



UvA-DARE (Digital Academic Repository)

Het recht op gezondheidszorg

Nieuwenhuis, A.

Publication date

2013

Document Version

Final published version

Published in

Grondrechten: de nationale, Europese en internationale dimensie

[Link to publication](#)

Citation for published version (APA):

Nieuwenhuis, A. (2013). Het recht op gezondheidszorg. In J. Gerards (Ed.), *Grondrechten: de nationale, Europese en internationale dimensie* (pp. 393-402). Ars Aequi Libri.

General rights

It is not permitted to download or to forward/distribute the text or part of it without the consent of the author(s) and/or copyright holder(s), other than for strictly personal, individual use, unless the work is under an open content license (like Creative Commons).

Disclaimer/Complaints regulations

If you believe that digital publication of certain material infringes any of your rights or (privacy) interests, please let the Library know, stating your reasons. In case of a legitimate complaint, the Library will make the material inaccessible and/or remove it from the website. Please Ask the Library: <https://uba.uva.nl/en/contact>, or a letter to: Library of the University of Amsterdam, Secretariat, Singel 425, 1012 WP Amsterdam, The Netherlands. You will be contacted as soon as possible.

HOOFDSTUK 19.

Het recht op gezondheidszorg

Aernout Nieuwenhuis

1. Inleiding

In dit hoofdstuk komt het recht op gezondheidszorg voor het voetlicht. Dat recht is te beschouwen als een deel van het recht op – bescherming van de – gezondheid. Laatstgenoemd recht ziet immers niet alleen op de gezondheidszorg maar ook op de leefomstandigheden die de gezondheid (nadeelig) kunnen beïnvloeden.¹ De zorg van de overheid ter bescherming van de gezondheid strekt zich derhalve ook uit tot het leefmilieu, de drinkwatervoorziening en de arbeidsomstandigheden.² De reikwijdte van het recht op gezondheid wordt nog groter indien ‘gezondheid’ niet simpelweg gelijkgesteld wordt aan de afwezigheid van ziekte, maar in navolging van de preambule bij het statuut van de WHO omschreven wordt als ‘the complete physical, mental and social well-being’. Een recht op – bescherming van de – gezondheid met een dergelijk ruim bereik heeft een grote overlap met andere sociale grondrechten als het recht op leven, het recht op arbeid en het recht op een schoon milieu.

In dit hoofdstuk komt, zoals gezegd, in het bijzonder het recht op gezondheidszorg aan bod. Dit recht is in belangrijke mate te kwalificeren als een sociaal grondrecht. Bepaalde aspecten ervan vloeien ook voort uit positieve verplichtingen op grond van klassieke grondrechten als het recht op leven, het recht op een menswaardige behandeling en het recht op respect voor het privéleven. Deze positieve verplichtingen zullen in dit hoofdstuk uitdrukkelijk aandacht krijgen.

2. Europa

2.1. Raad van Europa

2.1.1 EVRM

Het EVRM kent geen bepalingen die uitdrukkelijk een recht op bescherming van de gezondheid of een recht op gezondheidszorg vastleggen. Desondanks bevatten in elk geval de art. 2, 3 en 8 EVRM aspecten die voor deze uiteenzetting van belang zijn, zo blijkt uit de jurisprudentie van het EHRM. Wij geven deze aspecten hier weer.

Artikel 2 EVRM

Art. 2 EVRM legt het recht op leven vast. De overheid heeft de positieve verplichting dat te beschermen.³ Uit het in art. 2 EVRM vastgelegde recht op leven valt overigens niet het recht op gratis gezondheidszorg af te leiden. Het bestaan van een eigen bijdrage, ook voor een medicijn dat letterlijk van levensbelang is, hoeft daarom niet in strijd te komen met enige positieve verplichting.⁴ In de

1 Toebes 2001, p. 1166, spreekt over ‘underlying conditions’.

2 Hendriks 2001, p. 57; vgl. Toebes 2001, p. 1159.

3 Vgl. EHRM 9 juni 1998, nr. 23413/94, (*L.C.B./Verenigd Koninkrijk*).

4 EHRM 21 maart 2002, nr. 65653/01 (*Nirecki/Polen*).

betreffende zaak overweegt zaak het Hof bovendien dat een eigen bijdrage evenmin in strijd is met art. 2 jo. art. 14 EVRM, nu de overheid bij de publieke financiering van de gezondheidszorg en de verdeling van de schaarse middelen voor moeilijke keuzen staat. Kan een patiënt op grond van het nationale recht echter aanspraak maken op bepaalde medicijnen, dan dient hij deze ook daadwerkelijk te kunnen krijgen.⁵

Op de overheid rust de verplichting om zeker te stellen dat in ziekenhuizen en vergelijkbare instellingen het recht op leven niet wordt geschonden.⁶ Het Hof heeft dat duidelijk uitgesproken in de zaak *Calvelli en Cigliò v. Italië*,⁷ waarin het ging om een baby die twee dagen na de geboorte was overleden, mogelijk door medische fouten in het ziekenhuis. Het Hof overweegt dat staten de positieve verplichting hebben om regelgeving vast te stellen die ziekenhuizen noopt tot het nemen van maatregelen ter bescherming van het leven van patiënten. In het verlengde daarvan moet er een onafhankelijk onderzoek plaats kunnen vinden naar de dood van patiënten en de verantwoordelijkheid daarvoor.⁸ Een onnodig lange duur van een dergelijk onderzoek kan eveneens een schending van art. 2 EVRM opleveren.⁹

