

Vergaderjaar 1999–2000

26 885

Juridische status van wilsverklaringen in de gezondheidszorg

Nr. 1

BRIEF VAN DE MINISTER VAN JUSTITIE

Aan de Voorzitter van de Tweede Kamer der Staten-Generaal

's-Gravenhage, 5 november 1999

Hierbij doe ik u, mede namens de Minister van Volksgezondheid, Welzijn en Sport, een notitie toekomen inzake de juridische status van wilsverklaringen in de gezondheidszorg. De notitie is toegezegd ter gelegenheid van de behandeling in uw kamer van het wetsvoorstel dat heeft geleid tot de Wet medisch wetenschappelijk onderzoek met mensen (Stb. 1998, 161). De toezegging dateert van 9 september 1997 (Handelingen II, blz. 105–7428). Er is derhalve sedertdien geruime tijd verlopen. Daarvoor bied ik u wel mijn verontschuldiging aan.

De Minister van Justitie,
A. H. Korthals

DE JURIDISCHE STATUS VAN WILSVERKLARINGEN IN DE GEZONDHEIDSZORG

1. Inleiding

Bij de openbare behandeling van het wetsvoorstel dat heeft geleid tot de Wet medisch wetenschappelijk onderzoek met mensen (Stb. 1998, 161) hebben wij een notitie toegezegd inzake de juridische status en betekenis van wilsverklaringen (Handelingen II, vergadering van 9 september 1997, blz. 105–7428). Deze notitie is toegezegd bij de behandeling van een gezondheidsrechtelijk onderwerp. Het ligt dan ook voor de hand dat de notitie met name betrekking heeft op de wilsverklaringen van (toekomstige) patiënten. Wilsverklaringen kunnen reguliere medische verrichtingen («WGBO-handelingen») betreffen, maar ook daarbuiten van belang zijn. Een bekend voorbeeld is de wilsverklaring waarbij iemand een of meer organen ter beschikking stelt voor uitname na dode.

Wilsverklaringen zijn uiteraard niet alleen in de gezondheidszorg van betekenis. In wezen is het gehele overeenkomstenrecht hierop gebaseerd. Een wilsverklaring is een rechtshandeling. «Een rechtshandeling vereist een op een rechtsgevolg gerichte wil die zich door een verklaring heeft geopenbaard», aldus artikel 33 van Boek 3 van het Burgerlijk Wetboek (BW). Artikel 3:34 BW geeft nadere regels voor het gewicht dat al dan niet is toe te kennen aan de wilsverklaring van degene wiens geestvermogens blijvend of tijdelijk zijn gestoord. De rechtshandeling kan dan vernietigbaar of nietig zijn door het ontbreken van wil.

Wilsverklaringen kunnen naar burgerlijk recht ook in naam van de desbetreffende persoon door een ander worden afgelegd. Zo bijvoorbeeld krachtens volmacht van de betrokkene zelf (art. 3:60 e.v. BW), of bijvoorbeeld door een ouder, curator of bewindvoerder, na machtiging van de kantonrechter indien dit is vereist (art. 1:345 (j° 386), resp. art. 1: 441). Maar ook uit hoofde van zaakwaarneming kunnen wilsverklaringen door een ander worden afgelegd (art. 6:198 e.v. BW). In alle gevallen geldt evenwel de uitzondering van die rechtshandeling die zo hoogst persoonlijk van aard is, dat vertegenwoordiging niet is toegelaten. Dit betekent, dat de wilsverklaring alleen door de betrokkene persoonlijk kan worden afgelegd. Voorbeelden van hoogstpersoonlijke rechtshandelingen treft men, behalve in het gezondheidsrecht vooral in het familierecht aan: erkenning of adoptie van een kind, en bijv. het aangaan van een huwelijk.

Binnen het erfrecht is het testament de wilsverklaring bij uitstek; synoniem aan uiterste wil, en blijkens artikel 4:922 BW « een akte, houdende de verklaring van hetgeen iemand wil dat na zijn dood (met zijn goederen) zal geschieden, en welke akte door hem kan worden herroepen». Om een rechtsgeldig testament te kunnen maken of te herroepen moet men «zijne verstandelijke vermogens bezitten», aldus artikel 4:942 BW. Vertegenwoordiging van een wilsonbekwame is hier nu (en straks, ontw. art. 4.3.1.2 lid 3 BW) niet toegelaten. Een andere wilsverklaring binnen het erfrecht (die eveneens zo hoogst persoonlijk van aard is dat vertegenwoordiging niet is toegestaan) is bijvoorbeeld het codicil, waarbij «zonder verdere formaliteiten» een beperkt aantal beschikkingen na dode kan worden gemaakt (benoeming van een executeur, de bestelling van de lijkbezorging alsmede legaten van kleding en bijvoorbeeld van bepaalde lijfsieraden).

Deze notitie beperkt zich als gezegd tot een overzicht van te onderscheiden wilsverklaringen en hun juridische betekenis in een gezondheidsrechtelijke context. Een wilsverklaring is hier een document dat een patiënt opstelt op het moment dat hij nog in staat is tot een redelijke waardering van zijn belangen ter zake, en ertoe strekt eventuele beslissingen over medische handelingen en verzorging in de toekomst, wanneer hij niet meer wilsbekwaam zal zijn, te beïnvloeden.

Wilsverklaringen kunnen overigens ook mondeling worden afgelegd. Met name het hierna te bespreken artikel 7:450 lid 3 BW gaat voor de daar bedoelde wilsverklaring wel uit van de schriftelijke vorm. Ook op vragen als welke rol de arts en de omgeving van de patiënt spelen bij het opstellen van een wilsverklaring door een patiënt en welke begeleiding daarbij van de arts mag worden verwacht, gaat de notitie niet in. Deze en andere aspecten worden hier en daar wel aangestipt, maar niet uitgediept.

Zie voor het begrip «wilsbekwaamheid» de Handreiking voor de beoordeling van wilsbekwaamheid, Ministerie van Justitie, 1995. Iemand kan als wilsbekwaam – in staat tot een redelijke waardering van zijn belangen ter zake (dus van een bepaald onderwerp) – worden beschouwd indien:

- aan hem de nodige informatie is gegeven voor het nemen van een beslissing,
- terwijl die informatie is afgestemd op het bevattingsvermogen van de patiënt,
- voor zover dat met het oog op de aard en de reikwijdte van de te nemen beslissing noodzakelijk is,
- en de patiënt er dán blijk van geeft de informatie te begrijpen.

In de notitie wordt achtereenvolgens ingegaan op de onderscheiden categorieën wilsverklaringen (§ 2), de eventuele vormvereisten (§ 3), de aanwijzing door de patiënt van, en de benoeming door de rechter, van een vertegenwoordiger (§ 4), wilsverklaringen naar de inhoud (met als belangrijkste onderscheid negatieve en positieve wilsverklaringen (§ 5.2 en § 5.3), enige andere positieve wilsverklaringen van een bijzondere strekking (in verband met een latere dementie in relatie tot wetenschappelijk onderzoek, dwangbehandeling en de levenswensverklaring, § 5.4 resp. § 5.5). In § 6 worden enige praktische problemen bij de beoordeling van wilsverklaringen nader besproken, terwijl in § 7 een samenvatting van de notitie wordt gegeven.

De – zeer verscheiden – terminologie waaronder wilsverklaringen voorkomen¹, is zeker niet doorslaggevend voor de waarde die eraan moet en mag worden gehecht. De wilsverklaring moet steeds op haar inhoud worden beoordeeld. Voor de juridische status van wilsverklaringen is het belangrijker een onderscheid te maken tussen verklaringen die een opdracht bevatten tot nalaten en die welke een opdracht tot handelen inhouden. Hiervoor wordt in de literatuur doorgaans het onderscheid negatieve en positieve wilsverklaringen gehanteerd. Op de juridische status van deze onderscheiden verklaringen wordt nader ingegaan in de paragrafen 5.2 en 5.3.²

2. Onderscheiden categorieën wilsverklaringen

De volgende categorieën wilsverklaringen kunnen worden onderscheiden:

- a de aanwijzing van een vertegenwoordiger van de patiënt;
- b aanwijzingen omtrent behandelbeslissingen tijdens leven;
- c het verzoek om levensbeëindiging;
- d beslissingen die eerst na de dood van de betrokken persoon effectueerbaar zijn.

