvoorbeeld door de Koninklijke Nederlandse Maatschappij tot Bevordering der Geneeskunst KNMG een congres georganiseerd *De dokter als deskundige*.

64 De 'Projectgroep medische deskundigen in de rechtspleging' van de VU, zie ook www.rechten.vu.nl/iwmd.

65 De jurist Tjittes gebruikt daartoe de metafoor van een slak die kruipt in een plas stroop!

66 N.J. Huls, *R&R* 2006, p. 6 (zie noot 34) stelt dan ook: 'motiveert de rechter het vonnis voor zichzelf, voor de verliezer of de winnaar, voor de hogere rechter, voor het brede publiek?'

67 T. Hartlief, 'Leven in een claimcultuur: wie is er bang voor Amerikaanse toestanden?', Diesrede, Maastricht 2005.

bereikt zal worden zonder eerst binnen de juristerij diep na te denken hoe de preventieve functie echt kan worden versterkt, want eenvoudigweg meer claims is geen garantie voor een betere wereld, dat kan ook tot onbedoelde neveneffecten leiden. De medische beroepsgroep is weliswaar niet onwillig, maar er zijn de nodige emotionele en praktische barrières te overwinnen. Veilige zorg is een recht, van vrijblijvendheid van artsen ten aanzien van hun zorgplicht mag geen sprake zijn. Nog meer wetgeving is evenmin de oplossing.

Hierboven heb ik aangegeven welke methodologische en

praktische aspecten bij medische aansprakelijkheid aandacht verdienen. Dit terrein is dan ook een prachtige proeftuin om te onderzoeken langs welke weg de preventieve functies kunnen worden versterkt en daarmee duidelijk te maken dat voorkomen beter is dan procederen. Duidelijk is dan ook dat er voor zowel de juridische als de medische kant een fikse onderzoeksagenda klaar ligt bij dit onderwerp; we zijn eenvoudigweg tot elkaar veroordeeld. Zo'n multidisciplinaire aanpak stimuleert tot verdieping, verbreding en verbetering van het recht en zo wordt medische aansprakelijkheid een artsen aansprekend recht.