Het vaststellen van een bepaalde verantwoordelijkheid hoeft niet steeds in strafrechtelijke zin te worden begrepen.¹⁰ Een civielrechtelijke procedure moet in elk geval wel kunnen leiden tot een adequate schadevergoeding, zeker wanneer een levensbedreigende situatie tot grote kosten heeft geleid.¹¹ Art. 2 EVRM kan namelijk ook in het geding zijn indien door medische fouten een levensbedreigende situatie ontstaat, zoals wanneer een baby met aids besmet raakt door een bloedtransfusie.¹²

Ook heeft het EHRM art. 2 EVRM wel van toepassing geacht indien een maatregel tot een verminderde levensverwachting zou kunnen leiden. Dat zou bijvoorbeeld het geval kunnen zijn bij een slecht georganiseerde verhuizing van de – deels zeer oude – bewoners van een verzorgingstehuis naar een nieuwe behuizing.¹³ In een dergelijk geval komt de nationale autoriteiten wel een relatief ruime appreciatiemarge toe.

Artikel 3 EVRM

Het in art. 3 EVRM vastgelegde verbod van onmenselijke of vernederende behandeling of bestrafing kan eveneens een rol spelen op het gebied van de gezondheidszorg. In de eerste plaats kan het antwoord op de vraag of een behandeling van een gevangene in strijd komt met art. 3 EVRM mede afhangen van de gezondheidstoestand van de gevangene.¹⁴ Meer in het algemeen hebben juist ook gevangenen recht op adequate medische zorg,¹⁵ daaronder begrepen specialistische zorg.¹⁶ Indien aan een arrestant een passende psychiatrische behandeling wordt onthouden, kan dat ook al snel een schending van art. 3 EVRM vormen.¹⁷

5 EHRM 10 april 2012, nr. 30909/06 (*Panaitescu/Roemenië*).

6 EHRM 21 maart 2002, nr. 65653/01 (*Nitecki/Polen*).

7 EHRM 17 januari 2002, nr. 32967/96 (*Calvelli en Cigliò/Italië*).

8 Vgl. EHRM 4 mei 2000 (*onu.*), nr. 45305/99 (*Powell/Verenigd Koninkrijk*). Zie ook EHRM 8 juli 2004, nr. 53924/00 (*Vol/Frankrijk*) en EHRM 16 februari 2010, nr. 32146/05 (*Eugenia Lazar/Roemenië*).

9 EHRM 30 september 2010, nr. 33512/04 (*Korogodina/Rusland*).

10 EHRM 8 juli 2004, nr. 53924/00 (*Vol/Frankrijk*).

11 EHRM 23 maart 2010, nr. 4864/10 (*Oyal/Turkije*).

12 EHRM 23 maart 2010, nr. 4864/10 (*Oyal/Turkije*).

13 EHRM 4 mei 2010, nr. 53586/09 (*Watts/Verenigd Koninkrijk*).

14 EHRM 19 april 2001, nr. 28524/95 (*Peers/Griekenland*).

15 EHRM 15 januari 2004, nr. 61828/00 (*Sakopoulos/Griekenland*); vgl. EHRM 20 januari 2009, nr. 28300/06 (*Slawomir Musial/Polen*).

16 EHRM 21 december 2010, nr. 36435/07 (*Raffray Taddei/Frankrijk*). Zie uitbreider Roscam Abbing 2013.

17 EHRM 3 mei 2012, nr. 24527/08 (*M.S./Verenigd Koninkrijk*).

De medische faciliteiten in een gevangenis hoeven overigens niet in elk opzicht vergelijkbaar te zijn met die daarbuiten.¹⁸ Daar staat tegenover dat veiligheidsrisico's op zichzelf onvoldoende reden zijn om een gevangene een aangewezen behandeling in een gewoon ziekenhuis te onthouden, indien behandeling in de gevangenis niet mogelijk is.¹⁹ Meer in het algemeen zal het EHRM een schending van art. 3 EVRM kunnen vaststellen indien een gevangene adequate zorg onthouden wordt.²⁰ Blijkt uit het medisch dossier van een gevangene niet welke zorg daadwerkelijk geboden is, dan zal de staat op een andere manier moeten kunnen aantonen dat er adequaat is gehandeld.²¹

Het Hof heeft zich ook uitgesproken over dwangvoeding aan gevangenen die in hongerstaking zijn.²² Wanneer deze maatregel medisch noodzakelijk is om ernstige schade aan de gezondheid te voorkomen, hoeft zij op zichzelf nog niet binnen de reikwijdte van art. 3 EVRM te vallen. Dat laat onverlet dat de wijze waarop de maatregel wordt uitgevoerd wel degelijk in strijd kan zijn met genoemde bepaling. Zie daarover ook hoofdstuk 12 over lichamelijke integriteit.