Ad. a. Blijkens artikel 7:465 lid 3 BW dient de hulpverlener zijn verplichtingen uit de geneeskundige behandelingsovereenkomst jegens een meerderjarige wilsonbekwame patiënt na te komen jegens de persoon die daartoe door de patiënt schriftelijk is gemachtigd in zijn plaats op te treden. Voorwaarde is wel dat de desbetreffende patiënt niet onder curatele staat of dat ten behoeve van hem geen mentorschap (art. 1:450 e.v. BW) is ingesteld. Is dit laatste wel het geval, dan geschiedt nakoming

¹ Levenstestament, non-reanimatieverklaring, euthanasieverklaring, laat mij gaan-verklaring, codicil, comaverklaring, dementieverklaring, behandelverbod, en bijvoorbeeld levenswensverklaring en credo-card.

² Een uitvoerig en in veel opzichten nog steeds actueel overzicht van te onderscheiden schriftelijke wilsverklaringen en de (juridische) waarde die deze in rebus medicis kunnen hebben, is opgenomen in het eindrapport van de Commissie Aanvaardbaarheid Levensbeëindigend handelen van de Koninklijke Nederlandse Maatschappij tot bevordering der Geneeskunst (KNMG): «Medisch handelen rond het levenseinde bij wilsonbekwame patiënten» (Houten/Giegem, 1997). Aan het elfde hoofdstuk van dit rapport, van de hand van mr. E. C. de Jong, is het onderstaande in belangrijke mate ontleend.

jegens de door de rechter benoemde vertegenwoordiger. Het ligt overigens zeker op de weg van de curator of mentor – getuigt van de vereiste «zorg van een goed curator/mentor» – de gemachtigde in zijn besluitvormingsproces te betrekken.

De «schriftelijk gemachtigde» heeft deze vertegenwoordigingsbevoegdheid omdat op deze wijze de patiënt – immers door een door hemzelf gekozen persoon – geacht kan worden toch nog zo goed mogelijk zelf over zijn leven en gezondheid te kunnen beslissen.

De reikwijdte van de vertegenwoordigingsbevoegdheid van de schriftelijk gemachtigde in medische aangelegenheden is in beginsel gelijk aan die van de curator en de mentor. De grens ligt daar waar de medische verrichting naar haar aard een zo hoogst persoonlijke beslissing betreft, dat deze alleen door de betrokkene zelf kan worden genomen. Een voorbeeld is de beslissing tot levensbeëindiging, terwijl het opstellen van welke schriftelijke wilsverklaring dan ook evenmin door beoelde vertegenwoordigers namens de patiënt kan geschieden (vgl. bijv. Nota naar aanleiding van het verslag, 22 474, nr. 9 blz. 11, mentorschap). Zij kunnen daarbij vanzelfsprekend wel behulpzaam zijn.

Ook in andere gezondheidsrechtelijke wetgeving heeft de schriftelijke gemachtigde een plaats gevonden. Te noemen valt de Wet medisch-wetenschappelijk onderzoek met mensen (Stb. 1998, 161). Artikel 6 lid 1 onder c van die wet bevat het verbod wetenschappelijk onderzoek te verrichten met wilsonbekwame meerderjarige personen, onder meer indien dit geschiedt zonder toestemming van de persoon die daartoe door de betrokkene schriftelijk is gemachtigd. Deze volmacht moet dus specifiek terzake van wetenschappelijk onderzoek zijn gegeven, maar behoeft niet uitsluitend op het in concreto voorgenomen wetenschappelijk onderzoek te zijn gericht. Voldoende is dat de volmacht voor wetenschappelijk onderzoek de voorgenomen inhoud dekt.

De Wet op de orgaandonatie (Stb. 1996, 370) kent de mogelijkheid om ter gelegenheid van het invullen en laten registreren van een donorformulier de beslissing over al dan niet verwijderen van organen over te laten (o.a.) «aan een door hem te bepalen persoon» (art. 9 lid 2).

Het voornemen bestaat om ook bij in voorbereiding zijnde wetgeving een rol in te ruimen voor de schriftelijke gemachtigde. Zo zal volgens het voorstel van wet Zeggenschap lichaamsmateriaal in plaats van de wilsonbekwame meerderjarige ook diens schriftelijk gemachtigde toestemming kunnen geven voor het bewaren en het gebruik van lichaamsmateriaal voor andere doeleinden dan diagnostiek of geneeskundige behandeling ten behoeve van de persoon van wie dit lichaamsmateriaal afkomstig is, zowel vóór diens overlijden als ook daarna.

Het is mogelijk een voorkeur te uiten voor benoeming door de rechter van een bepaalde persoon tot curator, bewindvoerder of mentor. Blijkens de desbetreffende wetsbepalingen (art. 1: 383 lid 2, 435 lid 3 en 452 lid 3 BW) volgt de rechter de uitdrukkelijke voorkeur van de betrokkene (die niet in de schriftelijke vorm behoeft te zijn gegoten, maar ook mondeling aan de rechter kan worden kenbaar gemaakt), tenzij gegronde redenen zich tegen zodanige benoeming verzetten. De persoon moet dus wel ten enenmale ongeschikt worden geacht.

Ad b. De aanwijzingen inzake behandelbeslissingen tijdens leven kunnen in hoofdzaak worden onderscheiden in negatieve en positieve wilsverklaringen. Voor zover het gaat om een weigering van toestemming voor een reguliere verrichting ter uitvoering van een behandelingsovereenkomst dient de wilsverklaring van een wilsonbekwame patiënt van 16 jaar of ouder, opgesteld toen deze nog wel wilsbekwaam was, door de hulpverlener in beginsel te worden opgevolgd. Zie over artikel 7:450 lid 3 BW, waarin dit beginsel is vevat, en over andere voorbeelden van negatieve wilsverklaringen, verder hierna bij 5.2.

Bij negatieve wilsverklaringen gaat het primair om de vraag «wat moet de medische hulpverlener?»: zich onthouden van die medische handelingen waarop de wilsverklaring betrekking heeft. Dat is anders bij positieve wilsverklaringen; deze behelzen de gerichte opdracht tot een bepaald handelen, of het instellen of voortzetten van een bepaalde behandeling, dan wel de toestemming daarvoor. Hier is aan de orde: «wat mág de arts, maar hoeft hij (soms) niet» (meer in het bijzonder niet indien het om levensbeëindiging op verzoek of om medisch zinloos handelen zou gaan). Zie verder bij 5.3. en 5.5.

Ad c. Zie verder hierna bij 5.3.

Ad d. Een bekend voorbeeld is de registratie van de wilsverklaring betreffende orgaandonatie in het donorregister, en het donorcodicil, zie art. 9 Wet op de orgaandonatie (Stb. 1996, 370). Een ander voorbeeld vormt het in voorbereiding zijnde wetsvoorstel Zeggenschap lichaamsmateriaal. Lichaamsmateriaal dat na overlijden van de betrokkene beschikbaar is gekomen en dat niet meer wordt gebruikt voor het doel waarvoor het op grond van de Wet op de orgaandonatie of de Wet op de lijkbezorging mag worden gebruikt, zal volgens genoemd wetsvoorstel mogen worden bewaard en gebruikt voor andere doeleinden, onder de voorwaarde dat het redelijkerwijs niet herleid kan worden tot de persoon van wie het afkomstig is, tenzij de betrokkene op een eerder tijdstip, of – na diens overlijden – (bijvoorbeeld) diens schriftelijk gemachtigde bezwaar heeft gemaakt. Gaat het daarentegen om herleidbaar lichaamsmateriaal dan zal de betrokkene of diens schriftelijk gemachtigde toestemming moeten hebben gegeven.

