

Postprint version : 1.0
Journal website : <https://www.bjutijdschriften.nl/tijdschrift/TvGR>
DOI : 10.5553/TvGR/016508742022046001012

This is a Nivel certified Post Print, more info at nivel.nl

S.N.P. Wiznitzer, Defensieve dokters*

Prof.dr.ir. R.D. Friele**

Het proefschrift Defensieve Dokters van mr. S.N.P. Wiznitzer is een mooi voorbeeld van een, naar ik hoop, groeiende interesse bij juristen om ook vanuit het empirische domein te reflecteren op de werking van wet- en regelgeving. Hoe dat reflecteren precies vorm moet krijgen is nog een zoektocht. Het proefschrift van Wiznitzer is een mooie stap in die zoektocht.

Een heldere opbouw in drie delen

In haar proefschrift reflecteert Wiznitzer op de mogelijke, ongewenste, werking van het aansprakelijkheidsrecht op het defensief handelen van artsen.

Als openingszin haalt ze een citaat aan van prof. Roscam Abbing, uit het Tijdschrift voor Gezondheidsrecht, dat schadeclaims 'defensieve geneeskunde' in de hand werken. Ze stelt de relevante vraag of er genoeg empirisch bewijs is om te kunnen stellen dat het aansprakelijkheidsrecht het handelen van artsen beïnvloedt, en als daar dan sprake van is, of die invloed positief dan wel negatief is. In het proefschrift krijgt de mogelijk negatieve invloed vervolgens de meeste aandacht.

Al in de inleiding beschrijft Wiznitzer dat ze een brede definitie hanteert van wat valt onder het aansprakelijkheidsrecht: het civiel medisch aansprakelijkheidsrecht, het medisch tuchtrecht en het medisch strafrecht. Het motief voor deze brede insteek is dat niet alleen het civiel medisch aansprakelijkheidsrecht invloed zal hebben op het handelen van artsen, maar dat ook het tucht- en het strafrecht die invloed kunnen hebben. Vanuit het perspectief van artsen is deze keuze, zeker die voor de inclusive van het tuchtrecht, goed te begrijpen.

Deel 1: Juridische analyse: het aansprakelijkheidsrecht heeft, ook, als doel bij te dragen aan gedragsverandering

In het eerste deel van het proefschrift beschrijft Wiznitzer uitgebreid de drie rechtsdomeinen van haar onderzoek: het civiel medisch aansprakelijkheidsrecht, het medisch tuchtrecht en het medisch strafrecht. In de nadere analyse van de doelen van het civiel aansprakelijkheidsrecht en de jurisprudentie concludeert ze dat het een van de doelen van het civiel aansprakelijkheidsrecht is om bij te dragen aan gedragsverandering bij artsen. Vergelijkbare conclusies trekt ze uit een analyse van de doelen van en jurisprudentie over het tucht- en strafrecht.

* S.N.P. Wiznitzer, Defensieve dokters? Een juridisch- empirisch onderzoek naar de invloed van het medisch aansprakelijkheidsrecht op het professionele handelen van zorgverleners, Den Haag: Boom juridisch 2021 (364 pag.), ISBN 978-94-6290-957-1.

** Roland Friele is adjunct directeur van het NIVEL en bijzonder hoogleraar bij de Tranzo, Tilburg University. Zijn leerstoel betreft de maatschappelijke impact van wet- en regelgeving in de gezondheidszorg.

Naast deze centrale conclusie raakt Wiznitzer een interessant discussiepunt, over de rol van kennis van het recht onder artsen bij het realiseren van gedragsverandering. In zowel de analyse van het civiel aansprakelijkheidsrecht als het tuchtrecht gaat Wiznitzer in op de normen die gehanteerd worden om te oordelen over het handelen van een arts. Ze constateert dat er sprake is van open normen, die ze vervolgens bespreekt onder twee kopjes: informed consent en kunstfouten. Zij signaleert een probleem. Ze stelt dat aansprakelijkheidsrecht pas kan bijdragen aan preventie als men kennis heft van de geldende normen, en dat dit lastig is in het geval van open normen. Tegelijk signaleert ze, op basis van de juridische literatuur, andere mogelijke mechanismen waarlangs het aansprakelijkheidsrecht invloed kan hebben op het handelen van artsen. Ze haalt Van Boom aan (p. 53) die stelt dat het goed mogelijk is dat niet het geldende recht, maar de (onjuiste) perceptie van het recht leidt tot defensief gedrag. Daarnaast haalt ze Hendriks en Levi aan (p. 88) die betogen dat angst voor klachten en claims zou kunnen leiden tot defensief gedrag.