In de tweede plaats zal de overheid ervoor dienen te zorgen dat ook de behandeling van verstandelijk gehandicapte of psycho-geriatrische patiënten voldoet aan deze verdragsnorm. Het is bijvoorbeeld zeer de vraag of het (langdurig) vastbinden van deze patiënten geoorloofd is.²³

In de derde plaats kan het uitzetten van personen die ernstig ziek zijn strijd opleveren met art. 3 EVRM. Het Hof benadrukte wel de bijzondere omstandigheden: het ging om een terminale aidspatiënt die door de uitzetting de hem geboden zorg zou moeten missen en daarvoor vrijwel niets in de plaats zou krijgen.²⁴ In een andere zaak waarin dergelijke 'very exceptional circumstances' ontbraken, leidt het EHRM uit art. 3 EVRM geen verplichting af tot het ongelimiteerd verschaffen van gezondheidszorg aan uit te zetten vreemdelingen.²⁵

Artikel 8 EVRM

In enkele van de bovenstaande zaken werd ook geklaagd over schending van art. 8 EVRM. Deze klachten werden door het Hof niet afzonderlijk behandeld. In andere zaken staat het recht op respect voor het privéleven wel centraal. Hier behandelen wij kort de vraag welke betekenis art. 8 heeft voor het recht op gezondheidszorg. Er zij overigens op gewezen dat het van overheidswege tolereren van milieuvervuiling die nadelig is voor de gezondheid onder omstandigheden als een schending van art. 8 EVRM kan worden aangemerkt (zie hiervoor hoofdstuk 20).

Art. 8 EVRM ziet onder meer op de fysieke en psychische integriteit van de persoon. Het tegen zijn of haar wil ondergaan van een medisch onderzoek of een medische behandeling zal daarom vrij snel met art. 8 in strijd kunnen zijn.²⁶ Het EHRM heeft het recht om een medische behandeling te weigeren een zeer principiële grondslag gegeven:

18 EHRM 2 juni 2008, nr. 30983/02 (*Grishin/Rusland*).

19 EHRM 17 januari 2008, nr. 33138/06 (*Pilič/Kroatië*).

20 EHRM 3 mei 2007, nr. 2778/02, (*Hüseyin Yıldırım/Turkije*); EHRM 14 januari 2010, nr. 3267/03 (*Moshalyuk/Rusland*). Zie voor het niet verstreken van een kunstgebit, EHRM 16 februari 2010, nr. 7078/02 (*V.D./Roemenië*).

21 EHRM 15 juni 2010, nr. 34334/04 (*Ashot Harutyunyan/Armenië*).

22 EHRM 5 april 2005, nr. 54825/00 (*Newmerzhitskiy/Oekraïne*), zie ook EHRM 19 juni 2007, nr. 12066/02 (*Ciorapî/Moldavië*).

23 Leenen, Gevers & Legemaate 2007, p. 27.

24 EHRM 2 mei 1997, nr. 146/1996/767/964 (*D./Verenigd Koninkrijk*).

25 EHRM (GK) 27 mei 2008, nr. 26565/05 (*N./Verenigd Koninkrijk*). Zie nader ook hoofdstuk 12.

26 EHRM 13 mei 2008, nr. 52515/99 (*Jubnik/Turkije*).

'The very essence of the Convention is respect for human dignity and human freedom and the notions of self-determination and personal autonomy are important principles underlying the interpretation of its guarantees.'²⁷

Deze zelfbeschikking ziet ook op gevaarlijke activiteiten; mede om die reden is de vrijheid om een medische behandeling te weigeren direct verbonden met de genoemde principes.²⁸ In het verlengde daarvan ligt ook het beginsel van 'informed consent'.²⁹

Art. 8 EVRM kan ook in het geding zijn, wanneer de betrokkene juist een behandeling wenst te ondergaan, maar de overheid geen toestemming geeft. Een voorbeeld betreft de kunstmatige-inseminatie-behandeling voor een ex-gedetioneerde vrouw en een gedetioneerde man die op deze wijze samen een kind wilden krijgen.³⁰ In casu liet de Grote Kamer in het midden of er van een positieve of negatieve verplichting sprake was.

De bescherming van de fysieke en psychische integriteit kan ook positieve verplichtingen met zich meebrengen, zo heeft het EHRM reeds lange tijd geleden vastgesteld.³¹ Onder omstandigheden kunnen deze relevant zijn op het gebied van de gezondheidszorg, bijvoorbeeld wanneer de zorg slecht van kwaliteit is. Uit genoemde positieve verplichtingen vloeit echter wederom geen recht op gratis medische zorg voort.³² Belastinggelden moeten immers ook voor andere doelen aangewend kunnen worden.³³