Opgemerkt wordt nog dat schriftelijke wilsverklaringen meer dan één van de hierboven genoemde elementen kunnen bevatten. Zo kan de benoeming van een «schriftelijk gemachtigde» ook gepaard gaan met een negatieve wilsverklaring, als bedoeld in artikel 7:450 lid 3 BW. Het is dan aan de schriftelijk gemachtigde om in ieder geval de nakoming terzake van het nalaten van medische verrichtingen te bewaken.

3. Onderscheiden naar vorm; vormvereisten

Wilsverklaringen kunnen in mondelinge of in schriftelijke vorm worden afgelegd. Volgens de desbetreffende wetsbepaling dient de wilsverklaring die beoogt de toestemming voor een bepaalde (be)handeling te weigeren, schriftelijk te zijn vastgelegd (art. 7:450 lid 3 BW). Op deze zogenoemde negatieve wilsverklaring, die betrekking heeft op weigering van een op zich normale medische behandeling, wordt in paragraaf 5.2 nader ingegaan. Ook voor de aanwijzing van een persoonlijk gemachtigde in medische aangelegenheden (zie hiervoor 2, ad a) eist de wet telkens de schriftelijke vorm. Aldus artikel 7:465 lid 3 BW, en ook de andere hiervoor in § 2, ad a genoemde bijzondere wetten.

Behoudens de eis dat de zojuist genoemde negatieve wilsverklaringen en de benoeming van een persoonlijk gemachtigde op schrift moeten zijn gesteld, zijn er dus naar geldend recht geen vormvereisten waaraan een wilsverklaring moet voldoen. Opgemerkt zij wel, dat het op 6 augustus 1999 ingediende voorstel van wet Toetsing levensbeëindiging op verzoek en hulp bij zelfdoding (Tweede Kamer, vergaderjaar 1998/99, 26 691 nr. 1–4), voor de situatie van later ingetreden wilsonbekwaamheid de schriftelijke verklaring houdende een verzoek om levensbeëindiging introduceert en de rechtsgevolgen daarvan regelt.

Gelet op de ingrijpende gevolgen die aan het opvolgen van een wilsverklaring verbonden kunnen zijn, is het evident dat de verklaring aan duidelijkheid niet te wensen moet overlaten; een zekere mate van actualiteit is evenzeer gewenst. Zo wordt met betrekking tot schriftelijke

wilsverklaringen wel aangevoerd dat deze gedagtekend moeten zijn en voorzien van een identificeerbare handtekening. Ook wordt wel aangegeven dat het wenselijk is de verklaring van tijd tot tijd – veelal wordt een periode van vijf jaren genoemd – te (her-) bevestigen of te actualiseren. Het komt voor dat in medische aangelegenheden wilsverklaringen bij notariële akte worden vastgelegd, maar voor de geldigheid ervan is zulks niet nodig.

Voorwaarden als deze zijn immers in de regel niet in wettelijke bepalingen of andere regelgeving vastgelegd. Een uitzondering vormen (behalve de reeds genoemde negatieve wilsverklaring en de aanwijzing van een schriftelijk gemachtigde) voorts nog het donorcodicil en de verklaring die tot registratie in het donorregister leidt. Beide moeten een schriftelijke verklaring zijn die eigenhandig is gedagtekend en ondertekend. Er bestaat overigens voor wat betreft het donorformulier, bedoeld in artikel 10 van Wet op de orgaandonatie, geen bezwaar tegen dat, indien de betrokkene niet in staat is te ondertekenen, met de ondertekening van een andere persoon – bij voorkeur – een (huis-)arts, wordt volstaan (mits deze persoon daarbij tevens verklaart dat het buiten staat zijn te ondertekenen niet zijn oorzaak vindt in wilsonbekwaamheid).

Een voorwaarde is evenmin dat de verklaring geheel eigenhandig geschreven is of dat deze met behulp van of in overleg met de huisarts of specialist of de wettelijke vertegenwoordiger (curator/mentor) is opgesteld. Het dagtekenen en ondertekenen, althans het benutten van een daartoe geschikte modelverklaring, kan zelfs de voorkeur verdienen omdat zulks interpretatieproblemen kan voorkomen. Dit laatste kan ook worden bewerkstelligd door bij de opstelling van de verklaring de huisarts of specialist te raadplegen.

Met betrekking tot de mondelinge verklaring kan nog worden opgemerkt dat het aanbeveling verdient zorg te dragen voor een voldoende mate van bewijsbaarheid ten behoeve van de hulpverlener die het aangaat, alsmede ten behoeve van een eventuele beoordeling achteraf van de situatie van de patiënt en het handelen of nalaten van de arts. De noodzaak tot toetsing achteraf van de beslissing van de arts doet zich bijvoorbeeld voor na melding door de arts van de toepassing van euthanasie of hulp bij zelfdoding. De ter zake geldende jurisprudentie vereist niet dat het desbetreffende verzoek van de patiënt schriftelijk is vastgelegd.

Evenmin doet dit het zo-even genoemde wetsvoorstel Toetsing levensbeëindiging op verzoek en hulp bij zelfdoding, voor zover het gaat om een wilsbekwame patiënt die zodanig verzoek doet.

Het bestaan van een uitdrukkelijk en weloverwogen verzoek moet naderhand wel te verifiëren zijn. Met het oog hierop komt het in de praktijk voor dat de patiënt, indien hij fysiek niet (meer) in staat is tot het opstellen en ondertekenen van een schriftelijke verklaring, een mondelinge verklaring aflegt op verschillende tijdstippen en ten overstaan van verschillende personen. Ook kan gedacht worden aan het afleggen van een verklaring in aanwezigheid van meer dan één getuige, of de vastlegging ervan met behulp van audiovisuele middelen. Zodanige verklaringen hebben voor het handelen van de hulpverlener wel degelijk betekenis.

4. Aanwijzing/benoeming door de rechter van een vertegenwoordiger

Het zelf aanwijzen, dan wel het opstellen van een wilsverklaring met het oog op een door de rechter op een later tijdstip te benoemen vertegenwoordiger, kan van belang zijn met het oog op eventuele toekomstige wilsonbekwaamheid. Daartoe het volgende.

De regelgeving met betrekking tot de geneeskundige behandeling (art. 7:446 e.v. BW) vereist voor het doen en of nalaten van medische verrich-

tingen de toestemming van de patiënt (art. 7:450 lid 1). Indien de meerderjarige patiënt zelf niet in staat kan worden geacht tot een redelijke waardering van zijn belangen ter zake – d.w.z. op het punt van de concrete medische verrichting – dient de toestemming van de vertegenwoordiger van de patiënt te zijn verkregen (art. 7:465 lid 3 BW). Het is mogelijk in een schriftelijke wilsverklaring aan te geven wie voor het geval van beslissingen omtrent medische verrichtingen als de gemachtigde van de patiënt zal optreden. De gemachtigde treedt «in zijn plaats» op, hij replaceert als het ware de patiënt. De gemachtigde dient daarbij wel «de zorg van een goed vertegenwoordiger» te betrachten en de patiënt zoveel mogelijk bij de vervulling van zijn taak te betrekken. De schriftelijke wilsverklaring die de aanwijzing van een gemachtigde behelst, betekent dus niet, dat de patiënt vervolgens geheel buiten de besluitvorming kan en mag worden gehouden. De gemachtigde is anderzijds wél degene met wie de hulpverlener zich primair verstaat, en op wiens toestemming het voor hem uiteindelijk aankomt. Dit geldt ook, indien de patiënt daarnaast nog een echtgenoot, geregistreerde partner of andere levensgezel heeft. De arts zal zich dan via de schriftelijk gemachtigde met dezen kunnen verstaan.