Wiznitzer sluit het eerste deel af met de stelling dat ‘gedegen kennis van het recht een basisassumptie is voor de veronderstelling dat het geldende recht het gedrag beïnvloedt’ (p. 126). Op grond van deze overweging stelt ze de vraag in hoeverre artsen kennis hebben van het geldende medisch aansprakelijkheidsrecht.

Deel 2: Nationaal en international empirisch onderzoek laat zien dat artsen zeggen zich door angst voor aansprakelijkheid te laten beïnvloeden

Het tweede deel geeft een overzicht van het nationale en internationale empirische, sociaal wetenschappelijke, onderzoek naar de kennis van artsen over het aansprakelijkheidsrecht en defensieve geneeskunde.

In hoofdstuk 6 presenteert Wiznitzer de resultaten van Nederlands onderzoek naar de kennis van artsen van civielrechtelijke normen (WGBO) en het medisch tuchtrecht en de meningen van artsen over het medisch strafrecht.

Ze constateert dat artsen een gebrek hebben aan kennis van het aansprakelijkheidsrecht. Ook gaat ze in op de definities en operationalisering van defensief handelen in de literatuur. Ze constateert dat dit begrip verschillend wordt uitgewerkt. Verschillende malen constateert Wiznitzer dat in de onderzochte groepen artsen defensief gedrag geen groot probleem is. Voor de lezer blijft het helaas onduidelijk wanneer volgens Wiznitzer gesproken zou moeten worden van een groot of juist geen groot probleem.¹

Wiznitzer rapporteert ook over internationaal Engelstalig onderzoek naar kennis van artsen over aansprakelijkheidsrecht en de percepties van artsen van het aansprakelijkheidsrecht. Ook hier gold dat de hoeveelheid gevonden relevante publicaties beperkt (N=14) en divers is. Ook uit dit onderzoek blijkt dat artsen beperkte kennis van voor hen relevant recht lijken te hebben. Als aanvullende bevinding laat Wiznitzer zien dat artsen ertoe neigen het risico op aansprakelijkheid te overschatten. Aan het einde van dit hoofdstuk doet Wiznitzer een opmerkelijke uitspraak, namelijk dat verwacht mag worden dat artsen zich conform regels kunnen gedragen zonder dat zij weten dat die regels gelden: ‘de veronderstelling dat artsen zich alleen aan regels houden als zij die kennen, doet tekort aan de professionele integriteit van de beroepsgroep’ (p. 165). Ik kan me goed vinden in deze

¹ Niet duidelijk is op basis waarvan Wiznitzer concludeert dat defensief gedrag al dan niet een groot probleem is. Opmerkelijk is bijvoorbeeld de conclusie die zij verbindt aan een observatie in een van de onderzoeken naar defensief gedrag bij verwijzen door huisartsen (p. 140). Volgens het door haar geciteerde onderzoek rapporteren huisartsen bij 11% van de verwijzingen een defensief motief. Wiznitzer constateert dat dit ‘dus niet een veel voorkomend fenomeen is’. Dat roept de vraag op wanneer dan wel van een veel voorkomend fenomeen gesproken moet worden. Per 1.000 inwoners verwijst de Nederlandse huisarts ruim 300 keer per jaar naar een medisch specialist (www.nivel.nl/nl/publicatie/zorg-door-de-huisarts-nivel-zorgregistratieeerste-lijn-jaarcijfers-2018-en). Omgerekend naar de Nederlandse bevolking gaat het bij 11% verwijzingen met een defensief motief dan om meer dan een half miljoen verwijzingen per jaar met een defensief motief (11% van 300*17.000). Is dat ‘niet veel’?

observatie. Dit betekent ook dat er dus andere mechanismen zijn dan ‘gedegen kennis van het recht’ die er zorg voor dragen dat artsen zich aan regels houden.