Op indirecte wijze kan art. 8 EVRM wel een rol spelen bij een positieve beantwoording van de vraag of een bepaalde behandeling vergoed dient te worden. Zo achtte het EHRM het afwijzen van een vergoeding van een geslachtsverandering en de bijbehorende hormoonbehandeling in strijd met art. 8 EVRM, omdat deze gebaseerd was op een oordeel over het karakter van de betrokkene, die vrouw wenste te worden. Deze zou een zodanig manlijk karakter hebben dat er geen noodzaak bestond voor de betreffende behandeling. Daarom werd de behandeling niet vergoed. Dat oordeel achtte het Hof een vergaande inbreuk op het recht op respect voor het privéleven.³⁴

2.1.2 ESH

Wenden we de blik naar het ESH.³⁵ Art. 11 ESH ziet op de bescherming van de gezondheid in algemene zin. Daarnaast zijn er specifieke bepalingen die mede de gezondheid op het werk betreffen (art. 3), de gezondheid van vrouwen die in verwachting zijn (art. 8), de gezondheid van kinderen (art. 17) en de gezondheid van ouderen (art. 23). Art. 13 formuleert onder meer een recht op medische bijstand voor mensen met onvoldoende inkomsten.

Wij beperken deze uiteenzetting in belangrijk mate tot de betekenis van art. 11 ESH, waarvan de tekst als volgt luidt:

27 EHRM 10 juni 2010, nr. 302/02 (*Jehova's Witnesses of Moscow/Rusland*).

28 EHRM 10 juni 2010, nr. 302/02 (*Jehova's Witnesses of Moscow/Rusland*).

29 EHRM 8 november 2011, nr. 18968/07 (*VC/Slowakije*). Vgl. ook het belang dat de Hoge Raad hecht aan het recht van de patiënt op informatie om op een juiste wijze van zijn zelfbeschikkingsrecht gebruik te kunnen maken, HR 13 november 2001, LJN AB2737.

30 EHRM (GK) 18 april 2006, nr. 44362/04 (*Dickson/Verenigd Koninkrijk*).

31 Bijv. EHRM 26 maart 1985, nr. 8978/80 (*X. en Y./Nederland*), zie voorts hoofdstuk 12 en hoofdstuk 6.

32 EHRM 4 januari 2005 (ontv.), nr. 14462/03 (*Pentiacova e.a./Moldavië*); het ging om een klacht van dialysepatiënten, die onvrede waren over de beschikbaarheid en de frequentie van de behandeling.

33 EHRM 8 juli 2003, nr. 27677/02 (*Sengsel/Nederland*).

34 EHRM 12 juni 2003, nr. 35968/97 (*Van Kück/Duitsland*).

35 Zie hiervoor o.a. *The Right to Health and the European Social Charter*, Information Document secretariat ESC, maart 2009.

Artikel 11 Europees Sociaal Handvest

Teneinde de doeltreffende uitoefening van het recht op bescherming van de gezondheid te waarborgen, verbinden Partijen zich, hetzij rechtstreeks, hetzij in samenwerking met openbare of particuliere organisaties, passende maatregelen te nemen onder andere met het oogmerk:

1. de oorzaken van een slechte gezondheid zoveel mogelijk weg te nemen;
2. ter bevordering van de volksgezondheid en de persoonlijke verantwoordelijkheid op het gebied van de gezondheid voorzieningen te treffen op het terrein van voorlichting en onderwijs;
3. epidemische, endemische en andere ziekten, alsmede ongevallen, zoveel mogelijk te voorkomen.

De bepaling verplicht enerzijds tot maatregelen ter bevordering van de gezondheid zoals het tegengaan van milieuvuiling,³⁶ het bevorderen van de voedselveiligheid en vaccineren tegen besmettelijke ziekten. Anderzijds verplicht de bepaling tot het bieden van adequate gezondheidszorg. Daarbij dient de gezondheidszorg voor de hele bevolking toegankelijk te zijn, zonder dat er sprake is van discriminatie.

In een zaak tegen Bulgarije stelde het ECSR een schending van art. 11 jo. art. 13 ESH vast, nu het daar vigerende stelsel onvoldoende toegang tot onder meer eerstelijns en poliklinische zorg bood aan kwetsbare groepen. Bovendien werden de Roma in dit opzicht gediscrimineerd.³⁷ Al eerder was het ECSR in het bijzonder op grond van art. 17 ESH tot de conclusie gekomen, dat ook kinderen van illegale immigranten voor gezondheidszorg in aanmerking moeten kunnen komen.³⁸

2.2 EU

In het EU-Handvest van de Grondrechten is het recht op toegang tot medische verzorging vastgelegd in art. 35:

Artikel 35 EU-Grondrechtenhandvest

Eenieder heeft recht op toegang tot preventieve gezondheidszorg en op medische verzorging onder door de nationale wetgevingen en praktijken gestelde voorwaarden. Bij de bepaling en de uitvoering van het beleid en het optreden van de Unie wordt een hoog niveau van bescherming van de menselijk gezondheid gewaarborgd.

De bepaling laat zich lezen als een combinatie van een individueel recht en een beleidsdoelstelling.³⁹ Daarbij wordt de inhoud van het individuele recht in belangrijke mate bepaald door nationale wetgeving.