De aanwijzing van een gemachtigde die op de voet van artikel 7:465 BW kan optreden kan alle medische verrichtingen waarop afdeling 7.4.5 BW van toepassing is betreffen, maar ook tot bepaalde van zulke medische verrichtingen zijn beperkt. Vanzelfsprekend mag uit de aanwijzing van een gemachtigde voor WGBO-handelingen niet tevens de bevoegdheid worden afgeleid ook als gemachtigde voor de toepassing van de Wet medisch-wetenschappelijk onderzoek met mensen of andere specifieke wetgeving die de figuur van de schriftelijk gemachtigde kent, worden afgeleid. Optreden van de gemachtigde krachtens deze bijzondere wetten vereist een specifiek daarop gerichte machtiging.

Heeft de patiënt een curator of een mentor, dan is het deze persoon die de patiënt vertegenwoordigt. Dit geldt, gelet op de rangorde die artikel 7:465 lid 3 BW (en ook meergenoemde specifieke wetgeving) aangeeft, ook indien de patiënt eerder schriftelijk een gemachtigde had aangewezen. Voor deze rangorde is een goede reden aanwezig. Het betreft hier immers de benoeming van een wettelijk vertegenwoordiger door de rechter. Ondanks de primaire voorkeur van de wet voor degene van wie de betrokkene wenst dat deze wordt benoemd, heeft de rechter – met redenen omkleed – toch een ander tot curator of mentor benoemd. Het behoort evenwel stellig tot de «zorg van een goed curator of mentor» zich met de schriftelijk gemachtigde (en andere naasten van de patiënt) te verstaan alvorens beslissingen terzake van de medische behandeling te nemen.

Het is mogelijk in de wilsverklaring aan te geven wie door de rechter als curator of als mentor zou moeten worden benoemd. Zo'n schriftelijke verklaring kan ook nuttig zijn voor het geval de betrokkene, wanneer het tegelegenertijd werkelijk tot een benoeming komt, niet meer in staat is zijn wens mondeling voor de rechter te uiten.

De schriftelijke wilsverklaring omtrent de tot curator of mentor te benoemen persoon bewerkstelligt voor deze nog niet een recht om als vertegenwoordiger op te treden. Daarvoor is benoeming door de rechter nodig. De rechter moet echter wel die aldus geuite voorkeur volgen tenzij gegronde redenen zich tegen benoeming verzetten.

5. Wilsverklaringen naar de inhoud

5.1 Vooraf

Wilsverklaringen kunnen, zo bleek, niet alleen aangeven wie de vertegenwoordiger van de betrokken persoon in (sommige of alle) medische aangelegenheden is, of wie terzake daarvan als vertegenwoordiger door

de rechter zou moeten worden benoemd. Daarin kan ook zijn vastgelegd, hoe onder bepaalde omstandigheden door de medische hulpverlener en/of de vertegenwoordiger van de patiënt moet worden gehandeld. In het algemeen plegen zulke wilsverklaringen te worden onderverdeeld in negatieve en positieve wilsverklaringen. Hoe concreter de verklaring is, des te meer zal zij handvatten en duidelijkheid bieden, en in beginsel navenant minder ruimte om van de verklaring af te wijken.

5.2 Negatieve wilsverklaringen

In een negatieve wilsverklaring geeft iemand te kennen onder bepaalde omstandigheden toestemming te weigeren tot het ondergaan van een bepaalde geneeskundige behandeling. Hij geeft opdracht iets na te laten, bijvoorbeeld reanimatie achterwege te laten of de toediening van een bloedtransfusie. De negatieve wilsverklaring is een inhoudelijke verklaring die in beginsel rechtens afdwingbaar is.

Grondslag van de wettelijke bescherming van de negatieve wilsverklaring vormt voor reguliere behandelbeslissingen artikel 7:450 lid 3 BW. Dit artikel vindt zijn wortels mede in artikel 11 Grondwet (recht op onaantastbaarheid van het lichaam). Hiermee is tevens gegeven, dat negatieve wilsverklaringen ook buiten de materie van de overeenkomst inzake geneeskundige behandeling betekenis kunnen hebben. Zo zal, indien van een wilsonbekwame persoon een wilsverklaring bekend is, inhoudende dat deze niet aan medisch-wetenschappelijk onderzoek wenst deel te nemen, een wettelijke vertegenwoordiger of een andere persoon die tot het geven van plaatsvervangende toestemming op de voet van artikel 6 lid 1 onder c van de Wet medisch wetenschappelijk onderzoek met mensen gerechtigd is, deze toestemming toch niet kunnen verlenen. Een ander voorbeeld betreft artikel 11 van de Wet op de orgaantransplantatie: de daarbedoelde toestemming voor orgaanuitname na overlijden kan evenmin door de echtgenoot of andere personen worden gegeven, indien eerder een negatieve wilsverklaring is afgelegd. Artikel 7:450 lid 3 BW is dus eerst en vooral te zien als een (eerste) concretisering van artikel 11 Grondwet, en wel voor de medische verrichtingen waarop de art. 7:446 e.v. BW betrekking hebben. Artikel 11 Grondwet houdt daarnaast vanzelfsprekend zijn betekenis mede voor situaties waarin de negatieve wilsverklaring niet in specifieke wetgeving is geregeld.

Artikel 7:450 lid 3 BW bepaalt – kort gezegd – dat de hulpverlener van de wilsonbekwame patiënt van zestien jaar of ouder, maar ook een ieder die zodanige patiënt mag vertegenwoordigen (zie daarvoor art. 7:465 lid 2 en 3 BW), diens kennelijke opvattingen, geuit in schriftelijke vorm toen deze nog wilsbekwaam was en inhoudende een weigering van toestemming tot bepaalde behandelingen of verrichtingen, dient op te volgen. De hulpverlener kan hiervan alleen afwijken indien hij daartoe gegronde redenen aanwezig acht.

De patiënt moet ten minste zestien jaar oud zijn ten tijde van de ingetreden wilsonbekwaamheid. De negatieve wilsverklaring kan en mag dus zijn opgesteld vóór hij deze leeftijd had bereikt. Hoe langer dit geleden is, des te meer kan zulks echter voor de uiteindelijke beoordeling van de verklaring van betekenis zijn.

De verklaring moet wel zijn opgesteld door een toen nog wel ter zake tot een redelijke waardering van zijn belangen in staat zijnde persoon. Zulke wilsbekwaamheid mag en behoort evenwel te worden verondersteld.

Daarnaar behoeft, tenzij bijvoorbeeld uit de omstandigheden of uit verklaringen van anderen het tegendeel zou moeten worden vermoed, door de hulpverlener ook niet actief onderzoek te worden gedaan.

De «kennelijke opvattingen» van de patiënt moeten worden gevolgd. Voor zover die opvattingen derhalve niet voor tweëerlei uitleg vatbaar zijn, is de arts (maar ook een ouder of voogd van de minderjarige patiënt, alsmede degene die de meerderjarige patiënt op de voet van artikel 7:465 lid 3 BW

vertegenwoordigt) aan de wilsverklaring gebonden. Interpretatie-ruimte voor arts en vertegenwoordiger is er dus alleen voor zover er iets te interpreteren valt. De hier bedoelde bepaling is er immers op gericht de autonomie van de patiënt zo veel mogelijk tot zijn recht te laten komen. Anderzijds heeft de arts de bevoegdheid van de wilsverklaring af te wijken indien hij daartoe gegronde redenen aanwezig acht. Hetzelfde geldt voor de vertegenwoordiger die deze bevoegdheid aan zijn verplichting een goed vertegenwoordiger te zijn, kan ontleen.