In hoofdstuk 7 rapporteert Wiznitzer over buitenlands onderzoek naar defensief gedrag in de gynaecologie en maakt daarbij het relevante onderscheid tussen, wat zij noemt, onderzoek met harde data en onderzoek naar de perceptie van gynaecologen over het voorkomen van defensief gedrag. Uit het perceptieonderzoek komt systematisch naar voren dat gynaecologen melden dat defensief gedrag op grote schaal voorkomt, terwijl het onderzoek met harde data een wisselender beeld geeft. Toch eindigt Wiznitzer dit hoofdstuk met de constatering dat, aangezien gynaecologie een hoog-risico specialisme is, het niet verrassend is dat gynaecologen rapporteren zich door angst voor aansprakelijkheid te laten beïnvloeden. Overigens moet worden opgemerkt dat de overgrote meerderheid van de aangehaalde studies uit de VS afkomstig zijn. De vraag is hoe relevant die resultaten zijn voor de Nederlandse setting, waar het aansprakelijkheidsrecht toch een heel andere betekenis heeft dan in de VS.

In hoofdstuk 8 rapporteert Wiznitzer over buitenlands onderzoek naar defensief gedrag bij huisartsen. Uit deze studies, alle studies naar de percepties van huisartsen, komt het beeld naar voren dat volgens deze artsen defensief gedrag veel voorkomt en dat angst voor aansprakelijkheid het professionele handelen beïnvloedt. Ook komt naar voren dat huisartsen de neiging hebben het aansprakelijkheidsrisico als hoog in te schatten. Dit beoordeelt Wiznitzer als opmerkelijk omdat, zo stelt ze, het aansprakelijkheidsrisico voor huisartsen juist relatief laag is (p. 200).

Deel 3: Eigen empirisch onderzoek: beperkte invloed van het medisch aansprakelijkheidsrecht op gedrag

Naar aanleiding van dit literatuuroverzicht heeft Wiznitzer twee empirische studies uitgevoerd om een antwoord te vinden op de vraag of Nederlandse artsen het risico op aansprakelijkheidstelling overschatten en op de vraag of een overschatting van dit risico samenhangt met een toename van defensief gedrag (p. 209). Voor haar eerste studie heeft Wiznitzer gekozen voor een interessante aanpak, namelijk het, middels een elektronische vragenlijst, voorleggen van vignetten, ontleend aan uitspraken van een tuchtcollege, aan artsen en juristen. Ze maakte aparte vignetten voor huisartsen en gynaecologen. Voor elk vignette werd de vraag gesteld of er volgens de respondent al dan niet sprake was van een normschending (op een schaal van 1 – 100). Daarnaast is gevraagd naar defensief gedrag. De vragenlijsten zijn ingevuld door 165 respondenten, waarvan 97 gynaecologen, 35 huisartsen en 33 juristen. Wiznitzer meldt dat het om een bescheiden aantal respondenten gaat. De werving bleek een uitdaging (p. 245). Wiznitzer tekent aan dat de resultaten niet zonder meer gegeneraliseerd kunnen worden naar alle huisartsen en gynaecologen in Nederland.

Het onderzoek laat zien dat er grote verschillen zijn in de risico-inschattingen binnen alle groepen: huisartsen, gynaecologen en juristen. Wiznitzer concludeert dat er, in de onderzochte populaties, dus onzekerheid bestaat over de aansprakelijkheidsrechtelijke normen. Gemiddeld bleken er geen grote verschillen te zijn tussen de risico-inschattingen tussen artsen en juristen, wat, volgens Wiznitzer, suggereert dat artsen het aansprakelijkheidsrisico niet overschatten.

Vervolgens voerde Wiznitzer gestructureerde interviews met 27 artsen; 12 huisartsen en 15 gynaecologen. Uit die interviews komt naar voren dat, van de nagevraagde vormen van aansprakelijkheidsrecht, het tuchtrecht de meeste invloed heeft op het medisch handelen. Respondenten maakten zich zorgen over een mogelijke tuchtklacht of waren aangedaan geweest toen de envelop van het tuchtcollege binnenkwam (p. 268). Wiznitzer beschrijft dat mensen vertellen dat het vinden van steun in een vertrouwelijke omgeving belangrijk was. In een aantal gevallen werd die steun ook geboden via peer support in een instelling of via de beroepsvereniging. Wiznitzer concludeert dat er weliswaar een positieve invloed kan zijn van het medisch tuchtrecht, maar overwegend werd die invloed toch als negatief beschouwd. Tot slot gaf geen van de respondenten

aan dat het medisch aansprakelijkheidsrecht een van de belangrijkste factoren is bij het maken van een beslissing op de werkvloer, dan staat het bieden van goede zorg toch bovenaan.