Het belang van een goede gezondheidszorg is al langer vastgelegd in verdragsbepalingen van de Unie. Het huidige art. 9 VwEU stelt dat de Unie bij de bepaling en uitvoering van haar beleid en optreden onder meer rekening houdt de bescherming van de gezondheid. Art. 168 VwEU ziet meer in het bijzonder op het nemen van maatregelen op het gebied van de gezondheid.⁴⁰ Het artikel bepaalt in de eerste plaats dat bij de uitvoering van ieder beleid en bij ieder optreden van de gemeenschap een hoog niveau van de bescherming van de menselijke gezondheid wordt verzekerd. In de tweede

36 Vgl. ECSR 6 december 2006, nr. 30/2005 (*Marangopoulos FHR/Griekenland*).

37 ECSR 3 december 2008, nr. 46/2007 (*ERRCT/Bulgarije*). Het ECSR heeft overigens ook vastgesteld dat Frankrijk ten opzichte van de daar verblijvende Roma tekort was geschoten, ECSR 11 september 2012, nr. 67/2011 (*Médecins du Monde International/Frankrijk*).

38 ECSR 8 september 2004, nr. 14/2003 (*FIDH/Frankrijk*).

39 Meyer 2011, p. 481.

40 Een uitgebreide behandeling van de positie van de gezondheidszorg in het EU recht is te vinden bij Van de Gronden 2011.

plaats dient het artikel als de belangrijkste grondslag voor de bevoegdheid om specifieke maatregelen te nemen op het gebied van de gezondheid (szorg). Het optreden van de EU is daarbij gericht op verbetering van de volksgezondheid, preventie van ziekten en aandoeningen bij de mens en het wegnemen van bronnen van gevaar voor de menselijke gezondheid. De bevoegdheid van de EU is in beginsel aanvullend van aard; er valt bijvoorbeeld te denken aan de bestrijding van grensoverschrijdende epidemieën.

Tevens valt op te merken dat de toenemende grensoverschrijdende mobiliteit van patiënten de gezondheidszorg meer prominent op de Europese agenda heeft geplaatst.⁴¹ Dat leidt tot vragen ten aanzien van de verplichting van verzekeraars om medische verrichtingen in andere lidstaten te vergoeden.⁴²

3. Nederland

Het recht op bescherming van de gezondheid is opgenomen in art. 22 lid 1 Grondwet:

Artikel 22 Grondwet

De overheid treft maatregelen ter bevordering van de volksgezondheid.

Het begrip 'volksgezondheid' is in de memorie van toelichting niet scherp gedefinieerd. Het is met opzet globaal gehouden en er is bewust van afgezien de omschrijving uit het Statuut van de WHO (een toestand van volledig lichamelijk, geestelijk en sociaal welzijn) over te nemen.⁴³ Wel is vastgesteld dat niet alleen de gezondheidszorg in enge zin binnen het bereik van de bepaling valt maar ook bijvoorbeeld het beleid ten aanzien van de verzekering voor kosten van gezondheidszorg en de schoolgeneeskunde.⁴⁴ De in art. 22 lid 1 Gw gebruikte term 'bevorderen' kan uitgelegd worden als beschermen en eventueel naar een hoger niveau brengen.⁴⁵

De invoering van de zorgplicht voor de volksgezondheid in de Grondwet van 1983 kan niet als een breuk met het verleden worden gezien. Zij vormde eerder een bevestiging van het bestaande beleid: 'De bevordering van de volksgezondheid behoort tot de onderwerpen, die reeds lang een belangrijke plaats innemen in het overheidsbeleid. Daarom is voor deze tak van overheidszorg een plaats ingeruimd onder de voorgestelde sociale grondrechtsbepalingen'.⁴⁶ De formulering van art. 22 lid 1 Gw biedt de rechter weinig of geen houvast om een maatregel van de overheid te toetsen. De Grondwetgever heeft ook niet de bedoeling gehad om een afdwingbaar recht in het leven te roepen.⁴⁷

Een onderzoek van de jurisprudentie levert dan ook maar een beperkt resultaat op. De Hoge Raad betrok het grondrecht niet of niet uitdrukkelijk bij zijn overweging dat de overheid een zorgverplichting heeft ten aanzien van ingesloten arrestanten, ook wat betreft medische bijstand. Er lijkt hier eerder sprake van een algemene rechtsstatelijke verplichting dan van een uitvloeisel van het recht op gezondheidszorg.⁴⁸

41 Abbing 2005.

42 Bijv. HvJ EG 16 mei 2006, zaak C-372/04 (*Watts*).

43 *Kamerstukken II*, 1976/77, 13 873, nr. 7, p. 22 (MvA).

44 *Kamerstukken II*, 1976/77, 13 873, nr. 7, p. 23 (MvA).

45 *Kamerstukken II*, 1976/77, 13 873, nr. 3, p. 14.

46 *Kamerstukken II*, 1976/77, 13 873, nr. 3, p. 14 (MvT).