Het blijft zaak een negatieve wilsverklaring niet klakkeloos te gebruiken, maar in te schatten wat de patiënt, gelet op de in het verleden afgelegde verklaring, gewild zou hebben als hij tot wilsuiting in staat zou geweest zijn op het moment waarop de verklaring gebruikt moet worden. Daarbij kunnen, gelet op hetgeen bij de parlementaire behandeling van de bepaling te berde is gebracht, zeker ook medische ontwikkelingen die de betrokkene niet had kunnen voorzien, een rol spelen. Bijvoorbeeld indien deze kunnen bewerkstelligen dat een patiënt met een non-reanimatieverklaring, door toepassing van die ontwikkelingen nog jaren in goede conditie zou kunnen leven.

Van belang is ook hoe lang geleden een (niet bijgestelde) verklaring is afgelegd, en of de patiënt in de mogelijkheid heeft verkeerd deze bij te stellen, en, als dit niet gebeurd is, of ook bekend is waarom daartoe niet is overgegaan; zonder dat overigens naar een en ander door de arts eigener beweging onderzoek behoeft te worden gedaan.

Uitgangspunt blijft evenwel, dat een wilsverklaring die niets aan duidelijkheid te wensen overlaat, dient te worden opgevolgd. De arts die hierin niet kan meegaan, dient de behandeling van de patiënt niet aan zich te houden maar deze te verwijzen. De persoonlijke, subjectieve opvatting van de arts of van de vertegenwoordiger van de patiënt over de inhoud van de wilsverklaring is, zo is destijds ook uitdrukkelijk van de zijde van de regering gesteld, geen reden om de wilsverklaring niet op te volgen. In het geval een persoon een zelfmoordpoging heeft ondernomen en bij deze een schriftelijke wilsverklaring wordt aangetroffen van een strekking die verijdeling van deze poging verbiedt, zal deze wilsverklaring moeten worden gerespecteerd. Hetzelfde is het geval indien iemand, bijvoorbeeld bij een operatie, door weigering van bepaalde medische verrichtingen zoals bloedtransfusie, bewust de kans op overlijden op de koop toeneemt. Indien (en voor zover) de schriftelijke wilsverklaring medisch ingrijpen verbiedt, ook indien dit medisch zinvol zou zijn, is zij voor de arts, en iedere andere betrokken persoon, dwingend uitgangspunt. Daaraan doet niet af, dat het resultaat sterk afwijkt van hetgeen met het oog op de professionele standaard – inhoudende wél behandelen – gebruikelijk is. Ook na opname in een psychiatrisch ziekenhuis behoudt een negatieve wilsverklaring, waarbij de patiënt in een bekwame toestand heeft aangegeven dat hij een bepaalde behandeling niet wenst te ondergaan, in beginsel haar geldigheid. Alleen indien aan de wettelijke criteria voor dwangbehandeling is voldaan, kan de wilsverklaring worden overruled: de behandelaar kan de situatie van ernstig gevaar tijdens een onvrijwillig verblijf aanmerken als een «gegronde reden» om van de verklaring af te wijken.

Ondertussen kan een negatieve wilsverklaring in een breed scala van situaties een rol spelen. Het is daarom, onverminderd het zo-even gestelde, niet goed mogelijk een concreet, algemeen geldend antwoord te geven op de vraag wat «gegronde redenen» voor afwijking van de wilsverklaring kunnen zijn. De praktijk, en in een voorkomend geval het oordeel van de (tucht-)rechter zal moeten uitwijzen wat «gegronde redenen» kunnen zijn om van een schriftelijke wilsverklaring af te wijken. Tot dusver is in de rechtspraak één geval bekend waarin een negatieve wilsverklaring door de arts werd genegeerd. Dit geval heeft zich overigens voorgedaan voordat de artikelen 7:446 e.v. BW van kracht werden. Het betrof een patiënte die, nadat zij een poging tot zelfdoding had gedaan,

werd gevonden voordat de dood was ingetreden. Bij de patiënte werden een non-reanimatieverklaring en bovendien een euthanasieverklaring aangetroffen. Desondanks ging de dienstdoende arts van een naburig ziekenhuis over tot reanimatie. Patiënte overleefde en sprak de arts en het betrokken ziekenhuis in rechte aan. Zowel de rechtbank als het Hof, oordelend in hoger beroep¹ accepteerden het verweer van de arts en het ziekenhuis dat niet met voldoende zekerheid was vast te stellen of de non-reanimatieverklaring wel van de patiënte afkomstig was, nu de daarop voorkomende naam niet leesbaar was, en evenmin zeker was of de vrouw ten tijde van het opstellen van de verklaring wel voldoende in staat kon worden geacht haar wil naar behoren te bepalen. Het is, gelet op deze jurisprudentie, in ieder geval goed denkbaar dat de arts een beroep zou kunnen doen op gegronde redenen als bedoeld in artikel 7:450 lid 3 BW, indien er onduidelijkheden zijn betreffende de verklaring of de wilsbekwaamheid van de ondertekenaar ervan.

Volgens het oorspronkelijke amendement (21 561, nr. 27) was artikel 7:450 lid 3 BW niet tot schriftelijke negatieve wilsverklaringen beperkt, maar vermeldde zij ook expliciet mondelinge uitingen. Het zou evenwel, ondanks de tekst die het Staatsblad heeft bereikt, mede gelet op artikel 11 Grondwet onjuist zijn te menen dat alleen de schriftelijke negatieve wilsverklaring afdwingbaar zou zijn. Waar het hier toch immers eerst en vooral op aankomt is, dat de medische hulpverlener geen «behandelrecht» heeft. Zonder toestemming is behandeling immers niet toegestaan. Daarom moet, in de mate waarin zij duidelijk is, ook met een mondelinge wilsverklaring op de voet van art. 7:450 lid 3 BW rekening worden gehouden.

5.3 Positieve wilsverklaringen

Een positieve wilsverklaring behelst de opdracht tot bepaald handelen, of het instellen of voortzetten van een bepaalde behandeling, dan wel de toestemming daarvoor. Een pregnant voorbeeld hiervan is de euthanasieverklaring, waarin wordt verzocht om onder bepaalde omstandigheden het leven van de opsteller van de verklaring te beëindigen. Tegelijkertijd kan een wilsverklaring waarin is opgenomen dat nimmer tot levensbeëindiging mag worden overgegaan een opdracht tot handelen inhouden, namelijk indien is aangegeven dat niet tot absteren (afzien of staken van behandeling) mag worden overgegaan, of dat bepaalde behandelingen onder omstandigheden moeten worden ingesteld of voortgezet. Laatstgenoemde verklaring komt wel voor onder de naam levenswensverklaring. Juridisch zijn dergelijke verklaringen gecompliceerd, juist vanwege het handelen waartoe wordt geroepen. Op welke wijze zulke verklaringen niettemin van waarde kunnen zijn voor de medische praktijk, wordt hieronder aangegeven.

Euthanasieverklaring

Blijkens de jurisprudentie volgens welke het toepassen van euthanasie of hulp bij zelfdoding door een arts onder omstandigheden niet strafbaar wordt geacht, geldt als één van de zorgvuldigheidseisen waaraan de arts zich moet houden, dat vaststaat dat sprake is van een duurzaam, uitdrukkelijk en weloverwogen verzoek van de patiënt. Op grond van de jurisprudentie is, zoals in paragraaf 3 al is opgemerkt, niet vereist dat het verzoek schriftelijk is vastgelegd. Het aanwezig zijn van een schriftelijke verklaring wordt wel van belang geacht voor de beoordeling achteraf van het handelen van de arts. De verklaring kan daarbij dienen als bevestiging dat er sprake was van een actueel verzoek en tevens van wilsbekwaamheid van de patiënt op het moment van de levensbeëindiging.