Op basis van vooral dit laatste onderzoek concludeert Wiznitzer dat het medisch aansprakelijkheidsrecht een beperkte invloed heeft op het gedrag van de geïnterviewde artsen.

Reflectie op de inzet van het empirische onderzoek in het juridische domein

Empirisch onderzoek heeft meer te bieden dan methodes om data te verzamelen

De inzet van Wiznitzer om juridisch en empirisch onderzoek elkaar te laten versterken verdient alle lof. Niet in het minst omdat de manier waarop aan die combinatie uitvoering is gegeven de mogelijkheid tot reflectie biedt, om te zien wat hier van te leren valt. Wat opvalt in dit onderzoek is dat de invulling van het empirisch onderzoek bestaat uit het toepassen van enkele sociaalwetenschappelijke onderzoeksmethoden: een vignettenstudie en gestructureerde interviews. Dat is een voor de hand liggende en bruikbare aanpak. De interviews met 27 artsen vormen de belangrijkste, maar ook wel smalle, basis voor de hoofdconclusie van het onderzoek, namelijk dat het medisch aansprakelijkheidsrecht een beperkt gedragsbeïnvloedend effect heeft. Echter, de sociale wetenschappen hebben meer te bieden dan methodes van onderzoek alleen. Er is kennis te halen over hoe gedrag en maatschappelijke processen verlopen. Kennis die ook relevant is voor het onderhavige proefschrift. Wiznitzer stelt herhaaldelijk dat kennis belangrijk is voor gedragsverandering. De relatie tussen 'kennis' en 'gedrag' is al tientallen jaren onderwerp van sociaal wetenschappelijk onderzoek. Dat onderzoek laat zien dat de relatie tussen 'kennis' en 'gedrag' complex is. Zo laat de 'Theory of Planned Behavior' van Fishbein en Ajzen² zien dat eigen opvattingen, opvattingen van belangrijke anderen en de inschatting van de eigen mogelijkheden om bepaald gedrag uit te voeren meer invloed hebben op gedrag dan kennis. Of het onderzoek van de Nobelprijswinnaar Kahneman³, dat laat zien dat veel beslissingen die we nemen vooral intuïtief en niet rationeel zijn. Gebruik van deze kennis had het proefschrift van Wiznitzer kunnen verdiepen en het empirische deel van het onderzoek kunnen verrijken.

De vraag is vervolgens of het reëel is dat van iemand met een afgeronde juridische opleiding verwacht mag worden dat zij ook de methodiek en de relevante kennis uit de sociale wetenschappen in de vingers heeft. Wat het antwoord op deze vraag ook zal zijn, duidelijk is dat het veel extra inzet vraagt van de betrokken jurist. Een, in mijn ogen beter, alternatief is te zoeken naar productieve samenwerking tussen juristen en empirisch onderzoekers, die elk hun eigen expertise inbrengen. Van beide partijen mag verwacht worden dat ze zich voldoende interesseren en verdiepen in het werk en de werkwijze van de andere discipline. Het moge duidelijk zijn dat Wiznitzer met dit proefschrift ruimschoots heeft laten zien aan deze eis te voldoen.

Tot slot valt mij op dat in de conclusie maar in beperkte mate wordt gereflecteerd op de constatering dat het aansprakelijkheidsrecht een beperkte invloed heeft op het handelen van de geïnterviewde artsen. In het bijzonder mis ik de reflectie op de vraag wat deze bevinding nu betekent voor de invulling van het medisch aansprakelijkheidsrecht. Immers, eerder is betoogd dat die beïnvloeding wel degelijk een doel is van het aansprakelijkheidsrecht! Die conclusie noopt mijns inziens ook tot reflectie op de vraag of het medisch aansprakelijkheidsrecht wel zo is vormgegeven dat het die beïnvloedende rol kan hebben. Dit proefschrift en de literatuur bieden voldoende basis voor zo'n reflectie. Het lijkt me dat ook dit een belangrijke functie van het empirisch onderzoek is: het voorzien in een extern perspectief dat reflectie op de vormgeving van het recht mogelijk maakt. Die mogelijkheid zou meer benut mogen worden.

² M. Fishbein & I. Ajzen, *Belief, Attitude, Intention and Behavior: An Introduction to Theory and Research*, Reading, MA: Addison-Wesley 1975.

³ D. Kahnemann, *Thinking, Fast and Slow*, New York: Farrar, Straus and Giroux 2011