47 Hendriks 2001, p. 61.

48 HR 28 juni 1991, LjN ZC0304.

Een beroep op art. 22 lid 1 Gw zal afgezien van uitzonderlijke omstandigheden niet snel gehonoreerd kunnen worden.⁴⁹ Voor een nadere uitwerking van de zorgplicht, die kan voortvloeien uit deze Grondwetsbepaling moet men te rade gaan bij rapporten van de Nationale Ombudsman. Deze heeft enkele malen vastgesteld dat de overheid in haar zorgplicht te kort was geschoten. Zo mag de overheid volgens de Ombudsman weliswaar het nodige aan 'de behandelpraktijk' en 'het veld' overlaten, bij epidemische ziekten bijvoorbeeld is hoe dan ook een actieve opstelling geboden. Deze was ten aanzien van het voorkomen van het gebruik van met het aidsvirus besmette bloedproducten voor hemofiliepatiënten volgens de Ombudsman niet in alle opzichten zorgvuldig geweest.⁵⁰ In een tot op zekere hoogte vergelijkbaar rapport over de mogelijkerwijs door psychotherapie ingegeven incestbeschuldigingen noemt de Ombudsman art. 22 lid 1 Gw uitdrukkelijk. Deze bepaling kan de overheid volgens de Ombudsman verplichten tot actief optreden wanneer zich nieuwe problemen voordoen.⁵¹

Art. 12 IVESCR speelt evenmin een rol van betekenis bij de Nederlandse rechter. Het is volgens de rechter niet een ieder verbindende bepaling.⁵² Wel is het onder omstandigheden mogelijk het recht op gezondheidszorg aan te haken bij art. 26 IVBPR. Dat wil overigens niet zeggen dat ieder onderscheid dat in de gezondheidszorg wordt gemaakt, strijd oplevert met het recht op gelijke behandeling.⁵³ Het is bijvoorbeeld geoorloofd onderscheid te maken naar woonvorm: bewoners van een verpleeghuis hoeven niet per se een vrije dokterskeuze te hebben.⁵⁴ Omgekeerd kan een onderscheid op het gebied van de gezondheidszorg in strijd zijn met het gelijkheidsbeginsel zonder dat daar noodzakelijkerwijs het recht op gezondheidszorg aan hoeft te worden gekoppeld.⁵⁵

4. Internationaal

In het internationale recht wordt op verschillende plaatsen aandacht besteed aan het belang van de gezondheidszorg.⁵⁶ Art. 55 van het Handvest van de Verenigde Naties wijst onder meer op het belang van het bevorderen en oplossen van problemen in de gezondheidszorg. De Universele Verklaring van de Rechten van de Mens stelt in art. 25 lid 1 dat de levensstandaard hoog genoeg moet zijn om geneeskundige verzorging mogelijk te maken.

Non-discriminatieverdragen bevatten vaak specifieke normen ten aanzien van de gezondheidszorg. Art. 12 IVDV ziet in het bijzonder op discriminatie op grond van geslacht op het gebied van de gezondheidszorg. Art. 24 IVRK formuleert voor kinderen een recht op gezondheid en een recht op behandeling, dat uit een reeks van elementen bestaat. Het eist onder meer passende maatregelen om kindersterfte te voorkomen, passende maatregelen om pre- en postnatale zorg voor moeders te waarborgen, en doeltreffende en passende maatregelen om traditionele gebruiken af te schaffen die schadelijk zijn voor de gezondheid van het kind. In het meer recent tot stand gekomen VN-Verdrag inzake de rechten van personen met een handicap is eveneens een relevante bepaling opgenomen; art. 25 bepaalt dat ook mensen met een handicap recht hebben op gratis of betaalbare gezondheidszorg.

49 CRvB 22 oktober 1999, LjN AA8518.

50 NO 18 juli 1995, *TvGR* 1996, 5.

51 NO 3 april 2000, *JB* 2000, 154.

52 CRvB 21 januari 1994, LjN AN3804.

53 CRvB 21 januari 1994, LjN AN3804.

54 CRvB 22 oktober 1999, LjN AA8518.

55 Rb. Den Haag 11 maart 1992, LjN BM6499; eiseres moest een verpleeghuis verlaten wegens plaatsgebrek; de staat werd de kosten van thuisverpleging te vergoeden, terwijl de staat wel de ziekenhuiskosten vergoed, wanneer een patiënt nog niet naar een verpleeghuis kan wegens plaatsgebrek.

56 Zie Tobin 2012, voor een uitgebreid overzicht van het recht op gezondheidszorg in het internationale recht.

De belangrijkste meer algemene norm in het internationale recht is ongetwijfeld art. 12 IVESCR. Dat vindt hieronder behandeling. Vervolgens is er kort aandacht voor art. 10 ILO-Conventie 102. Dit artikel is volgens de Nederlandse rechter, in elk geval voor een deel, een ieder verbindend.