De euthanasieverklaring van een nadien wilsonbekwaam geworden

¹ Rb. Zwolle 13 december 1989, TvGr 1990/63 en Gerechtshof Arnhem 23 juli 1991, TvGr 1993/66.

patiënt is – thans nog – problematischer. Gelet op de jurisprudentie inzake levensbeëindigend handelen, zal de wilsverklaring bij beoordeling van het handelen van de arts achteraf, de toets van het duurzaam, uitdrukkelijk en weloverwogen verzoek moeten kunnen doorstaan. Ook de beoordeling van de vraag of de patiënt uitzichtloos en ondraaglijk lijdt – één van de andere zorgvuldigheidseisen – kan moeilijk zijn indien de patiënt dit door omstandigheden zelf niet meer kan aangeven. Tegelijkertijd kan diens wilsverklaring ertoe strekken dat zijn leven wordt beëindigd juist indien zulke omstandigheden zich hebben voorgedaan en hij daardoor zijn wil niet meer kenbaar kan maken. De vraag of levensbeëindiging in zulke gevallen mogelijk moet zijn, kunnen wij voor het geldende recht niet in concreto beantwoorden. Wij achten dit zeker niet uitgesloten, indien althans met voldoende zekerheid kan worden vastgesteld dat de wilsverklaring een duurzaam en weloverwogen verzoek bevat en dat de inmiddels wilsonbekwaam geworden patiënt ondraaglijk en uitzichtloos lijdt. Jurisprudentie hierover ontbreekt vooralsnog.

Een wilsverklaring van een (nog) wilsbekwame patiënt mag niet worden gevolgd, indien de situatie waarin de patiënt verkeert niet voldoet aan de zorgvuldigheidseisen die zijn af te leiden uit de jurisprudentie, bijvoorbeeld indien de patiënt niet uitzichtloos en ondraaglijk lijdt. Maar ook indien wél is voldaan aan deze vereisten, kan een arts nooit worden verplicht gevolg te geven aan een verzoek om levensbeëindiging of hulp bij zelfdoding. Juridisch gezien heeft hij geen rechtsplicht daartoe. Levensbeëindigend handelen wordt immers niet gerekend tot normaal medisch handelen. Indien een arts de gevraagde hulp niet in overeenstemming kan brengen met zijn geweten, hoeft hij deze niet te bieden. Wel dient hij dan de patiënt te verwijzen naar een andere hulpverlener. Een euthanasieverklaring is dus in deze zin rechtens niet afdwingbaar en kan op morele en professionele grenzen stuiten. In tegenstelling tot bij negatieve wilsverklaringen kunnen persoonlijke opvattingen of gewetensbezwaren van de arts met betrekking tot euthanasieverklaringen op zichzelf wel reden zijn de verklaring niet te respecteren.

Indien de arts in beginsel wél gehoor wenst te geven aan een euthanasieverklaring, zal bij zijn besluitvorming met name ook de visie van de vertegenwoordiger van de patiënt als bedoeld in artikel 7:465 lid 3 BW van belang zijn. Ook hier geldt evenwel, dat de visie van de vertegenwoordiger niet de wilsverklaring van de patiënt kan vervangen.

Intussen is op 6 augustus 1999 bij de Tweede Kamer een wetsvoorstel ingediend, dat een wettelijke grondslag beoogt te geven aan de wilsverklaring die inhoudt een verzoek om levensbeëindiging van nadien wilsonbekwaam geworden patiënt (voorstel van wet Toetsing levensbeëindiging op verzoek en hulp bij zelfdoding, kamerstukken II, vergaderjaar 1998–1999, 26 691, nrs. 1–4). Indien zodanige patiënt van zestien jaar of ouder niet meer in staat is zijn wil te uiten, maar voordat hij in die staat geraakte tot een redelijke waardering van zijn belangen ter zake in staat kon worden geacht en toen een schriftelijke verklaring inhoudende een verzoek om levensbeëindiging heeft afgelegd, kan de arts, met inachtneming van de overigens in het wetsvoorstel genoemde zorgvuldigheidseisen, aan dit verzoek gevolg geven, tenzij hij gegronde redenen heeft het verzoek niet in te willigen (art. 2 lid 2 van het wetsvoorstel).

Er zijn dus ook hier verschillen met de negatieve wilsverklaring. De negatieve wilsverklaring is in beginsel rechtens afdwingbaar. Uit het verzoek om levensbeëindiging kan naar zijn aard nimmer een rechtsplicht tot handelen voor de arts voortvloeien: indien een arts de gevraagde hulp niet in overeenstemming kan brengen met zijn geweten, hoeft hij deze ook volgens het wetsvoorstel in ieder geval niet zelf te bieden. De juridische status van de hier bedoelde schriftelijke wilsverklaring van een nadien onbekwaam geworden patiënt is deze, dat de arts onder de voorwaarden in de wet genoemd, deze verklaring mag volgen. De

schriftelijke wilsverklaring, bedoeld in het tweede lid van artikel 2 van het wetsvoorstel dient derhalve als richtsnoer voor de arts, indien deze wordt geconfronteerd met de situatie dat zijn patiënt niet langer in staat is zijn wil te bepalen. De arts zal daarbij in het licht van de zorgvuldigheidseisen voor levensbeëindiging op verzoek, zijn eigen afweging moeten maken. Ten aanzien van minderjarigen bevat het wetsvoorstel eveneens een regeling. In de eerste plaats kan de arts aan een verzoek van een patiënt van zestien of zeventien jaar om levensbeëindiging of hulp bij zelfdoding gevolg geven, mits de patiënt ter zake tot een redelijke waardering van zijn belangen in staat kan worden geacht, terwijl als voorwaarde tevens geldt dat de ouder(s) die het gezag over hem uitoefenen of de voogd bij de besluitvorming worden betrokken. De toestemming van degenen die het gezag over zodanige minderjarige uitoefenen is dus niet vereist. Hun betrokkenheid bij de besluitvorming is hier ingegeven uit een oogpunt van zorgvuldigheid (art. 2 lid 3 van het wetsvoorstel).

Gaat het om twaalf- tot zestienjarigen, dan is wel de toestemming van degenen die het gezag over de minderjarige uitoefenen vereist, maar kan de arts niettemin aan het verzoek van de minderjarige gevolg geven, indien hij tot de overtuiging is gekomen dat met de levensbeëindiging ernstig nadeel voor de patiënt kan worden voorkomen. Dit ernstig nadeel bestaat uit het verder uitzichtloos en ondraaglijk moeten lijden.

Met een schriftelijke wilsverklaring van een inmiddels wilsonbekwame minderjarige patiënt van twaalf maar nog geen zestien jaar oud, mag volgens het wetsvoorstel eveneens rekening worden gehouden, terwijl ook hier, indien de ouder(s) of voogd niet met inwilliging van het verzoek kunnen instemmen, voor de arts de bevoegdheid tot inwilliging van het verzoek bestaat, eveneens met toepassing van het criterium van voorkoming van ernstig nadeel voor de patiënt (art. 2 lid 4 tweede volzin van het wetsvoorstel).

5.4 Enige andere positieve wilsverklaringen van een bijzondere strekking

In de mondelinge gedachtewisseling met de Tweede Kamer over het wetsvoorstel medisch-wetenschappelijk onderzoek met mensen is in het bijzonder ook aan de orde geweest de wilsverklaring waarin de bereidheid wordt uitgesproken om deel te nemen aan onderzoek naar de oorzaken van en mogelijke behandelwijze voor dementie. De vraag was welke betekenis mag worden gehecht aan een zodanige verklaring van een dement persoon die ten tijde van het opstellen van die verklaring uiteraard wel in staat was tot een redelijke waardering van zijn belangen ter zake. Daarover het volgende.

Blijkens artikel 6 lid 1 onder a van de Wet medisch wetenschappelijk onderzoek met mensen, is voor het verrichten van wetenschappelijk onderzoek de schriftelijke toestemming van de meerderjarige proefpersoon vereist. Wetenschappelijk onderzoek, dat zonder die toestemming wordt gedaan, is verboden. Uit de bepaling van lid 1 onder c kan evenwel worden opgemaakt, dat, indien de betrokken persoon ten tijde van de daadwerkelijke aanvang van het wetenschappelijk onderzoek wilsonbekwaam is, zulk onderzoek alleen geoorloofd is indien daarvoor de schriftelijke toestemming van de wettelijk vertegenwoordiger of van de schriftelijke gemachtigde, dan wel van de echtgenoot, geregistreerde partner of andere levensgezel is verkregen. Waar het de primaire taak is van een vertegenwoordiger de wil van de vertegenwoordigde tot uitdrukking te brengen – zeker nu het hier niet een veronderstelde, maar een uitgesproken wil betreft – zal de vertegenwoordiger slechts bij hoge uitzondering reden vinden om zijn toestemming te onthouden.