4.1 IVESCR

Art. 12 IVESCR luidt als volgt:

Artikel 12 IVESCR

1. De staten die partij zijn bij dit verdrag erkennen het recht van een ieder op een zo goed mogelijke lichamelijke en geestelijke gezondheid.
2. De door de staten die partij zijn bij dit verdrag te nemen maatregelen ter volledige verwezenlijking van dit recht omvatten onder meer die welke nodig zijn om te komen tot:
 - a. Vermindering van het aantal doodgeborenen en van de kindersterfte alsmede een gezonde ontwikkeling van het kind;
 - b. Verbetering van alle aspecten betreffende de hygiëne van het gewone milieu van de mens en van het werkmilieu;
 - c. Voorkoming, behandeling en bestrijding van epidemische en endemische ziekten, alsmede van beroepsziekten en andere ziekten;
 - d. Het scheppen van omstandigheden die een ieder in geval van ziekte geneeskundige bijstand en verzorging waarborgen.

Het Comité dat op grond van het IVESCR is ingesteld, vat het recht op bescherming van de gezondheid ruim op. Het omvat onder meer het recht op zeggenschap over gezondheid en lichaam, daarbij inbegrepen seksuele en reproductieve vrijheid, het recht om niet gemarteld te worden en het recht om niet zonder instemming een medische behandeling te ondergaan of aan een medisch experiment deel te nemen. Is hier vooral sprake van onthoudingsplichten van de overheid, de norm ziet daarnaast uitdrukkelijk op het recht op een stelsel van bescherming van de gezondheid, en op gelijke mogelijkheden om het hoogst bereikbare niveau van gezondheid te genieten.⁵⁷ Daarbij strekt de bescherming van de gezondheid zich ook uit tot voeding, huisvesting, drinkwatervoorziening, sanitair, arbeidsomstandigheden en milieu.

Het recht op gezondheidszorg is dus als een deel van het recht op bescherming van de gezondheid te beschouwen. Het kent volgens het Comité op zijn beurt ook weer een aantal elementen. De staat dient er in de eerste plaats voor te zorgen dat er faciliteiten bestaan. In de tweede plaats dienen deze ook toegankelijk te zijn. Gelet moet worden op gelijke toegang, op fysieke bereikbaarheid, en op een billijk systeem van vergoedingen, dat geen disproportionele last op minder draagkrachtigen legt. In de derde plaats dient de geboden zorg acceptabel te zijn, mede uit ethisch en cultureel oogpunt. In de vierde plaats dient de kwaliteit van de geboden zorg een punt van aandacht voor de overheid te vormen.⁵⁸ Het Comité is zich ervan bewust dat het vereiste systeem van gezondheidszorg niet met enkele penstreken is te realiseren. Het gaat om 'progressive realization'. Deze dient wel serieus ter hand te worden genomen; geboden zijn: 'appropriate legislative, administrative, budgetary, judicial, promotional and other measures towards the full realization of the right to health'. Het Comité stelt

57 General Comment No. 14 van het VN-Comité inzake Economische Sociale en Culturele Rechten (11 augustus 2000), The Right to the Highest Attainable Standard of Health, UN DOC E/C.12/2000/4. Meer in het algemeen omvat het recht op bescherming van de gezondheid 'a right to respect, a right to protect and a right to fulfill'.

58 General Comment No. 14 van het VN-Comité inzake Economische Sociale en Culturele Rechten (11 augustus 2000), The Right to the Highest Attainable Standard of Health, UN DOC E/C.12/2000/4.

mede daarom vast dat er een sterk vermoeden bestaat dat 'retrogressive measures' niet zijn toege-
staan.⁵⁹

Ook op andere manieren tracht het Comité uit het recht op gezondheidszorg enkele striktere normen af te leiden. Zo mag een afdoend stelsel van gezondheidszorg in veel landen slechts op lan-
gere termijn haalbaar zijn, het verbod van discriminatie geldt echter van meet af aan. Daarnaast leidt het Comité uit art. 12 IVESCR een 'core obligation' af; de plicht om een minimum aan zorg dan wel de meest essentiële zorg te bieden.⁶⁰ Deze kern kan worden omschreven als zorg rond zwangerschap en bevalling, zorg voor het kind, inenting tegen de meest voorkomende infectieziekten, adequate behandeling van ziekten en letsel, noodzakelijke medicijnen, schoon drinkwater en adequaat sanitair, adequate voedselvoorziening en informatie.⁶¹

4.2 ILO

Besteden we voorts kort aandacht aan art. 10 lid 1 aanhef en sub b, alsmede art. 49 lid 2 ILO-
Conventie 102. De eerste bepaling luidt als volgt:

Artikel 10, eerste lid, aanhef en onder b, ILO-Conventie 102

De verstrekkingen moeten tenminste omvatten (...) in geval van zwangerschap, bevalling en de gevolgen daarvan:

- i. prenatale zorg, hulp bij de bevalling en postnatale zorg hetzij van een geneeskundige, hetzij van een gediplomeerde vroedvrouw;
- ii. opname in een ziekenhuis wanneer deze noodzakelijk is.

De tweede genoemde bepaling ziet eveneens op de zorg rondom de zwangerschap. De Centrale Raad van Beroep achtte beide verdragsbepalingen zodanig concreet dat rechtstreekse werking voor de hand ligt. Om die reden mocht er geen eigen bijdrage voor de kosten van de ziekenhuisbevalling worden gevraagd.⁶²

5. Vergelijking en integratie

Het recht op gezondheidszorg vertoont alle trekken van een sociaal grondrecht. Het is in de eerste plaats gericht op overheidszorg. Desondanks kunnen er ook bepaalde onthoudingsplichten aan verbonden worden. Juist deze onthoudingsplichten zijn vaak al vastgelegd in klassieke grondrechtsbepalingen; men denke aan het recht op integriteit van het lichaam. De zorgplicht is in het algemeen moeilijker als een eenvoudig afdwingbare rechtsnorm te beschouwen. Toegang afdwingen met alleen een beroep op het recht op gezondheidszorg heeft derhalve betrekkelijk weinig kans van slagen.⁶³

59 General Comment No. 14 van het VN-Comité inzake Economische Sociale en Culturele Rechten (11 augustus 2000), The Right to the Highest Attainable Standard of Health, UN DOC E/C.12/2000/4.

60 Algemeen Commentaar nr. 3 van het VN-Comité inzake Economische, Sociale en Culturele Rechten (14 december 1990) 'The Nature of States Parties' Obligations, UN DOC E/1991/23, herhaald in General Comment No. 14 van het VN-Comité inzake Economische Sociale en Culturele Rechten (11 augustus 2000), The Right to the Highest Attainable Standard of Health, UN DOC E/C.12/2000/4.

61 Toebes 2000, p. 1166.

62 CRvB 26 mei 1996, LJN AL0666.

63 Leenen, Gevers & Legemaate 2007, p. 44.

Daar staat tegenover dat in bepaalde gevallen positieve verplichtingen bij het recht op leven en het recht op respect voor het privéleven in het geding kunnen zijn.

Het feit dat het recht op gezondheidszorg niet een simpelweg afdwingbare norm is, heeft uiteraard alles te maken met het feit dat de organisatie en de financiering van de gezondheidszorg doortrokken zijn van beleidskeuzen. De concretisering van de zorgplicht hangt dus voor een deel samen met prioriteitstelling en belangenafwegingen. Dat geldt ook voor rijkere landen. Zelfs indien er een gepositieerd recht op ziekenhuisopname zou bestaan, zou dat in feite eigenlijk een recht op plaatsing op een wachtlijst betekenen.⁶⁴

Bovendien hoeft de overheid de zorg niet zelf te leveren, ook al heeft ze de eindverantwoordelijkheid voor voldoende zorg en voor de beschikbaarheid, toegankelijkheid en kwaliteit daarvan.⁶⁵ Op het gebied van de gezondheidszorg is de situatie daarbij nog extra gecompliceerd omdat naast overheid en burger niet alleen particuliere zorgverstrekkers een belangrijke positie innemen, maar er nog een vierde partij is die een rol van betekenis speelt: de zorgverzekeraar.

6. Literatuur

- Roscam Abbing, H.D.C. (2005), 'De Europese Grondwet, het Europese integratieproces en het recht op zorg voor de gezondheid', *TvGR* 2005, p. 538-553
- Gevers, J.K.M. (1994), *Het EVRM en de gezondheidszorg*, Nijmegen: Ars Aequi Libri 1994
- Gevers, J.K.M. (2005), 'Gelijke toegang tot goede zorg verzekerd?', *TvGR* 2005, p. 291-297
- Van de Gronden, J.W. (2011), *Health Care and EU Law*, Den Haag: T.M.C. Asser Press 2011
- Hendriks, A.C. (2001), 'Gelijke toegang tot zorg – van ideaal naar recht', *TvGR* 2001, p. 55-64
- Leenen, H.J.J., Gevers, J.K.M & Legemaate, J. (2007), *Handboek gezondheidsrecht, deel I Rechten van mensen in de gezondheidszorg*, Houten: Bohn Stafleu Van Loghum 2007
- Meyer, J. (2011), *Charta der Grundrechte der Europäischen Union*, Baden Baden: Nomos 2011
- Roscam Abbing, H. (2013), 'Prisoner's Right to Health Care, A European Perspective', *European Journal of Health Law* 2013, p. 5-19
- Simons, J. & Gevers, J.K.M. (2007), 'Overheidstoezicht op de kwaliteit van de gezondheidszorg', *NJB* 2007, p. 1616-1620
- Tobin, J. (2012), *The Right to Health in International Law*, Oxford Scholarship Online 2012
- Toebes, B. (2000), 'Het recht op gezondheid: zoektocht naar de betekenis van een norm', *NJCM-Bulletin* 2000, p. 1158-1169
- Toebes, B. (2001), 'The Right to Health', in: Eide, A. e.a. (red.), *Economic, Social and Cultural Rights*, Dordrecht: Martinus Nijhoff 2001, p. 169-190
- Verschuuren, J.M., 'Artikel 21', in: A. Koekkoek e.a. (red.), *De Grondwet, een systematisch en artikelsgewijs commentaar*, Deventer: W.E.J. Tjeenk Willink 2000, p. 231-239

⁶⁴ Leenen, Gevers & Legemaate 2007, p. 26.

⁶⁵ Gevers 2005.