Verzet van de wilsonbekwame zal altijd moeten leiden tot het niet doen plaatsvinden of het stopzetten van het onderzoek waarvoor de vertegenwoordiger toestemming had gegeven. Daaraan doet evenmin af dat er wel een positieve wilsverklaring aanwezig was.

Een bijzondere positieve wilsverklaring is ook de wilsverklaring waarbij iemand te kennen geeft een bepaalde behandeling zo nodig onder dwang te willen ondergaan in toekomstige situaties waarin van wilsonbekwaamheid sprake is. Onderzocht wordt thans voor welke situaties – met name in de psychiatrie – zulke «zelfbindingsverklaringen» mogelijk zijn. In andere landen komt het wel voor dat de vertegenwoordiger van een wilsonbekwame patiënt wettelijk verplicht is de wilsverklaring van een – toen – wilsbekwame patiënt ten aanzien van behandeling te laten prevaleren boven diens eventuele intrekking van toestemming of verzet tegen behandeling in wilsonbekwame toestand, zelfs wanneer de patiënt onvrijwillig is opgenomen. Zo kan blijkens de Mental Health Act van Ontario de patiënt in een «power of attorney for personal care» óók toestemming verlenen voor het zo nodig onder dwang geven van de nodige zorg of behandeling. Zelfbinding kan ieder geval voorkomen, dat mensen onnodig lang van adequate hulp verstoken blijven omdat zij bijvoorbeeld in geval van crisis de hulp weigeren, waarvoor zij in een heldere periode wel uitdrukkelijk hebben gekozen.

5.5 Levenswensverklaring

De wilsverklaring waarin wordt aangegeven dat nimmer tot een abtinerend beleid mag worden overgegaan komt wel voor onder de naam levenswensverklaring. Ook kan een wilsverklaring de opdracht bevatten dat bij de beslissing om al dan niet een behandeling in te stellen of voort te zetten een oordeel over de (toekomstige) kwaliteit van leven voor de arts geen rol mag spelen.

Vooropgesteld zij, dat patiënten vanzelfsprekend niet behoeven te verzoeken om professionele, medisch zinvolle behandeling en verzorging. Omdat het oordeel over (staken van) medisch zinloos handelen een medisch-professioneel oordeel is, komt de beslissing erover toe aan de arts en niet aan de patiënt of diens vertegenwoordiger. De arts moet de patiënt informeren, met hem overleggen en hem bijstaan. Is de patiënt wilsonbekwaam dan kan de arts de beslissing alleen nemen, na overleg met de vertegenwoordiger. Het oordeel van de arts mag ook, zij het in de marge, betrekking hebben op de kwaliteit van het leven omdat geneeskunde gericht is op die kwaliteit. Bij de medische afweging of sprake is van medisch zinloos handelen worden diverse factoren meegewogen. De medisch-professionele standaard is daarbij bepalend. Het gaat om de zin van medisch handelen en niet om de zin of zinloosheid van het leven. Over dit laatste komt niemand een oordeel toe. De afweging of sprake is van medisch zinloos handelen wordt door de arts gemaakt op basis van een totaalbeeld van de actuele en de te verwachten gezondheidstoestand. Daarbij kan de arts de volgende factoren in onderlinge samenhang meewegen:

- Het handelen draagt niet bij aan de oplossing van het medisch probleem onderscheidenlijk de instandhouding of verbetering van de medische toestand van de patiënt, dan wel zal daaruit redelijkerwijze niet kunnen resulteren. Instandhouding van de medische toestand geschiedt in het algemeen met het oog op toekomstige medische verbetering of om de patiënt in dezelfde medische conditie te laten voortleven.
- De daarbij te gebruiken middelen staan niet in redelijke verhouding tot het doel. Instrumentele proportionaliteit is niet aanwezig indien een in verhouding te zware medische procedure nodig is om een in verhouding betrekkelijk voordeel te bereiken. Ook de te veroorzaken pijn moet bij de instrumentele proportionaliteit in de beschouwingen worden betrokken.
- Een bepaald minimumniveau kan niet meer worden bereikt. Door de aard van de aandoening is de patiënt zeer ernstig aangedaan of geschonden en medisch handelen kan daar weinig of niets aan

verbeteren of er is een tragische situatie door cumulatie van aandoe-ningen en gebreken die met een onevenredige inspanning ieder voor zich wellicht behandelbaar zijn maar gezamenlijk in totaliteit niet of vrijwel niet.

De levenswensverklaring is in juridisch opzicht dus van beperkte waarde. Op zichzelf vloeit uit een dergelijke verklaring geen plicht voor de arts voort tot het instellen of voortzetten van medische behandeling. In medisch opzicht kan deze wilsverklaring niettemin toch een waardevol richtsnoer voor de arts en de vertegenwoordiger van de patiënt zijn, omdat de patiënt daarmee te kennen heeft gegeven dat hij aan het leven hecht, ook indien dit de inzet vergt van langdurige medische behan-delingen. Dit kan bijvoorbeeld richting geven aan de beslissing tot (het voortzetten van) kunstmatige toediening van voedsel en vocht. Medisch zinloos handelen wordt door het verzoek van de patiënt niet medisch zinnig. Denkbaar is echter wel dat medisch zinloos handelen op verzoek van de patiënt om andere dan medische redenen nog enige tijd wordt gecontinueerd: de patiënt wil bijvoorbeeld nog in de gelegenheid zijn een aangelegenheid te regelen of afscheid nemen van een hem dierbaar persoon die van verre moet komen.

6. Praktische problemen bij de beoordeling van wilsverklaringen

Er zijn situaties waarin de arts goede redenen heeft om een wilsverklaring niet uit te voeren. Zulke redenen kunnen, indien zij van voldoende gewicht («gegrond») zijn, zelfs leiden tot het terzijde stellen van een negatieve wilsverklaring, zoals hiervoor is uiteengezet. Zo'n beslissing wordt in feite ook genomen indien de arts niet op de hoogte is van de wilsverklaring, of indien deze onvindbaar is. In paragraaf 3 is reeds gewezen op het belang van de kenbaarheid van de wensen van de patiënt, in verband waarmee het aanbeveling verdient belanghebbenden hiervan op de hoogte te stellen en een afschrift te verstrekken. Onder belanghebbenden zijn in elk geval te begrijpen de behandelend arts(en), de eventuele vertegenwoor-diger van de patiënt, diens familie of andere naasten.

In de tweede plaats kan een wilsverklaring interpretatieproblemen opleveren, doordat deze onduidelijk, tegenstrijdig of voor meerdere uitleg vatbaar is. Het gebruik van normatieve begrippen of waarderingen, zoals «menswaardige levensstaat» of «onafwendbare ontluistering» brengt met zich mee, dat de arts nader zal moeten bepalen wat hieronder verstaan moet worden en of van de aangeduide situatie inmiddels sprake is. Ook is het mogelijk dat niet duidelijk is welke medische behandelingen de patiënt nu precies wenst of weigert. Het komt zelfs voor dat de naleving van een wilsverklaring zo'n weinig invoelbaar en te begrijpen gevolg zou hebben, dat de arts zich in redelijkheid kan afvragen of de patiënt dit werkelijk bedoelt, bijvoorbeeld als de patiënt aan heeft gegeven om religieuze redenen elke vorm van pijnstilling te weigeren. Indien de arts wordt geconfronteerd met een dergelijke wilsverklaring van een nog wilsbekwame patiënt, doet hij er verstandig aan hierover in een gesprek met de patiënt opheldering te verkrijgen en de patiënt zonnodig te begeleiden bij het verwoorden van diens wensen. Is de patiënt inmiddels wilsonbekwaam geworden, dan ligt overleg gericht op het verkrijgen van toestemming met de vertegenwoordiger in de rede.

Teneinde te voorkomen dat de arts wordt geconfronteerd met interpre-tatieproblemen van een wilsverklaring van een inmiddels wilsonbekwaam geworden patiënt, is het van groot belang dat de patiënt de arts van het opstellen van de wilsverklaring niet alleen op de hoogte stelt, maar dat de daarin verwoorde wensen ook tussen patiënt en arts besproken worden. Daarnaast zal de arts in voorkomend geval voor de interpretatie van de wilsverklaring te rade moeten gaan bij de aangewezen vertegenwoordiger van de patiënt, diens familie of andere naasten. Ook indien de wensen van de patiënt niet exact kunnen worden achterhaald, is de arts bij een

negatieve wilsverklaring echter gehouden om, indien mogelijk, de kennelijke opvattingen van de patiënt (zoals artikel 7:450 lid 3 BW het uitdrukt) op te volgen en dus in ieder geval zoveel mogelijk in de geest van de wilsverklaring te beslissen.

Vanzelfsprekend zullen interpretatieproblemen in vergaande mate ook kunnen worden voorkomen doordat de betrokkene een der modellen die inmiddels door patiënten- en belangenverenigingen zijn opgesteld benut.

7. Samenvatting

Deze notitie heeft tot onderwerp de juridische status van wilsverklaringen, met name van toekomstige patiënten. Een wilsverklaring is hier in de regel een document dat een persoon opstelt ten tijde dat hij nog wel in staat is tot een redelijke waardering van zijn belangen ter zake, en ertoe strekt beslissingen over zijn medische behandeling en verzorging in de toekomst, wanneer hij niet meer wilsbekwaam zou zijn, te beïnvloeden.

Wilsverklaringen kunnen betrekking hebben op:

- de benoeming van een vertegenwoordiger van de patiënt;
- aanwijzingen omtrent behandelbeslissingen tijdens leven;
- het verzoek om levensbeëindiging;
- beslissingen die eerst na de dood van de betrokken persoon effectueerbaar zijn.

De door de betrokkene zelf met het oog op toekomstige wilsonbekwaamheid aangewezen gemachtigde heeft inmiddels in verschillende wetten en wetsvoorstellen ingang gevonden als de vorm van vertegenwoordiging waardoor de betrokkene geacht kan worden optimaal over zijn of haar (medische) aangelegenheden te kunnen beslissen. Voorrang hebben alleen de curator of de mentor. De rechter heeft tot de benoeming van zo'n wettelijke vertegenwoordiger kennelijk een noodzaak gezien. Wilsverklaringen kunnen overigens meer dan één van de genoemde elementen bevatten.

Vormvereisten, zoals «schriftelijk» of «eigenhandig geschreven, gedagtekend en ondertekend», blijken veelal niet te worden gesteld. De schriftelijke vorm geldt wèl voor de aanwijzing van een gemachtigde, de negatieve wilsverklaring en in het geval van later ingetreden wilsonbekwaamheid de verklaring houdende een verzoek om levensbeëindiging, bedoeld in het wetsvoorstel Toetsing levensbeëindiging op verzoek en hulp bij zelfdoding. Behoudens wellicht voor wat betreft dit laatste, kan echter niet worden gesteld dat een slechts mondeling afgelegde wilsverklaring omtrent behandelbeslissingen geen betekenis zou hebben. Dit geldt niet alleen voor de zogenoemde negatieve wilsverklaring van art. 7:450 lid 3 BW. Een probleem is dan veeleer de bewijsbaarheid, zowel of de verklaring door een toen wel wilsbekwame persoon is afgelegd als wat precies de inhoud en strekking van de verklaring is. Juist vanuit dit oogpunt verdient de schriftelijke vorm de voorkeur.

De – zeer verscheiden – terminologie waaronder wilsverklaringen voorkomen, is niet doorslaggevend voor de waarde die daaraan moet en mag worden gehecht. Naar de inhoud is het meer zinvol wilsverklaringen onder te verdelen in negatieve en positieve wilsverklaringen. Negatieve wilsverklaringen beogen onder bepaalde omstandigheden toestemming te weigeren tot het ondergaan van een geneeskundige behandeling (bijvoorbeeld: geen reanimatie of toediening van een bloedtransfusie). Zulke wilsverklaringen zijn in beginsel jegens de arts en andere derden rechtens afdwingbaar, óók wanneer het niet gaat om medische verrichtingen in de zin van afdeling 7.4.5 BW, «De overeenkomst inzake geneeskundige behandeling»: uit artikel 11 Grondwet vloeit dit voort.

Afwijking van de negatieve wilsverklaring is alleen mogelijk indien daarvoor gegronde redenen zijn. De negatieve wilsverklaring betekent vooral dat de medische hulpverlener geen «behandelrecht» heeft. Ook daarom is een mondeling afgelegde negatieve wilsverklaring niet minder van betekenis. Positieve wilsverklaringen houden de opdracht tot een bepaald handelen, of het instellen of voortzetten van een bepaalde behandeling in, dan wel de toestemming daarvoor. Van de medische hulpverlener kan evenwel niet worden gevergd dat deze een medisch zinloze behandeling voortzet. Anders gezegd, bij negatieve wilsverklaringen «mag de arts niet», bij positieve wilsverklaringen «mag de arts, maar hoeft hij (soms) niet». Verzet van de betrokkene moet altijd worden gehonoreerd.

Een bijzonder voorbeeld van de positieve wilsverklaring is de euthanasieverklaring, waarin wordt verzocht om onder bepaalde omstandigheden het leven van de betrokkene te beëindigen. Deze verklaring kan de arts evenwel niet verplichten om aan het verzoek daadwerkelijk gevolg te geven. Indien hij de gevraagde levensbeëindiging niet met zijn geweten in overeenstemming kan brengen, is er geen rechtsplicht om deze te bieden. Verwijzing naar een andere hulpverlener is dan wel plicht. Het op 6 augustus 1999 ingediende wetsvoorstel Toetsing levensbeëindiging op verzoek en hulp bij zelfdoding beoogt een wettelijke grondslag te geven aan de wilsverklaring die inhoudt een verzoek om levensbeëindiging van de nadien wilsonbekwaam geworden patiënt. De juridische status van de schriftelijke verklaring is deze, dat de arts, onder de in het wetsvoorstel genoemde voorwaarden, gerechtigd is de verklaring op te volgen.

Ook andere positieve wilsverklaringen komen aan de orde zoals die waarin de bereidheid wordt uitgesproken om deel te nemen aan onderzoek naar de oorzaken van en een mogelijke behandelwijze voor dementie. Indien de betrokken persoon ten tijde van de daadwerkelijke aanvang van het wetenschappelijk onderzoek wilsonbekwaam is, is zulk onderzoek alleen geoorloofd, indien daarvoor de schriftelijke toestemming van de wettelijk vertegenwoordiger of van de schriftelijk gemachtigde, dan wel van de echtgenoot, geregistreerde partner of andere levensgezel is verkregen. Waar het de primaire taak is van een vertegenwoordiger de wil van de vertegenwoordigde tot uitdrukking te brengen zeker nu het hier niet een veronderstelde, maar een uitgesproken wil betreft zal de vertegenwoordiger slechts bij hoge uitzondering reden vinden om zijn toestemming te onthouden.

Tenslotte worden praktische problemen besproken die bij de beoordeling van wilsverklaringen kunnen rijzen. Deze kunnen in belangrijke mate worden voorkomen, doordat de medische hulpverlener van de verklaring niet alleen op de hoogte is gesteld, maar de verklaring ook eerder tussen arts en patiënt is besproken, of doordat bij de opstelling een modelverklaring tot uitgangspunt is genomen.